

Contrat et Urbanisme

Etienne Fatôme, Professeur émérite de l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Rozen Noguellou, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Avec la participation de la Commission urbanisme de l'Ordre des géomètres-experts

Et avec la participation, pour les contributions étrangères, de :

Marta Franch, Professeur à l'Université de Barcelone

Oswald Jansen, Université de Leyden

Antonia Layard, Professeur à l'Université de Birmingham Law School

Etienne Poltier, Professeur à l'Université de Lausanne

Eugénie Prevedourou, Professeur adjoint à l'Université Aristote de Salonique

Ulrich Stelkens, Professeur à l'Université de Speyer

Simone Torricelli, Professeur à l'Université de Florence

Décembre 2014

Le droit de l'urbanisme a pendant longtemps paru réfractaire au développement du procédé contractuel. Droit de police, l'urbanisme était entièrement régi par l'unilatéralisme. Pour autant, le développement de l'instrument contractuel apparaît de plus en plus comme une nécessité. Les opérateurs ont, en matière immobilière comme dans de nombreux domaines à forts enjeux économiques, de plus en plus besoin de sécurité juridique. Ils doivent pouvoir compter sur des engagements de la personne publique, et cela relativement tôt dans la réalisation du projet. C'est d'ailleurs ce type de préoccupations qui a justifié, tout récemment, la mise en place expérimentale du « certificat de projet », lequel identifie les différentes règles et régimes d'autorisation applicables à un projet (sont concernées les implantations d'installations classées, les projets d'installations, d'ouvrages ou de travaux destinés à l'accueil d'une ou plusieurs entreprises et les projets de lotissement), prévoit leur stabilité pendant un certain délai et comporte un « engagement » de la personne publique sur un délai maximal d'instruction¹. Il semble donc que les temps soient mûrs pour une réflexion plus poussée sur la place qui pourrait être faite au contrat en droit de l'urbanisme.

Quels sont les obstacles traditionnellement opposés au développement du contrat dans ce domaine ?

Comme on l'a souligné, le premier d'entre eux tient au fait que l'exercice des compétences d'urbanisme relève de la police des sols et que l'on considère traditionnellement que les personnes publiques ne peuvent contracter sur la mise en œuvre de leurs pouvoirs de police². Par ailleurs, les différents textes relatifs à l'urbanisme font bien de la matière un domaine de prédilection de l'acte unilatéral. Cela est vrai pour les documents d'urbanisme, pour l'exercice des moyens d'intervention foncière, mais aussi pour la délivrance des autorisations d'urbanisme. Or il n'est pas possible, lorsqu'un texte prévoit l'intervention d'un acte unilatéral, d'y substituer un contrat : la liberté contractuelle dont bénéficient les personnes publiques ne les autorise pas à déroger aux règles législatives relatives à l'exercice des compétences³. Pour les mêmes raisons, il est également interdit aux personnes publiques de s'engager par contrat sur les modalités d'exercice de leur pouvoir de décision unilatérale. Comme cela a pu être relevé, « *la prohibition des pactes sur décision future trouve une raison générale dans l'illégalité d'une renonciation au pouvoir discrétionnaire laissé par le droit positif à l'autorité compétente* »⁴. Pour reprendre la formule adoptée par le Président Sauvé dans le rapport public du Conseil d'Etat de 2008 qui portait sur « le contrat, mode d'action publique et de production des normes » : « *les personnes publiques ne peuvent pas disposer de leurs compétences ni contracter dans des domaines où elles sont tenues d'agir par décision unilatérale. C'est ainsi et il convient de s'y tenir fermement* »⁵.

¹ V. Ordonnance n°2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation d'un certificat de projet

² V. sur l'antinomie classique entre police et contrats, et sur les limites de cette opposition : J. Petit, « Nouvelles d'une antinomie : contrat et police », Mélanges Jacques Moreau, Economica 2002, p. 345.

³ V. d'ailleurs, sur ce point, CE 8 mars 1985 Assoc. les amis de la Terre, Rec. 73.

⁴ J. Petit, préc.

⁵ Rapport public 2008, Documentation française, p. 9.

Par ailleurs, l'utilisation du contrat en matière immobilière n'est pas sans comporter des risques, qui tiennent à ce que toute autorisation qui pourrait être considérée comme répondant directement aux besoins de la collectivité publique, serait susceptible de relever du champ de la commande publique, dans l'acception large que le droit de l'Union européenne donne à cette dernière⁶.

Enfin, mais il s'agit là davantage d'un obstacle « sociologique » que juridique, le contrat a souvent mauvaise presse et, notamment en matière immobilière, peut apparaître comme un vecteur plus propice à la corruption que l'acte unilatéral.

Pour importants qu'ils soient, ces différents obstacles ne sont pas dirimants. Des évolutions paraissent possibles, certaines ont d'ailleurs déjà eu lieu, et la question de la place du contrat en droit de l'urbanisme doit à nouveau être posée (I). Les expériences de droit étranger montrent par ailleurs que le droit français est relativement isolé sur cette question et que d'autres systèmes juridiques adoptent des solutions beaucoup plus pragmatiques (II). Nous pourrions alors nous interroger sur les évolutions possibles (III).

On relèvera dès ce stade qu'il existe une certaine ambiguïté autour du terme « contractualisation » : cette expression renvoie parfois à des procédures de négociation, sans que celles-ci débouchent sur la conclusion d'un contrat, parfois à la signature d'un véritable contrat. Les différentes hypothèses seront envisagées dans le cadre de cette étude.

I. La place actuelle du contrat en droit français de l'urbanisme⁷

1°. Les hypothèses dans lesquelles le recours au contrat est admis

L'instrument contractuel n'est pas totalement absent du droit de l'urbanisme. On peut même considérer qu'il existe un mouvement tendant au développement de l'usage du contrat en la matière. De manière un peu schématique, on peut considérer qu'il existe trois grandes hypothèses de recours au contrat.

a) C'est d'abord l'hypothèse des **contrats par lesquels les personnes publiques organisent l'exercice de leurs compétences en matière d'urbanisme.**

A plusieurs reprises, le législateur a choisi de recourir au contrat pour organiser les rapports entre personnes publiques, notamment dans le cadre d'opérations d'aménagement. Si l'on reprend les évolutions récentes, on peut ainsi mentionner les contrats de développement territorial (CDT) mis en place par la loi sur le Grand Paris du 3 juin 2010. Ces contrats,

⁶ V. pour la requalification de contrats conclus dans le cadre d'opérations d'urbanisme en marchés publics, l'affaire *Ordre des architectes de la province de Milan* (CJCE 12 juillet 2001 *Ordine Degli Architetti delle Province di Milano*, aff. C-399/98) ou encore, en matière d'opération d'aménagement, l'affaire *Commune de Roanne* (CJCE 18 janv. 2007 *Jean Auroux*, aff. C-220/05).

⁷ V. récemment, sur la question, E. Fatôme, *Droit de l'urbanisme et contrat*, Mél. L. Richer, LGDJ 2013, p. 91

conclus entre le représentant de l'Etat dans la région et les communes et les établissements publics de coopération intercommunale pour les matières relevant des compétences qui leur ont été transférées, ont divers objets : ils « précisent le nombre de logements et le pourcentage de logements sociaux à réaliser », comportent « des engagements permettant d'assurer, dans le respect des objectifs du développement durable et notamment la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes et des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature ». Ils peuvent « prévoir la création de zones d'aménagement différencié ». Ils précisent « les actions ou opérations d'aménagement ou les projets d'infrastructures nécessaires à la mise en œuvre des objectifs visés au quatrième alinéa du I, ainsi que les conditions de leur mise en œuvre et l'échéancier prévisionnel de leur réalisation et ... présentent les conditions générales de leur financement » (art. 21 de la loi).

Un dispositif du même type a d'ailleurs été repris par la loi ALUR en dehors du cadre du Grand Paris. La loi a prévu la possibilité pour l'Etat, les communes et les EPCI de conclure des contrats pour « la réalisation d'un projet d'intérêt majeur qui comporte la réalisation d'actions ou d'opérations d'aménagement et, le cas échéant, de projets d'infrastructures » (C. urb., art. L. 350-1). Le contrat devra notamment comporter « la stratégie foncière à mettre en œuvre pour permettre la réalisation du projet », si bien que l'utilisation du droit de préemption est ici en partie contractualisée (le contrat pourra ainsi prévoir la création de ZAD).

Par ailleurs, dans les deux dispositifs, on retrouve la formule selon laquelle « le contrat peut valoir déclaration de projet des actions ou opérations d'aménagement ou des projets d'infrastructure ». Ainsi, avec cette disposition on est en présence d'une décision d'urbanisme non financière qui normalement est prise par acte unilatéral, mais qui, par exception, peut, dans ce cas particulier, être prise par contrat.

La réalisation d'opérations d'aménagement d'envergure a donc été l'occasion pour le législateur de mettre en place de nouveaux modèles contractuels. On relèvera que, dans ces hypothèses, le contrat est utilisé comme un moyen de coordonner les compétences des collectivités publiques : il s'agit donc d'une hypothèse propre aux relations entre personnes publiques.

b) C'est ensuite l'hypothèse, classique mais renouvelée, des **contrats par lesquelles les collectivités publiques confèrent à des opérateurs publics ou privés la réalisation d'une opération d'aménagement ou de construction.**

Le contrat est de manière générale le mode privilégié de réalisation des opérations publiques d'aménagement. Il peut alors être conclu avec un opérateur public comme avec des personnes

privées. L'arsenal contractuel est d'ailleurs fortement mobilisé, puisque les opérations d'aménagement peuvent donner lieu à la conclusion d'un marché public, d'une concession voire, depuis la loi ALUR, d'un mandat d'aménagement (v. le nouvel article L 300-3 du Code de l'urbanisme). Dans toutes ces hypothèses, c'est la collectivité publique qui est à l'origine de l'opération. Contrairement à ce qui avait pu exister à un moment donné, on ne trouve plus de « ZAC privées », c'est-à-dire d'opérations qui, à l'initiative d'un opérateur privé, seraient réalisées dans le cadre de la procédure de ZAC. Cela étant dit, il est évident que le mécanisme de la ZAC emporte des négociations entre la collectivité publique et l'opérateur sur les équipements à réaliser, les modalités de la commercialisation ... et que, dans le cadre de ces négociations, l'opérateur peut influencer sur les décisions prises.

On relèvera qu'il existe, dans le cadre des opérations d'aménagement d'importance déjà décrites, des contrats particuliers. Dans le cadre des opérations menées pour le Grand Paris, il est ainsi prévu que : *« Pour la mise en œuvre des actions et opérations nécessaires à un contrat de développement territorial, les communes et les établissements publics de coopération intercommunale concernés peuvent conclure avec une personne morale de droit public ou privé, jusqu'à l'expiration du contrat de développement territorial, un contrat portant à la fois sur la conception du projet d'aménagement global, l'élaboration d'une proposition de révision ou de modification du document d'urbanisme et la maîtrise d'ouvrage des travaux d'équipement concourant à la réalisation du projet d'aménagement »* (art. 22 de la loi). Le dispositif est particulièrement intéressant en ce qu'il ne s'intéresse pas uniquement à l'opération d'aménagement – l'usage du contrat étant, en la matière, admis sans difficulté – mais en ce qu'il a également pour objet « l'élaboration d'une proposition de révision ou de modification du document d'urbanisme ». Dans le cadre du processus CDT, la démarche contractuelle englobera donc bien la participation de l'opérateur à l'élaboration de la norme d'urbanisme, qui paraissait pourtant réservée à l'intervention unilatérale de la personne publique.

c) C'est enfin – et c'est l'hypothèse qui nous intéresse le plus – le cas des **contrats conclus entre une collectivité ayant une compétence d'urbanisme et un opérateur privé ou public, pour la réalisation d'un projet porté par celui-ci.**

En réalité, cette catégorie est en l'état du droit français assez réduite. On y trouve uniquement des contrats qui portent sur la détermination des conséquences financières des opérations d'urbanisme. Il est en effet possible de recourir au procédé contractuel pour fixer le montant et/ou les modalités de versement des participations à la réalisation d'équipement publics dans plusieurs hypothèses : pour la participation des constructeurs qui n'ont pas acquis le terrain d'assiette de leur construction de l'aménageur dans une ZAC exclue du champ d'application de la taxe d'aménagement (C. urb., art. L. 311-4), pour la fixation de la participation pour voirie et réseaux (C. urb., art. L. 332-11-2) et enfin, et peut-être surtout, dans le cadre des conventions de projet urbain partenarial (conventions PUP). L'intérêt des conventions PUP, pour ce qui nous intéresse, tient à ce que leur objet est particulièrement large : il s'agit de contrats permettant à la commune et aux opérateurs d'organiser la participation de ces

derniers à la réalisation des équipements publics. On relèvera que le dispositif a récemment été amélioré par la loi ALUR : d'une part en prévoyant les modalités d'une contribution ultérieure d'autres opérateurs s'installant dans la zone, d'autre part en mettant en place une certaine transparence dans la conclusion des conventions PUP. Le législateur a ainsi marqué sa volonté d'améliorer ces outils de contractualisation : l'étude d'impact indiquait, à propos des dispositions relatives aux projets d'intérêt majeur et aux PUP, qu'il s'agissait « d'améliorer les outils de contractualisation pour favoriser l'urbanisme de projet, pour les projets publics majeurs (PIM) comme pour les projets d'ampleur plus limitée et d'initiative privée (PUP) ».

Il est évident que dans ces hypothèses la conclusion des contrats suppose une négociation préalable entre les opérateurs et la collectivité publique sur le montant de participation et, donc, indirectement, sur les caractéristiques de l'opération. C'est tellement vrai que la loi ALUR a pris conscience de la difficulté en mettant en place, comme on l'a relevé, une procédure plus transparente de conclusion des conventions PUP. La loi prévoit en effet que « *avant la conclusion de la convention, les personnes ayant qualité pour déposer une demande de permis de construire ou d'aménager peuvent demander à la commune ou à l'EPCI compétent ou au représentant de l'Etat dans le cadre des opérations d'intérêt national qu'ils étudient le projet d'aménagement et de construction et que ce projet fasse l'objet d'un débat au sein de l'organe délibérant. L'autorité compétente peut faire droit à cette demande* » (C. urb., art. L 332-11-3). Comme cela a été relevé, il s'agit ici de permettre que la discussion entre le porteur du projet et la collectivité publique ne se fasse pas « à huit clos » et fasse « l'objet d'un débat devant le conseil municipal »⁸.

Et il est tout aussi évident que la réalisation d'un projet privé pourra conduire la collectivité publique à modifier son document d'urbanisme si celui-ci ne permet pas l'opération projetée. Le droit de l'urbanisme prévoit d'ailleurs des mécanismes simplifiés de modification des documents d'urbanisme, justement pour permettre telle ou telle opération. C'est l'objet tout particulièrement de la « procédure intégrée pour le logement » mise en place par l'ordonnance du 3 octobre 2013 qui autorise une mise en compatibilité par le biais d'une déclaration de projet (C. urb., art. L 300-6-1). Dans cette hypothèse, le « projet » qui justifie l'évolution du document d'urbanisme est, indique le code « l'opération d'aménagement ou la construction objet de la procédure intégrée pour le logement », qui sera le plus souvent d'initiative privée. Le même dispositif a été étendu à l'immobilier d'entreprise par l'ordonnance du 17 juillet 2014 (n°2014-811) pour les projets « de création ou d'extension de locaux d'activités économiques, présentant un caractère d'intérêt général en raison de leur intérêt majeur pour l'activité économique locale ou nationale et au regard de l'objectif de développement durable » : là encore, ce seront des projets privés qui seront à l'origine de la modification simplifiée des documents d'urbanisme. On peut également considérer que c'est bien, aussi, cette idée de négociation qui est à la base de l'autre ordonnance du 3 octobre 2013, relative au développement de la construction de logements, et qui autorise l'autorité compétente à

⁸ M. Donniou, M. Raunet, Loi ALUR : une nouvelle donne pour l'aménagement urbain ?, BJDU 3/2014, p. 179

délivrer des autorisations d'urbanisme en dérogation aux règles applicables pour la réalisation de projets de construction de logements.

En d'autres termes, notre droit de l'urbanisme reconnaît **implicite**ment la possibilité de négociation entre la personne publique et les opérateurs porteurs de projets immobiliers. Mais alors que la plupart des systèmes juridiques étrangers organisent ces négociations (v. *infra*, 2^{ème} partie, « La place du contrat en droit étranger »), le droit français considère qu'elles n'existent pas, ce qui ne va pas sans entraîner un certain nombre d'inconvénients.

2°. Les inconvénients de la situation

La situation actuelle, qui repose sur le postulat de l'interdiction du recours au contrat en matière d'urbanisme sauf dans des cas particuliers, présente de réels inconvénients, tant pour les opérateurs immobiliers que, d'ailleurs, pour les collectivités publiques.

a) En premier lieu - et il s'agit d'un inconvénient commun aux opérateurs économiques et aux collectivités publiques - alors que la réalisation de nouveaux logements apparaît comme une nécessité de plus en plus évidente, l'état actuel du droit contribue à freiner un certain nombre d'opérations immobilières. Dès lors que les opérateurs ne peuvent pas obtenir d'assurance sur l'évolution de la règle d'urbanisme, ni même négocier formellement avec l'administration de cette évolution, et qu'ils sont, par voie de conséquence, sans certitude sur la faisabilité de leur projet, ils peuvent préférer ne pas s'aventurer dans une opération qu'ils jugeront trop aléatoire.

b) Pour les opérateurs immobiliers, la situation présente d'autant plus d'inconvénients que les établissements bancaires financeurs peuvent, eux aussi, considérer que l'aléa entourant une opération immobilière est trop important pour justifier l'octroi de prêts. La négociation avec l'administration ne s'opérant que de manière informelle, ils n'auront, avant la délivrance de l'autorisation d'urbanisme, aucune garantie véritable quant à la réalisation du projet : cela ne les encourage naturellement pas à apporter des financements à un stade amont de réalisation du projet. On relèvera également qu'il est impossible, à ce stade, de constituer des garanties efficaces : seul le terrain d'assiette pourrait éventuellement être donné en garantie, mais, faute d'assurance sur sa constructibilité, sa valeur sera nécessairement réduite.

Cette question est d'ailleurs à mettre en lien avec celle de la responsabilité susceptible d'être imputée à l'administration en raison de ces négociations. La question de l'éventuelle responsabilité de l'administration du fait des espoirs qu'elle aurait fait naître chez un opérateur est mal résolue à l'heure actuelle. Un certain nombre d'arrêts admettent le principe d'une indemnisation du fait de promesses non tenues, notamment s'il apparaît que l'administration avait encouragé l'opérateur à mener des études ou à avancer dans la programmation de son projet. Et la Cour européenne des droits de l'homme a pu condamner l'Etat français pour une violation de l'article 1^{er} du Protocole n°1 en raison de la non délivrance de permis de construire dont la Cour a estimé qu'ils constituaient, dans les faits de

l'espèce, une « espérance légitime » pour les particuliers concernés⁹. Mais ces solutions jurisprudentielles sont trop incertaines pour constituer de véritables garanties pour l'opérateur. Et en toute hypothèse, il s'agit de droits de créance trop aléatoires pour faire l'objet d'une garantie bancaire. De ce point de vue, la contractualisation serait porteuse de sécurité juridique tant pour les opérateurs que pour les collectivités publiques : la responsabilité de la collectivité publique serait alors aménagée par le contrat – celui-ci pouvant exclure toute faute dans le fait de ne pas délivrer telle autorisation ou dans le fait de ne pas modifier telle règle - et les modalités de l'indemnisation pourraient être prévues par le contrat. Il serait d'ailleurs possible, si les deux parties en sont d'accord, d'écarter contractuellement toute possibilité d'indemnisation¹⁰.

c) Si l'on envisage les choses en adoptant le point de vue de la collectivité publique, l'absence de négociation formalisée la prive de la possibilité de demander aux opérateurs de participer au financement des coûts induits par la modification de la règle d'urbanisme. Une telle participation ne pourrait en effet être exigée que si elle était explicitement prévue. Or comme on le sait, la fabrication des documents d'urbanisme est une opération de plus en plus onéreuse et il ne paraîtrait pas illégitime de prévoir qu'un porteur de projet prenne en charge tout ou partie des frais qu'implique la réalisation de son opération. On le verra, c'est la solution adoptée par un certain nombre de systèmes juridiques étrangers qui adoptent en la matière une solution plus pragmatique que le droit français.

Par ailleurs, et cette fois d'un point de vue juridique, le flou actuel sur la phase de négociation préalable – dont on a vu qu'elle existait pourtant bel et bien dans la plupart des cas – n'est pas sans danger. D'abord parce que l'absence de transparence dans les discussions qui peuvent – légitimement – s'engager entre l'opérateur et l'administration peut entretenir des soupçons de collusion. Il est, de ce point de vue, beaucoup plus sain d'avoir une procédure à la fois organisée et transparente. Cela pourrait aussi permettre d'organiser, à un stade amont de la procédure, une certaine concertation avec les habitants concernés par l'opération qui est, on le sait, une préoccupation importante de notre droit de l'urbanisme et qui permettrait de favoriser l'acceptation du projet par les riverains et donc de réduire le risque contentieux. Enfin, on l'a souligné, la contractualisation permet de mieux organiser les questions de responsabilité et d'éviter à la collectivité publique de devoir indemniser ce que le juge pourrait considérer comme des promesses dans des hypothèses où la collectivité n'avait pourtant pas eu l'intention de réellement s'engager.

Enfin, de manière plus théorique, l'absence de possibilité de négociation implique parfois une « sur-réglementation » en matière d'urbanisme et le développement un peu anarchique de stratégies d'évitement. Les règles du plan local d'urbanisme sont, de manière évidente, trop détaillées pour certains terrains et elles peuvent être mal adaptées à la réalisation d'opérations immobilières. Cela est si vrai que l'on assiste ces dernières années au développement de ce

⁹ CEDH 18 nov. 2010 Cons. Richer et Le Ber c/ France, aff. n°18990/07

¹⁰ Rien n'interdit, en effet, de limiter l'indemnisation due au cocontractant de l'administration au titre de la responsabilité contractuelle : CE, 4 mai 2011, n° 334280, CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan

que l'on peut appeler un urbanisme « dérogatoire ». L'exemple le plus évident de ce mouvement est fourni par l'ordonnance n°2013-889 du 3 octobre 2013 relative au développement de la construction de logement, laquelle prévoit des possibilités de dérogation à diverses règles du PLU pour faciliter la réalisation de programmes de logements. Admettre qu'il existe des espaces sur lesquels les règles d'urbanisme peuvent être minimales et réduites à ce qu'impose le projet urbain, tout en ayant vocation à être précisées lors de la réalisation d'un projet, permettrait d'éviter cette multiplication des dérogations, lesquelles sont à la fois fragiles juridiquement et peu satisfaisantes du point de vue du principe d'égalité.

II. La place de la contractualisation en droit étranger

La question de l'utilisation du contrat en droit comparé a été étudiée à partir d'analyses conduites dans six pays européens : L'Allemagne, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Ces pays correspondent à des traditions juridiques différentes (pays de common law ou de droit romain) et leur organisation administrative est également diverse (de pays centralisés comme la France et l'Angleterre, à des pays régionalisés comme l'Espagne ou l'Italie, jusqu'à des pays fédéraux comme l'Allemagne ou la Suisse). On relèvera que malgré ces différences, la répartition des compétences en matière d'urbanisme est identique : c'est au niveau communal ou en tous les cas local que cette compétence est exercée, avec des normes supérieures impératives qui peuvent venir soit de l'Etat central (cas des pays centralisés), soit des structures intermédiaires (Régions en Italie, par exemple, qui disposent d'une compétence législative en matière d'urbanisme, Communautés autonomes en Espagne, ou Länder en Allemagne). Cela ne modifie pas fondamentalement les choses en matière d'utilisation du contrat, les principes fondamentaux étant en général posés au niveau national ; il arrive toutefois que des dispositions régionales puissent favoriser le recours à l'instrument contractuel (cf. le cas de l'Espagne ou de l'Italie).

On retrouve, dans ces systèmes juridiques, des nuances que connaît aussi le droit français : la négociation entre les opérateurs et l'administration se rencontre fréquemment, mais elle ne débouche pas systématiquement sur un contrat, si bien qu'il convient de rechercher les cas dans lesquels un véritable engagement contractuel est signé et ceux dans lesquels un processus de concertation – lequel peut être plus ou moins élaboré – peut être suivi.

1°. La possibilité d'avoir recours à la négociation et/ou au contrat

La question du recours au contrat – ou d'ailleurs du recours à une procédure de négociation – ne se pose pas de la même manière selon qu'il s'agit de discuter la règle d'urbanisme ou qu'il s'agit d'obtenir une autorisation d'urbanisme. Dans un cas il s'agit de discuter sur une norme impersonnelle, dans l'autre c'est une autorisation individuelle qui est en jeu : cela donne lieu à des solutions qui diffèrent nécessairement.

Il ressort de l'analyse conduite que la totalité des systèmes juridiques étudiés reconnaissent la possibilité d'avoir recours à la négociation en matière d'urbanisme. Cela peut être fait de manière plus ou moins formalisée, mais la négociation entre l'administration en charge des compétences d'urbanisme et les opérateurs est largement développée et elle est d'ailleurs souvent organisée. Certains systèmes juridiques vont plus loin et reconnaissent la possibilité de conclusion de véritables contrats. On distinguera le cas des contrats portant sur les règles d'urbanisme de celui des contrats portant sur les autorisations.

a) Négociation, contrat et règles d'urbanisme

La question du rapport entre contrat et règles d'urbanisme se pose fondamentalement dans l'hypothèse dans laquelle la réalisation d'une opération immobilière se heurte à la règle d'urbanisme ou se heurte au fait que les dispositions applicables sont trop lacunaires pour permettre la réalisation du projet. Il faut soit adapter la règle, soit adopter une règle, de manière à permettre au projet de se monter. Comme on peut l'imaginer, cela ne concernera que les projets d'une certaine ampleur, ceux pour lesquels les collectivités publiques sont prêtes à s'impliquer de manière plus directe.

Si la possibilité de prendre par contrat des engagements sur la règle d'urbanisme n'est pas admise de manière générale, il convient de relever que les solutions que connaissent les différents systèmes juridiques étrangers sont très pragmatiques : sans nécessairement le dire expressément, les possibilités de négociation de la règle sont en réalité nombreuses. Cela ne donnera pas nécessairement lieu à la signature d'un contrat – encore que ce soit parfois possible – mais cela permettra, à tout le moins, aux opérateurs de discuter avec l'administration. Ce qui est intéressant c'est que la faculté de négociation de la règle est expressément admise, voire organisée. Contrairement à ce qu'il en est en France, où le principe de la négociation autour de la règle d'urbanisme n'est pas expressément admis, voire apparaît suspect, la plupart des systèmes juridiques étrangers voient dans cette faculté de négociation – et donc d'évolution de la règle – une étape normale pour la réalisation de projets immobiliers. Cette reconnaissance de la faculté de négociation offre d'importants avantages : cela permet, en toute transparence, à la collectivité publique de peser sur le projet initié par l'opérateur privé, cela facilite une certaine information des habitants sur les opérations en cours de négociation et il devient alors possible, comme cela est fait dans certains systèmes juridiques, de demander à l'opérateur de participer aux frais d'études liés à l'évolution de la règle.

Le cas allemand est, de ce point de vue, particulièrement intéressant. Le principe est que « l'§ 1 al. 3 phrase 3 du BauGB exclut explicitement toute disposition contractuelle obligeant la commune d'établir un plan directeur d'urbanisme ou de garantir certaines dispositions dans un tel plan. Cette règle doit garantir le principe clé du § 1 al. 7 du BauGB : « Lors de l'établissement des plans directeurs d'urbanisme, les intérêts publics et privés doivent être équitablement mis en balance, tant les uns par rapport aux autres qu'entre eux-mêmes. » ».

Pour autant, comme le relève notre collègue allemand, « Même si le § 1 al. 3 phrase 3 du BauGB exclut toute disposition contractuelle obligeant la commune à établir un plan directeur d'urbanisme ou à garantir la présence de dispositions déterminées dans un tel plan, cela n'exclut pas que les intérêts publics et privés qui doivent être équitablement mis en balance lors de l'établissement des plans directeurs d'urbanisme puissent être influencés par contrat ». Et l'auteur de poursuivre : « même s'il n'existe pas de droit à l'établissement de plans directeurs d'urbanisme, il peut exister des droits à la prise en compte des intérêts privés lors de la mise en balance. Pour qu'un intérêt privé doive être pris en compte lors de la mise en balance, il n'est pas non plus nécessaire qu'il s'agisse d'un intérêt d'une personne typiquement concerné par le résultat de la mise en balance, telle que les propriétaires des terrains concernés directement par le plan et ses dispositions. Une commune peut ainsi être obligée de prendre en compte, lors de la mise en balance, le fait qu'une personne privée – le maître de l'ouvrage – a promis par contrat de prendre en charge des coûts et autres dépenses qui peuvent être occasionnés à la commune par des opérations d'urbanisme et qui sont la condition ou la conséquence d'un certain projet (cf. § 11 al. 1 n° 3 du BauGB). L'obligation de la commune de prendre en compte une proposition divergente de planification suggérée par le contrat peut alors être comprise comme étant la contrepartie de la promesse contractuelle du maître de l'ouvrage – surtout si cette promesse du maître de l'ouvrage rend possible un projet dont la planification serait autrement exclue pour des raisons financières ».

Par ailleurs, et plus fondamentalement, le système juridique allemand permet, par le biais de « plans de projet et d'équipements », d'adopter des règles spécifiques à un projet, qui en permettent la réalisation. Comme le relève notre collègue : « Dans ces cas, un investisseur privé prend l'initiative de la planification urbaine en proposant un projet à la commune qu'il est prêt à financer – y compris les coûts de planification –, mais seulement, si la commune accepte ses conditions (...) Le § 12 du BauGB donne donc à la commune des moyens d'accepter des « offres » d'investisseurs privés concernant des projets de construction assez précis en gardant un certain contrôle sur la planification et la réalisation du projet. Tandis qu'un plan de constructibilité « ordinaire » n'est qu'une « planification d'offre », dont il n'est pas certain que les personnes privées vont l'accepter en réalisant effectivement des projets conformes au plan au lieu de rester dans l'inaction, le plan de constructibilité de projet est un plan axé sur son exécution ». Dans cette hypothèse, pour un projet donné, l'opérateur va pouvoir proposer à l'administration de modifier les règles applicables, avec un dispositif original permettant de mettre à la charge de l'opérateur les frais liés à la modification de la règle d'urbanisme. Si l'on comprend bien ce qu'explique le rapport, les négociations ne donneront pas nécessairement lieu à un contrat, même si la conclusion d'un contrat est possible, mais il y aura un processus très formalisé de discussions et des engagements pris de part et d'autre.

Au Pays-Bas, il est admis que les autorités administratives s'engagent par voie contractuelle à prendre certaines décisions administratives. Ainsi, il existe une possibilité d'accords par lesquels un promoteur, porteur d'un projet, accepte de prendre en charge les coûts afférents à la modification de la réglementation d'urbanisme, la collectivité publique s'engageant, de son côté, à prendre les décisions requises et à le faire de manière rapide. On retrouve donc ici un

dispositif proche de celui déjà présenté pour l'Allemagne, à la différence qu'il y aura systématiquement, en définitive, la conclusion d'un contrat et non seulement des négociations encadrées.

En Italie, l'usage de l'instrument contractuel est très développé puisqu'il est prévu, de manière générale et depuis 1990, que l'administration pourra contracter avec des personnes privées pour déterminer le contenu des actes administratifs et qu'elle pourra substituer le contrat à l'acte administratif. Toutefois, cette règle ne vaut pas pour les règles générales, si bien que, comme le relève notre collègue, « la possibilité de conclure des accords en ce qui concerne la formation ou la modification des règles d'urbanisme est la plus délicate et controversée ». Il relève cependant que « certaines lois régionales les ont introduits », mais avec une force juridique limitée (v. *infra*). De manière générale, l'auteur considère qu'il existe une tendance générale au développement de la négociation en matière d'urbanisme, certains auteurs parlant « désormais d'un principe général de « négociabilité » de l'action administrative ».

En Suisse, c'est lors de l'élaboration d'un « plan de quartier », qu'une convention pourra être négociée et conclue entre l'opérateur et l'administration, prévoyant des obligations réciproques entre l'opérateur et la collectivité, notre collègue relevant que « l'entrée en vigueur de la convention est subordonnée à la condition suspensive de l'adoption du plan ». Par ailleurs, le droit suisse admet de manière large l'initiative privée pour l'adoption de règles d'urbanisme : « les propriétaires concernés peuvent prendre eux-mêmes l'initiative d'une procédure de plan de quartier (ou de plan de détail) et d'exercer de la sorte un rôle moteur dans l'élaboration de tels plans ».

Dans les systèmes qui admettent avec plus de difficulté l'usage de l'instrument négocié, comme par exemple le cas espagnol, il n'en demeure pas moins que l'initiative des personnes privées peut être prise en compte dans l'élaboration des documents d'urbanisme. Il apparaît ainsi qu'en Espagne, certaines réglementations de régions autonomes prévoient que les conventions portant sur la réalisation d'opérations d'aménagement engagent les parties et notamment la personne publique à la mise en œuvre d'une procédure de modification du plan d'urbanisme, sans nécessairement la lier quant au contenu de la règle.

b) Le contrat et les autorisations d'urbanisme

L'utilisation du contrat en matière d'autorisations d'urbanisme est plus variable. On relèvera, d'abord, que l'utilisation du contrat est générale dès lors qu'il s'agit de la réalisation d'opérations d'aménagement. Même la Grèce, dont le système juridique paraît le plus fermé à la reconnaissance d'un urbanisme contractualisé, connaît des contrats confiant l'exécution d'opérations d'aménagement. Ces contrats peuvent être plus ou moins réglementés et la question des contrats d'aménagement soulève également – on le voit dans les rapports – la délicate question des participations susceptibles d'être exigées de l'opérateur (v. le rapport anglais ou le rapport espagnol).

Au-delà de ce cas spécifique, la question se présente de deux manières : l'administration peut-elle s'engager contractuellement à délivrer une autorisation ? L'autorisation peut-elle prendre une forme contractuelle, le contrat remplaçant, dans ce cas, la décision unilatérale classique ?

L'Allemagne reconnaît la possibilité, dans certains cas, de l'utilisation du contrat en matière de délivrance d'autorisations : l'administration peut s'engager par contrat à édicter un permis de construire et le permis peut, en théorie, être délivré par voie contractuelle (notre collègue estimant toutefois qu'en pratique cela ne se retrouve pas : « Les administrations préfèrent clairement combiner les moyens d'actions contractuelles et unilatéraux, plutôt que de remplacer un acte administratif unilatéral par contrat »).

En Italie, non seulement l'administration peut s'engager par voie contractuelle à délivrer un permis de construire, mais celui-ci peut prendre une forme contractuelle. Comme on l'a déjà relevé, le droit italien reconnaît la possibilité pour l'administration, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une règle générale, de substituer un contrat à un acte unilatéral. L'auteur souligne que : « très souvent le permis de construire suit la conclusion d'une convention entre l'administration et le particulier, dans laquelle, notamment, le particulier accepte d'assumer certaines obligations pour obtenir une certaine *utilitas* ». La délivrance des permis de construire par voie contractuelle est encadrée par la loi, qui prévoit très précisément ses modalités de conclusion (v. rapport italien, *infra*).

D'après notre collègue, le recours au contrat est en pratique limité aux opérations d'une certaine envergure ou aux opérations présentant une certaine spécificité (il cite, à cet égard, les conventions de lotissement). Pour des permis de construire « ordinaires », le recours au contrat paraît moins adapté dans la mesure où il n'y a pas grand-chose à négocier. En toute hypothèse, l'utilisation du contrat n'est pas limitée à certaines zones du territoire : elle est possible partout.

Aux Pays-Bas, l'acte contractuel ne peut pas remplacer l'autorisation administrative : en revanche, l'administration peut s'engager à prendre une décision d'urbanisme et cet accord lie l'administration qui devra délivrer le permis (sur le fondement du principe de la confiance légitime). Ce type d'accord est très courant, notamment quand la délivrance de l'autorisation d'urbanisme nécessite une dérogation à la règle d'urbanisme : le constructeur négociera alors les termes de son exemption, avec la prise en charge financière du traitement de sa demande. D'après notre collègue, en pratique, cela s'applique aussi bien à des opérations d'envergure qu'à la construction d'un seul bâtiment, même s'il s'agit d'une simple maison. Là encore, ces possibilités de contractualisation ne sont pas réservées aux zones urbaines ou à certaines parties du territoire, elles sont envisageables partout.

La situation semble assez proche, quoique moins clairement organisée, en Suisse : l'autorisation d'urbanisme ne peut pas être délivrée par voie contractuelle, mais il semble admissible que la collectivité puisse s'engager par contrat, à certaines conditions, à prendre

une décision dans un sens déterminé. La solution n'a toutefois pas clairement été admise par la jurisprudence.

En Angleterre, l'utilisation du contrat en lien avec la délivrance de l'autorisation d'urbanisme paraît très développée mais elle joue de manière particulière. Le contrat ne remplace pas l'autorisation, mais lui est préalable : l'opérateur va prendre un certain nombre d'engagements (qui peuvent être des engagements financiers, l'engagement de réaliser des travaux ou l'engagement de ne pas utiliser telle ou telle partie de l'espace) pour obtenir le permis. Notre collègue souligne que l'utilisation de la voie négociée permet la délivrance d'autorisations qui n'auraient, sinon, pas pu être délivrées. Il s'agit pour la collectivité publique de conditionner l'octroi du permis et de tirer le meilleur parti possible de l'autorisation ainsi délivrée. Il existe toutefois un encadrement de ces possibilités, pour éviter les cas de corruption. Et en toute hypothèse, le contrat ne porte pas sur l'engagement de délivrer telle ou telle autorisation : l'administration ne peut contractuellement s'engager à utiliser ses pouvoirs unilatéraux dans tel ou tel sens. Il s'agit seulement de négocier préalablement certains aspects – tout particulièrement financiers – de l'autorisation qui pourra ensuite être délivrée ou non.

2• La portée de ces processus

La question qui se pose au regard de l'état de ces droits étrangers est de savoir quels effets déploient les engagements souscrits par les collectivités publiques. Les rapports nationaux sont plus ou moins complets sur cette question, qui n'a manifestement pas donné lieu à beaucoup de jurisprudence dans les Etats concernés. Il apparaît qu'au minimum les procédures de négociation qui peuvent être engagées, voire les conventions qui peuvent être conclues, auront des effets incitatifs. Mais le contrat peut aussi – et il constitue alors un véritablement engagement contractuel – être doté d'une force contraignante pour la collectivité publique.

a) Des effets incitatifs

Les effets incitatifs jouent surtout pour les processus de négociation qui peuvent être engagés. Il est relevé dans tous les rapports nationaux que les négociations que les collectivités publiques peuvent entamer avec des opérateurs privés, si elles n'ont pas nécessairement d'effets contraignants, auront, à tout le moins, des effets incitatifs. Elles pourront servir de guide ou d'inspiration pour des évolutions de la réglementation. Dans certains cas, comme en Suisse, ce sont d'ailleurs les opérateurs privés qui peuvent être à l'origine de l'adoption de la règle d'urbanisme.

On trouve également des cas dans lesquels c'est bien l'accord lui-même qui n'est doté que d'un effet incitatif, car il doit être repris dans un acte unilatéral : ainsi, s'agissant des accords que peuvent conclure les entités locales italiennes avec des tiers pour modifier la planification d'urbanisme, les textes applicables prévoient que ces accords « constituent une part intégrante

de l'instrument de planification », mais que leur force juridique est conditionnée par leur « confirmation » dans les prévisions du plan approuvé. Pour notre collègue : « l'accord doit être confirmé au moment de l'approbation du plan, donc il n'a pas l'effet de lier de manière définitive l'activité de l'administration. Cet accord ne produit pas l'effet naturel propre au contrat, même si l'administration ne pourra pas négliger la solution partagée sinon pour des raisons d'intérêt général dont elle devra donner une justification adaptée ».

b) Des effets juridiques liant la collectivité publique

Les contrats qui peuvent être conclus paraissent, dans la plupart des systèmes juridiques étudiés, être de véritables contrats et donc dotés d'une force juridique incontestable.

C'est le cas, en Italie, pour les accords passés pour la délivrance des autorisations d'urbanisme. L'administration est liée par l'accord passé et le titulaire « peut prétendre à son exécution selon les instruments propres au droit privé ». Notre collègue considère que dans l'hypothèse dans laquelle l'administration n'adopte pas un acte qu'elle se serait engagée à adopter, le particulier peut engager une action contre l'inertie de l'administration, qui permet au juge de condamner l'administration à adopter l'acte en cause dans un délai de trente jours et, si elle ne le fait pas, de nommer un commissaire *ad hoc* qui adoptera l'acte par substitution à l'administration. Par ailleurs, en cas de non-respect de l'accord, l'administration est tenue d'une responsabilité contractuelle pour les dommages causés.

S'agissant des engagements pris par l'administration de délivrer un permis de construire, le rapport allemand souligne que si le contrat ainsi conclu par l'administration est valide, « il en découle un droit du cocontractant de l'administration à l'édiction du permis de construire, doit qu'il peut faire valoir devant les juridictions administratives par l'action tendant à l'émission d'un acte administratif ». Là encore, on se trouve donc face à une obligation de faire pesant sur l'administration.

De même, aux Pays-Bas, les accords conclus par l'administration la lient et le cocontractant peut former deux types d'actions : une action en exécution et une action en indemnisation. Il semble toutefois que l'exécution en nature soit difficile à obtenir dans la mesure où on se trouvera le plus souvent face à des obligations de moyen et non de résultat et, surtout, parce qu'il sera difficile de faire prévaloir le principe de confiance légitime contre les intérêts de l'administration. Il est donc plus fréquent que la violation du contrat se traduise par une indemnisation.

c) En conclusion, cette approche de droit comparé, si elle ne prétend pas à l'exhaustivité, permet de dégager des tendances fortes :

- il est d'abord admis, de manière générale, que le domaine de l'urbanisme se prête particulièrement à la négociation entre l'administration et les opérateurs concernés. Cette

négociation est reconnue comme légitime dans tous les systèmes juridiques étudiés (le cas de la Grèce devant être mis à part puisque toute négociation semble y être exclue en matière d'urbanisme) ;

- cette négociation est souvent prévue par les textes et encadrée ;
- dans de nombreuses hypothèses, on dépasse le stade de la négociation pour admettre la conclusion de contrats, dotés d'une véritable force juridique.

Le recours à la négociation, voire l'usage du contrat, se retrouvent que l'on envisage la question de l'adoption et/ou de la modification de la règle ou la question de la délivrance des autorisations.

S'agissant de l'adoption/modification de la règle, les mécanismes les plus aboutis semblent être les dispositifs allemand et néerlandais qui permettent à un opérateur de présenter un projet et de négocier avec l'administration une modification de la norme permettant la réalisation dudit projet, moyennant une prise en charge intégrale des frais de confection de la nouvelle règle par cet opérateur. Il est évident que ce type de dispositif permet, en outre, à la collectivité publique d'influer sur le contenu du projet immobilier.

Pour les autorisations d'urbanisme, le dispositif qui va le plus loin dans la contractualisation est sans doute celui que l'on retrouve en Italie où les autorisations de construire peuvent être délivrées par contrat plutôt que par acte unilatéral. Dans d'autres systèmes juridiques (allemand, néerlandais), l'administration ne peut pas substituer le contrat à l'acte unilatéral, mais les opérateurs peuvent obtenir d'elle qu'elle s'engage contractuellement à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme. Un tel engagement permet sans doute de faciliter la réalisation des opérations immobilières et, notamment, de faciliter le financement bancaire de telles opérations.

- enfin, la plupart des systèmes juridiques ont institué des garanties pour éviter que l'usage du contrat n'entraîne une dépossession de l'administration de son pouvoir d'appréciation et ne favorise le développement de la corruption. Ces mécanismes peuvent tenir à un encadrement textuel strict des modalités de conclusion des contrats (v. le cas italien) ou à un contrôle poussé du juge sur la suffisante prise en compte de l'intérêt public (v. les rapports anglais et néerlandais).

Tableau synthétique

	Allemagne	Espagne	Grèce	Italie	Pays-Bas	Angleterre	Suisse
Contractualisation de la règle d'urbanisme	Non	Non	Non	Non. La contractualisation de l'acte administratif n'est pas possible pour les actes réglementaires	Non	Non	Non
Négociation et adaptation de la règle à un projet précis	Oui Mécanisme des « plans de projet et d'équipement », qui permettent d'adopter des règles spécifiques à un projet et qui en permettent la réalisation. Dans cette hypothèse, l'opérateur prend à sa charge les coûts liés à la modification de la règle	Non en principe : le principe qui prévaut est celui de l'impossibilité pour l'administration de renoncer à ses pouvoirs réglementaires, mais cela est variable selon les communautés autonomes.	Non	Non en principe, mais ce principe est en partie écarté par certaines lois régionales qui admettent que des plans d'urbanisme – actes unilatéraux – reprennent des engagements contractuels	Oui : il est possible à un opérateur de discuter et négocier avec l'administration pour faire évoluer la règle d'urbanisme afin de permettre la réalisation d'un projet. Les frais liés à l'évolution des documents d'urbanisme sont à la charge de	Non	Oui, dans le cadre des plans de quartier

					l'opérateur		
Contrat pour la délivrance d'une autorisation	Oui. L'administration peut s'engager par contrat à délivrer un permis	Non	Non	Sans objet (v. ci-dessous)	Oui Les engagements contractuels en vue de la délivrance d'une autorisation sont fréquents	Oui Le contrat permet tout particulièrement de négocier les termes financiers de l'opérations d'urbanisme. Mais le contrat est parallèle à l'autorisation, qu'il ne remplace pas	Oui, il semble, même si cela n'a pas été jugé, que l'administration puisse s'engager par contrat à prendre une décision
Autorisation par contrat	En théorie, cela est possible, mais cela ne se rencontre jamais en pratique	Non	Non Le contrat ne se rencontre en droit grec que pour les opérations d'aménagement	Oui. C'est la grande spécificité du droit italien que de permettre la substitution d'un contrat à l'acte administratif. Cela joue en matière d'urbanisme, notamment dans deux	Non	Non	Non

				hypothèses : les grosses opérations et les opérations spécifiques comme les lotissements			
Exécution du contrat par une obligation de faire	Oui, si le contrat est valide, il entraîne une obligation de faire pour l'administr ation	Sans objet	Sans objet	Oui, le juge dispose de la faculté de contraindre l'administrati on à prendre l'acte	Oui, l'exécution en nature existe en principe, mais elle est difficile à mettre en œuvre	Non	Pas tranché
Mise en jeu de la responsabi lité de l'administ ration	Oui	Sans objet	Sans objet	Oui	Oui, l'action en responsabili té est plus courante et plus facile à mettre en œuvre.	Oui	Oui

III. Comment peut-on avancer ?

Il apparaît de manière évidente que la nécessité de favoriser la réalisation d'opérations de construction et/ou d'aménagement impose que l'on réfléchisse au développement des procédés contractuels en matière d'urbanisme. On peut penser qu'au moins lorsqu'il s'agit de projets qui impliquent que des investissements importants soient effectués (notamment en étude, en indemnité de réservation ...) avant que toutes les décisions administratives nécessaires à leur réalisation ne soient prises, les opérateurs peuvent avoir besoin de garanties et que l'un des moyens de leur donner ces garanties lorsqu'elles apparaissent justifiées, est que la collectivité s'engage contractuellement à prendre les décisions indispensables pour permettre la réalisation du projet dont elle a défini les caractéristiques avec l'opérateur et, donc – puisque c'est ce à quoi cette manière de procéder aboutit – s'engage à indemniser l'opérateur du préjudice qui résulterait pour lui du fait que la collectivité serait amenée, pour des motifs d'intérêt général, à ne pas prendre ces décisions. Autrement dit, le principal

argument que l'on peut invoquer en faveur de cette solution est que tout permet de penser qu'il est temps d'organiser juridiquement le partenariat qui existe dans la réalité des faits entre les collectivités publiques sur les territoires desquelles des projets d'aménagement et/ou de construction d'une certaine importance doivent être réalisés et les opérateurs porteurs de ces projets. En outre, on l'a souligné, l'ambiguïté actuelle de notre droit sur la question présente des inconvénients importants, auxquels il paraît nécessaire de remédier. Il s'agit, d'ailleurs, d'une véritable demande des professionnels, qui souhaiteraient que le droit consacre enfin ce qui se passe dans la pratique. Peut être mentionnée, à ce titre, la proposition présentée par l'Ordre des géomètres experts dans un document intitulé « douze propositions pour 2012 » : *« le contrat correspond, davantage que la règle unilatérale, à la culture du projet urbain qui doit chercher à concilier la politique de développement d'une collectivité avec le porteur d'une opération d'aménagement. Plus concrètement, il s'agirait de conférer aux rares outils contractuels existants (le PUP et le partenariat privé) une véritable dimension urbaine normative en complément de leur objet initial, simplement opérationnel et financier »*. Dans le même sens, un groupe de travail constitué sous l'égide de l'observatoire régional du foncier en Ile-de-France a considéré qu'il convenait de « faire évoluer le PUP vers un contrat d'aménagement plus complet, embrassant les différents thèmes de l'aménagement »¹¹.

On observera, en dernier lieu, qu'il semble que les réflexions aient évolué sur cette question puisque le droit de l'urbanisme voit se développer des instruments de négociation entre collectivités publiques et opérateurs et que, de manière plus générale, le législateur n'hésite plus à parler d'urbanisme contractuel. L'étude d'impact de la loi ALUR est tout à fait parlante de ce point de vue indiquant, à propos des AFUP, que : « L'AFUP doit donc permettre de développer un **urbanisme contractuel entre propriétaires privés et collectivités** ».

Il convient naturellement de préciser d'emblée qu'il ne s'agit pas, ici, de prétendre que tout peut être sujet à négociation. Il est évident que la détermination du projet urbain, les partis pris d'aménagement doivent demeurer la prérogative de la collectivité publique. Mais dans le cadre des orientations générales définies par les pouvoirs publics, il paraît possible de laisser une place à la négociation, voire au contrat.

Quelles pourraient donc être les voies d'évolution ?

a) La solution la plus audacieuse serait que les personnes publiques puissent s'engager par contrat à prendre telle ou telle décision. La solution du droit italien, qui prévoit la possibilité de remplacer l'acte unilatéral par le contrat paraît trop éloignée de notre tradition juridique pour que l'on puisse imaginer la reprendre, du moins à ce stade. Il est en revanche possible d'imaginer - comme cela se retrouve dans d'autres systèmes étrangers - la conclusion d'un véritable contrat d'urbanisme portant sur l'exercice futur de pouvoirs unilatéraux. Le modèle pourrait être celui de la convention PUP, mais avec une dimension plus large, incluant une

¹¹ v. La relance de l'urbanisme opérationnel : quelles pistes d'innovation ?, ORF, juin 2014.

négociation sur les normes, voire l'engagement de prendre telle ou telle décision. Le recours au contrat pourrait d'ailleurs aussi se concevoir hors du cas particulier d'une convention financière comme l'est la convention PUP. Il conviendrait toutefois d'éviter un certain nombre d'écueils.

Il faudrait veiller à ce que le contrat ne tombe pas dans le champ des contrats de la commande publique, lequel est entendu largement par la Cour de justice de l'Union européenne. Pour cela, il conviendra de veiller à ce que le projet ne puisse être considéré comme conduisant à la réalisation d'un ouvrage « répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception » (selon la définition donnée du marché de travaux par la nouvelle directive Marchés publics du 26 février 2014). En d'autres termes, il faudra que l'opérateur immobilier soit bien à l'origine du projet et qu'il en conserve la maîtrise nonobstant la négociation conduite avec la personne publique. Ce point est évidemment particulièrement sensible et les collectivités publiques doivent prendre conscience des risques de requalification des contrats dans le cadre desquels elles auraient formulé des exigences trop précises. On peut rappeler, à cet égard, que le droit de l'Union européenne n'exige, pour qu'un contrat soit un marché public, ni que la personne publique exerce la maîtrise d'ouvrage, ni qu'elle devienne propriétaire des ouvrages construits. Le critère de qualification essentiel est le fait que l'ouvrage ou les travaux apparaissent comme répondant aux besoins, aux exigences de la collectivité. Tout risque de requalification ne pourra donc être écarté que si l'opérateur conserve l'entière maîtrise de son projet.

Par ailleurs, les obligations imposées pour les projets d'aménagement en matière de participation du public devront évidemment être respectées.

Enfin, il paraît nécessaire de prévoir un régime spécifique de ces contrats d'urbanisme : le champ du contrat devra être précisé – il est évident qu'il ne devrait pas être possible de déroger par contrat à des règles nationales comme, par exemple, la loi littoral -, de même que les incidences financières du non-respect des engagements devront être prévues, la collectivité publique pouvant, pour des motifs d'intérêt général, être obligée de revenir sur ses engagements. On pourrait également songer à mettre des garde-fous ou des contrôles renforcés pour lutter contre l'éventuelle tentation de corruption. On peut d'ailleurs relever, de ce point de vue, que la mise en place de négociations transparentes serait plus satisfaisante que ne l'est l'état actuel du droit qui permet, depuis l'ordonnance du 3 octobre 2013 relative au développement de la construction de logements (n°2013-889), d'importantes dérogations aux règles du PLU accordées par l'autorité compétente de manière discrétionnaire.

b) Une solution plus modeste serait de permettre expressément et d'encadrer formellement le processus de négociation entre opérateurs et collectivités publiques à propos d'un projet donné. Il s'agirait de prévoir que les dispositifs de modification des normes d'urbanisme, tels que la procédure intégrée pour le logement, ou les dispositifs comme celui mis en place par l'ordonnance d'octobre 2013 en matière de dérogations aux règles du PLU, soient précédés d'une négociation préalable, transparente. A titre d'exemple, on peut citer la proposition

d'amélioration du « mécanisme » PUP présenté lors de la préparation de la loi ALUR qui prévoyait : *« Les personnes susceptibles de réaliser une opération d'aménagement ou de construction qui, au regard de son objet, de sa localisation et de son importance, s'inscrit dans le projet urbain défini par le PLU, peuvent soumettre leur projet d'opération au président de l'EPCI compétent en matière de PLU ou, à défaut, au maire de la commune intéressée lorsque la réalisation de ce projet impliquerait des adaptations de la réglementation d'urbanisme ou la satisfaction de besoins d'équipements publics que le produit de la part communale ou intercommunale de la taxe d'aménagement pourrait ne pas suffire à couvrir.*

S'il estime, notamment au regard du projet urbain, que le projet d'opération doit être pris en considération, le président de l'EPCI compétent en matière de PLU ou, à défaut, le maire constitue un groupe de travail composé de représentants des personnes susceptibles de réaliser l'opération et de l'EPCI ou de la commune ; le groupe de travail examine les conditions de réalisation de l'opération notamment au regard de la réglementation d'urbanisme et des besoins d'équipements publics. Le président de l'EPCI rend compte des propositions du groupe de travail à l'organe délibérant de l'EPCI ou le maire, au conseil municipal ; l'organe délibérant de l'EPCI ou le conseil municipal se prononce sur l'opportunité de donner suite à ces propositions et, dans ce cas, de les porter à la connaissance du public ».

Cette négociation pourra éventuellement déboucher sur la conclusion d'un protocole, d'une convention, dans laquelle la personne publique pourra être amenée à souscrire un certain nombre d'engagements à l'égard de l'opérateur, lequel, en retour, acceptera de participer au financement des diverses études préalables. Le contenu d'une telle convention – variable selon les circonstances - pourrait notamment prévoir l'engagement de mettre en œuvre une procédure de modification du document d'urbanisme, l'engagement de délivrer les autorisations nécessaires dans l'hypothèse où la modification de la réglementation serait effectivement adoptée, des engagements sur les délais d'instruction des demandes d'autorisation, la prise en charge par l'opérateur du financement des études, des règles sur le partage de responsabilité ...

Une telle évolution ne supposerait pas de transformations importantes, sinon de mettre en place un cadre juridique spécifique. Ce dernier pourrait prévoir quelles seraient, d'un point de vue financier, les conséquences d'une rupture des négociations décidée par l'administration, ou du non-respect par cette dernière des résultats du dialogue engagé avec l'opérateur. A cet égard, les dispositions adoptées pour le certificat de projet pourraient servir de modèle : on y trouve des engagements de la personne publique sur des délais d'instruction et l'ordonnance de 2014 précise que : *« Dès lors qu'ils ont été de nature à lui porter préjudice, les mentions qui sont portées au certificat de projet et les engagements de délai qu'il comporte engagent la responsabilité de l'administration à l'égard de son titulaire ».* On précisera, sur ce point, que les collectivités publiques ne doivent pas craindre les conséquences financières de tels engagements. D'abord parce que, on l'a souligné, l'état actuel du droit n'est pas nécessairement plus protecteur : il existe des cas dans lesquels la responsabilité de la collectivité publique pour des promesses non tenues a été retenue et des indemnités non

négligeables ont dû être versées ; or, la formalisation du processus de négociation permettra d'encadrer les modalités de mise en jeu de la responsabilité publique. Par ailleurs, et surtout, offrir des garanties aux opérateurs leur permet de réaliser des investissements dans des conditions financières plus favorables et donc de lancer des opérations de construction qu'ils n'auraient pas nécessairement réalisées autrement. En d'autres termes, la sécurisation du cadre juridique devrait, en définitive, stimuler l'investissement dans le secteur et permettre de mieux répondre aux besoins en matière de construction. C'est d'ailleurs bien la raison pour laquelle le législateur a choisi de mieux garantir la situation des occupants domaniaux en leur permettant de bénéficier de titres constitutifs de droits réels, dont la remise en cause suppose une indemnisation par la personne publique. Par ce biais, les occupants ont pu constituer des garanties bancaires et donc réaliser d'importants investissements sur le domaine : en définitive, cela a été bénéfique pour les collectivités publiques et, de manière plus large, pour l'intérêt général. C'est le même objectif qui pourrait être poursuivi pour les opérations d'urbanisme.

Annexes

I. Questionnaire adressé aux collègues étrangers

II. Réponses

- 1. Allemagne**
- 2. Espagne**
- 3. Grèce**
- 4. Italie**
- 5. Pays Bas**
- 6. Royaume-Uni**
- 7. Suisse**

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme

Recherche conduite dans le cadre du GRIDAUH (<http://www.gridauh.fr/>)

1. Dans quelles hypothèses a-t-on recours au contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?

1.1 Nous souhaiterions savoir, principalement, si l'autorité administrative peut s'engager, contractuellement, à exercer sa compétence d'urbanisme dans un sens précis et, plus précisément :

- si elle peut s'engager par contrat à adopter ou à modifier une règle d'urbanisme,
- si elle peut s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme.

Si cela est possible, quelle est la sanction du non-respect par l'administration d'un tel engagement contractuel ?

1.2. L'autorité administrative peut-elle délivrer une autorisation d'urbanisme par voie contractuelle ? Le permis de construire, par exemple, peut-il prendre une forme contractuelle ?

Si cela est possible, cela change-t-il quelque chose à la nature des droits conférés au titulaire ? Aux recours susceptibles d'être formés contre cette autorisation ?

1.3. Pouvez-vous indiquer, également, si :

- * le recours au contrat est possible pour la réalisation d'opérations d'urbanisme (aménagement, rénovation urbaine ...) ?
- * le recours au contrat est possible pour l'établissement de taxes d'urbanisme ?

Merci de donner la vision la plus complète possible de l'utilisation de l'instrument contractuel en matière d'urbanisme dans votre système juridique.

2. Lorsque le recours au contrat est possible, ce contrat présente-t-il des particularités ? (dans son processus de formation, s'agissant des règles d'exécution ...)

3. Existe-t-il des limites juridiques à l'utilisation du contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?

4. A-t-on cherché à développer l'usage du contrat en matière d'urbanisme ?

5. Le recours au contrat est-il plus développé et/ou existe-t-il des contrats particuliers lorsque sont en jeu des opérations d'urbanisme entre personnes publiques ?

The use of contract in planning law

1. When is contract used in planning law in your legal system ?

1.1 We should like to know, mostly, if the public body is allowed to take a contractual engagement on the use of its planning law powers. More precisely :

- can the public body take a contractual engagement to adopt or modify a planning rule ?
- can the public body take a contractual engagement to deliver a planning authorisation ?

If this is possible, what are the legal consequences of the breach of this contractual engagement by the public body ?

1.2. Can a planning authorisation be delivered by contract ? For example, can the building permit be delivered by contract ?

If that is possible, does it make any difference regarding the rights conferred to the beneficiary ? Does it make any difference regarding the possibility for third parties to contest the permit ?

1.3. Can you also indicate if :

- contracts can be used for the realization of construction operation decided by the public body (urban renovation ...) ?
- contracts can be used for the determination and/or the payment of planning taxes ?

Thanks in advance to give the most complete overview as possible of the use of contracts in planning law in your legal system.

2. When the use of contract in planning law is possible, does this contract have some peculiarities ? (in the way it is concluded, regarding its execution ...)

3. Are there some legal limits on the use of contracts in planning law ?

4. Has the use of contracts in planning law been promoted ? Is there a trend in your legal system to develop the use of contract in planning law ?

5. Is the use of contracts more important and/or are there some specific contracts when the planning operation is just between public bodies ?

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme en Allemagne*

Recherche conduite dans le cadre du GRIDAUH (<http://www.gridauh.fr/>)

Ulrich Stelkens**

Le droit de l'urbanisme allemand est codifié dans le code fédéral d'urbanisme (*Baugesetzbuch – BauGB*)¹² – qui régit la planification urbaine et les opérations de rénovation urbaine – et dans les codes de construction des 16 Länder (*Landesbauordnungen*)¹³ qui règlent plutôt les exigences techniques et de sécurité des constructions, les pouvoirs de l'administration vis-à-vis des constructions illégales, le régime de délivrance du permis de construire et les cas, dans lesquels un tel permis est nécessaire.¹⁴ L'administration peut avoir recours au contrat dans ces deux domaines. Relèvent du le champ d'application des *Landesbauordnungen* p. ex. des contrats publics assez classiques, par lesquels l'administration dispense le maître de l'ouvrage de son obligation de construire des places de parking lors d'une construction, s'il s'engage en contrepartie à participer financièrement à la construction de parkings publics.¹⁵ On peut aussi citer des contrats portant sur l'enlèvement de pavillons dont la construction a enfreint le droit de l'urbanisme. Dans ce cas, les personnes privées s'engagent à enlever les pavillons avant une certaine date. En échange, l'administration en tolère l'utilisation jusqu'à cette date.¹⁶ Tous ces contrats sont des contrats au sens des §§ 54 et suivants de la loi sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*¹⁷). Ils sont alors des

* Pour les abréviations allemands dans ce texte : *BauGB* = Baugesetzbuch (Code d'urbanisme) ; *BGBI.* = Bundesgesetzblatt (journal officiel de la Fédération) ; *BGH* = Bundesgerichtshof (Cour Fédérale de Justice) ; *BGHZ* = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (recueil des décisions du BGH en matière de droit civil) ; *BVerwG* = Bundesverwaltungsgericht (Cour administrative fédérale) ; *BVerwGE* = Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (recueil des décisions du BVerwG) ; *DÖV* = Die Öffentliche Verwaltung (journal) ; *DVBl.* = Deutsches Verwaltungsblatt (journal) ; *GWB* = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions à la concurrence) ; *NVwZ* = Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (journal) ; *OLG* = Oberlandesgericht (tribunal civil supérieure) ; *ROG* = Raumordnungsgesetz (loi sur l'aménagement du territoire) ; *VergabeR* = Vergaberecht (journal) ; *VerwArch.* = Verwaltungsarchiv (journal) ; *VBIBW* = Verwaltungsblätter Baden-Württemberg (journal) ; *VwVfG* = Verwaltungsverfahrensgesetz (loi sur la procédure administrative non contentieuse) ; *ZfBR* = Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (journal).

** Professeur de droit public à l'université allemande des sciences administratives de Speyer ; Membre de l'Institut allemand de recherche sur l'administration publique (FÖV) de Speyer.

¹² Baugesetzbuch (*BauGB*) dans sa version consolidée du 23. 9. 2004 (BGBl I 2414), modifiée par l'art. 1 de la loi du 11. 6. 2013 (BGBl I 1548). Le *BauGB* (version en vigueur en 2003) a été traduit en français par *Anne Cathaly-Stelkens*, Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne, Les Cahiers du GRIDAUH N° 8 (2003).

¹³Pour consulter ces *Landesbauordnungen* cf. le catalogue sous http://www.saarheim.de/Gesetze_Laender/lbo_laender.htm.

¹⁴ V. *Gérard Marcou/Henri Jacquot*, Présentation, in : Le droit de l'aménagement du territoire et d'urbanisme en Allemagne, Les Cahiers du GRIDAUH N° 8 (2003), pp. 5 – 30 (p. 7 et pp. 23 ss.) ; *Matthias Rossi*, Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand, DAUH 2009, pp. 773 – 829 (774 s.) ; l'article de *Matthias Rossi* est aussi disponible sur <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/urbanisme-sans-frontieres/allemande/>.

¹⁵ V. p. ex *BVerwG*, 4. 2. 1966 – IV C 64/65 – *BVerwGE* 23, 213 ss. ; cf. aussi *Eberhard Schmidt-Aßmann/Walter Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2^{ème} éd. 1992, pp. 75 s.

¹⁶ V. p. ex. *Peter Arnold*, Die Arbeit mit öffentlich-rechtlichen Verträgen im Umweltschutz im Regierungspräsidium Stuttgart, *VerwArch.* 80 (1989), pp. 125 – 142 (132 ss.).

¹⁷ *Verwaltungsverfahrensgesetz* (loi sur la procédure administrative non contentieuse) dans sa version consolidée du 23. 1. 2003 (BGBl I 102), modifiée par l'art. 3 al. 1 de la loi du 25. 7. 2013 (BGBl I 2789).

contrats de l'administration soumis au droit public¹⁸ qui servent en quelque manière à aménager les rapports de droit public entre l'administration et le citoyen.¹⁹ Comme les exemples le montrent, de tels contrats ne sont pas des contrats d'urbanisme proprement dits, mais plutôt des contrats en matière de police de construction ayant pas un caractère planificateur. Nous ne reviendrons donc plus sur ces contrats dans la suite.

Nous ne traiterons pas non plus des contrats et des arrangements portant sur la planification des infrastructures spéciales, telles que les routes, les aéroports, les déchèteries, les centrales électriques etc. La construction des telles infrastructures n'est pas soumise aux règles du BauGB et des Landesbauordnungen, mais aux règles de la législation sectorielle. Bien sûr, la construction et l'existence de telles infrastructures ont un effet sur les questions d'urbanisme, mais elles sont soumises à une procédure spéciale en application des §§ 72 et suivants du VwVfG sur les procédures de l'approbation d'un plan (*Planfeststellungsverfahren*), qui aboutissent directement à l'autorisation du projet. La planification urbaine doit donc respecter les résultats de cette planification sectorielle (cf. § 38 du BauGB),²⁰ mais les procédures de planification dans la législation sectorielle sont assez différentes de procédures des planifications d'urbanisme prévus dans le BauGB, dont l'analyse nous amènerait trop loin du thème de notre exposé.

1. Les contrats d'urbanisme au sens du § 11 BauGB

En ce qui concerne le champ d'application du BauGB, le § 11 du BauGB traite explicitement les contrats d'urbanisme en stipulant :

§ 11²¹

Contrats d'urbanisme

(1) La commune peut conclure des contrats d'urbanisme. Un contrat d'urbanisme peut porter en particulier sur :

1. la préparation ou la réalisation d'opérations d'urbanisme par le cocontractant à ses propres frais ; cela inclut également les opérations de remembrement foncier, d'assainissement du sol et d'autres mesures préparatoires, la viabilisation par des équipements, susceptibles ou non de faire l'objet d'une contribution en vertu de la législation fédérale ou des Länder, l'élaboration des mesures de planification urbaine et, si nécessaire, du

Cette loi ne s'applique qu'aux services administratifs fédéraux. Mais les Länder ont adopté des lois identiques pour leurs administrations et les administrations communales. Pour consulter ces VwVfG des Länder cf. le catalogue sous http://www.saarheim.de/Gesetze_Laender/vwvfg_laender.htm. Une traduction française du VwVfG (version en vigueur au 14. 6. 2005) par *Christian Autexier/Anne Cathaly-Stelkens/Hélène Langlois* est disponible sous : <http://www.bijus.eu/?p=8064>.

¹⁸ V. pour le droit des contrats publics en Allemagne *Ulrich Stelkens/Hanna Schröder*, Allemagne/Germany, in: *Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens* (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, 2010, pp. 307 – 338. Pour les contrats au sens du §§ 54 ss. du VwVfG v. aussi *Christian Autexier*, *Introduction au droit public allemand*, 1997, n° 246 ss.; *Michel Fromont*, *Droit administratif des États européens*, 2006, pp. 315 ss.

¹⁹ *U. Stelkens/Schröder* (note 18), p. 309 s.

²⁰ Cf. *Carl-Heinz David*, *Le droit de l'urbanisme en Allemagne*, 1997, p. 6 (disponible sur <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/urbanisme-sans-frontieres/allemande/>).

²¹ Traduction sur la base de la traduction d'*A. Cathaly-Stelkens* (note 12).

rapport sur l'environnement ; la responsabilité de la commune pour la procédure d'élaboration du plan prévue par la loi n'est pas affectée ;

2. l'encouragement et la sauvegarde des objectifs poursuivis par la planification urbaine, en particulier l'utilisation des terrains, y compris au regard d'une limitation dans le temps ou d'une condition, la réalisation des mesures de compensation prévues au § 1a, al. 3, la prise en considération des intérêts du patrimoine de la construction, la couverture des besoins en logement de catégories de la population ayant des problèmes particuliers en matière d'accès au logement, ainsi que des besoins en logement de la population résidente de la commune ;
3. la prise en charge des coûts et autres dépenses occasionnés ou ayant été occasionnés à la commune par des opérations d'urbanisme et qui sont la condition ou la conséquence du projet prévu ; cela comprend aussi le fait de réserver des terrains ;
4. conformément aux objectifs et finalités au moyen des opérations de planification et d'urbanisme, l'édification et l'utilisation d'installations et d'équipements de la production, à la distribution, à l'utilisation ou au stockage centralisé ou décentralisé d'énergie, de chaleur ou de froid issues des sources d'énergie renouvelables ou de la cogénération ;
5. conformément aux objectifs et finalités au moyen des opérations de planification et d'urbanisme les exigences en matière de qualité énergétique des bâtiments.

Une commune peut également conclure des contrats d'urbanisme même avec une personne morale dans laquelle elle détient une participation.

(2) Les prestations convenues doivent être adéquates eu égard à l'ensemble des circonstances. Il n'est pas possible de convenir d'une prestation à la charge d'un cocontractant alors que celui-ci, même en son absence aurait droit à la contrepartie. Si le cocontractant supporte ou prend en charge des coûts et autres dépenses un apport propre de la commune n'est pas nécessaire sans préjudice de la phrase 1.

(3) Un contrat d'urbanisme doit revêtir la forme écrite, à moins que des règles de droit n'imposent une autre forme.

(4) La possibilité de conclure d'autres contrats d'urbanisme n'est pas affectée.

1.1. La prohibition des contrats garantissant un certain résultat de la planification urbaine

Le § 11 BauGB doit être lu dans le contexte du § 1 du BauGB, qui a confié la planification urbaine exclusivement aux communes. Cette planification se fait par l'élaboration des « plans directeurs d'urbanisme » (*Bauleitpläne*) selon les procédures prévues dans le BauGB. En gros, il existe deux types de plans directeurs d'urbanisme (§ 1 al. 2 du BauGB).²²

²² Cf. *Marcou/Jacquot* (note 14), pp. 26 ss. ; *Rossi* (note 14), pp. 786 ss.

- Le « plan d'utilisation des surfaces » (*Flächennutzungsplan*) qui couvre les espaces les plus vastes – souvent le territoire d'une commune toute entière – et qui (en général²³) n'a pas d'effets directs et n'est pas opposable aux tiers.
- Le « plan de constructibilité » ou de construction (*Bebauungsplan*) qui développe le plan d'utilisation des surfaces sur des territoires de plus petite taille. Sur les territoires qu'ils couvrent, les projets de construction sont autorisés sur la base de leurs dispositions, qui ont alors un effet direct. Ainsi, le § 10 al. 1 du BauGB dispose que le plan de constructibilité est adopté par la commune sous la forme d'un règlement municipal (*Satzung*), c.-à-d. que c'est le conseil municipal qui est responsable de cette décision.

Ainsi, les plans directeurs d'urbanisme élaborés selon des procédures prévues dans le BauGB ne sont pas des planifications simplement stratégiques mais des plans d'affectation des sols couvrant une commune toute entière, un quartier ou même seulement quelques terrains ou zones à bâtir. Ils définissent les sols constructibles et leur destination (habitat, artisanat, industrie etc.) et localisent les voies de circulation, les espaces verts etc.²⁴ En-dehors des parties agglomérées (cf. § 34 du BauGB), les constructions, qui ne sont pas prévues dans les plans directeurs d'urbanisme, ne peuvent pas – en général – être autorisées (cf. § 35 du BauGB).²⁵ Donc, la constructibilité d'un terrain dépend largement des dispositions et de l'existence de plans directeurs d'urbanisme concernant ce terrain. Cela explique l'intérêt (en principe légitime) de tous les propriétaires ainsi que des investisseurs potentiels à influencer le processus de planification et son résultat. Pourtant, en vertu du § 1 al. 3 du BauGB²⁶

« [L]es communes doivent élaborer des plans directeurs d'urbanisme, dès que et dans la mesure où cela est nécessaire pour le développement et l'aménagement urbains. Il n'existe pas de droit à l'établissement de plans directeurs d'urbanisme et de règlements d'urbanisme ; un tel droit ne saurait non plus être fondé par contrat. »

Le § 1 al. 3 phrase 3 du BauGB exclut ainsi explicitement toute disposition contractuelle obligeant la commune d'établir un plan directeur d'urbanisme ou de garantir certaines dispositions dans un tel plan. Cette règle doit garantir le principe clé du § 1 al. 7 du BauGB :

« Lors d'établissement des plans directeurs d'urbanisme, les intérêts publics et privés doivent être équitablement mis en balance, tant les uns par rapport aux autres qu'entre eux-mêmes. »²⁷

Le principe essentiel lors de l'établissement de plans directeurs d'urbanisme est alors le respect de « l'impératif de mise en balance » ou « l'impératif du bilan » (*Abwägungsgebot*)²⁸

²³ Pourtant, dans les dernières années le législateur a lié plusieurs conséquences juridiques directes aux plans d'utilisation des surfaces qui sont directement opposables aux tiers, v. sur ce développement *Jörn Bringewat*, Normenkontrolle von Darstellungen eines Flächennutzungsplans im Anwendungsbereich von § 35 III 3 BauGB, NVwZ 2013, pp. 984 – 987.

²⁴ *Marcou/Jacquot* (note 14), pp. 26 s.

²⁵ Pour le § 34 et le § 35 du BauGB cf. *Rossi* (note 14), pp. 807 ss.

²⁶ Traduction sur la base de la traduction d'*A. Cathaly-Stelkens* (note 12).

²⁷ Traduction par *A. Cathaly-Stelkens* (note 12).

²⁸ V. *Rossi* (note 14), pp. 791 ss.

par le conseil municipal. Ceci exclut toute disposition contractuelle qui garantirait un certain résultat déterminé de cette mise en balance. Ainsi, les contrats d'une commune, qui ne respectent pas § 1 al. 3 phrase 2 du BauGB, sont nuls²⁹ et les plans directeurs d'urbanisme qui sont élaborés sur la base de tels contrats sont considérés comme étant irréguliers, ce qui peut entraîner leur nullité (inexistence) selon les §§ 214 et suivants du BauGB.³⁰

1.2. *La licéité des contrats modifiant les intérêts devant entrer dans la mise en balance lors de la planification urbaine*

Même si le § 1 al. 3 phrase 3 du BauGB exclut toute disposition contractuelle obligeant la commune à établir un plan directeur d'urbanisme ou à garantir la présence de dispositions déterminées dans un tel plan, cela n'exclut pas que les intérêts publics et privés qui doivent être équitablement mis en balance lors de l'établissement des plans directeurs d'urbanisme puissent être influencés par contrat.³¹ Il n'est donc pas interdit d'influencer le cadre de la planification en modifiant les intérêts qui doivent être mis en balance et leur pondération.³² Ainsi, la conclusion d'un contrat peut avoir des conséquences juridiques sur les intérêts qui doivent être mis en balance : en effet, selon la jurisprudence de la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht – BVerwG*), le § 1 al. 7 du BauGB crée dans le chef des personnes privées des droits subjectifs à ce que leurs intérêts soient pris en compte correctement lors de la mise en balance.³³ Par conséquent, même s'il n'existe pas de droit à l'établissement de plans directeurs d'urbanisme, il peut exister des droits à la prise en compte des intérêts privés lors de la mise en balance. Pour qu'un intérêt privé doive être pris en compte lors de la mise en balance, il n'est pas non plus nécessaire qu'il s'agisse d'un intérêt d'une personne typiquement concerné par le résultat de la mise en balance, telle que les propriétaires des terrains concernés directement par le plan et ses dispositions.³⁴ Une commune peut ainsi être obligée de prendre en compte, lors de la mise en balance, le fait qu'une personne privée – le maître de l'ouvrage – a promis par contrat de prendre en charge des coûts et autres dépenses qui peuvent être occasionnés à la commune par des opérations d'urbanisme et qui sont la condition ou la conséquence d'un certain projet (cf. § 11 al. 1 n° 3 du BauGB). L'obligation de la commune de prendre en compte une proposition divergente de planification suggérée par le contrat peut alors être comprise comme étant la contrepartie de la promesse contractuelle du maître de l'ouvrage – surtout si cette promesse du maître de l'ouvrage rend possible un projet dont la planification serait autrement exclue pour des raisons financières.

²⁹ Cf. BGH, 28. 5. 1976 – III ZR 137/74 – BGHZ 66, 322 (327 s.); BGH, 8. 6. 1978 – III ZR 48/76 – BGHZ 71, 386 (389 s.) ; *Schmidt-Aßmann/Krebs* (note 15), pp. 88 ss.

³⁰ *Ulrich Stelkens*, « Hinkende » Verwaltungsverträge : Wirkungen und Rechtsnatur, DÖV 2009, pp. 850 – 858 (pp. 857) ; v. pour le système des conséquences de l'illégalité des plans directeurs d'urbanisme en général : *Rossi* (note 14), pp. 825 ss.

³¹ *Willy Spannowsky*, Die Zulässigkeit abwägungsdirigierender Verträge, ZfBR 2010, pp. 429 – 439 (pp. 431 ss.); *U. Stelkens* (note 30), pp. 853 ss.

³²Cf. BVerwG, 5. 7. 1974 – IV C 50.72 – BVerwGE 45, 309 (316 ss.); BVerwG, 29. 5. 1981 – 4 C 72/78 – DÖV 1981, 878 (879); BVerwG, 25. 11. 2005 – 4 C 15/04 – BVerwGE 124, 385 (390 ss.); *Hans-Jörg Birk*, Städtebauliche Verträge, 4^{ème} éd. 2002, n° 378 ss.

³³BVerwG, 24. 9. 1998 – 4 CN 2/98 – BVerwGE 107, 215 (220).

³⁴BVerwG, 24. 9. 1998 – 4 CN 2/98 – BVerwGE 107, 215 (219).

En regardant de plus près, chaque contrat, au sens du § 11 al. 1 du BauGB, a pour but d'influencer de telle manière la « mise en balance » au sens du § 1 al. 7 du BauGB ou – au moins – sur les conditions de la nécessité d'élaborer des plans directeurs d'urbanisme pour le développement et l'aménagement urbain au sens du § 1 al. 3 du BauGB.³⁵ C'est pour cette raison que le § 11 du BauGB ne concerne que les contrats avec les communes à l'exclusion des contrats avec les autorités administratives chargées de délivrer les permis de construire. En effet, ces autorités ne sont pas nécessairement les communes elles-mêmes,³⁶ mais des autorités administratives d'État où des autorités communales agissant au nom où sous la direction de l'État.³⁷

Les contrats au sens du § 11 du BauGB sont en général des contrats au sens du §§ 54 et suivants du VwVfG. Les règles générales de validité et d'exécution de tels contrats sont donc applicables.³⁸ On renverra ici, pour ce qui concerne le détail de ces règles, à d'autres ouvrages (en français).³⁹ Pourtant – selon la jurisprudence – certains types de contrats, qui pourraient considérés être qualifiés contrats au sens du § 11 du BauGB, sont toutefois considérés comme étant des contrats relevant du droit privé, surtout s'ils sont combinés avec le vente d'un terrain.⁴⁰

1.3. L'application du § 11 BauGB dans le champ d'application des §§ 136 et suivants du BauGB

Le deuxième chapitre du BauGB (§§ 136 et suivants du BauGB) prévoit des règles concernant les opérations de rénovation, de développement urbain et de conservation des certains quartiers, lesquelles sont plus au moins prises en charge par les communes elles-mêmes.⁴¹ Le BauGB prévoit ici p. ex. des injonctions de bâtir, de moderniser et de réhabiliter etc. ainsi que p. ex. des plans sociaux (cf. §§ 175 et suivants du BauGB). Ces règles prévoient aussi la coopération avec des entreprises privées sur la base de contrats au sens du § 11 BauGB (cf. §§ 145 al. 2, 146 al. 3, 159 al. 2, 164a al. 3, 165 al. 3, 171c BauGB). Ainsi, le recours au contrat est aussi possible en matière de rénovation urbaine. Pourtant, toute les règles du deuxième chapitre du BauGB sont toutefois assez complexes et forment une matière très spéciale. L'action contractuelle des communes dans ce cadre ne peut pas être décrite en plus précisément sans entrer dans les détails des §§ 136 et suivants du BauGB en général, ce qui n'est possible que dans le cadre de cet article.⁴²

³⁵ Cf. Rossi (note 14), pp. 792 ss. ; pour des détails Spannowsky (note 31), pp. 434 ss.

³⁶ Cf. David (note 20), pp. 22 s.

³⁷ Cf. pour cette sorte de tâches communales Autexier (note 18), n°181.

³⁸ Cf. Spannowsky (note 31), pp. 433 ss.

³⁹ U. Stelkens/Schröder (note 18), pp. 322 ss., 326 ss., 329 ss.; v. aussi Autexier (note 18), n°249 ss. ; Fromont (note 18), pp. 313 ss.

⁴⁰ Pour les critères de l'identification du régime juridique des contrats publics en Allemagne, c.-à-d. la question de savoir si un contrat de l'administration est soumis au droit privé ou au régime des §§ 54 ss. du VwVfG v. U. Stelkens/Schröder (note 18), pp. 320 ss.

⁴¹ Cf. Marcou/Jacquot (note 14), pp. 28 ss. ; Rossi (note 14), pp. 819 ss

⁴² Pour aller plus loin Arno Bunzel/Diana Coulmas/Gerd Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 3^{ème} éd. 2007, 2007, pp. 253 ss. ; Michael Krautzberger, Stadterneuerung und Stadtentwicklung durch Private?, DVBl. 2008, pp. 337 – 344.

1.4. Les contrats et les taxes d'urbanisme

En général, toute modification des obligations relevant du droit des impôts et des taxes par contrat entre le contribuable et l'administration est exclue en Allemagne⁴³ pour garantir le principe fondamental de l'égalité des contribuables devant la loi. Ainsi, les contrats modifiant directement les dettes fiscales liées aux impôts ou taxes exigibles selon les procédures prévues par la loi ne sont pas possibles – y compris en matière de taxes d'urbanisme. Il est possible, toutefois, que le maître d'ouvrage prenne à sa charge la réalisation d'opérations d'urbanisme – telles que la viabilisation des terrains (cf. § 123 et suivants du BauGB) à ses propres frais, même si « normalement » ces opérations devraient être effectuées par la commune elle-même et feraient alors objet d'une contribution (v. § 11 al. 1 n°1 du BauGB).⁴⁴ Dans ces cas, la commune ne peut évidemment pas demander une contribution pour ces opérations ni de la part du maître d'ouvrage ni de la part d'autres personnes, telles que les propriétaires des terrains dans une zone à bâtir déterminée. En principe, de tels contrats ont alors pour effet d'exclure le champ d'application des règlements sur les taxes d'urbanisme : il n'existe tout simplement plus d'opérations dont les coûts peuvent être répercutés sur les contribuables sous forme de taxes communales. La question de savoir si le maître d'ouvrage peut répercuter ces coûts sur d'autres personnes – p. ex. sur les acheteurs des terrains viabilisés et équipés par le maître d'ouvrage – est une question qui doit être réglée par contrat (de droit privé) entre le maître d'ouvrage et ces personnes.

1.5. Les contrats d'exécution des plans de projets et d'équipement au sens du § 12 du BauGB

Le principe du § 1 al. 3 phrase 2 du BauGB est atténué dans le cas du § 12 du BauGB, qui est assez difficile à comprendre parce qu'il parle de deux sortes différents de plans qui sont désignées par des mots assez similaires. Le § 12 BauGB dispose (c'est nous qui soulignons et commentons):

§ 12⁴⁵

§
Plan de projets et d'équipement

(1) La commune peut, par un *plan de constructibilité de projet*⁴⁶, déterminer la licéité de projets, lorsque le maître de l'ouvrage est, sur la base d'un plan arrêté en accord avec la commune (*plan de projets et d'équipement*⁴⁷), disposé à réaliser ces projets et opérations d'équipement, il en est qu'en mesure de le faire et qu'il s'engage, avant l'intervention de la

⁴³ V. U. Stelkens/Schröder (note 18), p. 310.

⁴⁴ Cf. aussi David (note 20), pp. 30 s.

⁴⁵ Traduction sur la base de la traduction d'A. Cathaly-Stelkens (note 12).

⁴⁶ « *Vorhabenbezogener Bebauungsplan* » : Un « plan de constructibilité » (*Bebauungsplan*) établie sous le régime spécial du § 12 du BauGB.

⁴⁷ Le « plan des projets et d'équipement » (*Vorhaben und Erschließungsplan*) n'est pas un plan directeur d'urbanisme, mais plutôt un concept servant de base pour le « plan de constructibilité de projet », ce qui est exprimé dans § 12 al. 3 du BauGB, v. Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, Baugesetzbuch – BauGB, 11^{ème} éd. 2011, § 12 n° 5. Pourtant, l'existence d'un plan des projets et d'équipement est une condition nécessaire de la légalité du plan de constructibilité de projet : il est indispensable, v. Michael Oerder, Praktische Probleme beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan nach § 12 BauGB, pp. 744 – 755 (pp. 749 s.).

décision d'adoption prévue au § 10 alinéa 1^{er}⁴⁸, à les réaliser dans un certain délai et à prendre en charge, en totalité ou en partie, les coûts de planification et d'équipement (contrat d'exécution). [...].

(2) À la demande du maître d'ouvrage, la commune est tenue de statuer en due discrétionnarité sur l'ouverture de la procédure du plan de constructibilité. [...].

(3) Le plan de projets et d'équipement est incorporé au plan de constructibilité de projet. [...].

(3a) et (4) [...].

(5) Un changement dans la personne du maître de l'ouvrage requiert l'approbation de la commune. L'approbation ne peut être refusée que s'il y a lieu de croire que ce changement compromet la réalisation du plan de projets et d'équipement dans le délai visé à alinéa 1^{er}.

(6) Si le plan de projets et d'équipement n'est pas réalisé dans le délai visé à alinéa 1^{er}, la commune doit normalement abroger le plan de constructibilité. Le maître de l'ouvrage ne peut invoquer à l'encontre de la commune aucune prétention au titre de cette abrogation. [...].

Ainsi, le § 12 du BauGB permet à la commune de réaliser le projet d'une personne privée, à savoir le maître d'ouvrage, par des plans de construction taillés sur mesure pour les besoins de celui-ci. Le § 12 du BauGB permet en principe à la commune de faire face à une situation de « c'est à prendre ou à laisser ». Dans ces cas, un investisseur privé prend l'initiative de la planification urbaine en proposant un projet à la commune qu'il est prêt à financer – y compris les coûts de planification –, mais seulement, si la commune accepte ses conditions. Normalement, une commune ne peut guère politiquement refuser une telle offre, surtout si elle n'a pas les moyens permettant une planification urbaine classique. Dans une telle situation, le contrat d'exécution – lui aussi un contrat au sens des §§ 54 et suivants du VwVfG⁴⁹ – et la possibilité d'abroger le plan de constructibilité sont censés donner à la commune au moins une certaine garantie que le projet sera finalement réalisé dans des délais précis aux frais du maître de l'ouvrage après que la commune aura rempli ses obligations. Le § 12 du BauGB donne donc à la commune des moyens d'accepter des « offres » d'investisseurs privés concernant des projets de construction assez précis en gardant un certain contrôle sur la planification et la réalisation du projet. Tandis qu'un plan de constructibilité « ordinaire » n'est qu'une « planification d'offre », dont il n'est pas certain que les personnes privées vont l'accepter en réalisant effectivement des projets conformes au plan au lieu de rester dans l'inaction, le plan de constructibilité de projet est un plan axé sur son exécution.⁵⁰ Par ailleurs, le plan de constructibilité de projet n'a pas d'autres conséquences juridiques qu'un plan de constructibilité « ordinaire ».⁵¹ Il n'autorise pas un

⁴⁸ Il s'agit de la décision du conseil municipal d'adopter le plan de constructibilité en forme de règlement municipale.

⁴⁹ *Battis/Krautzberger/Löhr* (note 47), § 12 n° 13; *Michael Krautzberger*, Städtebauliche Verträge in der praktischen Bewährung, UPR 2007, pp. 407 – 414 (p. 412).

⁵⁰ *Thomas Burmeister*, Der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, VBlBW 2002, pp. 245 – 251 (p. 245); *Krautzberger* (note 49), pp. 410 ss.

⁵¹ Pour une critique *Wilfried Erbguth*, Bauleitplanung und private Investitionen, VerwArch. 89 (1998), pp. 189 – 219 (pp. 206 ss.).

projet précis directement, mais décide de sa licéité et permet son autorisation par un permis de construire, si un tel permis est nécessaire.⁵²

1.6. La formation des contrats d'urbanisme

En ce qui concerne la procédure de formation des contrats d'urbanisme conclu dans le cadre du § 11 et du § 12 du BauGB, ce sont en principe les règles codifiant des principes de « bonne administration » des §§ 9 et suivants du VwVfG qui s'appliquent – au moins dans les cas dans lesquels ces contrats sont considérés comme étant des contrats de droit public au sens des §§ 54 et suivants du VwVfG.⁵³ Ce qui pose souvent beaucoup de problèmes, c'est la question de savoir dans quelles situations les règles des §§ 97 et suivants du loi contre les restrictions à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB),⁵⁴ qui transposent les directives communautaires concernant les marchés publics,⁵⁵ peuvent être applicables aux contrats, au sens du § 11 et § 12 du BauGB, par lesquels le maître de l'ouvrage se voit imposer une obligation de construire en combinaison avec la vente d'un immeuble par une commune. À vrai dire, personne n'a jusqu'à aujourd'hui trouvé de solution convaincante pour harmoniser les exigences des §§ 97 et suivants GWB avec celles des §§ 54 et suivants du VwVfG ou pour déterminer quels sont les tribunaux compétents pour ces marchés.⁵⁶ Pour les contrats au sens du § 11 du BauGB, le législateur allemand a voulu trancher l'affaire en précisant la définition nationale du marché public au § 99 GWB (cette disposition détermine dans quels cas les §§ 97 et suivants GWB sont applicables) ; mais il est évident que le dernier mot sur cette question incombe à la CJUE. L'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal civil supérieure) a introduit une procédure en application de l'art 267 TFUE afin de savoir dans quelles conditions des contrats d'urbanisme peuvent être des concessions de travaux publics au sens de l'art. 1 al. 2 de la directive 2004/18/CE.⁵⁷ La réponse de la CJUE retient d'une définition assez restreinte des concessions de travaux publics au sens dudit article.⁵⁸ Néanmoins, cette réponse ne résout pas tous les problèmes du droit applicable au choix du cocontractant en matière de contrats d'urbanisme en droit allemand.⁵⁹

2. Les contrats et l'autorisation d'urbanisme : le permis de construire par contrat ?

2.1. Les cas envisageables de recours au contrat dans la procédure de permis de construire

⁵² V. Rossi (note 14), p. 795.

⁵³ U. Stelkens/Schröder (note 18), p. 322.

⁵⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi contre les restrictions à la concurrence) dans sa version consolidée du 15. 7. 2005 (BGBl I 2114 ; 2009 I 3850), modifiée par l'art. 2 al. 78 de la loi du 7. 8. 2013 (BGBl. I, 3154).

⁵⁵ Pour la transposition des directives communautaires concernant les marchés publics en Allemagne cf. U. Stelkens/Schröder (note 18), pp. 318 ss. ; Schröder/U. Stelkens, Le contentieux des contrats publics en Europe – Allemagne, in: rfd a 2011, pp. 16 – 24 (pp. 18 s.)

⁵⁶ Cf. Ulrich Stelkens, in : Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (dir.), VwVfG, 8^{ème} éd. 2014, §§ 54 n° 186 ss.

⁵⁷ OLG Düsseldorf, 2. 10. 2008 – VII-Verg 25/08 – NZBau 2008, 727 ss.

⁵⁸ CJUE, 25. 3. 2010 – affaire C-451/08 – n° 34 ss. – Helmut Müller GmbH (Rec. 2010, p. I-2673).

⁵⁹ Pour aller plus loin v. Olaf Otting, Vergaberecht und Städtebau, VergabeR 2013, pp. 343 – 352 – et les références chez U. Stelkens (note 56), § 54 n° 194 ss.

La réponse à la question de savoir si l'autorité administrative peut s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme relève en principe du champ d'application du droit des Länder. Les *Landesbauordnungen* déterminent quels sont les projets qui requièrent un permis de construire, ainsi que les modalités de la procédure de permis de construire. Ainsi, les contrats intervenant en la matière ne sont pas des contrats au sens du § 11 du BauGB, mais seulement des contrats au sens des §§ 54 et suivants des VwVfG des Länder. En outre, la question du « permis de construire par contrat » ne se pose évidemment que si le maître d'ouvrage a besoin d'un tel permis pour mettre en œuvre son projet. Depuis 20 ans environ, les législateurs des Länder n'ont toutefois réduit le champ d'application des régimes d'autorisation dans leurs *Landesbauordnungen*.⁶⁰ Quand une telle autorisation n'est plus nécessaire, le maître de l'ouvrage porte alors seul le risque de la conformité de son projet aux plans directeurs d'urbanisme et autres règles en matière d'urbanisme et de construction.⁶¹ Dans ces circonstances, les contrats ne pouvaient plus avoir pour but que de transférer ce risque au moins partiellement à l'administration, ce qui était contraire à la volonté du législateur. Ainsi, il ne reste aucune marge pour des contrats avec l'administration.

De l'autre côté, lorsqu'un permis de construire est encore nécessaire, ce permis doit être obligatoirement délivré si le projet est conforme aux plans directeurs d'urbanisme et aux autres dispositions législatives dont le respect est contrôlé dans la procédure de permis de construire. Dans ces conditions, l'autorité administrative ne possède donc aucun pouvoir discrétionnaire qui lui permettrait de poursuivre des objectifs d'urbanisme propres. Le recours au contrat n'a alors aucun intérêt pour le maître d'ouvrage : c'est aussi pour cette raison que le § 56 al. 2 du VwVfG dispose, qu'il n'est pas possible de convenir d'une prestation à la charge d'un cocontractant alors que celui-ci, même en son absence aurait droit à la contrepartie.

Outre les cas – rares – d'une transaction au sens du § 55 du VwVfG dans une procédure de permis de construire⁶², un recours au contrat dans le cadre d'une procédure de permis de construire ne peut alors être intéressant que dans les cas où l'autorité administrative peut décider discrétionnairement de la délivrance du permis de construire. Ce n'est possible que si le projet n'est pas conforme aux règles des plans directeurs d'urbanisme mais peut, à titre exceptionnel, être autorisé si les grandes orientations de la planification ne sont pas affectées et si l'exception est défendable pour des motifs d'urbanisme (cf. § 31 du BauGB⁶³). Dans de telles situations, on peut envisager des contrats, dans lesquels le maître d'ouvrage promet une prestation permettant de résoudre les problèmes susceptibles de naître d'une telle exception.⁶⁴ Le même résultat peut toutefois être en général atteint également en assortissant le permis de construire de dispositions annexes au sens du § 36 du VwVfG,⁶⁵ ce qui est souvent beaucoup plus facile pour l'administration. En général, les conditions de validité et les conséquences d'irrégularités d'un contrat au sens du § 54 du VwVfG sont beaucoup moins prévisibles que

⁶⁰ Cf. pour les différents règles dans les Länder: *Klaus Finkelnburg/Karsten Michael Ortloff/Christian W. Otto*, *Öffentliches Baurecht – Band II*, 6^{ème} éd. 2010, pp. 92 ss.

⁶¹ *U. Stelkens* (note 56), § 35 n° 37

⁶² Les transactions permettant d'éliminer une « incertitude » sont possibles dans les conditions assez strictes du § 55 du VwVfG qui est applicable dans chaque procédure administrative non contentieuse, v. *Autexier* (note 18), n°248.

⁶³ Cf. pour § 31 du BauGB *Rossi* (note 14), pp. 806 ss.

⁶⁴ Cf. *Schmidt-Aßmann/Krebs* (note 15), pp. 76 ss.

⁶⁵ Cf. pour la fonction et les conséquences des dispositions annexes v. *Autexier* (note 18), n°243 ss.

les conditions de validité et les conséquences d'irrégularités des actes administratifs unilatéraux individuels,⁶⁶ ce qui aboutit souvent à une certaine réticence de l'administration (et de l'administré informé) vis-à-vis du contrat, quand le même résultat peut être atteint par l'édition d'un acte administratif classique.

2.2. *Les conséquences des contrats obligeant l'autorité administrative à édicter un permis de construire*

Néanmoins, on peut citer des cas dans lesquels l'administration s'est engagée par contrat d'édicter un permis de construire.⁶⁷ Si un tel contrat est valide, il en découle un droit du cocontractant de l'administration à l'édition du permis de construire, droit qu'il peut faire valoir devant les juridictions administratives par l'action tendant à l'émission d'un acte administratif (*Verpflichtungsklage*).⁶⁸ En plus, il semble assez largement admis, que le permis de construire édité en exécution d'un tel contrat ne doit pas être nécessairement considéré comme nul ou inexistant seulement parce que le contrat lui-même est irrégulier ou nul.⁶⁹ La question clé dans ces situations est de savoir dans quelles circonstances l'illégalité du contrat aboutit directement à l'illégalité du permis de construire, ce qui dépend des raisons de l'illégalité du contrat.⁷⁰ Jusqu'à aujourd'hui, aucune jurisprudence claire ne s'est pas établie en la matière. Il semble toutefois incontesté que les droits des tiers ne sont pas atténués par le contrat si ce tiers ne sont pas partis au contrat. Ainsi, un tiers peut agir contre un permis de construire illégale indépendamment si l'administration est obligé de l'édicter en poursuivant une obligation contractuelle vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

2.3. *Le permis de construire par contrat ?*

Dans les cas, dans lesquels une obligation contractuelle d'édicter un permis de construire est envisageable, la disposition du § 54 phrase 2 du VwVfG permet en principe de délivrer un tel permis de construire par voie contractuelle : En effet, le § 54 du VwVfG dispose⁷¹ :

« Un rapport de droit dans le domaine du droit public peut être fondé, modifié ou supprimé par contrat (contrat de droit public), sauf règles de droit contraires. En particulier, l'autorité administrative peut, au lieu d'édicter un acte administratif, conclure un contrat de droit public avec celui auquel elle aurait, sinon, destiné l'acte administratif. »

Pourtant, une telle construction contractuelle n'a pas cours en pratique.⁷² Les administrations préfèrent clairement combiner les moyens d'actions contractuelles et unilatéraux, plutôt que

⁶⁶ U. Stelkens/Schröder (note 18), pp. 326 ss. ; pour une comparaison avec le droit des contrats publics français : Ulrich Stelkens, « Pacta sunt servanda » im deutschen und französischen Verwaltungsvertragsrecht, DVBl. 2012, pp. 609 – 615 (pp. 610 ss.).

⁶⁷ Cf. Schmidt-Aßmann/Krebs (note 15), pp. 72 ss.

⁶⁸ Cf. Autexier (note 18), n° 333 et s.

⁶⁹ Pour aller plus loin Georg Butterwegge, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt*, 2001, pp. 87 ss.

⁷⁰ Pour plus des détails U. Stelkens (note 30), p. 857 ; v. aussi Hartmut Bauer, *Verwaltungsverträge*, in : Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (dir.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2^{ème} éd. 2012, § 36 n° 81 s.

⁷¹ Traduction par Autexier/Cathaly-Stelkens/Langlois (note 17).

⁷² V. Günter Püttner, *Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger*, DVBl. 1982 pp. 122 – 126 (124).

de remplacer un acte administratif unilatéral par contrat.⁷³ C'est probablement dû au fait que les règles des §§ 54 et suivants du VwVfG ne sont en général pas très réussies en ce qui concerne les conséquences des contrats de droit public et leur relation avec les procédures administratives prévues dans la législation sectorielle, lesquelles sont souvent clairement axées sur l'édition d'un acte administratif unilatéral, si bien qu'il est difficile d'imaginer comment un tel acte administratif pourrait être remplacé totalement par un contrat⁷⁴ et quels effets une telle substitution aurait sur le plan de la procédure, du contentieux et vis-à-vis des tiers.

3. *Les contrats d'urbanisme entre les personnes publiques*

En matière d'urbanisme il n'existe pas un régime spécial concernant la collaboration entre des personnes publiques. Pourtant, le § 2 al. 2 n° 2 phrase 3 de la loi sur l'aménagement du territoire (Raumordnungsgesetz – ROG)⁷⁵ dispose :

« Afin de promouvoir et de développer l'ensemble du territoire et de ses parties il faut encourager les coopérations à l'intérieur des régions et entre les régions, lesquelles coopérations sont possibles sous de multiples formes, y compris sous la forme de partenariats ville – campagne »

Cette disposition implique une coopération et une collaboration étroite entre les différentes personnes publiques chargées de l'aménagement du territoire, ce qui est concrétisé par le § 13 du ROG. Le § 2 al. 2 n° 2 phrase 3 et le § 13 al. 2 n° 1 du ROG impliquent aussi une collaboration entre les communes lors de l'élaboration des plans directeurs d'urbanisme. De telles coopérations sont aussi possibles sous forme des contrats au sens des §§ 54 et suivants du VwVfG⁷⁶ et du § 11 du BauGB. Pourtant, le BVerwG a décidé, que de tels contrats doivent, eux aussi, respecter le principe du § 1 al. 3 du BauGB (v. supra 1.1.). Ainsi, une commune ne peut pas s'engager par contrat auprès de la commune voisine de changer ou de ne pas changer des plans directeurs d'urbanisme.⁷⁷ Cela laisse à penser que l'on peut déduire de cet arrêt que les limites de l'action contractuelle en matière d'urbanisme présentés ci-dessus (qui ont été établis en principe pour les rapports entre les communes et les maîtres d'ouvrage privés) s'appliquent directement aux contrats entre les communes et autres personnes publiques – même s'il faut admettre que cette question n'est pas très discutée.

Cela peut s'expliquer par le fait que l'influence des Länder sur les planifications urbaines de leurs communes s'exerce d'abord et surtout par les moyens du ROG et les lois de la planification régionale des Länder. En effet, les plans directeurs d'urbanisme doivent être adaptés aux objectifs d'aménagement du territoire (§ 1 al. 4 du BauGB) qui sont élaborés par

⁷³ Cf. *Bauer* (note 70), § 36 n° 81.

⁷⁴ Cf. *Ulrich Stelkens*, Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrenrecht, in : Hermann Hill/Karl-Peter Sommermann/Ulrich Stelkens/Jan Ziekow (dir.), 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, 2011, pp. 271– 295 (pp. 280 ss.).

⁷⁵ Raumordnungsgesetz du 22. 12 2008 (BGBl I 2986), modifiée par l'art. 9 de la loi du 31. 7. 2009 (BGBl I 2585).

⁷⁶ *Spannowsky* (note 31), pp. 430 s.

⁷⁷ BVerwG, 28. 12. 2005 – 4 BN 40/05 – NVwZ 2006, pp. 458 s.

les Länder sur la base du ROG.⁷⁸ L'autre moyen d'influence des Länder sur la planification urbaine est plus indirect mais pas moins effective, à savoir l'influence exercée par les programmes de financement de certains projets de développement urbaine. Dans de tels cas les communes peuvent demander une participation (importante) du Land au financement de certains projets d'urbanisme si ce projet correspond au programme de financement élaboré par le Land préalablement. Toutefois, dans ces cas là, l'arrangement du financement entre le Land et la commune ne fait pas l'objet d'une convention/d'un contrat mais plutôt d'un acte administratif unilatéral du Land notamment quand il s'agit d'une contribution à fonds perdus.⁷⁹ Ceci s'explique également par le fait que la récupération de l'aide en cas de l'utilisation inadéquate ou peu économique des ressources par la commune est beaucoup plus facile pour le Land quand l'octroi du fond est fait par un tel acte administratif.⁸⁰

4. Le contrat d'urbanisme comme « contrat de référence » en matière de droit des contrats publics en Allemagne

Alors que dans autres pays européens la notion du contrat public coïncide plus ou moins avec celle de marché public,⁸¹ le concept du contrat public en Allemagne est profondément influencé par les §§ 54 et suivants du VwVfG dont les exemples clés ont toujours été les contrats d'urbanisme.⁸² Ce dernier est ainsi le « contrat de référence » en matière de droit des contrats publics au sens des §§ 54 et suivants du VwVfG.⁸³ Ceci est un peu paradoxal, parce qu'il s'avérait juste en matière de contrats d'urbanisme, que les §§ 54 et suivants du VwVfG sont plutôt mal conçues. En effet, la codification du droit des contrats publics dans ces règles assez abstraites n'a pas vraiment aidé le développement de l'action contractuelle de l'administration en matière d'urbanisme. On peut donc dire qu'en Allemagne le recours au contrat – souvent avec succès – en matière d'urbanisme n'a pas lieu en raison, mais en dépit des §§ 54 et suivants du VwVfG.⁸⁴

Ainsi, c'est surtout la pratique qui a développé les différents modèles du contrat d'urbanisme qui n'étaient qu'approuvés par le législateur explicitement et ultérieurement. Dans ce contexte, la situation spéciale dans le territoire de l'ex-RDA après la réunification jouait aussi un rôle important. En principe, le droit de l'urbanisme ouest-allemand a été repris pour les mesures de reconstruction en ex-RDA en 1990 ; mais la mise en œuvre de ces règles aux territoires des nouveaux Länder était presque impossible à cause d'un manque de savoir-faire à l'échelon communal (et du Land), d'un manque de moyens financiers et des situations de propriété non encore clarifiées. La pratique a donc développé des modèles de transfert de la conception des mesures d'urbanisme vers des investisseurs privés sur base contractuelle. Ces modèles ont été

⁷⁸ Cf. Rossi (note 14), pp. 780.

⁷⁹ Hanno Kube, *Haushaltsrecht*, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (dir), *Besonderes Verwaltungsrecht II*, 3^{ème} éd. 2013, § 66 n° 275 ; cf. aussi Vera Jungkind, *Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern*, 2008, pp. 185 s.

⁸⁰ Cf. Jürgen Kühling, *Subventionsrecht*, in: Dirk Ehlers/Michael Fehling/Hermann Pünder (dir), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 3^{ème} éd. 2012, § 29 n° 59 ss.

⁸¹ Rozen Noguellou/Ulrich Stelkens, *Propos introductifs*, in: Noguellou/Stelkens (note 18), p. 9 s.

⁸² V. p. ex. la recherche d'Eberhard Schmidt-Aßmann et Walter Krebs (note 15), qui a été très influent sur toute la discussion doctrinale des contrats publics en Allemagne.

⁸³ Bauer (note 70), § 36 n° 34.

⁸⁴ Pour aller plus loin U. Stelkens (note 74), pp. 280 ss.

d'abord intégrés dans des lois spécifiques pour la reconstruction de l'est (« Aufbau Ost »). Après, en 1998, ces modèles développés en ex-RDA ont été répris dans les « anciens » Länder de l'Allemagne de l'ouest, ce qui aboutit à l'intégration du § 11 et § 12 dans le BauGB en 1998.⁸⁵

En principe, ces règles du § 11 et du § 12 du BauGB sont considérées comme utiles dans la pratique, en particulier car elles rendent possibles des mesures d'urbanisme en temps des fonds maigres et les ressources budgétaires communales limitées. Dans ces cas, la collaboration avec les investisseurs privés peut être très fructueuse et utile. En effet, le contrat d'urbanisme fait l'objet de multiples « contrats modèles » élaborés par des avocats, des notaires ou des cabinets de conseils qui peuvent être utilisés comme « source d'inspiration » par l'administration.⁸⁶ Cependant, malgré la normalité et l'ubiquité du contrat d'urbanisme en Allemagne, on peut souvent noter un certain « dépassement » du conseil municipal et de l'administration de la ville par l'investisseur privé et ses conseillers. De plus, surtout la procédure du § 12 du BauGB a souvent été « détournée » : l'instrument a été plutôt conçu pour faciliter la rénovation des structures existantes, mais, il a souvent été utilisé pour construire de nouvelles zones commerciales ou d'habitation aux abords de la ville – des cas dans lesquels une procédure « normale » de planification d'urbanisme sous la responsabilité active de la commune serait en général plus adéquate.

⁸⁵ Cf. *Carl-Heinz David*, Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 1998, 1999 et 2000 droit de l'urbanisme en Allemagne, 2001, pp. 30 s. (disponible sur <http://www.gridauh.fr/comptes-rendus-de-travaux/urbanisme-sans-frontieres/allemande/>).

⁸⁶ Cf. *Birk* (note 32); *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt* (note 42); *Herbert Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, pp. 173 ss. ; *Ivana Mikesic/Boris Strauch*, Praxishandbuch Städtebauliche Verträge, 2012.

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme

Introduction

La première question qu'on doit aborder à propos de l'urbanisme en Espagne est celle de savoir sur qui pèse la compétence de l'aménagement urbain. En Espagne, cette compétence relève des communautés autonomes, tel qu'on dégage de la Constitution espagnole (articles 148.1.3 et 149.1 du texte constitutionnel) ainsi que de chaque Statut d'autonomie. C'est pour cette raison qu'on trouve une réglementation différente dans chaque communauté autonome. L'État peut certes conditionner et influencer la politique urbanistique à quelques titres, sans qu'il signifie pour autant que la compétence d'aménagement devienne une matière partagée entre l'État et la communauté autonome concernée. Dans ce sens, le Tribunal constitutionnel espagnol a fait valoir que la compétence législative en matière d'urbanisme a été octroyée aux communautés autonomes, et l'État ne peut intervenir que moyennant ses propres compétences, mais pas de façon illimitée, en affirmant⁸⁷ que :

« La compétence autonome exclusive en matière d'urbanisme est complétée systématiquement par les compétences étatiques que, si bien elles n'entraînent pas en aucun cas la légitimation pour réglementer de façon générale l'ensemble du régime juridique du sol, elles peuvent favoriser, cependant, l'empiètement ponctuel en matière urbanistique (définition des conditions fondamentales garantissant l'égalité dans l'exercice du droit à la propriété urbaine, de certains aspects d'expropriation forcée ou relevant de la responsabilité administrative). Mais il faut ajouter à continuation qu'on ne doit pas oublier que lors de la distribution des compétences, la Constitution espagnole a attribuée aux communautés autonomes la compétence exclusive sur l'urbanisme et l'aménagement et de ce fait, c'est aux entités publiques à qui appartient la production de normes portant sur l'aménagement urbain, au sens ci-dessus exposé »⁸⁸.

L'État a trois compétences lui permettant d'empiéter dans les compétences des communautés autonomes à l'égard de l'urbanisme : les compétences sur la propriété privée, l'expropriation forcée et la responsabilité administrative. Il y a d'autres compétences de l'État pouvant conditionner l'exercice de cette compétence exclusive des communautés, entre autres : la procédure administrative, les compétences sur certains secteurs, les principes du régime juridique des administrations publiques et les principes de l'activité économique.

Le législateur étatique peut influencer en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire, mais sans oublier ce que les communautés autonomes ont la compétence législative exclusive en matière d'aménagement, urbanisme et logement. Ce sont elles qui déterminent le modèle d'aménagement et qui déterminent le future à cet égard.

⁸⁷ Arrêts du Tribunal constitutionnel, STC 61/1997, 164/2001.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal constitutionnel, STC 61/1997.

Dans quelles hypothèses a-t-on recours au contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?

Il y a quatre hypothèses dans les quelles est possible s'engager contractuellement, selon les lois d'urbanisme, soit de l'État soit de la Communauté Autonome, reconnaissent. C'est dans le cadre de :

- A. Des programmes de développement d'action intégrée
- B. Des entités urbanistiques collaboratrices.
- C. Des conventions urbanistiques.
- D. Des contrats de réhabilitation, régénération et renouvellement urbain.

A. Des programmes de développement d'action intégrée

Dans certaines Communautés autonomes, notamment dans la Communauté de Valence (sur laquelle on parlera le plus), et compte tenu de l'importance accordée au niveau européen, les programmes de développement d'action intégrée (ci-après les «PAI»), cet instrument ont été conçus avec les buts principaux de détacher la gestion urbaine de la propriété des terrains et de confier cette gestion à des sociétés spécialisées, parvenant ainsi à assouplir les procédés de gestion urbaine. Déjà en 1994, la Communauté autonome a créé cette figure juridique⁸⁹, encadrée actuellement par la loi de l'urbanisme de la Communauté autonome de Valence, la loi 16/2005 du 30 décembre (ci-après la «LUV») et par les règlements d'application qui la développent.

Les PAI sont des instruments au moyen desquels se fait possible le développement urbanistique des terrains, et ce incluant les activités de déterminer l'étendue de l'action, définir les travaux à exécuter, fixer les délais applicables et établir les conditions techniques et économiques régissant la gestion.

La nature juridique des PAI a été très débattue par la doctrine, de telle sorte qu'on peut distinguer trois lignes doctrinales fondamentales :

- a. La première ligne doctrinale considère les PAI comme un instrument de planification conformément aux dispositions de la loi, mais avec la particularité de ce que les plans prévoient uniquement la gestion urbaine, c'est-à-dire, ils ne prévoient que la façon de réaliser d'autres plans. Il s'agit d'un instrument d'aménagement, mais avec des traits complexes, tel qu'admis dans l'exposée de motifs de la LUV, selon lequel il s'agit des traits propres des « conventions administratives, des contrats administratifs, des instruments d'aménagement ».

⁸⁹ Loi du gouvernement de la Communauté de Valence 6/1994, du 15 novembre.

- b. La deuxième ligne doctrinale avance que les PAI sont des instruments de gestion, étant donné qu'ils ne peuvent pas modifier l'aménagement urbain.
- c. Les auteurs de la troisième ligne doctrinale adoptent une attitude plus éclectique, soutenant que les PAI sont des instruments de planification, gestion et mise en œuvre.

La jurisprudence s'est prononcée aussi sur la nature des PAI, tout en soutenant des positions diverses, voire contradictoires. Ainsi par exemple, un courant jurisprudentiel considérait les PAI comme des instruments de gestion⁹⁰ ayant la nature juridique de disposition générale avec force normative⁹¹. D'autre part, dans d'autres arrêts les juges ont considéré que la nature des PAI varie selon leur contenu, en admettant par conséquent qu'il peut être un instrument de planification aussi bien qu'un instrument de gestion.

Le procédé implique deux acteurs : l'urbanisateur et l'entrepreneur-constructeur. Par conséquent, la sélection a lieu par le système du double appel d'offres (l'un pour choisir un partenaire et l'autre afin d'attribuer le marché public). Certains auteurs ont fait valoir que ce procédé manque d'efficacité, car il implique une double sélection de l'entrepreneur.

La doctrine espagnole, bien que parfois hésitante et critique à cet égard, a compris au fur et à mesure, surtout par l'effet de la jurisprudence constante⁹² de l'Union européenne, consolidée par l'affaire Scala⁹³, que les directives sur la passation des marchés publics s'appliquent nécessairement aux procédés de gestion urbaine, car la Cour de justice a considéré qu'on est en présence d'un contrat public et conséquemment, il doit respecter les exigences fixées par ces directives. Cela concerne tant les procédés d'exécution urbanistique en général qu'en particulier l'exécution de la main de certains opérateurs urbanistiques concrets.

On traitera dans un premier temps le contrat de l'agent urbanisateur et ensuite on abordera le contrat de l'entrepreneur-constructeur.

1. Le contrat de l'agent urbanisateur

L'agent urbanisateur est celui qui « est chargé du développement et de l'exécution des actions énoncées par la loi » (art. 19 de la LUV). Sa fonction principale est la gestion du territoire,

⁹⁰ Arrêt du Tribunal Supérieur de Justice de Valence [dernière instance à niveau des Communautés autonomes en Espagne], STSJ du 20 novembre 2001, arrêt de la Cour Suprême [dernière instance ordinaire à niveau national], STS du 24 mars 2004.

⁹¹ Entre autres : arrêt du Tribunal Supérieur de Justice de Valence du 18, 24 janvier 2004, arrêt du 1^{er} et 9 mars 2003.

⁹² Arrêt du 12 juillet 2001, affaire Ordine degli Architetti delle Provinci di Milano e Lodi, et d'autres affaires contre la Commune de Milano (C-299/98). Arrêt du 18 janvier 2007, affaire Jean Auroux, et d'autres arrêts de la Commission contre la Commune de Roanne (C- 220/05) ; arrêt du 21 février 2008, affaire Commission contre l'Italie (c-412/04) ; arrêt du 18 janvier 2007 affaire Auroux (C-220/05) ; Arrêt du 25 mai 2010 affaire Helmut Müller GmbH contre le Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (C-451/08).

⁹³ Arrêt du 12 juillet 2007, affaire Scala (C-399/98).

comprenant la rédaction des documents techniques, proposition et gestion du projet de remembrement et l'engagement de l'entrepreneur-constructeur.

C'est l'agent urbanisateur qui s'en charge de la gestion indirecte du programme d'action intégrée, et donc du respect des obligations pesant sur les propriétaires des terrains en tant qu'assujettis, en échange de la rémunération pertinente allouée par ces derniers, de sorte que l'Administration s'assure d'avoir un interlocuteur et permet de déterminer l'étendue et la modalité d'exécution des obligations qui, du point de vue de la loi, s'imposent aux propriétaires des terrains. Au même temps, l'Administration contrôle le respect des obligations ainsi qu'elle contrôle les caractéristiques et la qualité des travaux d'urbanisation devant être cédés. Ces obligations des propriétaires et les droits corrélatifs de l'Administration ne se voient pas modifiés par l'intervention de l'agent urbanisateur, car il est simplement un gérant qui, moyennant la rédaction des instruments de planification et de gestion urbanistique, facilite d'une part le respect des obligations par les propriétaires fonciers et d'autre part permet la participation de l'Administration impliquée dans la plus-value résultante de l'action urbanistique, tout en assurant l'obtention des terrains public convenablement urbanisés.

Déjà la réglementation de 1994 sur les PAI énonçait expressément que la relation entre l'Administration et l'agent urbanisateur est régie par la loi et les principes y contenus et, à titre supplétoire, par la loi des marchés publics, à chaque fois qu'elle ne contredit pas ces principes.

Dès le début, il a été admis que la relation entre l'Administration et l'agent urbanisateur était en quelque mesure contractuelle, même s'il y avait des points de vue divergents à propos du type de contrat concerné (marché public de travaux, contrat de concession de service public, etc.). Malgré les dispositions législatives sur l'application supplétoire de la loi des marchés publics, la jurisprudence a beaucoup hésité, de sorte que des fois elle a été conforme à la réglementation confirmant la nature contractuelle de la relation et l'application des dispositions des marchés publics et d'autres fois elle a affirmé juste le contraire, faisant valoir que la relation n'était pas contractuelle. La Cour Suprême à son tour s'est montrée, plutôt à l'unanimité, plus favorable à la nature contractuelle de la relation entre le gouvernement et l'agent urbanisateur. Finalement quant au Tribunal Supérieur de Justice de la Communauté de Valence, il a rendu des arrêts divers, entre autres, l'arrêt du 1^{er} octobre 2002, qui fait allusion à l'arrêt de la Cour européenne du 12 Juillet 2001, et affirme ainsi le suivant :

« L'urbanisateur, lorsqu'il n'est pas la propre Administration, est une personne publique ou privée qui s'en charge de l'exercice de la fonction publique étant l'urbanisation des terrains, la création d'infrastructures publiques d'urbanisation. Par ce motif, il faut considérer la figure juridique partant de cette prémisse. De cette manière, lorsque l'urbanisateur gère indirectement la fonction publique, lorsqu'il met en œuvre une activité de service public, il participe de la condition de concessionnaire du service public. D'autre part, dans la mesure où il est chargé de l'exécution des travaux d'urbanisation, l'objet de son obligation est celui d'un marché public de travaux... ».

Aussi la Cour Suprême dans différents arrêts défend la condition de concessionnaire de service public de l'agent urbanisateur, position qui est de même soutenue par la réglementation autonome⁹⁴, au motif que l'agent assure une fonction publique étant celle de l'urbanisation des terrains et la création d'infrastructures publiques d'urbanisation. La défense de cette position a supposé un changement radical de la Cour Suprême, tel qu'il a entraîné la déclaration de certains PAI comme nuls pour ne pas s'être soumis aux dispositions relatives aux marchés publics. Devant la radicalité acquise par la jurisprudence de la Cour Suprême, notamment à partir de l'arrêt du 8 juin 2008, il n'y a plus bien entendu de débats sur le plan de la jurisprudence à propos de la nature contractuelle de la relation entre l'Administration et l'agent urbanisateur.

Dès lors, la relation juridique est désormais de nature contractuelle au motif qu'on attribue une mission à l'agent urbanisateur, qui, de manière indirecte, gère la fonction publique de l'urbanisation.

Devant cette avalanche jurisprudentielle qui considère la relation entre l'Administration et l'agent urbanisateur comme étant à caractère contractuelle, la LUV a aussi admis d'une façon assez claire la nature contractuelle de celle-ci, bien qu'en qualifiant le contrat de contrat administratif spécial. En effet, l'article 19.2 de la loi prévoit l'application de dispositions spécifiques (c'est-à-dire, la LUV elle-même) et les règlements d'application qui en découlent à ces contrats spéciaux. Les dispositions des marchés publics continuent à être d'application supplétoire.

Pourtant, il faut souligner que les lois de l'urbanisme des Communautés d'Aragon, La Rioja et Navarre ainsi que la Loi des marchés publics de Navarre⁹⁵ confirment le caractère contractuel de cette relation aussi de manière très claire. Certaines dispositions autonomiques, au delà de faire référence à la nature contractuelle de la relation, qualifie davantage le contrat comme un contrat de concession, de gestion de service public ou de marché public de travaux.

Le Parlement européen à trois reprises, par la résolution du 7 décembre 2005 et deux autres en 2007 et 2009 par lesquelles il dénonçait les abus urbanistiques de l'Espagne et notamment par les autorités de la Communauté de Valence. Cette Communauté Autonome a décidé de continuer à appliquer la loi des marchés publics à titre supplétoire, malgré le fait d'admettre la nature contractuelle de la figure. Cependant, il faut noter qu'il s'est produit un changement majeur, car la loi prévoit clairement l'application des principes régissant la passation des marchés publics à la procédure d'adjudication des programmes d'action intégrée.

Ce qui nous semble plus contestable est la qualification du contrat, qu'elle vienne de la doctrine, la jurisprudence ou la propre réglementation, comme étant un contrat de gestion de service public ou directement comme une concession, voire comme un marché public de

⁹⁴ Arrêt de la Cour Suprême, STS du 31 janvier et du 6 juin 2007.

⁹⁵ Art. 3, d) de la loi de marchés publics de la Communauté de Navarre.

travaux. Une partie de la doctrine a qualifié le contrat comme une concession de service public ; d'autres ont ajouté qu'il s'agit d'un type « anormal et spécial » parmi les contrats de concession; d'autres à son tour on parlé d'une concession de travaux publics et d'autres de son côté ont affirmé qu'il s'agit d'un contrat administratif spécial. Il ne semble pas vraiment qu'il réunisse les conditions d'un contrat de gestion de service public, compte tenu de ce que les fonctions attribuées à l'agent urbanisateur ne se correspondent pas à des fonctions de service publique. De plus, il ne semble pas correspondre au schéma du marché public de travaux, même pas aux conditions de la concession de travaux publics, parce que ce contrat dont on parle comprend des prestations de nature très diverse et c'est précisément par ce motif que la législation a choisi de le qualifier comme un contrat administratif spécial. Ainsi, dans l'exposée de motifs de la LUV, on essaie de justifier la nature spécial du contrat des PAI, bien que l'application des principes régissant la passation des marchés publics s'est consolidée. On lit ainsi que :

«Le Plan d'action intégrée est un instrument d'aménagement urbain, au même temps qu'une figure complexe qui prend les traits des accords administratifs, des contrats administratifs, des instruments d'aménagement et des vieilles figures de l'urbanisme concertée qui le caractérisent.

(...)

La loi définit l'action urbanistique comme étant une fonction publique attribuée au gouvernement de la Communauté de Valence et aux municipes, réservant la procédure et l'approbation des programmes d'action intégrée aux municipalités. Par conséquent, le but des programmes d'action intégrée est lié aux procédures spécifiques de l'administration municipale pour parvenir directement ou immédiatement aux objectifs publics de la compétence spécifique de l'autorité « contractante », ce qui, dans l'hypothèse que nous occupe, entraîne la reconnaissance de ce que la relation entre l'administration et l'agent urbanisateur est un contrat spécial, dans les termes établis par la législation étatique régissant les marchés publics. Le régime juridique de ces contrats, conformément à l'article 7.1 du décret royal législatif 2/2000 du 16 juin approuvant le texte révisé de la loi sur les contrats de l'Administration, repose sur l'application préférentielle de ses propres normes, étant la réglementation des marchés publics de caractère supplétoire.

(...)

Ainsi, on rend compatibles les règles régissant l'urbanisme au niveau de la Communauté autonome avec les règles étatiques en matière de contrats des autorités publiques, car la loi de l'urbanisme de la Communauté de Valence prévoit sa propre réglementation et renvoi de façon supplétoire aux normes régissant les marchés publics.

(...)

En tout cas, ce sont les propriétaires des terrains et non pas l'Administration qui financent l'intervention de l'urbanisateur, ce qui empêche de configurer le programme d'action intégrée comme un contrat nommé.

(...)

Un chapitre essentiel de cette réforme légale est la nouvelle réglementation sur la façon de sélectionner l'urbanisateur dans le procédé de gestion indirecte des programmes d'action intégrée. Cette sélection doit reposer sur des critères objectifs et réglementés, en évitant toute dérive vers le subjectivisme et en rendant prévisibles les décisions publiques pour tous les intéressés, dans des conditions d'équité, et en encourageant une concurrence saine entre eux. Par cette raison, ce texte légal a opté pour une procédure souple dans laquelle les municipalités assurent l'approbation et l'adjudication du programme à la proposition économiquement plus avantageuse du point de vue de l'aménagement urbain et du territoire des municipalités, tout en veillant que le choix du modèle urbanistique coïncidant avec l'intérêt général ne repose par sur la base exclusive du plus bas prix, mais tenant compte de l'ensemble de l'aménagement proposé, la gestion de l'action urbaine ou la qualité et la conception technique des solutions apportées pour la mise en œuvre de l'urbanisation pour chacune des propositions de programmation soumises au concours. La sélection et l'attribution d'un programme d'action intégrée se déroulent, en fin de compte, sur le fondement des critères strictement objectifs qui favorisent la sélection de la meilleure proposition sans controverse autour du choix.

(...)

Les modifications introduites par la loi à propos du processus de sélection de l'urbanisateur contribueront à une plus grande transparence et à la sécurité juridique pour tous les opérateurs, en parvenant à ce que les décisions administratives soient prises tout en tenant compte des plus diverses et meilleures éléments de repère. La sélection de l'urbanisateur dans le procédé de gestion indirecte repose sur les principes fondamentaux suivants :

(...) 3. La sélection et l'adjudication des programmes d'action intégrée devront être mises en œuvre par un seul acte à travers la pondération appropriée des critères d'adjudication objectifs et subjectifs, fixés au préalable par les conseils municipaux dans ses principes réglementaires. Ces critères devront respecter pleinement les principes de transparence, de non discrimination et de l'égalité de traitement, tout en veillant à ce que l'évaluation des offres se mette en œuvre dans des conditions de concurrence effective ».

On doit prendre en considération les conclusions de l'avocat général⁹⁶ dans l'arrêt de 2011 relatif à l'affaire de la Commission contre l'Espagne⁹⁷ sur la qualification éventuelle du contrat d'un PAI comme une concession de travaux publics, lorsqu'il affirme que « dans le PAI, tous les ouvrages publics définis dans le contrat (c'est-à-dire, la construction de routes et trottoirs, des places de stationnement, des panneaux de signalisation, les réseaux de distribution de gaz, d'eau et d'électricité, l'élimination des espaces verts incluant des parcs et des arbres) deviennent la propriété de l'entité adjudicataire une fois les travaux finissent ». En

⁹⁶ Conclusions de l'avocat de l'État, du 16 septembre 2010.

⁹⁷ Arrêt du 26 mai 2011, affaire Commission contre l'Espagne (C- 306/08).

réalité, il est vrai que la mise en œuvre d'un PAI par un agent urbanisateur suppose l'absence de financement public, car l'effort économique n'est pas de l'Administration mais des propres propriétaires du terrain et donc, il n'y a pas de caractère onéreux, public, du contrat. Dans l'affaire de la Commission contre l'Espagne, ce fait implique la non-application des dispositions sur les marchés publics. Mais il faut souligner tout de même qu'il y a deux éléments faisant revenir sur l'application de ces dispositions, à savoir : premièrement, et c'est important, les ou ouvrages urbanistiques résultant de la procédure urbanistique sont remises à l'Administration qui en devient la propriétaire. Deuxièmement, le paiement effectué à l'agent par les propriétaires est obligatoire en échange de l'exécution d'une fonction publique que, si elle n'avait pas été exécutée par l'agent au moyen du PAI, elle aurait été exécutée par la propre Administration.

2. Les contrats de l'entrepreneur-constructeur

L'entrepreneur-constructeur est chargé de l'exécution du projet d'urbanisation approuvé (art. 12.1 de la LUV). On établit une séparation étanche entre la figure de l'urbanisateur et la figure de l'entrepreneur-constructeur des travaux d'urbanisation. Alors que l'urbanisateur doit rédiger l'ensemble de documents techniques nécessaires à la gestion du programme dans son intégralité, l'entrepreneur-constructeur doit exécuter les travaux préalablement définis dans le projet d'urbanisation approuvé par le conseil municipal.

C'est lui qui met en œuvre la tâche d'urbanisation. La relation entre l'urbanisateur et l'entrepreneur-constructeur est clairement de nature contractuelle et également soumise aux principes de passation des marchés publics. Le contrat pour cette mission n'est pas conclu par l'Administration, mais par l'agent urbanisateur. Tout de même, l'Administration peut surveiller et contrôler la passation de ce contrat.

La LUV établit une sélection de l'entrepreneur moyennant le concours ou l'enchère (art. 120.2. de la LUV). En effet, déjà dans le préambule de la loi on reconnaît et dit que : *« tout en reconnaissant le caractère privé de la relation juridique liant les deux opérateurs économiques, l'entrepreneur-constructeur doit être choisi par l'urbanisateur moyennant le concours ou l'enchère, lors d'un processus qui assure l'efficacité de chacun des principes régissant la passation des marchés publics, et qui établisse au même temps un système souple de tutelle administrative qui assure pleinement le respect des règles de passation des marchés publics »*.

La qualification de la nature du contrat que nous traitons est assez difficile. Il y a trois classifications possibles : on pourrait tout d'abord dire qu'il s'agit d'un contrat de sous-traitance ; en deuxième lieu on pourrait considérer le contrat comme un contrat privé de travaux et en troisième lieu, on pourrait affirmer qu'il s'agit d'un contrat administratif de travaux. On a vu que la première solution sur la nature juridique considère le contrat comme une sous-traitance par l'agent urbanisateur d'un entrepreneur qui est chargé de l'exécution des travaux. Cette théorie contredit les dispositions de la LUV sur le régime juridique de l'entrepreneur, qui doit réunir certaines conditions subjectives, suivre un processus de

sélection, etc. La deuxième solution pour qualifier la nature juridique du contrat suppose admettre que le contrat engageant l'urbanisateur et l'entrepreneur est un contrat privé dont la préparation et l'attribution du contrat sont soumises aux dispositions propres de la réglementation administrative. Certes, cette deuxième thèse est conforme aux dispositions de la réglementation existante à l'égard, mais en réalité, si on analyse bien l'objet du contrat, on s'aperçoit qu'il est l'exécution de travaux publics d'urbanisation, de sorte qu'il devient très difficile de soutenir que l'exécution et l'extinction du contrat sont de droit privé.

Enfin, la théorie selon laquelle il s'agit d'un marché public de travaux. Certes, ce type de contrats semble ressembler beaucoup aux contrats de travaux prévus par la réglementation des contrats, un contrat défini par la loi et nommé. Bien que dans un premier moment il était surprenant qu'un particulier (l'urbanisateur) passe un contrat soumis au droit public, cette idée est sans doute conforme à la réglementation et la jurisprudence de l'Union européenne. Dans ce sens, les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 12 juillet 2001 et du 21 février 2008 ont affirmé que l'octroi à un particulier d'un plan d'urbanisation permettant à son titulaire la réalisation directe des travaux publics est un contrat de travaux et doit se soumettre à la réglementation européenne.

B. Entités urbanistiques collaboratrices.

Les chambres de compensation sont des entités urbanistiques de droit public dotées de la personnalité juridique décentralisée et auto-administrée, ayant une structure associative privée, dotées des principes statutaires ayant le statut de collaboratrices de l'Administration dans la mise en œuvre de la planification. De plus, elles peuvent exercer certaines prérogatives de puissance publique par voie de délégation administrative.

Les différentes entités urbanistiques collaboratrices et particulièrement les chambres de compensation ont un caractère administratif, compte tenu de ce que la mise en œuvre de la planification est clairement une fonction publique à laquelle participe le secteur privé et compte tenu également de ce que l'activité s'encadre dans le régime juridique public, toujours sous le contrôle de l'autorité compétente.

C'est claire la nécessité d'appliquer les dispositions relatives aux marchés publics aux marchés de travaux d'urbanisation réalisés par ces entités. Les travaux à effectuer sont de caractère public, car ils ont pour but l'usage général des citoyens, une fois que les ouvrages sont remis à l'Administration.

Certains auteurs ont soutenu que ces entités urbanistiques n'étaient pas vraiment soumises à la loi des marchés publics. Ce secteur de la doctrine espagnole a commencé à changer d'avis à partir de l'arrêt *Scala* de la Cour de justice de l'Union européenne, dans lequel certains auteurs comme le Professeur García de Enterría ont fait valoir que ces entités doivent respecter les règles sur les marchés publics lors de l'exécution des travaux à chaque fois qu'elle se produit dans l'exercice de la fonction urbanistique qu'on les a confiée.

Tant la loi des marchés publics comme le texte révisé sur la loi des marchés publics (la LCSP et le TRLCS respectivement) élargissent le domaine d'application subjective du contrat conformément à la réglementation et la jurisprudence de l'Union européenne, ayant compris que l'élément déterminant de l'application de la loi des marchés publics n'est pas la personne faisant recours à une autre qui exécute les travaux, mais le type de fonction ou d'activité réalisée par le sujet en question, qu'il soit public ou privé.

Les entités urbanistiques réunissent les conditions pour être considérées des pouvoirs adjudicateurs : elles sont dotées de la personnalité juridique, exécutent des activités d'intérêt général (gestion de la planification urbanistique : une fonction publique), elles n'ont pas un caractère industriel ou commercial et enfin l'Administration exerce un contrôle sur elles (la tutelle administrative). Ce dernier point est contesté par une partie de la doctrine qui ne croit pas que les entités réunissent la condition d'être contrôlées par l'Administration, avançant que le contrôle ne se fait qu'*a posteriori* et puisque la Cour européenne n'a pas considéré ce type de contrôle comme influant sur la prise de décisions, on ne saurait pas considérer qu'il existe⁹⁸ tel contrôle.

Mais si la soumission à la loi des marchés publics n'était pas donnée par son encadrement dans le domaine subjectif de la loi, elle viendrait déterminée par l'objet fonctionnel de l'activité : les travaux publics. Dès lors, c'est le concept fonctionnel des travaux publics qui attire les entités urbanistiques vers le régime public des contrats, parce qu'il est d'application obligatoire conformément à la loi pour les systèmes d'action indirecte. La notion de travaux publics serait une *vis attractiva* attirant l'application de la loi.

C. Conventions d'urbanisme

La réglementation relative à l'urbanisme ne définit pas ce qu'est la « convention d'urbanisme », même si, de nos jours, elle est une des plus utilisées par les autorités compétentes dans ce secteur de spéculation. Le recours massif aux accords, reflété dans la jurisprudence, obéit à la volonté décidée de l'Administration de laisser de côté pour l'instant, ou du moins de réduire de manière drastique ses actions unilatérales au profit de la conclusion d'accords avec des particuliers interagissant dans le marché foncier, et ceci tant au niveau des Communautés autonomes comme notamment au niveau local.

Mais qu'est-ce que l'Administration poursuit avec le recours à la convention d'urbanisme ? En premier lieu, elle recherche des accords avec des particuliers afin, sans doute, de ne pas exercer elle-même unilatéralement la puissance publique. Les principes démocratiques ont été l'une des causes du recours massive à ces conventions. L'Administration, sans pour autant tomber dans l'arbitraire, a su mettre en œuvre ses pouvoirs discrétionnaires dans son propre intérêt afin de négocier l'aménagement urbain avec des particuliers en vue du profit des deux parties. Pour l'Administration, ces accords supposent compter sur une collaboration qui

⁹⁸ Cour de justice de l'Union européenne, affaire Adolf Truley, du 27 février 2003.

résulte nécessaire à défaut de ressources suffisantes ou dans le cas de la mise en œuvre dans son territoire des opérations de travaux importantes, avec tout ce qui en dérive en termes d'investissement. De même, les conventions peuvent signifier avoir une source de financement pour d'autres travaux publics. Quant aux particuliers, ces accords entraînent des gros bénéfices immobiliers.

En vue des grands déséquilibres et des conflits d'instruments urbains devenus obsolètes pour répondre à la réalité existante, cette technique de collaboration s'est largement étendue, ce qui a permis de donner des grandes solutions grâce à la collaboration entre les parties qui participent à l'exercice des prérogatives de puissance publique.

En réalité, il est impossible de donner une définition unitaire de la « convention d'urbanisme », car derrière ces termes se cachent des accords, des pactes très variés, des effets et des régimes juridiques coïncidant presque exclusivement dans son caractère urbain (en effet, lorsqu'on veut les identifier, on doit mettre l'accent sur l'objet ou le but de ces conventions, c'est-à-dire, sur l'application ou la mise en œuvre de la réglementation d'urbanisme par des particuliers⁹⁹).

Pour cette raison, le seul lien entre les diverses types de conventions urbanistiques est souvent son nom, parce que leur contenu peut être très différent. Pourtant, il y a quelques éléments d'identification, car tous les accords doivent poursuivre la satisfaction directe de l'intérêt général, à la différence du reste des contrats conclus par l'Administration, qui visent la satisfaction des besoins de celle-ci en tant qu'organisation (ses ressources, les personnels, etc.) et indirectement l'intérêt général. Bien que les buts des accords peuvent être très différents, voici quelques uns: la cession des terrains pour l'urbanisation ou l'édification, assurer la coordination en ce qui concerne le contenu et les délais des différentes interventions et procédures administratives affectant les usages, les activités et les projets de transformation du territoire, la mise en œuvre des procédures de gestion coordonnée pour ordonner la procédure des dossiers et des résolutions, la résolution à propos des projets, actions, autorisations ou licences concernant un territoire et ayant une incidence notable sur des systèmes structurels, la gestion appropriée des infrastructures, des services et des installations d'intérêt ou du domaine supra-municipal, la gestion et la mise en œuvre de l'aménagement ou la modification de ce dernier, le financement des travaux extérieurs d'infrastructure sur lesquels repose l'action urbanistique, conclure des accords en matière d'expropriation, effectuer des permutations, etc.. On peut bien voir alors que le terme « conventions d'urbanisme » comprend des concepts juridiques de nature tout à fait diverse.

⁹⁹ On ne traitera pas dans cette conférence les conventions d'urbanisme interadministratives, parce que leurs caractères s'opposent radicalement à ceux des conventions entre l'Administration et les particuliers et par conséquent, la problématique qui en découle est aussi très différente. Dans les accords interadministratifs, les sujets intervenant sont titulaires de prérogatives administratives affectant le même objet, sans qu'il existe entre eux une relation de supériorité ou de subordination. Dès lors, il faut aussi prendre en considération que lorsque deux autorités administratives arrivent à un accord mais qu'une d'elles se trouve soumise aux pouvoirs appartenant à l'autre, on ne peut pas admettre que l'accord ait un caractère interadministratif à proprement parler.

Ce qui semble évident c'est que les conventions urbanistiques, puisqu'elles sont des accords ou des manifestations de volonté concordantes, émises par des différents agents ou opérateurs urbains, doivent être soumises à la réglementation de l'État ou de la communauté autonome concernée.

1. Les types de conventions

- a) Conventions urbanistiques typiques, c'est-à-dire, régies ou prévues expressément par la réglementation sur l'urbanisme et à l'égard desquels on a prévu des conséquences juridiques concrètes.
- b) Conventions urbains atypiques, c'est-à-dire, des conventions qui ne sont pas réglementés par les dispositions sur l'urbanisme et qui sont conclus à des fins très différentes. Leur validité et effets se voient conditionnés par leur propre contenu (les clauses conventionnelles).

Il y a une classification possible, insérée d'ailleurs dans la plupart des réglementations autonomiques. Elle identifie deux types de conventions urbanistiques *selon la matière urbanistique concernée* :

- a) Conventions d'aménagement, dont l'objet est l'approbation ou la modification de l'aménagement du territoire comme leur nom indique. Elles entraînent normalement des opérations de reclassification ou de requalification du sol par l'Administration, en échange d'une contreprestation du propriétaire pouvant consister par exemple dans le paiement d'une somme d'argent, ou bien dans la cession d'un immeuble, etc.

Ces accords ne peuvent pas entraîner pas par eux-mêmes une modification de l'aménagement, mais ils constituent des accords qui devront suivre les procédures administratives nécessaires pour pouvoir modifier ou approuver un nouveau plan urbain. En tant que conventions qui préparent des « innovations ou modifications possibles de l'aménagement existant », qu'il soit expressément ou de façon implicite, ces accords ne peuvent pas constituer des engagements sur la modification de l'aménagement urbain à proprement parler, puisque cela serait illégal, tel que constaté par la jurisprudence constante. Ainsi, ces conventions ne peuvent constituer que des simples déclarations d'intentions à propos de l'aménagement, de conformité avec les exigences de l'intérêt public.

La réalité a été une autre et pendant longtemps nos administrations ont réalisé des conventions qui prévoyaient de forme directe des modifications des plans et même des approbations des nouveaux plans. Toutes les conventions qui ont été saisies, pour le non-accomplissement de l'Administration des accords de la convention, ont été déclarés nulles par les Tribunaux contentieux administratifs. Au contraire, toutes celles qui n'ont pas été saisies ont été réalisées sans aucune sorte de difficulté.

- b) Conventions d'exécution ou de gestion, dont l'objet est la détermination des conditions d'exécution de l'aménagement ainsi que la fixation des délais, sans le respect desquels on ne peut pas modifier le plan urbain en concerné.

Ce sorte de convention est considéré comme un contrat valide, dont l'objectif c'est concrétiser les prévisions normatives du plan. La réalité a montré que ce type de conventions sont parfois allées plus loin de ce que la loi prévoyait et on est arrivé à des pactes hors de la normative ou même contraires. La nullité sur les pactes contraires à la loi et quelques fois la nullité de ceux qui sont hors de la loi a été déclarée par les propres Tribunaux contentieux administratifs.

Enfin une troisième classification des conventions d'urbanisme tient compte des *effets juridiques de celles-ci* :

- a) Conventions de nature obligationnelle, qui se limitent à établir des relations obligationnelles ou de crédit entre les parties.
- b) Conventions de nature réelle, qui impliquent un acte juridique entre l'Administration et les particuliers portant sur des biens immeubles

2. Nature et régime juridique

Ni la doctrine ni la jurisprudence sont unanimes à propos de la nature juridique des conventions d'urbanisme : parfois elles ont été caractérisées comme des simples accords de volonté, et d'autres fois un secteur majoritaire de la doctrine les a considérées des contrats administratifs. Les deux positions sont tout à fait concevables et on devra opter pour l'une ou l'autre position en fonction du contenu, les effets ou le but de ces accords.

La Cour suprême dans son interprétation ou exégèse des clauses des conventions d'urbanisme fait valoir qu'elles sont des contrats de nature administrative spéciale par le fait de « se rattacher aux actes juridiques spécifiques de l'Administration contractante » ou parce qu'ils « satisfont de façon directe ou indirecte un but public intégré dans la sphère de compétence spécifique de celle-ci [l'Administration] », et ce but est compris dans l'activité urbanistique publique.

Comme on a déjà avancé, le terme « convention d'urbanisme » n'a pas de traduction juridique précise, mais une très générique, ce qui entraîne des difficultés lors de leur *qualification juridique*.

Outre l'application aux accords urbanistiques de la réglementation d'aménagement correspondante, leur nature administrative impose également la soumission aux dispositions sur le régime juridique et les procédures de l'Administration (loi 30/1992, du 26 novembre,

sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune, ci-après la « LRJAP-PAC »). À titre de contrats, ils sont assujettis à la loi des marchés publics et à la juridiction administrative (loi 29/1998, du 13 juillet, régissant la juridiction administrative).

Par conséquent, l'article 88 de la LRJAP-PAC est applicable. Il dispose que l'Administration peut conclure des « accords, pactes, conventions ou contrats » avec des personnes publiques ou privées :

Or, on ne peut pas appréhender cet article comme une disposition qui permet tout simplement aux autorités publiques de conclure des actes bilatéraux, car elle renvoie à d'autres dispositions. Plus concrètement, l'article 25.1 de la TRLCSP, qui traite la capacité contractuelle de l'Administration prévoit que :

« Dans les contrats du secteur public pourront être prévus toute sorte de pacte, clause et condition, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à l'intérêt public, à l'ordonnement juridique ou aux principes de bonne administration ».

Néanmoins, cette disposition ne permet pas à l'Administration de conclure n'importe quel type d'accord ou pacte, car son activité est encadrée par les limites fixées par l'État de droit, ne pouvant pas s'interpréter la disposition comme un principe de liberté absolue de l'Administration dans l'exercice de son pouvoir conventionnel avec les effets de l'article 1255 du Code civil.

La jurisprudence également à plusieurs reprises a attribué une nature contractuelle aux conventions d'urbanisme. Je voudrais mettre l'accent sur quelques arrêts. Ainsi, dans un arrêt de la Cour suprême datant du 30 octobre 1997, on affirme que « la convention attaquée n'est pas une convention privée soumise aux dispositions de droit civil et à la juridiction ordinaire, mais un contrat administratif ayant pour but l'exercice des prérogatives de puissance publique (la mise en œuvre future de la modification ou la révision de l'aménagement dont les limites seront celles des prérogatives de puissance publique de l'autorité municipale), comme un moyen de parvenir aux fins essentiellement publiques, telles que la mise en œuvre de la politique urbaine...». Dans l'arrêt du Tribunal supérieur de justice 865/2003, du 4 décembre, la jurisprudence déclare que : « cette figure juridique, comme il a été déclaré par la Cour suprême à plusieurs reprises et notamment dans ses arrêts datant du 30 mai (RJ 1997, 4054), du 30 octobre 1997 (RJ 1997, 7683) et du 15 décembre 1998 (RJ 1998, 10105), ne constitue pas un système d'exécution de l'aménagement, ni remplace le système choisi dans chaque démarche, se limitant à parvenir à un accord entre les parties afin de faciliter la gestion, tout en surmontant les problèmes pouvant être soulevés, en ayant pour but la satisfaction de l'intérêt public, et sans qu'en aucun cas elles puissent porter sur des matières non susceptibles de négociation. Ainsi, les compétences juridiques publiques en matière d'aménagement urbain ne peuvent pas faire l'objet de renonce et doivent être exercées par des organes auxquels on a attribué ces compétences, sans qu'il soit possible d'en disposer par voie

contractuelle ». La jurisprudence continue en affirmant que : « évidemment, la convention d'urbanisme entraîne des obligations et des droits s'imposant à toutes les parties signataires et son interprétation ne doit pas, en l'absence des dispositions spécifiques, méconnaître l'application des dispositions générales sur la passation de contrats prévus par les lois civiles. Toutefois, l'activité doit être nuancée en raison de la spécificité de sa nature, son objet et son but, qui ne sont autres que la satisfaction de l'intérêt public, surmontant ainsi les obstacles pouvant être soulevés. Un tel instrument juridique, bien que poursuivant parfois des fins privées et pouvant produire des effets propres entre les parties intervenantes à la convention, ne constitue en essence qu'une forme de satisfaction de l'intérêt public supra-individuel, auquel doivent tendre toute activité de n'importe quelle autorité administrative afin d'obtenir le meilleur aménagement urbain possible. Par conséquent, les conventions d'urbanisme ne sont pas en soi-même des figures contractuelles uniquement entraînant des effets pour les signataires, à titre de déclaration d'intentions pour l'Administration et à titre d'engagement pour les intéressés, sans engager le pouvoir d'aménagement urbain de l'Administration ou le droit de contestation des autres.

On observe ainsi que, bien que la jurisprudence se soit montrée parfois hésitante, il est possible d'affirmer qu'il existe un courant jurisprudentiel important qui fait valoir la nature contractuelle des conventions d'urbanisme.

3. Le contrôle

Au sens de l'article 29 de la loi 29/1998, le contrôle judiciaire des conventions d'urbanisme doit être exercé par les tribunaux administratifs (même si la cause du litige peut être diverse, il correspond généralement à deux types d'action : soit la contestation par le particulier d'un projet d'aménagement approuvé après la conclusion de la convention et qui ne respecte pas les clauses y contenues, soit la contestation par un tiers d'un projet au motif du détournement de pouvoir, avançant que l'adoption du projet s'est produit afin d'exécuter une convention préalablement conclue).

Dans ces conventions, l'Administration bénéficie du privilège de l'auto-tutelle (le pouvoir d'exiger l'exécution forcée des prestations) et des pouvoirs administratifs de modification et de résiliation unilatérale du contrat en train d'exécution par la contestation de l'acte détachable si a lieu un changement de circonstances modifiant ou faisant disparaître l'intérêt de l'accord.

Cependant, il faut souligner que la manifestation de volonté de l'Administration, en vertu de laquelle elle conclut le contrat, est considérée comme un acte administratif, et par ce motif, toute cause de nullité du contrat devient au même temps la cause de nullité de l'acte. Dès lors, la contestation du contrat se produit normalement au moyen de la contestation de l'acte détachable, de sorte que l'annulation de ce dernier entraîne l'annulation du contrat qui rentre dans une phase d'extinction.

On doit appliquer également les dispositions relatives à la responsabilité patrimoniale de l'Administration lorsque le particulier contractant ne peut plus exiger l'exécution « in natura » de la convention, dès lors que les négociations préalables à la conclusion du contrat échouent ou lorsque le contrat même est nul. La jurisprudence a établi à cet égard que le seul effet juridique des conventions annulées est le droit à l'indemnité découlant de la responsabilité extracontractuelle de l'Administration.

4. Les limites au contenu des conventions d'urbanisme

En tant que contrats, les conventions viennent conditionnées par l'exigence de la capacité d'agir. Mais on hésite à propos de l'assujettissement aux obligations de solvabilité et de classification des entrepreneurs contractants, car elles ne semblent pas exigibles de façon générale à l'égard des conventions portant sur l'activité urbanistique. Quant aux interdictions de contracter du texte révisé de la loi des marchés publics (ci-après, le « TRLCSP »), elles s'appliquent aussi aux conventions.

Elles sont également soumises aux principes généraux de l'action administrative, parmi lesquels se trouvent les principes de transparence et de publicité, qui doivent être respectés dans l'exécution de chaque action administrative. À cet égard l'article 3.5 de la LRJAP-PAC énonce que « dans ses relations avec les citoyens, les autorités publiques agissent de conformité avec les principes de transparence et de participation ».

Les principes de publicité et de concurrence doivent être respectés aussi lors de la sélection de l'entrepreneur contractant, dès lors qu'il est fait mettre en œuvre du procédé concurrentiel (il n'est pas nécessaire, par exemple, dans les cas des conventions d'aménagement ou lorsque la conclusion d'une convention n'a de sens ou d'intérêt que si elle a lieu avec une personne en particulier). Il faut noter à l'égard de la sélection du contractant qu'un grand nombre de conventions d'urbanisme considérés « typiques » prévoient eux-mêmes les systèmes de sélection ou bien renvoient à la réglementation générale des contrats.

Les limites de l'article 88 de la LRJAP-PAC et 60 du TRLCSP permettent à l'Administration de conclure des conventions d'urbanisme, mais cela dans le respect de certaines limites. Bien sûr que ces limites déploient ses effets de façon plus évidente sur les conventions d'aménagement (car elles peuvent avoir une incidence sur le pouvoir public d'aménagement) que sur les conventions portant uniquement sur l'exécution (et dont l'objet peut être le paiement des coûts d'urbanisation ou la cession du sol destinée aux installations communautaires). Parmi ces limites, on doit souligner les suivantes :

- **Le principe de légalité.** La soumission absolue de l'Administration à la loi et au droit, impose à l'Administration le respect du caractère public de la fonction urbanistique et des règles encadrant cette fonction, sous peine de nullité.

La jurisprudence a dégagé les conclusions suivantes à propos de cette soumission à la loi des conventions d'urbanisme :

Le pouvoir d'aménagement est indisponible et ne peut pas faire l'objet de renonce par voie contractuelle, ne pouvant alors se soumettre à l'intérêt d'un particulier. De cette manière, les plans d'aménagement élaborés par les particuliers avant l'approbation du plan urbain ont un caractère purement indicatif. Certaines réglementations autonomiques comme celles de la Communauté de Madrid, la Galice ou la Communauté de l'Andalousie prévoient que les conventions portant sur les modifications éventuelles de l'aménagement engagent les parties uniquement à l'égard de l'initiative et la mise en œuvre des procédures de modification des plans sur la base de l'opportunité, la convenance et la possibilité d'une solution d'aménagement nouvelle, mais en aucun cas elles pourront contraindre ou conditionner l'exercice par l'Administration de son pouvoir d'aménagement

- **Le principe d'indisponibilité** empêche à l'Administration d'aliéner ou renoncer à l'exercice de ses pouvoirs pour éviter que celles-ci deviennent subordonnés à des fins ou des intérêts différents au but prévu (l'intérêt public).

Déjà l'arrêt de la Cour Suprême du 18 mars 1992 a affirmé que :

« Cette chambre a déclaré ainsi à plusieurs reprises qu'une « disposition » du pouvoir d'aménagement par la voie contractuelle ne saurait pas être concevable : peu importe le contenu des accords que le conseil municipal ait conclu avec les administrés, cette prérogative doit être exercée afin de parvenir au meilleur aménagement possible, sans préjudice des conséquences qui peuvent résulter dans d'autres domaines du fait de l'échouement des conventions précédentes (...) ».

Toutefois, une convention d'urbanisme régissant l'exercice d'une prérogative administrative dans une hypothèse particulière, qui assurerait ce que la prérogative de pouvoir publique a été exercée dans les buts prévus par l'ordonnancement, serait concevable. Néanmoins, ceci n'arriverait pas si on adressait l'exercice de cette prérogative dans un but déterminé (éloigné de l'intérêt public), tout en méconnaissant les garanties fixées par la loi (telles que la procédure administrative, la motivation des actes, etc.).

La Cour Suprême a conclu que, bien que la convention d'urbanisme n'a pas de valeur réglementaire autonome et qu'elle ne peut pas prévaloir sur les prévisions du projet d'aménagement ultérieurement approuvé, cela n'empêche pas ce qu'elle puisse acquérir cette nature lorsqu'insérée dans le contenu du projet (arrêt de la Cour Suprême du 29 novembre 1993).

L'Administration ne peut pas négocier l'exercice des pouvoirs réglementés (ainsi par exemple, l'attribution de licences) à travers une convention au profit d'un particulier, même s'il y existe une réciprocité dans les prestations (arrêt de la Cour suprême du 8 juillet 1989). La Cour suprême en date de 30 avril 1979, adoptant cette position jurisprudentielle par la première fois énonce que :

« (...) l'objet du contrat en ce qui concerne les obligations engagées par le conseil municipal est hors le champ du commerce juridique, car ce sont les propres prérogatives administratives dont l'exercice est strictement réglementé, que l'autorité publique engage et aliène en dehors de toute légalité, de sorte (...) que les obligations engagées par l'entité publique deviennent nulles sans possibilité d'exercice légal »

On ne peut pas modifier les critères juridiques de l'aménagement urbain (des standards, la hiérarchie des plans, etc.) ni établir des réserves d'exonération de figures juridiques de l'aménagement. La jurisprudence est claire à l'égard de la nature réglementaire des plans urbains, de sorte qu'ils constitueraient la manifestation du principe de l'impossibilité de dérogation particulière aux règlements en matière urbanistique.

Dans ce sens a été rendu l'arrêt de la Cour suprême du 15 février 1994, selon lequel :

« (...) la convention est un instrument qui rend plus facile l'action urbanistique et qui ne peut pas impliquer en aucun cas la dérogation aux dispositions obligatoires, qu'il soit au profit de l'Administration ou des particuliers ».

La relation juridique publique ne peut devenir plus onéreuse pour le particulier, de la même manière qu'on ne peut pas exiger au moyen de la convention des contre-prestations à un acte que l'Administration est obligée de passer.

-Principe de **défense de l'intérêt public**, ce qui empêche le recours à la pratique conventionnelle en tant que moyens pour favoriser les intérêts particuliers aillant à l'encontre de ce premier.

-Principe de **bonne administration**, en vertu duquel la convention doit constituer un instrument d'encouragement à l'efficacité administrative.

À côté de ces principes qu'on vient d'énoncer, on peut ajouter, entre d'autres, des limites générales prévues par l'ordonnancement juridique de l'urbanisme (des aspects de la procédure, des principes matériels régissant l'activité, etc.) :

- Les dispositions relatives à l'élaboration, modification, révision et approbation des différents instruments d'aménagement urbain.
- La distribution des compétences
- Le principe de hiérarchie entre les différents instruments d'aménagement

4. La nullité des conventions d'urbanisme

La nullité des conventions urbanistiques, généralement résultante de l'exercice illégal d'une prérogative administrative ou du fait de prévoir l'adoption d'un acte illégal, est régie par les mêmes règles encadrant la nullité des contrats administratifs (articles 31 à 39 du TRLCSP). L'article 32 du TRLCSP renvoie à son tour à des dispositions administratives communes, lorsqu'il établit les causes de nullité. De même, le manquement aux dispositions de l'urbanisme constitue un vice de nullité, puisque les accords font appel à ce secteur.

La nullité de plein droit résulte du manquement par la convention à la réglementation prévue, à l'exception des causes établies par l'article 1265 du Code civil. Même si l'acte inséré dans la convention est simplement annulable, l'accord est considéré nul de plein droit à chaque fois qu'il a pour but l'exécution d'un acte illégal.

La déclaration de nullité entraîne la remise réciproque des contreparties (ou la rétroaction des actions), voire la responsabilité précontractuelle ou extracontractuelle du contractant qui n'aurait pas communiqué à l'autre partie la cause de nullité s'il l'avait connu ou dû la connaître.

De la même manière, l'annulation de la convention pourrait donner lieu à la révision d'office de l'acte pris par l'Administration, de conformité avec ce dernier, voire même lorsque le contenu de l'acte est légal et la convention a été déclarée invalide pour d'autres motifs.

D. Contrat réhabilitation, régénération et renouvellement urbain.

Une loi très récente du 26 juin 2013 sur la réhabilitation, la régénération et le renouvellement urbain est venue envisager une autre hypothèse de la collaboration entre l'Administration et les particuliers ce qu'elle-même qualifie de contrats.

La loi part de la prémisse selon laquelle l'espace bâti espagnol requiert des actions de réhabilitation, régénération et renouvellement urbain qui permettent de rendre effectif pour tous le droit constitutionnel à un logement digne et adéquat, ainsi que l'exigence aux propriétaires d'assurer le maintien des immeubles dans un bon état de conservation.

Cette norme est la règle de base qui exprime la compétence de l'État pour définir les fondements et la coordination de la planification générale de l'activité économique, telle que reconnue à l'article 149.1.13.a de la Constitution espagnole relative à la distribution de compétences. La loi fixe ainsi un « dénominateur commun », un noyau qui laisse tout de même aux communautés autonomes une marge d'action suffisante pour qu'elles puissent exercer les compétences qui leur sont propres.

Au sens de l'article 1 de la loi, son objectif est celui de « régler les conditions de base garantissant le développement, concurrentiel et efficient du milieu urbain à travers la promotion et l'encouragement des actions conduisant à la réhabilitation des bâtiments et à la régénération et renouvellement des tissus urbains existants, lorsqu'elles sont nécessaires pour garantir aux citoyens une bonne qualité de vie et l'efficacité de leur droit à disposer d'un logement digne et adéquat ».

On définit les actions sur le milieu urbain comme les activités dont l'objet est celui de réaliser des travaux de réhabilitation des bâtiments, lorsqu'il existent des situations d'insuffisance ou de dégradation des conditions de base de la fonctionnalité, la sécurité et l'habitabilité des bâtiments, ainsi que des travaux de régénération et renouvellement urbain, dès lors qu'ils se réalisent à l'égard tant de bâtiments que de tissus urbains, pouvant s'inclure ici aussi des travaux de nouvelles constructions de remplacement.

Le financement de ces activités se produit par des mécanismes de collaboration, grâce aux accords entre les autorités publiques agissantes, les propriétaires et d'autres personnes qui peuvent intervenir dans la mise en œuvre des activités de réhabilitation, régénération et renouvellement urbains. Ces mécanismes de financement comprennent l'exploitation conjointe d'un immeuble ou une partie de celui-ci et même des types de contrats ou de collaboration. Afin rendre plus facile la gestion et l'exécution de ces activités, la loi établit, entre autres, les contrats suivants¹⁰⁰ :

- Contrat de cession, entraînant l'option de location ou d'octroi des droits d'exploitation à des tiers, de terrains urbains ou des éléments de ces derniers, pour une durée déterminée, et en échange du paiement différé d'une partie du coût devant être accordé aux propriétaires des terrains.
- Contrat d'échange ou de cession des terrains ou d'une part du bâtiment assujetti à réhabilitation en échange d'une construction future donnée.
- Contrat de location ou de cession d'usage d'un local, habitation ou un autre élément d'un bâtiment, pour une durée déterminée et en échange du paiement par le locataire ou cessionnaire de toutes ou une partie des charges suivants : impôts, taxes, charges résultantes de la communauté de propriétaires ou du groupement de communautés de propriétaires, ou de la coopérative, les dépenses d'entretien et des travaux de réhabilitation, régénération et renouvellement urbain.
- Convention d'exploitation conjointe d'un immeuble ou d'une partie de celui-ci.

On voit bien que, même que la loi est très récente et qu'elle n'a pas encore déployé tous ses effets, elle suppose un pas en avant dans ce qu'on appelle les « trois r » : la réhabilitation, la régénération et le renouvellement urbain en faveur d'un partenariat contractuel pour fin

¹⁰⁰ Article 17 de la loi 8/2013, du 26 juin 2013, sur la réhabilitation, la régénération et le renouvellement urbain.

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme - Grèce

[Rapport hellénique

par

Eugénie Prevedourou

Professeur adjoint à l'Université Aristote de Salonique]

Réponses au questionnaire

A. Planification

Dans le système juridique hellénique, les principales règles en matière de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire et d'urbanisme figurent dans le texte de la Constitution elle-même.

1. La protection de l'environnement naturel et culturel constitue une obligation de l'État et un droit pour chacun. L'État est obligé de prendre des mesures spéciales, préventives ou répressives pour protéger l'environnement conformément au principe de durabilité. La loi règle les matières relatives à la protection des forêts et des espaces forestiers en général. La tenue d'un registre des forêts constitue une obligation pour l'État. La modification de l'affectation des forêts et des espaces forestiers est interdite, à moins que leur exploitation agricole ou un autre usage imposé par l'intérêt public ne soit prioritaire pour l'économie nationale.[modifié en 2001].
2. L'aménagement du territoire du pays, la formation, le développement, l'urbanisme et l'extension des villes et des zones à urbaniser en général relèvent de la législation et du contrôle de l'État, afin de servir au caractère fonctionnel et au développement des agglomérations et d'assurer les meilleures conditions de vie possibles.

Les choix techniques et les arguments pertinents sont dirigés par les règles de la science. La tenue d'un cadastre national constitue une obligation pour l'État [2e alinéa ajouté en 2001]

3. Pour la reconnaissance d'une région comme zone à urbaniser et en vue de son urbanisme opérationnel, les propriétés qui y sont incluses contribuent obligatoirement tant à la disposition, sans droit à une indemnité de la part de l'organisme impliqué, des terrains nécessaires pour l'ouverture des rues et la création des places et d'autres espaces d'usage ou d'intérêt public en général, qu'aux dépenses pour l'exécution des travaux d'infrastructure urbaine, ainsi qu'il est prévu par la loi.
4. La loi peut prévoir la participation des propriétaires d'une région caractérisée comme zone à urbaniser à la mise en valeur et à l'aménagement général de cette région suivant un plan d'urbanisme dûment approuvé; ces propriétaires reçoivent en contre-prestation des immeubles ou des parties des propriétés par étage d'une valeur égale dans les terrains finalement destinés à la construction ou dans les bâtiments de cette zone.

5. Les dispositions des paragraphes précédents sont également applicables en cas du réaménagement des agglomérations urbaines déjà existantes. Les terrains libérés par ce réaménagement sont affectés à la création d'espaces d'usage commun ou sont mis en vente pour couvrir les dépenses du réaménagement urbanistique, ainsi qu'il est prévu par la loi.

....

Il s'ensuit que c'est la Constitution elle-même –judicieusement interprétée et mise en valeur par une jurisprudence plutôt volontariste et soucieuse de pallier aux carences du législateur– qui impose au législateur et à l'administration l'obligation de procéder à l'aménagement du territoire et à la planification urbaine (article 24 par. 2 de la Constitution). La planification urbaine est effectuée en trois niveaux.

Les plans généraux de l'urbanisme constituent le premier niveau de planification¹⁰¹. Ils fixent les orientations fondamentales pour le territoire de chaque municipalité en précisant la destination générale des sols, les zones d'extension des agglomérations, les espaces sensibles à maintenir, les principaux sites à protéger et l'organisation générale des transports. Ces plans sont approuvés par décret présidentiel¹⁰². Ils sont opposables aux collectivités publiques et, exceptionnellement, aux particuliers, lorsqu'ils contiennent des prévisions concrètes qui peuvent être directement appliquées.

Le deuxième niveau de planification est constitué par les *Etudes d'Urbanisme*, qui définissent les règles de l'occupation des sols et notamment les conditions de construction des terrains ainsi que les plans d'alignement d'une agglomération. Les études d'urbanisme sont approuvées par des décrets présidentiels. Elles sont opposables aux tiers¹⁰³. Plus précisément, l'étude constitue un document technique rédigé, en règle générale, par un cocontractant (opérateur privé) de l'administration dans le cadre d'un contrat qualifié de « contrat d'étude » (régé par la Loi n° 3316/2005). Il s'agit d'un type de contrat relevant de la catégorie plus large de marchés publics et considéré par la doctrine comme une sous-catégorie des contrats de services publics. Toutefois, le cadre normatif de la planification est établie par l'acte administratif d'approbation, tandis que le contrat lui-même n'impose aucune obligation à l'administration de procéder à l'urbanisation. Le contrat est donc préalable, en amont du projet ou du plan, dans la mesure où il a pour objet l'élaboration technique du schéma de l'acte de programmation que les administrations adoptent, ensuite, dans l'exercice de la puissance publique.

Ces actes normatifs de planification (plans d'urbanisme, études d'urbanisme, approuvés toujours par des actes réglementaires) déterminent la nature et les conditions d'utilisation du sol.

Il importe de signaler que les négociations entre l'administration et les administrés au cours de la préparation (ou de la révision) des plans qui portent sur le choix du principe et le

¹⁰¹ Loi n° 947/1979, sur les régions résidentielles et Loi n° 1337/1983, sur l'expansion des plans d'urbanisme et le développement de l'habitat, ainsi que les lois n° 2508/1997 et n° 2742/1999 concernant l'aménagement du territoire sur la base du principe de développement durable.

¹⁰² Conseil d'Etat (ci après CdE), ass., 3661/2005.

¹⁰³ Voir récemment, l'arrêt CdE, ass., 3341/2013.

contenu même de la planification n'aboutissent pas à la conclusion des accords ou des contrats. L'administration est tenue de tenir compte des observations et des propositions formulées dans le cadre de la procédure de consultation, préalable à l'établissement du plan. De même, une proposition de modification du plan que fait un particulier à l'administration n'est pas une offre de contracter et ne débouche pas sur la conclusion d'un contrat si l'administration accueille cette demande. Ces échanges doivent être clairement distingués des véritables contrats ou marchés publics (« contrats d'étude ») qui sont conclus avec des spécialistes chargés d'élaborer le document technique qui servira de base à la procédure, puis aux décisions de l'administration. Toutefois, comme il vient d'être signalé, ces contrats en bonne et due forme n'engagent pas sur le principe la décision d'urbanisme elle-même, c'est à dire sur l'adoption du plan ou son contenu qui restent libres. Enfin, il paraît impossible de déroger aux règles d'urbanisme par voie contractuelle, à moins que le contrat ne soit approuvé par une loi, procédé qui n'a jamais été appliqué jusqu'à aujourd'hui au niveau de planification et qui serait susceptible de soulever des doutes sérieux quant à sa constitutionnalité.

Il ressort des considérations précédentes que l'administration se trouve dans l'obligation constitutionnellement imposée de procéder à la planification. Son inertie constitue une omission d'une opération légale due et est susceptible de recours pour excès de pouvoir. S'agissant, donc, d'une compétence liée d'émission de ces actes, qui découle directement de la Constitution elle-même, il ne serait pas possible de procéder en la matière par voie contractuelle.

B. La mise en œuvre de la planification

L'autorité publique met en œuvre les plans d'urbanisme par l'émission de certains actes individuels.

- a) L'acte de voirie, ayant pour objet la privation de la propriété qui se trouve dans les espaces à usage commun selon la procédure de l'expropriation (article 17 par. 2-6 de la Constitution, Code de l'expropriation des biens immobiliers: Loi n° 2881/2002)
- b) L'annexion, ayant pour objet le transfert forcé d'une parcelle d'un propriétaire à un autre, pour créer des terrains à bâtir (article 300 du Code de l'urbanisme)
- c) La régularisation, ayant pour objet l'échange de parties de terrains, réalisé dans le même but (article 300 du Code de l'urbanisme)
- d) L'acte d'application de l'Etude d'urbanisme (prévu par la Loi n° 1337/1983, article 12 par. 3]), qui a pour objet la participation obligatoire, sous forme d'apport de terrains ou de participation financière, à la constitution d'espaces à usage commun ou à utilité commune, en application de l'article 24 par. 3 de la Constitution prévus par l'étude d'urbanisme. Le taux de la contribution dépend de la superficie du terrain et varie entre 10% pour les petites propriétés et 60% pour les très grandes (article 45 du Code). Cet acte est approuvé par le préfet. L'approbation constitue l'acte exécutoire en la matière.

C. Les autorisations d'urbanisme

En ce qui concerne les documents à caractère individuel, comme les différentes autorisations d'urbanisme (le permis de construire, d'aménager ou de démolir) et les autres autorisations

d'occupation du sol, elles sont délivrées au moyen d'actes administratifs exécutoires, à savoir susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Le permis de construire –l'autorisation de loin la plus importante en matière d'urbanisme– constitue l'acte par lequel l'autorité administrative autorise toute personne physique ou morale qui le demande à édifier ou modifier une construction, à procéder à des travaux ou à l'abattage d'arbres (article 329 du Code de l'urbanisme). Par l'octroi du permis de construire l'autorité publique s'assure que les projets de construction sont compatibles avec les dispositions législatives et réglementaires concernant les règles d'utilisation des sols ou avec les conditions spéciales posées éventuellement pour le projet concerné. La compétence de la délivrance du permis de construire incombe aujourd'hui aux services d'urbanisme des municipalités, collectivités locales de premier degré (article 330 du Code, modifié), également compétents pour l'instruction de la demande y afférente (article 333 du Code). Le délai d'instruction des différentes études du projet de construction est fixé à quinze jours (article 333.2 du Code). Aux termes de l'article 334 du Code de l'urbanisme, le permis de construire est périmé si les constructions ou travaux entrepris ne sont pas achevés dans un délai de quatre ans –six ans pour les grands hôtels ou installations industrielles– qui suit sa délivrance. Le permis doit être révisé en cas de remplacement de la personne qui supervise le projet ou en cas de modification des études du projet. Pendant toute la durée du chantier, les autorités sont autorisées à exercer un contrôle sur les constructions en cours.

Il importe de signaler que le permis de construire fait parti du petit nombre d'actes administratifs dont la délivrance relève de la compétence liée de l'autorité administrative, et cela pour deux raisons : d'une part, parce que la demande de permis repose sur le droit fondamental de propriété et, d'autre part, parce que le contrôle des conditions légales requises pour l'octroi du permis est, dans une large mesure, une opération de constatation.

Le permis de construire est souvent assorti de conditions particulières, imposant au bénéficiaire de remplir certaines obligations, par exemple de compléter le projet pour assurer sa sécurité ou de s'acquitter de ses contributions financières, et, en général, lui imposant de respecter les conditions et restrictions d'urbanisme¹⁰⁴.

En fonction de la construction projetée, la procédure peut suivre certaines modalités particulières: enquête publique ou accomplissement d'une procédure d'étude d'impact.

Il en est de même pour les autres autorisations d'urbanisme ayant pour objet des projets de construction de grande envergure, comme l'installation de loisirs, les espaces boisés, les coupes et l'abattage d'arbres, le défrichement, l'implantation de grandes surfaces, l'implantation de services et entreprises dans les deux grandes agglomérations d'Athènes et de Thessalonique.

Il s'ensuit que la procédure de l'octroi du permis est particulièrement formaliste et nécessite le contrôle permanent de l'autorité administrative compétente, afin de vérifier qu'un projet de construction respecte bien les règles d'urbanisme en vigueur. Si les conditions légales sont remplies, l'autorité compétente se trouve dans l'obligation de procéder à la délivrance du permis, sous peine d'être déferée au juge pour omission d'une opération légale due. Par

¹⁰⁴ Les conditions d'urbanisme sont différentes selon le régime urbanistique de la région concernée. En général, dans les territoires dotés d'un plan d'occupation des sols, la superficie maximale qui peut être construite représente 70% de la superficie totale du terrain, alors que le coefficient d'occupation des sols se situe entre 0,80 et 1,20 (article 109 du Code de l'urbanisme).

conséquent, dans le cadre normatif actuellement en vigueur, il n'est pas possible d'octroyer un permis de construire ou d'autres autorisations d'urbanisme par voie contractuelle.

De tout ce qui précède, il ressort que la planification et l'autorisation constituent des prérogatives de puissance publique où l'action unilatérale s'impose. L'admission du contrat dans la planification et l'autorisation n'est pas envisageable.

En revanche, l'exécution de travaux de planification et d'aménagement à la demande de l'administration peut faire l'objet d'un contrat.

D. L'exécution de travaux de planification et d'aménagement à la demande de l'administration

Les documents de planification générale (plans d'urbanisme généraux) ainsi que sectorielle, comme les plans de développement spatial de ville ouverte, prévoient parfois la création des Zones d'urbanisme actif (ZUA), à savoir des zones où l'autorité publique poursuit la création d'ensembles urbains ou la reconstruction d'ensembles existants sur la base d'une planification complète (article 52 du Code de l'urbanisme). Les seuls contrats en matière d'urbanisme prévus par la loi elle-même ont précisément pour objet la mise en valeur de ces zones.

En effet, le Code de l'urbanisme prévoit la conclusion des contrats, ayant essentiellement une fonction d'exécution des travaux et de réalisation des infrastructures. Le rapport contractuel est focalisé sur la vérification de la réalisation progressive, par l'aménageur, du projet ou du plan, prédéterminé de manière autoritaire. Ces contrats ont été qualifiés par le Conseil d'Etat de contrats de concession du service de gestion et d'exécution du programme d'une certaine ZUA. En effet, conformément à l'article 23 par. 4 de la Loi 947/1979, l'aménagement de l'espace, l'exécution des travaux d'infrastructure et la construction organisée dans le cadre de la ZUA, jusqu'à son expansion complète ou sa restructuration et son activation opérationnelle, constituent une opération d'utilité publique. Le concessionnaire assume la tâche de respecter les conditions du plan ainsi que la prescription constitutionnelle ayant trait au développement opérationnel de la ZUA, à la garantie de meilleures conditions de vie, à la protection de l'environnement naturel et culturel et aux besoins de la vie sociale ou d'emploi. Le concessionnaire se charge de la poursuite des buts susmentionnés, prévus par la Constitution et la Loi 947/1979 et rehaussés en buts d'utilité publique. C'est la raison pour laquelle les contrats d'urbanisme actif sont qualifiés de contrats de concession de service public au sens fonctionnel du terme. Si l'expansion urbaine ou la reconstruction de la ZUA se limite à l'exécution des travaux, on pourrait considérer que ces contrats constituent des contrats de concession de travaux publics (article 56 du Code de l'urbanisme). L'administration procède elle-même à l'émission des actes unilatéraux nécessaires, quand certaines conventions de maîtrise foncière ne peuvent pas se conclure. Le Conseil d'Etat n'a jamais mis en cause la légalité de ces contrats. Selon les arrêts CdE Ass. 2757 et 2758/1994, l'intervention active de l'Etat en matière d'urbanisme se manifeste par la détermination du concessionnaire et par l'attribution à celui-ci de l'opération de l'expansion et de la reconstruction de la ZUA. Le concessionnaire peut être soit une municipalité ou une entreprise municipale soit une société anonyme ou de responsabilité limitée. Si le contrat est conclu entre l'Etat et une personne morale de droit privé, comme une Société d'Economie Mixte, il doit être approuvé par une

loi. Il s'ensuit que, à partir de la publication de la loi dans le Journal Officiel, toutes les stipulations du contrat ont une valeur législative¹⁰⁵.

Le Code d'urbanisme contient des dispositions détaillées tant sur l'objet du contrat et plus précisément sur les obligations du concessionnaire (article 56 du Code de l'urbanisme), que sur la procédure de passation du contrat (article 55). La procédure se déroule sous la responsabilité du Ministre de l'Environnement. La question se pose de savoir si la réglementation de cette procédure, totalement orientée vers des entreprises nationales, serait compatible avec le droit de l'Union européenne.

Toutefois, le cadre normatif de l'opération est établi par le plan général ou sectoriel, approuvé, comme il a déjà été signalé, par un acte administratif réglementaire. C'est l'exécution de la tâche administrative qui est confiée par voie contractuelle à un partenaire.

E. Application de la taxe

Conformément à l'article 78 par. 1 de la Constitution, *«aucun impôt ne peut être établi ni perçu sans une loi formelle déterminant l'assujetti à l'imposition et le revenu, ainsi que l'espèce du patrimoine, les dépenses et les transactions ou les catégories de celles-ci, auxquelles l'impôt se réfère»*. Par conséquent, une taxe d'urbanisme ne saurait être établie par voie contractuelle.

¹⁰⁵ Article 27 de la Loi n° 2508/1997.

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme dans le système juridique italien

Simone Torricelli

Professeur de droit administratif à l'Université de Florence

Recherche conduite dans le cadre du GRIDAUH

1. *Dans quelles hypothèses a-t-on recours au contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?*

a) Dans le système juridique italien, le domaine de l'urbanisme a été le champ d'expérimentation principal pour l'utilisation de formes consensuelles dans l'action administrative et pour le recours aux accords entre autorités administratives et particuliers. Dans ce domaine, le législateur a introduit depuis longtemps de manière expresse des hypothèses d'accords ayant pour l'objet la négociation du pouvoir administratif, bien avant l'introduction des accords administratifs comme figure générale par la loi générale sur la procédure administrative du 1990. On peut dire que les accords prévus en matière d'urbanisme ont été l'archétype sur lequel les formes d'administration consensuelles ont pu se développer.

b) Tout d'abord, il faut préciser que, lorsque on parle de formes consensuelles dans l'exercice des pouvoirs publics, on n'utilise pas, normalement, la notion de « contrat », qui, dans le système italien, est le contrat de droit privé (parfois utilisé même par les administrations publiques, par exemples le contrat de marché public) selon la définition du code civil et qui donc peut créer des ambiguïtés. L'institut juridique expressément prévu et réglementé est celui des « accords administratifs », qui peuvent être conclus entre l'administration et les particuliers afin de déterminer le contenu d'un acte administratif discrétionnaire ou pour remplacer l'acte administratif qui normalement aura dû conclure la procédure administrative non contentieuse (et qui se conclut donc dans ce cas par la stipulation de l'accord).

c) La disposition fondamentale, à ce sujet, est désormais contenue dans l'art. 11 l. n. 241/1990, qui prévoit la possibilité des accords en termes généraux (pour le limites, voir *infra*, n. 3) et qui en réglemente le régime juridique (*infra*, n. 2).

Textuellement, l'art. 11, al. 1, dispose que « en poursuivant l'intérêt public, l'administration peut conclure, sans préjudice pour les tiers, des accords avec les intéressés afin de déterminer le contenu discrétionnaire de l'acte administratif ou en substitution de l'acte même ». Le régime juridique des accords est en principe de droit privé : l'art. 11, al. 2, dispose que, « Sauf prévisions différents, les accords sont soumis aux principes du code civile en matière d'obligation et des contrats, si

compatibles ». On verra plus avant ce que cela signifie. On peut se borner à souligner, pour l'instant, que cette disposition est normalement la disposition à laquelle, selon la jurisprudence, les instruments consensuels dans la matière d'urbanisme doivent être reconduits.

d) La possibilité de conclure des accords entre autorités administratives et particuliers est prévue par rapport à toutes les différentes phases d'exercices du pouvoir administratif, de la planification à l'adoption d'actes d'autorisation. Notamment :

- Dans la phase de la planification (voir *infra*, n. 1.1.a)
- Dans la phase de planification opérative et d'exécution (voir *infra*, n. 1.3)
- Dans la phase où l'administration délivre les actes administratifs d'autorisation (voir *infra*, n. 1.1.b)

Le régime est toutefois très différent selon la phase où l'accord se place.

1.1 Nous souhaiterions savoir, principalement, si l'autorité administrative peut s'engager, contractuellement, à exercer sa compétence d'urbanisme dans un sens précis et, plus précisément :

- *si elle peut s'engager par contrat à adopter ou à modifier une règle d'urbanisme,*
- *si elle peut s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme.*

a) La possibilité de conclure des accords en ce qui concerne la formation ou la modification des règles d'urbanisme (donc au moment de la « planification ») est, par rapport aux hypothèses différentes d'utilisation d'instruments consensuels, la plus délicate et controversée. L'art. 11 l n. 241/1990 ne s'applique pas aux actes administratifs généraux (l'exclusion est établie par l'art. 14 de la loi sur la procédure administrative et apparaît justifié car, s'agissant de choix généraux, il n'est pas possibles de s'accorder avec certains entre les particuliers potentiellement intéressés, sans porter préjudices à des autres particuliers qui pourraient être de même concernés par les effets de l'accord). En plus, la législation nationale en matière d'urbanisme ne prévoit pas les accords ayant pour l'objet choix de planification, au niveau du « plan régulateur général » (l'acte de planification communal qui se pose au niveau hiérarchique supérieur par rapport aux différents plans communaux et qui pourrait correspondre au plan local d'urbanisme du droit français). Néanmoins, certaines lois régionales les ont introduits.

Il faut souligner tout de suite que les accords dans la phase de la planification, lorsque ils sont admis, ont une efficacité réduite. Des exemples peuvent être utiles pour comprendre leur rôle (et les nombreuses aspects problématiques) dans le processus de planification.

L'art. 6 L.R. Veneto 23 avril 2004, n. 31, prévoit que :

«Les Communes, les Provinces et la Région, peuvent conclure des accords avec les particuliers pour introduire dans la planification des propositions de projets et

initiatives d'intérêt public. Les accords sont finalisés à la détermination de certaines prévisions du contenu discrétionnaire des actes de planification territoriale et d'urbanisme, sans préjudice pour la planification sur-ordonnée et sans préjudice pour les tiers. L'accord constitue une partie intégrante de l'instrument de planification et est soumis aux mêmes formes de publicité et de participation. L'accord est ... conditionné à sa confirmation dans les prévisions du plan approuvé. Pour ce qui n'est pas réglementé par cette loi, le régime prévue par l'art. 11 de la loi sur la procédure administrative s'applique».

On peut voir que l'accord doit être confirmé au moment de l'approbation du plan, donc il n'a pas l'effet de lier de manière définitive l'activité de l'administration. Cet accord ne produit pas l'effet naturel propre au contrat, même si l'administration ne pourra pas négliger la solution partagée sinon pour des raisons d'intérêt général dont elle devra donner une justification adaptée.

On trouve une limitation pareille de l'efficacité obligatoire des accords dans l'art. 18 L. R. Emilia Romagna 24 mars 2000, n. 20, selon lequel:

« Les collectivités locales peuvent conclure des accords avec les particuliers, dans le respect des principes d'impartialité, de transparence, de parité de traitement des opérateurs, de publicité et de participation à la procédure des tous les intéressés, pour introduire des prévisions d'aménagement du territoire d'intérêt pour la communauté locale partagées avec les sujets intéressés et cohérentes avec les objectifs stratégiques indiqués dans les actes de planification. Les accords peuvent concerner le contenu discrétionnaire des actes de planification territoriale et d'urbanisme ; ils sont conclus dans le respect de la législation et de la planification sur-ordonnée et sans préjudice pour les tiers. L'accord indique les raisons d'intérêt public qui justifient le recours à l'instrument consensuel et vérifie la compatibilité des choix de planification partagés. L'accord constitue une partie intégrante de l'instrument de planification et est soumis aux mêmes formes de publicité et de participation. La conclusion de l'accord est précédée par une délibération de l'organe exécutive de la collectivité locale. L'accord est subordonnée à la condition suspensive de la transposition de son contenu dans la délibération d'adoption de l'instrument de planification auquel il se rattache et de la confirmation de ses prévisions dans le plan approuvé ».

Ces deux exemples montrent que l'essai d'introduire des formes de négociation même dans la formation des règles est présent (et que, plus en général, il est présent l'effort de étendre l'utilisation des accords dans cette matière au delà des hypothèses traditionnelles), mais que, dans ces cas, la force de l'accord s'atténue, parce que, même si l'administration et le particulier ont établi, dans un accord, une règle partagée, l'administration garde le pouvoir unilatéral de changer d'avis. La raison s'avère claire: la règle affecte une pluralité indéterminée de sujets, ainsi que l'effet de l'accord ne concerne pas ceux qui l'ont conclu et donc le consensus que la partie publique a donné n'est pas capable de lier de manière définitive l'activité de l'administration.

b) En ce qui concerne la possibilité, pour l'administration, de s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme, la règle générale de l'art. 11 l n. 241/1990

s'applique. D'ailleurs, très souvent le permis de construire suit la conclusion d'une convention entre l'administration et le particulier, où, notamment, le particulier accepte de s'assumer certaines obligations pour obtenir une certaine *utilitas* (voir *infra*, n. 1.3.a.). Dans ce cas, l'adoption de l'acte administratif constitue l'accomplissement d'une obligation de droit privé. Toutefois, l'accord administratif, comme on l'a déjà vu, pourra aussi remplacer l'autorisation et, dans ce cas, il produit ses mêmes effets. Il faut souligner que c'est l'administration à décider si l'accord conclu avec le particulier remplace l'autorisation ou doit être suivi par l'adoption de l'acte administratif : la différence est seulement formelle, parce que, dans ce dernier cas et après la conclusion de l'accord, l'administration n'a plus aucun pouvoir administratif et donc elle est obligée à délivrer l'autorisation, selon le contenu négocié dans l'accord.

Si cela est possible, quelle est la sanction du non-respect par l'administration d'un tel engagement contractuel?

- a) Comme on l'a vu, les accords en matière de planification ont une efficacité conditionnée à la réception de l'accord dans le plan que l'administration doit adopter. Il s'agit donc d'une efficacité limitée, qui n'a rien à voir avec la force contraignante normale du contrat.
- b) Au delà de la planification, l'utilisation des accords a par contre une véritable capacité de lier l'activité administrative suivante. Aux termes de l'art. 11 l n. 241/1990, les obligations qui naissent de l'accord sont en principes soumises au droit civil des obligations et on peut en prétendre l'exécution selon les instruments propres au droit privé (mais «en tant que compatible»). Notamment, dans le cas où l'accord administratif n'est pas substitutif de l'acte administratif, il se pose le problème d'assurer le respect de l'obligation de l'administration de adopter l'acte (par exemple, l'autorisation) et, plus précisément, il se pose le problème de l'application de l'art. 2932 du code civil selon lequel «si celui qui est obligé à conclure un contrat n'accomplisse pas à son obligation, sa contrepartie peut obtenir du juge une décision qui produit les effets du contrat qui n'a pas été conclu ». En tout cas, une modification récente du code du contentieux administratif (d. lgs n. 104/2010) permet au juge administratif de condamner l'administration à l'adoption d'un acte administratif (par exemple, le permis de construire ou n'importe quelle autre autorisation): en application de cette disposition, il devient possible pour le particulier qui a conclu un accord avec l'administration de demander au juge de condamner l'administration à l'adoption de l'acte pour garantir l'accomplissement de l'obligation assumée par l'accord.
- c) L'une des arguments qui avait été porté contre l'introduction des accords dans l'activité impérative de l'administration concernait le fait que l'accord est, en soi, un instrument qui a l'effet de stabiliser un certain organisation des intérêts, lorsque le pouvoir administratif ne peut jamais s'épuiser. Notamment, dans le droit italien, l'administration demeure titulaire du pouvoir de annuler l'acte illégal, dans un délai

raisonnable (art. 21 nonies l. n. 241/1990) ou de révoquer l'acte – indépendamment du fait qu'il soit légal ou illégal) sans limite temporelle mais avec l'obligation de payer une indemnisation. Pour concilier le régime de l'accord avec cette exigence générale (c'est à dire de permettre à l'administration de poursuivre l'intérêt public sans l'obstacle de l'accord conclu), l'art. 11, al. 4, l. n. 241/1990 prévoit que l'administration peut se retirer de l'accord, lorsque il l'est nécessaire pour des raisons d'intérêt public qui n'existaient pas au moment de la conclusion mais qui sont survenues ; dans ce cas, elle doit payer au particulier une indemnisation pour le dommage que la résiliation de l'accord lui a causé.

- d) Le non respect dans l'accomplissement des obligations découlant de l'accord peut ensuite rendre l'administration responsable (responsabilité contractuelle) pour les dommages provoqués.

1.2. L'autorité administrative peut-elle délivrer une autorisation d'urbanisme par voie contractuelle ? Le permis de construire, par exemple, peut-il prendre une forme contractuelle ?

Si cela est possible, cela change-t-il quelque chose à la nature des droits conférés au titulaire ? Aux recours susceptibles d'être formés contre cette autorisation ?

- a) Comme on l'a déjà vu, le permis de construire, comme aussi toutes les autorisations dans la matière d'urbanisme, peut être délivré en forme d'accord, dans le sens que il peut être précédé par un accord qui en établit le contenu (l'adoption d'un acte administratif ayant le contenu concordé devient une prestation que l'administration doit accomplir aux termes du code civile) ou que il peut être remplacé par un accord.
- b) Les accords administratifs sont soumis au droit privé en tant que le législateur n'ait pas différemment disposé et si le droit privé est compatible (le législateur ne précise pas compatible « avec quoi »): le permis de construire est soumis à un régime très précis, donc il n'y a pas grand espace pour l'application du droit privé. Mais le droit privé peut parfois trouver application. Par exemple, par rapport à l'obligation pour le particulier de céder à l'administrations les oeuvres d'urbanisation qu'il a réalisé (notamment, des infrastructures: parkings, routes, réseaux etc) : l'application du droit privé amène à la conclusion que cette obligation est soumise au délai générale de prescription (Cassation civile, sec. II, 6/02/2013, n. 2835). Un autre exemple concerne les sanctions pour la violation des prescriptions posées par les conventions d'urbanismes, auxquelles l'art. 1384 cc s'applique : “la sanction peut [ainsi] être réduite par le juge selon équité, si l'obligation a été partiellement accomplie où si la sanction est manifestement excessive, compte tenu de l'intérêt du créancier” (T.A.R. Piemonte sec. I, 04/04/2012, 418). Encore en ce qui concerne l'application des sanctions, l'application du droit privé en cas de violation des obligations découlant de l'accord exclut l'application du principe de la confiance légitime (qui peut amener à exclure l'application de la sanction où le particulier a fait confiance de manière non fautive sur

la légalité de son comportement), lorsque ce principe trouvera application si l'administration doit exercer ses pouvoirs de droit public.

- a) Chaque accord doit être précédé par un acte administratif, adopté par l'organe qui aurait été compétent à l'adoption de l'acte administratif précédé au remplacé par l'accord (art. 11, al. 4 bis). Les tiers peuvent donc attaquer l'acte administratif qu'autorise la stipulation de l'accord administratif (T.A.R. sec. III Puglia 25/05/2011 n. 798). En manque de cet acte préalable, les tiers peuvent attaquer directement l'accord (T.A.R. sez. I Abruzzo, 14/03/2013, 225); d'ailleurs, l'accord lui même doit être motivé, ce qui permet aux tiers de contrôler que il soit adopté dans le respect de la loi et des principes auxquels l'action administrative est soumise Les litiges concernant la formation, la conclusion et l'exécution des accords relèves de la juridiction du juge administratif.

1.3. Pouvez-vous indiquer, également, si :

** le recours au contrat est possible pour la réalisation d'opérations d'urbanisme (aménagement, rénovation urbaine ...) ?*

** le recours au contrat est possible pour l'établissement de taxes d'urbanisme ?*

- a) Par rapport à la réalisation d'opérations d'urbanisme, la conclusion des accords n'est pas seulement possible, mais, souvent, obligatoire (c'est à dire elle est une conditions préalable nécessaire pour l'adoption du permis de construire finale).

La figure traditionnelle d'accord, en matière d'urbanisme, concerne le cas du lotissement. L'art. 28 l. n. 1150/1942 (comme modifié en 1967) prévoit que « L'autorisation communale (pour le lotissement d'un terrain) est subordonnée à la stipulation d'une convention, que le propriétaire doit transcrire, qui établit : 1. la cession gratuite dans des délais établi des terrains nécessaires pour les ouvrages d'équipement, 2. l'acceptation, par le propriétaire, des charges concernant les ouvrages d'équipement, 3. les délais pour compléter ces ouvrages, 4. les garanties financières pour l'accomplissement des obligation découlant de la convention

Il n'e s'agit pas, toutefois, d'un simple cahier de charge. Selon le Conseil d'Etat, « la convention de lotissement est à considérer comme un accord qui remplace l'acte administratif aux termes de l'art. 11, l n. 241/1990 ; la convention intervient dans le domaine de l'exercice d'un pouvoir et en emprunte le caractéristiques et la nature, sauf l'application des principes du droit privé en matière d'obligations et contrats pour les aspects qui ne sont pas incompatibles avec la générale discipline de droit public. Par conséquent, le lotissement constitue exercice consensuelle d'un pouvoir de planification qui implique l'adoption de dispositions d'urbanisme et qui produit obligations et charges » (Cons. D'Etat, sec. IV, 8/7/2013, n. 3597)

La doctrine est toutefois partagée à propos du contenu de l'accord et l'ampleur de l'objet de la négociation n'est pas claire. Selon certain auteurs, il y a une incorporation complète entre le plan de lotissement et la convention ainsi que le

contenu de l'accord concerne véritablement l'aménagement du territoire (Civitarese-Urbani) ; selon certains d'autres, par contre, il n'y a aucune possibilité pour la négociation des choix d'urbanisme, bien que d'exécution (Pagliari).

Le Conseil d'Etat a souligné que la reconstruction juridique de la convention de lotissement est difficile, pour la coexistence d'aspects de droit public avec un instrument « clairement contractuel ». Il a toutefois considéré que elle implique quand même une convergence de volonté entre les contractants, dans l'exercice de l'autonomie contractuelle régie par le code civile. La conséquence est que certains entre ses contenus peuvent être légalement imposés par l'Administration; dans ce cas le particulier qui a signé la convention ha « voulu l'accepter » et il est lié a ses dispositions, sauf le recours aux instruments de protection pour le cas d'invalidité du contrat (Cons. d'Etat, sec. IV, 26/09/2013, n. 4810)

- b) Un deuxième exemple d'accord est offert par les “programmes intégrés d'intervention” (art. 16 L. n. 179/1992). Administrations ou particuliers (même en forme associée) peuvent présenter aux Communes des programmes concernant des zones édifiées ou à destiner à des nouvelles édifications afin de leur requalification. Selon la définition législative, le programme intégré est caractérisé a) par la coexistence d'une pluralité des fonctions et par l'intégration de différents typologies d'interventions (concernant, au même temps, un ensemble d'immeubles, les immeubles spécifiques et l'environnement), y compris la réalisation des ouvrages d'équipement, b) par une dimension qui permet de intervenir sur la réorganisation urbaine c) par le concours des ressources financière publiques et privées.

Selon la législation originaire, le programme devait être approuvé par le conseil municipal et, où il était en contraste avec le plan régulateur général, il devait être publié pour permettre les observations des intéressés et ensuite transmis, avec les observations reçues, à la Région pour son approbation définitive (mais, si la Région ne décidais pas dans le délai de 150 jours, le programme devait être considéré comme approuvé). Cette législation a été déclarée contraire à la Constitution par la Cour constitutionnelle (déc. 19 octobre 1992, n. 393) pour violations des compétences réservées aux Régions (art. 117 et 118 Constitutions) ; le régime procédurale pour l'approbation de ces programmes est donc désormais confié aux Régions.

La doctrine a observé que par les programmes intégrés d'intervention donnent origine à une nouveau typologie d'urbanisme, fondé sur l'accord réciproque entre administration et particuliers et sur l'intégration des moments de planification et d'exécution, qui compte sur l'apport des ressources financières conjointes publiques/privées (C. Mengoli, *Diritto urbanistico*, 442). Toutefois, même si le contenu du plan s'avère comme le résultat d'une négociation substantielle, du point de vue formel, le plan garde sa nature d'acte administratif.

C'est plutôt pour la exécution de ces plans que les administrations font normalement recours formel aux accords. Comme il l'a observé la Cour de Cassation, les conventions d'urbanisme exécutive des programmes intégrés d'intervention, visées à régler la délivrance des permis de construire et la réalisation des ouvrages

d'équipement, sont comprises dans la notion d'accords substitutifs de l'acte administratifs aux termes de l'art. 11 l n. 241/1990 (Cass. Civile, sec. un., 17/04/2009, 9151)

- c) On peut mentionner encore, comme une forme d'urbanisme contracté, le programme de réhabilitation urbaine (art. 11. D. l. n. 398/1993), qui est proposé aux Communes par des sujets publics ou privés et qui implique l'utilisation de ressources publiques et privées. Ce programme est constitué par un ensemble systématique d'interventions finalisées à a) la réalisation, à l'entretien et à la modernisation des équipements, notamment pour faire face aux problèmes d'accessibilité des infrastructures et services sur réseaux b) à l'édification pour compléter et intégrer des zones édifiées existantes, comme aussi à introduire des élément d'amélioration urbaine, c) à réaliser des opérations d'entretien (ordinaire et extraordinaire), de restauration, assainissement, rénovation structurelle des immeubles. Une forme particulière de programme de réhabilitation urbaine est le « contrat de quartier», prévue par le DM 22 octobre 1997, qui a la fonction plus spécifique de éliminer, par la réhabilitation urbaine, des situations de dégradation sociale. Il y a donc même dans ce cas une véritable négociation qui devrait amener le particulier à utiliser des ressources privées pour la satisfaction de certains objectifs d'intérêts publics, selon modalité (partagées) qui lui garantissent la possibilité de obtenir un profit. Même l'exécution de ces programmes peut être remise à des accords, comme l'art. 28 d.l. 398/1993 indique de manière expresse.
- d) Une hypothèse particulière est prévue par l'art. 32 .l. 398/1993, selon lequel le permis de construire pour des opération d'urbanisme de consistance importante (rilevante entità) peut être subordonné à la stipulation d'une convention par laquelle les propriétaires assument l'obligation de donner en location une partie des logements récupérés à des sujets indiqués par le Commune, en s'accordant avec l'administration sur le loyer à appliquer.
- e) La convention est utilisée encore pour la cession aux particuliers de la propriété de terrains compris dans le plans pour les constructions économiques et populaires précédemment expropriés, afin de la réalisation de ces constructions (art. 35, L. n. 865/1971) ou pour la cessions de la propriété des terrains compris dans les plans pour les établissements productives, afin de la réalisation d'installations productive des caractère industrielle, artisanale, commercial, touristique (art. 27, L. n. 865/1971)
- f) Les accords ne peuvent pas déroger à la loi ou à des dispositions réglementaires. Par conséquent, il n'y a pas la possibilité de négocier le montant des contributions à payer pour obtenir un permis de construire, dans la mesure où il soit prévu et quantifié au niveau normatif (il s'agit des charges calculés en proportion au coût de la construction et de l'impact de l'œuvre en termes de coûts soutenus par la collectivité pour

l'exigence supplémentaire de services et d'infrastructures qu'elle produit : artt. 16 et 17 Code de l'Urbanisme – DPR n. 380/2001). Mais parfois le législateur même a introduit des facilitations en cas d'accord. Par exemple, les artt. 17 e 18 d.P.R. n. 380/2001 prévoient que lorsque le propriétaire qui demande le permis de construire s'oblige, par convention ou acte unilatéral, à appliquer prix de vente ou loyers déterminés selon une model de convention approuvé par la Région, il échappe au paiement des charges concernant le cout de construction. En plus, parfois la législation régionale permet aux Communes de déroger à la quantification ordinaire des charges découlant du permis de construire (voir, par exemple, Deliberazione del Consiglio regionale Emilia Romagna, 4 marzo 1998, n. 849; L.R.31/02 e L.R.23/2004); dans ce cas, il n'est pas exclu que la mesure concrète de la réduction à appliquer soit déterminé à travers un accord.

2. *Lorsque le recours au contrat est possible, ce contrat présente-t-il des particularités ? (dans son processus de formation, s'agissant des règles d'exécution ...).*

Comme on l'a vu, le processus de formation des accords change de manière remarquable, selon la typologie de l'accord. L'art. 11 l. n. 241/1990 a prévu des règles générales à appliquer par rapport à l'adoption des actes administratifs individuels (permis de construire, autorisations etc ; pour les accords en phase de planification, le régime est défini par les lois qui les prévoient).

Aux termes de l'art 11:

1. l'accord doit être conclu après l'ouverture formelle d'une procédure administrative, où les intéressés (qui dans certains cas doivent être prévenus de l'ouverture de cette procédure) peuvent présenter observations et documents ;
2. afin de favoriser la conclusion des accords, le fonctionnaire qui est en charge de la procédure peut définir un programme de rendez-vous où il invite, de manière séparée ou contextuelle, le destinataire de l'acte et les tiers ;
3. L'accord doit être précédé par un acte administratif adopté par l'organe qui aurait été compétent à l'adoption de l'acte unilatéral final ;
4. L'accord doit être en rédigé en forme écrite sous peine de nullité ;
5. L'accord doit être motivé ;
6. L'accord est soumis aux mêmes contrôles de l'acte administratif qui va à remplacer ;
7. Quant à l'exécution, le régime est en principe de droit privé ; sur la résiliation, voir *supra* n. 1.1.c.

3. *Existe-t-il des limites juridiques à l'utilisation du contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?*

L'art. 11 l n. 241/1990 prévoit des limites juridiques généraux à l'utilisation des accords. Notamment :

- a) Les accords ne sont pas admis pour lier ou remplacer des actes administratifs généraux, sauf exceptions (comme on l'a vu, dans le domaine de 'urbanisme les exception sont très nombreuses) ;
- b) Les accords ne sont pas admis lorsque l'administration est titulaire d'une compétence liée, sauf exceptions;
- c) Les accords doivent être toujours fonctionnels à la réalisation de l'intérêt public.

4. A-t-on cherché à développer l'usage du contrat en matière d'urbanisme ?

Oui et les indices sont plusieurs.

En premier lieu, les modifications apportées à l'art. 11 l n. 241/1990, où le législateur a expressément prévu que le fonctionnaire en charge d'une procédure administrative doit favoriser la conclusion d'un accord.

Plus spécifiquement, en matière d'urbanisme, l'effort d'étendre l'utilisation des accords à la phase de la formation et modification des plans généraux montre la volonté de promouvoir un urbanisme « consensuelle », confirmée par la multiplication de figure d'accords que, comme on l'a vu, le législateur a progressivement introduit. Certains auteurs parlent désormais d'un principe général de « négociabilité » de l'action administrative.

5. Le recours au contrat est-il plus développé et/ou existe-t-il des contrats particuliers lorsque sont en jeu des opérations d'urbanisme entre personnes publiques ?

La faveur que le législateur a montrée pour l'administration consensuelle se confirme aussi dans l'art. 15 l. n 241/1990, qui permet aux administrations publiques de conclure des accords pour réguler l'exercice en collaboration d'activités d'intérêt commun et qui sont en principe soumis au même régime des accords entre administration et particuliers (donc au droit privé), avec l'exception importante de l'impossibilité de résiliation.

Une figure spécifique d'accord de programme, expressément prévue en matière d'urbanisme, est réglementée dans l'art. 34 Code des collectivités territoriales (d. lgs n. 267/2000), pour la définition et l'exécution de programmes ou d'opérations qui demandent l'action intégrée de plusieurs administrations. En ce cas, le Président de la Région, le président de la Province ou le maire promeut la conclusion d'un accord de programme, même sur demande des sujets intéressés, pour assurer la coordinations des actions et pour déterminer les délais, le modalités, le financement et les autres modalités de l'intervention. L'accord peut aussi prévoir la possibilité de recours à l'arbitrage pour trancher les litiges, comme des procédures de substitution pour le cas les obligations ne soient pas accomplies. La conclusion de l'accord produit la variation des plans d'urbanismes en contraste et remplace les permis de construire; il a

aussi la valeur de déclaration d'utilité publique afin de l'expropriation. Le contrôle sur l'exécution de l'accord et l'intervention en substitution sont confiés à une commission présidée par le Président de la Région, du Président de la Province ou du Maire, et composée par des membres qui représentent les collectivités territoriales intéressés.

On a déjà mentionné les contrats de quartier : pour les donner exécution, il est prévue que les administrations affectées peuvent conclure des accords afin de incrémenter l'occupation et à favoriser l'intégration sociale dans les secteur de la formation professionnelle des jeunes, le décrochage scolaire, l'assistance aux personnes âgées, la réalisation de structure d'accueil.

Mais l'accord de programme est un instrument très développé dans le système, ainsi que les exemples pourraient être encore nombreuses.

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme aux Pays Bas

Oswald Jansen

1. Introduction

A description and analysis of Dutch law on contracts in planning law is much like shooting on a target moving at high speed. This development has three elements. The first development would be the discussion in legal scholarship on the administrative decision as the point of attachment of administrative law rules.¹⁰⁶ The second development, which is partly related to development in the discussion on the administrative decision, is the discussion on contracts closed by government.¹⁰⁷ The third development is the ongoing legislative development towards more integration of legislation concerning the environment. In ?? the *Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)* was enacted. Dutch government has the intention to integrate this act and many more into a new *Omgevingswet* [Act on the environment] which will regulate town and country spaces (*ruimte*), living (*wonen*), Infrastructure, environment (*milieu*), nature and water. This legislative project is enormous. The legislative proposal will be published in 2013. The enactment of this act is foreseen in 2018.¹⁰⁸

Dutch law has two features which are interesting from the point of view from comparison with the French system.

First feature is the availability of a recent codification of general administrative law, the General Administrative Law Act or GALA (*Algemene wet bestuursrecht*). This act is an ongoing project of building new sections of legislation called 'tranches'. The first two tranches were enacted 1 January 1994, the third on 1 January 1999 and the fourth tranche on 1 July 2009. At the beginning of this building project the government announced that a general regulation of *bestuursovereenkomsten* (administrative agreements) would be added to GALA.¹⁰⁹ This announcement was repeated a few times,¹¹⁰ but a draft of such a regulation has not been presented until date. Legal scholarship is divided about the question whether such a regulation should be designed and does not agree on the content these provisions should have.¹¹¹

¹⁰⁶ See for example F.J. van Ommeren et al, *Het besluit voorbij* (Beyond the administrative decision). Preadvis Vereniging voor bestuursrecht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2013

¹⁰⁷ See for example M.W. Scheltema and M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Derde druk, Kluwer, Deventer 2013, p. 203-323; P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2012; F.J. van Ommeren, *De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden and J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010, p. 717-735;

¹⁰⁸ See <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/omgevingswet/vernieuwing-omgevingsrecht>

¹⁰⁹ These provisions were envisaged in title 4.2 GALA (see PG Awb I p. 49; Voorontwerp Awb, p. 26 and 85 and Parliamentary Documents (*Kamerstukken*) II, 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 14 and 85. This title now contains general regulations on subsidies.

¹¹⁰¹¹⁰ See *kamerstukken II 1999/00, 26 800 VI, nr. 7, p. 7-9* and *kamerstukken II 1999/00, 27 008, A, p. 2*. See also *kamerstukken II 1992/93, 22 800 VI, nr. 4, p. 5-6*; *kamerstukken II 1993/94, 23 400 VII, nr. 35, p. 6-7*; *kamerstukken II 1993/94, 23 400 XI, nr. 53, p. 5-6*.

¹¹¹ Two important pleadings for a general regulation are P(im).J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst. De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2012, p. 623-708 and F.J. van Ommeren, *De bevoegdhedenovereenkomst in de Awb en de verhouding met het BW*, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden

Second feature would be the applicability of civil law or administrative law on the contracts I am discussing in this paper and/or its legal character. The current dominant position in Dutch legal scholarship is that two main types of contract should be distinguished: the administrative law contracts (called *bevoegdhedenovereenkomst* (contracts on the use of administrative powers)) and the civil law contracts (*privaatrechtelijke overeenkomst* or *beleidsovereenkomst* (policy agreement)). The *bevoegdhedenovereenkomst* has an administrative law nature according to the majority of legal scholarship.¹¹² At least one of the contracting parties of such a *bevoegdhedenovereenkomst* is an administrative authority and the object of this contract is the exercise of one or more of this authority's powers.¹¹³ Sometimes the *bevoegdhedenovereenkomst* had legal basis but in most cases these agreements do not have any legal basis. In practice agreements will have features of both types. These agreements are named mixed agreements (*gemengde overeenkomst*). Among politicians and policymakers it is very popular to close agreements called *convenanten* (voluntary agreements).¹¹⁴ Their legal character differs widely. The arrangements in *convenanten* can have a binding of non-binding character. More or less the same applies to agreements called *bestuursovereenkomst*.

The focus of this paper is planning law. It should not come as a surprise that *bevoegdhedenovereenkomsten*, *privaatrechtelijke overeenkomsten* and *gemengde overeenkomsten* play an important role in practice. This applies not only to all kinds of public Private Partnerships in developing big building or infrastructural projects, but also on the collaboration between different key players in area based approaches of policies. Some contracts or agreements have a legal basis or have a very clear relation to legal provisions, such as land development agreements (*exploitatieovereenkomsten*)¹¹⁵ which have a very important practical role to redress the costs of the development (*kostenverhaal*). Needless to say that public procurement law determines the choice of contracting parties of the government and the design of contracts.

1. Dans quelles hypothèses a-t-on recours au contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?

It is almost impossible to give a complete image of the situations where contracts are used in planning law. Next to plain civil law contracts in the purchase of pieces of land, I should

and J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010, p. 717-735.

¹¹² A few examples: Scheltema/Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, p. 211; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, p. 240 ff; Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst*, p. ?; Van Ommeren, p.?; Schlössels/Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Kluwer, Deventer 2010, p. 887; L.J.A. Damen et al. (eds.), *Bestuursrecht 1*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2013, p. 226, margin number 479.

¹¹³ In a recent decision the Supreme Council used the following definition of *bevoegdhedenovereenkomst*: een overeenkomst die een verplichting voor de overheid meebrengt om bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden op een bepaalde wijze uit te oefenen (HR 8 juli 2011, NJ 2011, 463 Etam/Zoetermeer).

¹¹⁴ See on this theme and on the Instructions for voluntary agreements (Aanwijzingen voor de convenanten): Oswald Jansen, *Administration by negotiation in the Netherlands*, National report Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Fachgruppeöffentliches Recht. In E. Riedel & E. Schmidt-Assmann (Eds.), *Die Bedeutung von Verhandlungslosungen im Verwaltungsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2002 (pp. 68-120)

¹¹⁵ Key provision is here 6.24 Wet ruimtelijke ordening on the basis of which a distinction is made between *anterieure overeenkomst* (the agreement before the municipality council has decided upon a *exploitatieplan*) and *posterieure overeenkomst* (the agreement after this decision is made). The decision to provide for an *exploitatieplan* has legal consequences and limits the liberty of contracting parties.

mention de *bestemmingsplanovereenkomst*¹¹⁶ (the agreement on the zoning plan) and the *exploitatieovereenkomst* (development agreement).

1.1 Nous souhaiterions savoir, principalement, si l'autorité administrative peut s'engager, contractuellement, à exercer sa compétence d'urbanisme dans un sens précis et, plus précisément :

- si elle peut s'engager par contrat à adopter ou à modifier une règle d'urbanisme,
- si elle peut s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme.

Si cela est possible, quelle est la sanction du non-respect par l'administration d'un tel engagement contractuel ?

Administrative authorities can within the discretionary space of their powers oblige themselves to take certain administrative decisions. The *bestemmingsplanovereenkomst* is an example of such a *bevoegdhedenovereenkomst*. It is an agreement where a real estate developer agrees with a municipality to develop a certain project and to pay the costs of a new zoning plan, whereas the council or board of the municipality agrees to take the decisions needed to make this possible and to do this speedily. An example would be the project of a developer to make agricultural land into a golf track. The agricultural land will be sold to the company that will own the new golf track, and the developer will have an agreement with the municipality to pay the expenses of the new zoning plan and all researchers and reports needed as well as possible claims resulting from this zoning plan whereas the municipality will do its best to give the permissions needed, to enact the plan and to defend the plan in administrative proceedings.

Municipalities will not be willing to take further reaching obligations related to the administrative decisions they have to take upon them than obligations to perform to the best of one's ability (*inspanningsverplichting*) in order to avoid conflict with their public law obligations.

Agreements closed by administrative authorities may not, just not be in conflict with the law, but they may not also thwart public law regulatory measures in an unacceptable way. This requirement arises from the doctrine of two ways (*Tweewegenleer*), which has caused many pens to be put to paper in the Netherlands. The core ruling is that of the Windmill ruling.¹¹⁷

Windmill was the owner of a factory that produced fertilizers containing phosphates. She discharges an amount of gypsum annually into the Nieuwe Waterweg, which is the property of the State. Despite the fact that Windmill possesses the necessary permits under public law, the State refuses to grant permission. The State entered a claim by the civil court to ban the discharges into the Nieuwe Waterweg, as long as Windmill did not possess a 'permit under private law' for use of this water against payment of an annual fee of NLG 1.25 per cubic meter of discharged gypsum slurry. For the State, it was a question of this fee. The core consideration of the Dutch Supreme Court is still quoted in Dutch literature and is as follows:

¹¹⁶ See H.Ph.J.A.M. Hennekens, *De bestemmingsplanovereenkomst: een hachelijk rechtsavontuur*, Gst. 1995, 7007,1

¹¹⁷ HR 26 January 1990, AB 1990, 408; NJ 1991, 383 Windmill. See also H.Ph.J.A.M. Hennekens, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Kluwer, Deventer 2009, p. 215-241

'It concerns here the question whether the government, in the case it has been granted certain powers to promote certain interests in a public law regulatory measure, may also promote these interests by using the powers to which it is in principle entitled under private law, such as the powers derived from the right of ownership, the power to conclude agreements under civil law or the power to enter a claim by the civil court on the grounds of an unlawful act perpetrated against it. When the regulatory measure under public law does not provide for this, then the answer to the question whether the powers under private law thwart this regulatory measure in an unacceptable way is decisive. In this attention has to be paid, among other things, to the content and purport of the regulatory measure - this can also be deduced from its history - and the way in which and the degree to which the interests of the citizens are protected within the framework of the regulatory measure, and all this against the background of other written and unwritten rules of public law. Furthermore, it is also important whether the government can achieve a similar result by using the regulatory measure under public law as by using the power under private law, since, if this is indeed the case, this is an important indication that there is no place for the private law approach'.

The criterion as to thwarting of the Supreme Court now appears in the picture, if the law itself does not indicate whether the application of private law, in our case concluding voluntary agreements, is admissible. In the case of our subject, it is certainly so that safeguards of the position of third parties play a major role in this criterion.¹¹⁸

1.2. L'autorité administrative peut-elle délivrer une autorisation d'urbanisme par voie contractuelle ? Le permis de construire, par exemple, peut-il prendre une forme contractuelle ?

Si cela est possible, cela change-t-il quelque chose à la nature des droits conférés au titulaire ? Aux recours susceptibles d'être formés contre cette autorisation ?

A *bevoegdhedenovereenkomst* cannot replace the administrative decision. The agreement works more or less as the binding character of an undertaking resulting from the principle of legitimate expectation within administrative law (for example in a procedure on the refusal to take a certain decision or on an administrative decisions deviating from the decision agreed upon).

Regular civil law possibilities apply, such as the actions resulting from poor performance or default (*wanprestatie*) such as rescission (*ontbinding*) according tot article 6:265 of the Dutch Civil Code and damages (*schadevergoeding*). The public authorities are, in principle, bound by agreements, whether they are a *bevoegdhedenovereenkomst* or a *privaatrechtelijke overeenkomst*. It makes no difference, in principle, here whether the agreement is being brought in in an action under administrative law or under civil law.

¹¹⁸ It is important to notice that many decision of the Supreme Council following this Windmill doctrine are related to planning law issues. The most important one is HR 8 juli 1991, AB 1991, 659; NJ 1991, 691 Kunst- en antiekstudio Lelystad).

In a civil law action, an action for performance of an agreement can be brought against the government. This kind of action is admissible, unless it amounts to an action against an order, for which there is a legal procedure with sufficient guarantees available under administrative law (priority rule). If the administrative procedure has been available and not used, then the administrative court can in principle take the lawfulness of the order (formal legal force) as its starting point. If this is not the case, then the administrative court is free in its judgement. In the question whether the government may be compelled to performance of an agreement, such as a voluntary agreement, then the following considerations by the Supreme Court in its judgement of 23 June 1989¹¹⁹ are important:

'It is not impossible that such an action will have to be rejected, and the other party will have to agree to accept damages, on the grounds of unforeseen circumstances of such a kind that the other party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect unaltered maintenance of the agreement. This could be assumed, in particular, when there is sufficient justification for this result in view of the circumstances - which could include new insights not taken into account in the agreement, necessitating an amendment in policy. In this, also, attention must be paid to the nature of the agreement, the character of the task of the government in the performance now invoked by the government body, and, when a change in policy is concerned, the nature and the weight of the interests in society served by the change in policy.'

I am not sure whether there is difference between the exception to the obligation to fulfil the performance undertaken in an agreement, formulated here by the Supreme Court and the exceptions to the binding requirement in a same kind of undertaking, accepted by the administrative court. It must be emphasized that non-performance is an exception both in private law as well as administrative law, also for the government. If such an exception is accepted, then, in many cases, the government is liable to pay damages.

I should also mention the important decision of the Supreme Council of 8 July 2011 *Etam-Zoetermeer*.¹²⁰ This decision was related to a planing law case. The Supreme Council decided that a contracting party not only has the possibility and the choice to seek an administrative law procedure against the administrative decisions contrary to the agreement but also the possibility to seek fulfillment of the contractual obligations [*nakoming*] or damaged [*schadevergoeding*] in a civil law procedure.

If an administrative decision is taken or refused contrary to the agreement it could in theory be possible that the administrative decision will be reversed as a result from the principle of legitimate expectations. As there are important third party interests in planning law to deal with it is difficult to involve the principle of LE successfully. Also this principle will not lead to an administrative decision *contra legem* in this field of law and with these kinds of decisions.¹²¹

¹¹⁹ Supreme Council [*Hoge Raad*] 23 June 1989, AB 1989, 551 and NJ 1991, 673

¹²⁰ Supreme Council [*Hoge Raad*] 8 July 2011, AB 2011, 298

¹²¹ I am referring to difference between the consequences of a illegal building permit and a decision with only financial consequences, such as a subsidy.

The principle of legitimate expectations may under certain circumstances lead to the administrative organ that gives undertakings having to act in accordance with this undertaking.¹²²

One could think of a sliding scale of activities in which a decreasing amount of trust can be derived. This scale could be developed with the following points:¹²³

'1. Juridical acts aimed at creating rights for an individual citizen generally count for more in the application of the principal of legitimate expectations than other juridical acts or than actual action;

2. An act which is intended to inspire trust in general counts for more than an act which is not intended to do this, but from which expectations may be derived'.

The scale is as follows:

1 an expiring or once-only administrative decision;http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/7202/article_print21.html?sequence=1 - note82

2 an agreement between a citizen and an administration concerning the way in which the administrative authority is exercised;

3 an administrative decisions in which the rights and obligations of the citizen are set down for a longer period;

4 a concrete and individual undertaking concerning the way or the proposed way of exercising administrative authority;

5 information both specific and concerning the individual on the way in which administrative authority should be carried out;

6 actions of the administration in which the legal position of the citizens is not defined for the individual but in general;

7 the actual deeds or non-activity of administrative organs in accordance with policy;

8 giving general information on the way appropriate regulations should be applied;

An agreement, to be more specific a *bevoegdhedenovereenkomst*, is a source of aroused confidence of considerable weight.

1.3. Pouvez-vous indiquer, également, si :

* le recours au contrat est possible pour la réalisation d'opérations d'urbanisme (aménagement, rénovation urbaine ...) ?

* le recours au contrat est possible pour l'établissement de taxes d'urbanisme ?

¹²² See in relation to administration by negotiation: Helen Stout, *De overheidstoezegging als juridische figuur van onderhandelend bestuur. Een positiefrechtelijk onderzoek naar de overheidstoezegging in het bestuursrecht tegen de achtergrond van onderhandelend bestuur*, Working Paper 54, Amsterdam January 1996

¹²³ See L.J.A. Damen er al. (eds.), *Bestuursrecht 1*, p. 426-427, marginnumber 8145

Merci de donner la vision la plus complète possible de l'utilisation de l'instrument contractuel en matière d'urbanisme dans votre système juridique.

2. Lorsque le recours au contrat est possible, ce contrat présente-t-il des particularités ? (dans son processus de formation, s'agissant des règles d'exécution ...)

I hope my short description above would be sufficient?

3. Existe-t-il des limites juridiques à l'utilisation du contrat en matière d'urbanisme dans votre système juridique ?

There are important limitations. The first limitation I describe above: the doctrine of two ways (*Tweewegenleer*). Also the administrative law principles apply. I described above the (unwritten) principle of legitimate expectations. A mixture of public and private law applies to agreements closed by governmental bodies. Whether a contract is an agreement under private law with enforceable obligations, a gentlemen's agreement, an agreement under public law, or a different kind of agreement, government actions are always governed by public law (Articles 3:14 DCC and 3:1, second paragraph, GALA). It goes without saying that, when agreements are concluded, no misuse may be made of a power (Article 3:3 GALA), although it is not a simple matter to determine whether an act in conflict with the principle is not also an act in conflict with the law. The principle of justification (*motiveringsbeginsel*) also applies to agreements, although the similarly applicable declaration in Article 3:1, second paragraph, GALA has no bearing on section 3.7, in which the general explanatory provisions are defined. Here the unwritten principle of justification complements the part-codification in GALA.

4. A-t-on cherché à développer l'usage du contrat en matière d'urbanisme ?

Dutch law has a long tradition of agreements and contracts in planning law. The use of contracts and agreements develops further and further continuously. I have the impression that the important English contracting practice has a lot of influence.

5. Le recours au contrat est-il plus développé et/ou existe-t-il des contrats particuliers lorsque sont en jeu des opérations d'urbanisme entre personnes publiques ?

There is a difference in contracts and agreements if only public bodies are contracting party and the exercise of public powers is object of the agreement. It is common to close contracts and agreements between public bodies if civil law obligations are object of the agreement. These agreements are more similar to agreements with non governmental contracting parties.

The use of contract in planning law (England)

For Government information on planning see the Department of Communities and Local Government.

1. When is contract used in planning law in your legal system?

s. 106 Agreements

Contracts are used in English planning law through what are called ‘section 106 agreements’. This refers to section 106 of the Town and Country Planning Act 1990, which has been revised several times. Section 106 states that ‘any person interested in land in the area of a local planning authority may, by agreement or otherwise, enter into a planning obligation. This may (a) restrict the development or use of the land in any specified way; (b) require specified operations or activities to be carried out in, on, under or over the land; (c) require the land to be used in any specified way; or (d) require a sum or sums to be paid to the authority on a specified date or dates or periodically’ (s. 106(1) Town and Country Planning Act 1990)

Such a planning obligation may be unconditional or subject to conditions, impose restrictions that are either indefinite or time limited. The planning obligation is enforceable by the authority both against the person entering into the obligation and against any person deriving title from that person. The instrument by which a planning obligation is entered into (the contract) may provide that a person shall not be bound by the obligation in respect of any period during which he no longer has an interest in the land.

The provision aims to balance the private interests in profit-making as a consequence of being given planning permission with the wider impacts on the neighbourhood (a form of internalising social costs). It draws on a long political debate about ‘betterment’, whether a general or a local tax should be imposed on any increase in the value of a claimant’s land resulting from the implementation of a scheme of public works or grant of planning permission. The recoupment of betterment from landowners is said to date back to the rebuilding of London following the Great Fire in 1666. In planning law it became a practice that appeared in 1909 under Lloyd George, disappeared in 1920, and reappeared and disappeared repeatedly until taking its current form as ‘planning gain’, under s106.

How s106 agreements (contracts) operate

S106 agreements can be either bilateral, between the developer and the local authority, or unilateral, offered by the developer and accepted by the local authority. If bilateral they are negotiated between the parties although to facilitate speed and consistency a draft model agreement is often used. This draft contract was drawn up by the Law Society. While there

are many provisions, one central condition is that the contract only comes into effect if planning permission is granted. This is a condition of the contract:

“This Deed is conditional upon:

- (i) the grant of the Planning Permission; and
- (ii) the Commencement of Development

save for the provisions of Clauses 8.1, 11, 15, 16 and 17 [add any other relevant provisions] which shall come into effect immediately upon completion of this Deed.”

This contract is then, a form of *quid pro quo*. It mitigates the impact of otherwise unacceptable development to make it acceptable in planning terms.

What then can be offered in this contract to make an application acceptable that would not otherwise be given planning permission? As set out in s106 itself, this can include a financial contribution, works requirement (for example a park, or a community space) or restrictions on the use of the development. For many years, developers have categorised s106 agreements as ‘bribery’, that planning permission will only be granted with the benefits offered by the contract. Conventionally the question what was a ‘material consideration’ under a s106 agreement and so make it possible to grant planning permission where it would otherwise have been refused was determined by caselaw.

In a leading decision (*Tesco Stores Ltd. v Secretary of State for the Environment and Others* [1995] 1 W.L.R. 759), Lord Keith held that a section 106 agreement should not be “an attempt to buy planning permission”. It needed to have some connection with the proposed development which was not *de minimis*, and if it did ‘then regard must be had to it. But the extent, if any, to which it should affect the decision is a matter entirely within the discretion of the decision maker’.

In 2010, however, newly introduced Community Infrastructure Levy regulations imposed limitations on the use of s106 agreements so that these contracts now need to address site specific impacts from the development. Specifically, these agreements need to meet three tests set out in Regulation 122(2) of the Community Infrastructure Levy Regulations (2010):

A planning obligation may only constitute a reason for granting planning permission for the development if the obligation is—

- (a) necessary to make the development acceptable in planning terms;
- (b) directly related to the development; and
- (c) fairly and reasonably related in scale and kind to the development.

These same tests are also set out in the new (2012) National Planning Policy Framework document at para. 204.

A further restriction on what s106 agreements can be used for is, since 2010, infrastructure. This is now to be funded through the Community Infrastructure Levy (CIL, see below). Regulation 123 of the 2010 Community Infrastructure Levy Regulations places further limitations on the use of pooled financial contributions under Section 106 agreements. Pooled financial contributions are where money from several developments is collected together to fund one large infrastructure project, generally off-site, that could not be funded by one development's s106 agreement funding alone.

Current developments with s106 agreements

(1) Community Infrastructure Levy (CIL)

In the past, Section 106 agreements have been an important mechanism through which local planning authorities have funded infrastructure requirements within their areas. This role is now specifically challenged by the introduction of the Community Infrastructure Levy (CIL). This was introduced in the 2008 Planning Act, which stated that 'the overall purpose of CIL is to ensure that costs incurred in providing infrastructure to support the development of an area can be funded (wholly or partly) by owners or developers of land' (s.205(2) Planning Act 2008). Guidance is provided by DCLG.

CIL is calculated at a rate per square metre of floorspace within a chargeable development. The trigger for the payment of CIL is the commencement of development. Before CIL is charged, the local planning authority must prepare a charging schedule which must be published for consultation on the authority's website and is subject to independent examination by an inspector. 'Infrastructure' is defined in s216 of the Planning Act 2008 as including roads and other transport facilities, flood defences, schools and other educational facilities, medical facilities, sporting and recreational facilities and open spaces. In 2010, the CIL Regulations amended this definition so that affordable housing cannot be funded by CIL. This is still funded through s106 agreements. There is considerable concern about whether there will be enough money available for both infrastructure and affordable housing and how the two obligations will interrelate. The Government consulted on whether CIL receipts should be capable of being used for affordable housing (see Consultation) but ultimately concluded against this (Communities and Local Government Committee, 2010-2012).

This use of CIL, however, demonstrates though that current planning practice is moving away solely from contracts (s106 agreements) to a system of both contracts (particularly for affordable housing) and tariffs, set out in a CIL policy, for infrastructure.

(2) Government policy to modify s106 Agreements

Further, while many s106 agreements have been made, the current Government have responded to complaints by developers that these agreements are making housebuilding, in particular, 'unviable'. In a letter to local authorities in 2011, the Chief Planner reproduced a

statement by the then Minister which said that:

‘To further ensure that development can go ahead, all local authorities should reconsider, at developers' request, existing section 106 agreements that currently render schemes unviable, and where possible modify those obligations to allow development to proceed; provided this continues to ensure that the development remains acceptable in planning terms’.

This modification of a s106 agreement has been facilitated by the Growth and Infrastructure Act 2013, which in section 7, introduces the ability for a developer to apply to the local authority to vary an "affordable housing requirement" contained in a planning obligation (introducing s106BA of the Town and Country Planning Act). If this application is unsuccessful, or is not determined within the time limit, the developer can appeal to the Secretary of State (who will delegate the decision to the Planning Inspectorate, PINS) to vary the affordable housing requirement for three years (s106BC TCPA 1990). In a press release accompanying the coming into force of the 2013 Growth and Infrastructure Act, the Government claimed that this provision could ‘unblock’ the building of 75,000 new homes. The accuracy of this statement and the evidence that underpins it have been vigorously critiqued.

1.1 We should like to know, mostly, if the public body is allowed to take a contractual engagement on the use of its planning law powers. More precisely: can the public body take a contractual engagement to adopt or modify a planning rule ?

The aim of s106 agreements is to make planning acceptable that would not otherwise be acceptable. It does not adopt or modify a planning rule, it is part of planning legislation. The way this is framed in English law is to ask whether the planning obligation (the contract) would make a development proposal acceptable in planning terms, that would not otherwise be acceptable’. What does ‘acceptable in planning terms’ mean here? As set out above this was determined in *Tesco v Secretary of State for the Environment* (1995) and is now set out in Regulation 122 of the CIL Regulations 2010 and para 204 of the NPPF.

Can the public body take a contractual engagement to deliver a planning authorisation ?

The contract is supplemental to the grant of planning permission (authorisation). In England it is a general principle of public law that an authority cannot restrict the future exercise of its statutory powers, so a public body cannot contract to deliver the planning permission. The two operate together, at the same time.

The leading authority in the planning context is *Windsor and Maidenhead Royal Borough Council v Brandrose Investment Ltd* [1983] 1 WLR 509. The authority had entered into an agreement that envisaged the demolition of buildings by property developers who owned the land. Subsequently, this area was designated as a conservation area, requiring permission for the demolitions (which the local authority would have refused). The question was whether

having entered into the contract that envisaged the demolition of these buildings could the local authority subsequently use its public law, conservation, powers to make demolition impossible. The court held that the local authority could restrict the effects of its contract in this way

If this is possible, what are the legal consequences of the breach of this contractual engagement by the public body?

This isn't possible for the reasons described above.

1.2. Can a planning authorisation be delivered by contract? For example, can the building permit be delivered by contract?

No, the planning permission can only be granted in the prescribed (regulatory) form.

If that is possible, does it make any difference regarding the rights conferred to the beneficiary? Does it make any difference regarding the possibility for third parties to contest the permit ?

As it can't be delivered by contract, this question doesn't arise in England.

1.3. Can you also indicate if :

- contracts can be used for the realization of construction operation decided by the public body (urban renovation ...) ?

S106 agreements are part of this process but they cannot deliver the planning permission. They are used in just about every urban renovation project.

- contracts can be used for the determination and/or the payment of planning taxes ?

In England we have CIL, charges for highways authorities and s106 agreements but none of these are strictly 'taxes'. They are 'contributions'.

2. When the use of contract in planning law is possible, does this contract have some peculiarities ? (in the way it is concluded, regarding its execution ...)

It is registered as a local land charge, and so 'runs with the land'.

3. Are there some legal limits on the use of contracts in planning law?

Yes, in what is an acceptable or sufficiently direct benefit, making the development acceptable in planning terms when it would not otherwise have been so. This is set out in

Regulation 122 Community Infrastructure Levy Regulations (2010) and para 204 of the National Planning Policy Framework (see above).

4. Has the use of contracts in planning law been promoted? Is there a trend in your legal system to develop the use of contract in planning law?

It has been promoted through s106 agreements, though as you can see in the section on current developments, the introduction of a fixed charging schedule for the community infrastructure levy will supplement, and probably take over, funding for infrastructure. Significantly, however, CIL monies cannot be used for affordable housing, this will still be provided by s106 agreements.

5. Is the use of contracts more important and/or are there some specific contracts when the planning operation is just between public bodies?

The contracts are between the local authority and the developer.

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme

Droit suisse¹²⁴

Recherche conduite dans le cadre du GRIDAUH

ETIENNE POLTIER, professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne

L'utilisation du contrat en droit de l'urbanisme	91
Droit suisse	91
0. La répartition des compétences en matière d'urbanisme	93
I. Le recours au contrat en matière d'urbanisme en droit suisse	93
1. Le contrat dans les opérations d'aménagement et d'urbanisme	94
1.1. Remarques introductives	94
1.2. Illustrations	94
1.2.1. Equipement	94
1.2.2. Aspects fonciers	96
a. L'acquisition de terrains par la collectivité	96
b. Le remembrement de l'art. 20 LAT et les instruments similaires	97
1.2.3. Obligation de construire à charge des administrés	97
a. Préambule	97
b. L'obligation de bâtir	97
2. La contractualisation des aspects financiers de l'urbanisme	99
2.1. Remarques introductives	99
2.2. Illustrations	99
2.2.1. Obligations parafiscales	99
2.2.2. Indemnisation pour expropriation ou servitude d'urbanisme	100

¹²⁴ Les développements qui suivent s'inspirent dans une large mesure de deux études du soussigné : POLTIER ETIENNE, Suisse, rapport national, in : Tanquerel/Morand-Deville/Alves Correia (édit.), La contractualisation dans le droit de l'urbanisme : colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU), Coimbra, 23-24 septembre 2011, Paris 2014, XXX p. 301 ss, spéc. 321 s. Voir aussi POLTIER ETIENNE, La place du contrat dans le droit public des constructions, in : Journées suisses du droit de la construction 2011, Fribourg 2011, p. 129 ss, spéc. 139 s (cité : Journées). Voir encore BÜHLMANN/KISSLING, Contrats d'urbanisme, T&E ASPAN 5/2014, p. 8. Pour un exposé récent de la pratique, en matière d'urbanisme, dans la région du grand Zurich, où la formule du contrat apparaît fréquemment : Vereinigung METROPOLITAN KONFERENZ ZÜRICH (édit.), Fachbericht, Mehrwert durch Verdichtung – Darstellung und Diskussion möglicher Vorgehensweisen zum Ausgleich planungsbedingter Mehrwerte, Berne 2013.

2.2.3. Les contrats de subventionnement	100
3. L'urbanisme contractuel à travers la maîtrise foncière	101
4. Les questions 1.1 à 1.3	102
II. Particularités des contrats conclus en matière d'urbanisme ? (question 2)	105
III. Limites juridiques à l'utilisation de la forme du contrat (question 3)	105
1. La légalité du procédé contractuel	105
2. La base légale des obligations imposées à l'administré	106
IV. Questions diverses.....	106

Le contrat de droit administratif est une figure relativement récente dans le paysage du droit public suisse. D'abord évoqué par la doctrine, il a depuis lors trouvé une place modeste dans les textes législatifs, qui le mentionnent parfois (art. 16, 19 s. de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les subventions)¹²⁵, mais ne le règlent que très rarement en détail. Dans ce contexte légal désertique, le contrat de droit administratif n'est reçu qu'avec méfiance ; il cherche donc sa place (entre le contrat de droit privé et la décision) et son régime juridique.

Le droit suisse de l'urbanisme montre la même attitude circonspecte à l'endroit du contrat de droit administratif. La voie de l'acte unilatéral (pour l'adoption du plan d'affectation ; de même, le permis de construire) est ainsi très largement privilégiée, comme on le verra plus loin. De manière générale et dans le droit de l'urbanisme en particulier, la pratique a cependant dépassé la théorie ; montrant plus d'audace, elle a donné la préférence aux contrats de droit administratif, en particulier pour mener à bien des opérations immobilières complexes, qui supposent un réglage fin des prestations à charge des différentes parties.

Le contrat paraît en effet particulièrement indiqué lorsqu'il s'agit d'obliger l'une et l'autre des parties à l'acte de manière stable ; il en va de même lorsque l'on entend obtenir de l'administré qu'il fournisse une prestation à laquelle il n'est légalement pas tenu. En d'autres termes, le contrat présente, par rapport à la décision, l'avantage de la souplesse dans la définition des obligations réciproques et plus spécialement dans celles qui peuvent être imposées à l'administré ; cela découle du fait que le contrat ne trouve pas son fondement dans la loi, mais bien plutôt dans les engagements réciproques des parties. Par ailleurs, le contrat offre, dans la durée, une plus grande stabilité (on pourrait même parler de rigidité) ; on admet en effet qu'il confère à l'administré des droits acquis, qui ne sont pas susceptibles de modifications unilatérales, contrairement à la décision, dont on sait qu'elle peut être révoquée¹²⁶. Au-delà de ces aspects positifs (auxquels sont parfois liés certains inconvénients), il faut néanmoins évoquer aussi les incertitudes juridiques qui peuvent surgir à tout instant, tant le régime juridique du contrat de droit administratif est aujourd'hui encore peu balisé en droit suisse ; cela peut s'avérer critique dans l'hypothèse d'un litige entre les parties.

¹²⁵ RS 616.1 ; LSu.

¹²⁶ ZBl 2010, 56, consid. 5, p. 61.

Quoi qu'il en soit, le rôle du contrat, à lire le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la *loi fédérale* du 22 juin 1979 *sur l'aménagement du territoire*¹²⁷, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014, pourrait s'accroître à l'avenir, notamment pour assurer la bonne application des nouvelles dispositions¹²⁸.

0. La répartition des compétences en matière d'urbanisme

En droit suisse (qui suit un modèle fédéraliste), le domaine de l'aménagement du territoire relève pour l'essentiel des compétences cantonales. Certes, la *Confédération* s'est vu confier la tâche d'élaborer une législation limitée aux principes, mais la matière relève au surplus des cantons.

Plus concrètement, les *cantons* ont la compétence d'élaborer et d'adopter les plans directeurs cantonaux, qui constituent des plans de rang stratégique ; ceux-ci sont d'ailleurs soumis à l'approbation du Conseil fédéral. Par ailleurs, les cantons ont adopté à leur tour des législations d'application, plus précises que le droit fédéral, et ont encore délégué une part importante de leurs compétences aux *communes*.

Dès lors, en définitive, les compétences d'exécution des tâches d'urbanisme et d'aménagement du territoire incombent pour l'essentiel à ces collectivités locales. C'est à elles qu'il appartient d'adopter les plans d'affectation (ces plans règlent l'utilisation du sol), sous réserve d'une approbation cantonale. Par ailleurs, elles délivrent également les permis de construire nécessaires avant la réalisation d'un projet. On réservera ici de nombreuses compétences cantonales particulières, susceptibles de s'appliquer en présence de projets présentant un caractère important ou de nature à entraîner des nuisances élevées.

On s'est borné ci-dessus à présenter un descriptif schématique – qui connaît d'ailleurs d'assez nombreuses exceptions (ainsi, dans le canton de Genève, la répartition des compétences est différente ; ce sont principalement des autorités cantonales qui statuent, tant en matière de planification que d'octroi des permis de construire). Il permet toutefois d'identifier les acteurs principaux de négociations susceptibles de déboucher sur un contrat dans ce domaine.

I. Le recours au contrat en matière d'urbanisme en droit suisse

Les lignes qui suivent visent au premier chef à décrire aussi précisément que possible la pratique actuelle dans ce domaine (et les exigences qui découlent du *principe de légalité* pour les différentes configurations examinées ;), d'abord dans le contexte de l'urbanisme, puis dans une perspective un peu plus large (1-3) ; elles abordent enfin successivement les points 1.1 à 1.3 du questionnaire (*infra* 4).

¹²⁷ Ci-après LAT ; RS 700.

¹²⁸ Message du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire (ci-après : Message Rév-LAT), FF 2010 959 ss, spéc. p. 983-986, en relation avec les art. 15 et 15a du projet.

1. Le contrat dans les opérations d'aménagement et d'urbanisme

1.1. Remarques introductives

Le droit positif suisse ne connaît pas de réglementation de l'instrument du contrat de droit administratif dans le contexte d'opérations d'aménagement et d'urbanisme ; la pratique a donc construit des solutions contractuelles sans cadre légal et réglementaire. On se bornera, dans les lignes qui suivent, à présenter quelques illustrations de cet instrument, classées selon l'objet du contrat : contrats d'équipement, portant sur des aspects fonciers, voire sur une obligation de bâtir à charge du promoteur. Les opérations d'aménagement font par ailleurs souvent l'objet de conventions portant sur des échanges complexes de prestations ; certaines d'entre elles peuvent aussi concerner les aspects financiers de l'urbanisme, voire la mise en œuvre de la maîtrise foncière de la collectivité publique. Sur ces volets, on renvoie à des développements spécifiques (2 et 3).

Concrètement, l'opération d'urbanisme fait généralement intervenir au premier chef la collectivité locale ; celle-ci adopte un plan de quartier, prévoyant un potentiel de construction élevé. C'est dans ce contexte qu'une convention est passée avec un promoteur immobilier (avant l'adoption du plan de quartier ; l'entrée en vigueur de la convention est d'ailleurs subordonnée à la condition suspensive de l'adoption du plan) et elle prévoit des obligations dans l'un des trois domaines évoqués ci-dessous, voire dans d'autres.

1.2. Illustrations

1.2.1. Equipement

La réalisation de l'équipement constitue une étape préliminaire à la construction d'un terrain situé en zone à bâtir. Lorsqu'un terrain est équipé, celui-ci est considéré (sous réserve d'une situation adéquate sur le plan foncier : voir ci-après ch. 1.2.2 et art. 20 LAT) comme prêt à la construction. Selon l'art. 19 al. 2 LAT, la réalisation de l'équipement incombe à la collectivité (le canton et, le plus souvent, sur la base de délégations, les communes territoriales).

Les infrastructures publiques doivent, comme toute construction ou installation, faire l'objet d'une planification et d'une autorisation de construire (routes, conduites d'amenée et d'évacuation d'eau, lignes électriques ; on parle à cet égard d'équipement au sens technique) ; cela suppose donc l'adoption de plans ou le prononcé de décisions, sur une base unilatérale. Cependant, de tels équipements doivent encore et surtout être effectivement *réalisés* ; il s'agit-là, lorsque la collectivité assume cette tâche, d'une activité matérielle de l'Etat. Rien, dans le droit positif, ne permet d'exclure que cette activité fasse l'objet d'un contrat entre la collectivité et les administrés, par exemple les propriétaires directement intéressés. L'art. 19 al. 3 LAT prévoit d'ailleurs que la réalisation des équipements peut être assumée, à certaines conditions, par les propriétaires fonciers. La même solution découle de l'art. 5 al. 2 de la loi du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements¹²⁹, applicable aux zones à bâtir destinées à la réalisation de logements (art. 2 LCAP). Ainsi, non seulement le *procédé contractuel* est ici *admissible*, mais en outre le droit positif contient la

¹²⁹ RS 843 ; LCAP.

base légale nécessaire pour imposer à l'administré, par voie conventionnelle, la tâche de réaliser l'équipement. Quant aux dispositions cantonales ou communales, elles n'empêchent généralement pas non plus le recours au procédé contractuel. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé la licéité de cette solution à de nombreuses reprises¹³⁰.

Les remarques qui précèdent concernent l'*équipement au sens technique*, tel que défini à l'art. 19 al. 1 LAT. La solution vaut non seulement pour le cas où le propriétaire foncier assume la réalisation de l'équipement, mais également dans l'hypothèse où la collectivité assume elle-même cette tâche, mais selon des modalités particulières (par exemple en acceptant une réalisation anticipée des infrastructures nécessaires)¹³¹. La voie conventionnelle apparaît ici pleinement adéquate, dans la mesure où elle permet de lier les parties sur une base durable et de prévoir des obligations réciproques de manière plus fine et plus détaillée que dans un cadre décisionnel.

Rien n'empêche en outre d'étendre la portée de ce procédé à d'*autres équipements* (parfois qualifiés de socioculturels) ; de tels équipements peuvent en effet être érigés en tâches publiques, sans que le droit positif impose une régulation sous forme d'actes unilatéraux. On pense ici à des aménagements en relation avec les transports publics, la réalisation d'une infrastructure de chauffage à distance ou l'installation d'un réseau de radio-télévision par câble¹³².

Dans la pratique, c'est bien dans le domaine de l'équipement, au sens large, que l'on rencontre les contrats de droit administratif les plus fréquents. Tel est le cas en particulier dans le canton de Vaud, où de tels contrats sont fréquemment signés *parallèlement à des procédures de planification de détail*. Concrètement, le promoteur qui requiert l'adoption d'un plan de quartier s'engage à réaliser toutes les infrastructures nécessaires à la viabilisation du périmètre concerné, puis à les céder à la collectivité publique, qui les transfère alors au domaine public. En contrepartie, la collectivité consent fréquemment à renoncer au prélèvement des contributions d'équipement (normalement destinées à financer la réalisation des voies publiques, ainsi que des canalisations d'eau). On le voit d'emblée ici, de telles conventions comportent des prestations et des contreprestations, qui leur donnent un caractère bilatéral onéreux. Le même modèle est adopté lorsque le contrat porte sur d'autres équipements (au sens non technique du terme)¹³³. Cette pratique est très répandue s'agissant d'opérations immobilières, au point qu'elle supprime dans ce contexte l'application de régimes unilatéraux prévus par la loi¹³⁴.

¹³⁰ HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Zurich 2006, n° 1082 et les réf.

¹³¹ ATF 105 Ia 207.

¹³² Voir aussi l'exemple du contrat traité dans la sentence arbitrale déjà citée, RDAF 2008 I 361, spécialement p. 368, qui prévoyait la réalisation à la charge du promoteur immobilier d'une garderie dans le périmètre du plan de quartier concerné. Il n'y a pas d'obstacle non plus à ce que le propriétaire s'engage, par voie contractuelle, à construire des ouvrages nécessaires pour sécuriser un terrain, menacé par des dangers naturels, ou des parois anti-bruit.

¹³³ Sur la pratique vaudoise, voir notamment BONNARD Alexandre, L'équipement, in : Zürcher François (édit.) : *L'aménagement du territoire en droit fédéral et cantonal*, Lausanne 1990, p. 118 ss.

¹³⁴ Ainsi, les art. 125 ss de la loi vaudoise du 25 novembre 1974 sur l'expropriation (RSV 710.01) prévoient un régime de contributions de plus-values à l'occasion de la réalisation d'ouvrages d'intérêt public, tels que des voies publiques, afin d'en couvrir le coût de réalisation ; ces dispositions ne sont en pratique guère appliquées.

1.2.2. Aspects fonciers

On peut d'emblée distinguer ici deux aspects. Le premier s'inscrit dans le prolongement du thème de l'équipement ; lorsque la collectivité souhaite réaliser des infrastructures, elle a généralement besoin d'acquérir les terrains nécessaires ou, à tout le moins, des droits réels restreints sur les parcelles empruntées par les équipements (ci-après a). Le second concerne le découpage proprement dit des biens-fonds, qui est parfois inadapté à la mise en œuvre des constructions prévues par le plan d'affectation ; cet obstacle peut généralement être surmonté par le biais du remembrement prévu à l'art. 20 LAT. C'est ici une autre opération, parfois nécessaire, afin que le terrain soit prêt à la construction (ci-après b). Quoi qu'il en soit, ces aspects fonciers peuvent être traités en marge d'une opération d'aménagement.

a. L'acquisition de terrains par la collectivité

Il est admis en droit suisse que la collectivité publique a toute latitude pour se procurer de gré à gré les terrains nécessaires à l'exécution de ses tâches ; il s'agit alors d'un *contrat de vente immobilière*, régi par le *droit privé*¹³⁵. Lorsque la collectivité publique se heurte à un refus du propriétaire concerné, elle peut recourir à la voie de l'expropriation, ce qui correspond à une acquisition forcée, dans les cas prévus par la loi¹³⁶. Elle peut procéder également, lorsqu'une base légale le prévoit, à un remaniement parcellaire, imposé aux propriétaires concernés, dont les biens-fonds se situent sur le tracé ou à proximité de l'ouvrage concerné.

La procédure d'*expropriation* pourrait apparaître comme le modèle extrême de l'acte unilatéral, imposé de manière contraignante à l'administré ; et tel est bien le cas sur le principe même de l'expropriation, qui vise précisément à franchir l'obstacle découlant du refus du propriétaire de transférer son immeuble. Néanmoins, la voie du contrat, plus précisément celle du *contrat de droit administratif*, n'est pas inconnue dans ce domaine. Ainsi, lorsque la procédure d'expropriation a été engagée, les parties peuvent, d'entente entre elles, arrêter le montant de l'indemnité d'expropriation¹³⁷. De tels contrats mettent d'ailleurs fin à la procédure judiciaire d'expropriation et, à ce titre, peuvent être assimilés à une transaction.

La procédure de *remaniement parcellaire* est relativement complexe et elle est conduite généralement par un organisme de droit public créé à cet effet, conformément à l'art. 703 CC, le syndicat d'améliorations foncières ; celui-ci statue par voie de décisions à l'endroit des propriétaires détenteurs de biens-fonds dans le périmètre concerné. Il n'y a donc guère de place dans ce contexte pour des solutions contractuelles, même si les organes du syndicat cherchent à résoudre les litiges par le biais de règlements amiables.

¹³⁵ Même si cela peut paraître discutable : RHINOW René A., Verfügung, Verwaltungsvertrag und Privatrechtlicher Vertrag, in: *Privatrecht. Öffentliches Recht. Strarecht. – Grenzen und Grenzüberschreitungen. – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle/Francfort s.M. 1985, p. 304 ss. Cette qualification n'a au surplus pas été remise en cause : MÄCHLER August, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*, Zurich 2005, p. 315 ss et les réf.

¹³⁶ Le droit positif prévoit par exemple la possibilité de l'expropriation aux fins de réaliser des voies publiques.

¹³⁷ Art. 53 s. de la LF du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711). Sur ces dispositions, voir HESS Heinz / WEIBEL Heinrich, *Das Enteignungsrecht des Bundes – Kommentar zum Bundesgesetz über die Enteignung – Band I*, Bern 1986. ATF 102 Ia 553, p. 559.

b. Le remembrement de l'art. 20 LAT et les instruments similaires

Le découpage des biens-fonds empêche dans certains cas la réalisation des constructions prévues au plan d'affectation (par exemple un plan de quartier) ; certaines législations admettent alors le recours à l'expropriation¹³⁸. L'art. 20 LAT, complété par les art. 7 ss LCAP, ainsi que le droit cantonal d'exécution, prévoient par ailleurs la possibilité d'un remaniement parcellaire ; là aussi l'opération est conduite par un syndicat d'améliorations foncières, qui statue par voie de décisions. Une procédure de rectification de limites – simplifiée par rapport à celle du remaniement parcellaire – peut également être engagée en application de l'art. 10 LCAP (et des règles cantonales d'exécution) ; elle débouche dans la règle également sur le prononcé de décisions. Toutefois, des accords entre propriétaires, impliquant des échanges de terrains, voire la création de droits réels restreints (servitudes de passage), sont envisageables également dans de telles configurations. Une solution contractuelle entre particuliers est donc possible¹³⁹ et elle relève du droit privé.

1.2.3. *Obligation de construire à charge des administrés*

a. Préambule

Dans la règle, le plan d'affectation ne comporte pas d'obligations positives à charge des propriétaires touchés. En particulier, il permet la réalisation de constructions en zones à bâtir, en prévoyant d'ailleurs certaines limites à cet effet, mais il ne comporte pas d'obligation de bâtir¹⁴⁰.

En revanche, la réglementation qui accompagne le plan peut prévoir, lors de l'octroi du permis de construire, que des charges soient imposées aux bénéficiaires de celui-ci. Une décision, fondée sur une disposition conférant à l'autorité une liberté d'appréciation, peut également comporter des obligations accessoires de faire. Il va de soi qu'un promoteur peut accepter, par voie de contrat, d'assumer des obligations positives analogues à celles qui peuvent prendre place dans une décision de permis de construire. Ainsi, par exemple, la réglementation prévoit parfois l'obligation pour le constructeur de réaliser des places de jeu pour enfants (on peut parler à cet égard d'équipements de nature privée) ; une telle disposition constitue la base légale nécessaire permettant d'imposer aux constructeurs la réalisation de tels équipements dans un cadre contractuel, et cela dans une mesure dépassant le minimum exigé par la réglementation¹⁴¹.

b. L'obligation de bâtir

L'absence de réalisation effective de constructions apparaît particulièrement regrettable s'agissant de nouvelles zones à bâtir et, plus encore, lorsque ces dernières prévoient un potentiel constructible élevé (par le jeu d'un plan de quartier), sont équipées, voire ont fait l'objet d'un remaniement parcellaire pour faciliter les constructions.

¹³⁸ En droit vaudois, cette possibilité n'est prévue que de manière extrêmement restrictive dans le cadre de l'art. 76a LATC, pour la réalisation d'aires d'activités économiques comprises à l'intérieur du périmètre d'un pôle de développement économique cantonal.

¹³⁹ Message Rév-LAT, FF 2010 985.

¹⁴⁰ Sur le thème de l'obligation de bâtir, voir l'ouvrage de ANTONIAZZA Yannick, *Die Baupflicht*, Zurich 2008.

¹⁴¹ Au surplus, l'obligation d'équiper qu'assume le promoteur dans le contexte évoqué au ch. 1 ci-dessus, peut être aussi considérée comme une obligation positive.

Ce problème (on parle en Suisse de *thésaurisation* des terrains à bâtir) peut être résolu par l'adoption de dispositions légales prévoyant une obligation de bâtir. On en trouve d'ailleurs quelques exemples en droit cantonal¹⁴². De telles règles soulèvent cependant de nombreuses difficultés, spécialement s'agissant des sanctions à mettre en place en cas de violation d'une telle obligation. L'une d'entre elles, appliquée en tant qu'*ultima ratio* (soit après l'échéance d'un délai raisonnable pour mettre en œuvre cette obligation, puis mise en demeure du propriétaire défaillant), consiste dans l'expropriation des parcelles non bâties. Après cette opération, la collectivité publique doit remettre le bien-fonds en question dans le marché privé à un acteur qui s'engage à son tour à construire. On rencontre également une telle obligation de bâtir à l'art. 9 LCAP ; celle-ci s'applique lorsque les biens-fonds de la zone ont fait l'objet d'un remaniement pour rendre possible la construction conforme au plan d'affectation. Cette disposition délègue au droit cantonal le soin de prévoir les sanctions à une éventuelle violation de l'obligation¹⁴³.

Les textes légaux évoqués plus haut laissent place à un *aménagement contractuel* de cette obligation de bâtir ; en outre, l'obligation elle-même, imposée aux propriétaires fonciers, repose sur une base légale. Il n'y a dès lors pas d'obstacle à la conclusion de contrats mettant en œuvre une telle obligation de bâtir dans la durée et en l'assortissant de sanctions adéquates. On peut imaginer à cet égard que la convention confère à la collectivité un droit d'emption sur les terrains qui resteraient non bâtis à l'échéance d'un certain délai ou réserve des peines conventionnelles¹⁴⁴.

Un contrat peut-il prévoir par ailleurs une obligation de construire, alors même qu'*aucune base légale* ne le prévoit ? Ainsi, par convention, la commune s'engage pour sa part à réaliser de manière anticipée l'équipement d'un secteur de la zone à bâtir ; de son côté, le promoteur promet de réaliser des logements d'utilité publique à cet emplacement. Cela est-il possible ? Une telle situation s'apparente dans une certaine mesure à celle réglée à l'art. 9 LCAP ; il serait dès lors souhaitable et conforme à l'intérêt public qu'une telle obligation puisse être imposée dans un tel cas. On pourrait tenter de soutenir également que la démarche de la commune (réalisation anticipée de l'équipement) constitue un avantage appréciable en argent et donc une subvention, permettant d'exiger une contrepartie du promoteur. Quoi qu'il en soit, les réponses données à cet égard par la doctrine sont négatives ou, au mieux, hésitantes¹⁴⁵. Il apparaît ainsi préférable d'ancrer dans une base légale formelle (cantonale ou communale) une telle obligation de bâtir, même si elle doit être concrétisée dans un cadre contractuel¹⁴⁶. On peut d'ailleurs imaginer que l'obligation de bâtir soit intégrée dans la réglementation accompagnant un plan de quartier ; et le contrat qui précise cette obligation peut – voire, sur

¹⁴² ANTONIAZZA, p. 35 ss ; le canton de Neuchâtel (art. 86 à 88 LAT-NE) a par exemple adopté une réglementation qui, à cet égard, s'inspire dans une large mesure d'une solution retenue dans une version antérieure de la LAT, rejetée en votation populaire. Sur la thésaurisation et les remèdes qui peuvent être envisagés, FLÜCKIGER Alexandre / GRODECKI Stéphane, *Commentaire LAT*, Art. 15, N. 134 ss et 138, à propos de l'obligation de construire.

¹⁴³ Voir à ce propos ANTONIAZZA, p. 42 ss. Voir aussi Message Rév-LAT, FF 2010 986, à propos de l'art. 15a al. 2 du projet de révision de la LAT.

¹⁴⁴ Sur la solution d'un droit d'emption, voir SPORI/BÜHLMANN, p. 19 s. et 22 s.

¹⁴⁵ ANTONIAZZA, p. 186 s.

¹⁴⁶ Pour un exemple, ANTONIAZZA, p. 45, l'auteur cite ici une disposition communale lucernoise.

le plan pratique, doit – être passé avant même l'entrée en vigueur de ce plan¹⁴⁷. Au surplus, si l'on doit retenir que l'obligation de bâtir, en tant que telle, doit reposer sur une base légale formelle, tel n'est pas le cas des sanctions éventuelles à prévoir en cas de violation de celle-ci ; les modalités de l'exécution de l'obligation (délai), l'instauration d'un droit d'emption ou de peines conventionnelles peuvent être définies ainsi dans le contrat lui-même, sans qu'une base légale particulière soit nécessaire.

2. La contractualisation des aspects financiers de l'urbanisme

2.1. Remarques introductives

Les opérations immobilières sont susceptibles de générer des flux financiers en faveur de la collectivité publique ; on vise ici les prélèvements fiscaux ou parafiscaux qui peuvent en découler. Mais on peut imaginer également des flux financiers en faveur des acteurs privés ; tel est le cas lorsque la collectivité publique assume une obligation d'indemniser liée à une expropriation ou à une servitude d'urbanisme ; tel est le cas surtout en présence d'un subventionnement de l'opération immobilière.

2.2. Illustrations

2.2.1. Obligations parafiscales

Dans le domaine des impôts, on admet que la loi, même si elle ne le dit pas expressément, exclut le procédé contractuel ; il n'est dès lors pas possible de régler par voie d'accord entre l'administration et le contribuable l'étendue de l'obligation fiscale, sous réserve d'une disposition légale l'autorisant expressément¹⁴⁸.

La perception de *contributions parafiscales* (taxes, charges de préférence ou taxes de remplacement) repose sur des textes légaux relativement précis, qui ne confèrent guère de compétences discrétionnaires aux autorités qui les appliquent. Néanmoins, la jurisprudence a admis que ces réglementations laissent place à la *conclusion de contrats* arrêtant l'étendue de ces obligations parafiscales, spécialement en matière de contributions d'équipement¹⁴⁹.

Il y a sans doute une part de pragmatisme dans cette solution. On a vu ci-dessus que les questions d'équipement pouvaient être réglées par voie de contrat (4) ; l'obligation parafiscale constitue ici la contrepartie usuelle de la prestation publique d'équipement. Il est dès lors logique de l'inclure également dans un règlement contractuel, couvrant toutes ces questions.

¹⁴⁷ Après l'entrée en vigueur du plan, le promoteur qui détient les fonds situés dans le plan de quartier n'a en effet plus aucun intérêt à conclure un tel contrat. Par ailleurs, l'ATF 136 I 142, consid. 4.3, p. 148, admet que le contrat – portant en l'occurrence sur une taxe d'orientation visant à contenir la construction de résidences secondaires – puisse être conclu avant même l'entrée en vigueur de la réglementation qui lui servira de base légale. On signale encore ici l'ATF 1P.360/2006 du 15 janvier 2007 (Soleure), qui avait trait à une convention imposant aux promoteurs une obligation de bâtir, ainsi qu'une peine conventionnelle en cas de non-respect de celle-ci ; le Tribunal fédéral a confirmé la peine conventionnelle, en estimant qu'il n'avait pas à résoudre la question de savoir si l'obligation de bâtir – convenue par contrat – reposait sur une base légale suffisante.

¹⁴⁸ C'est rarissime. Par exemple, les forfaits fiscaux accordés à de riches contribuables étrangers résultent du prononcé de décisions et non de contrats.

¹⁴⁹ ATF 103 Ia 505, consid. 3, p. 512 et 105 Ia 207, consid. 2, p. 209.

D'ailleurs, qui dit contributions causales – ce dont il est question ici – dit également que l'administration et l'administré se trouvent dans une relation de prestation et de contre-prestation (le prix versé par l'une des parties est en effet lié à une cause, soit une prestation de l'autre partie). Une telle construction correspond précisément à celle – classique – du contrat bilatéral onéreux ; il est alors assez naturel de recourir à la voie contractuelle en lieu et place de celle d'une décision. Il y a donc de bons motifs de se rallier à la solution de la jurisprudence et d'admettre le procédé contractuel en matière de contributions causales prélevées en contrepartie de prestations d'équipement.

Pour le surplus, l'obligation parafiscale elle-même est généralement prévue dans un texte légal ; rien n'empêche qu'elle soit aménagée dans une certaine mesure dans un cadre contractuel¹⁵⁰. On peut également imaginer que le contrat retienne que le propriétaire foncier, lorsqu'il réalise lui-même l'équipement, s'acquitte ce faisant de la contribution d'équipement à laquelle il est normalement soumis. De même, il peut arriver qu'il s'acquitte de son obligation en nature, par le biais d'une cession « gratuite » – prévue par contrat – d'un terrain à la collectivité.

2.2.2. Indemnisation pour expropriation ou servitude d'urbanisme

L'indemnité à laquelle peut prétendre le propriétaire privé concerné est à sa libre disposition. Elle peut donc faire l'objet d'un traitement contractuel ; on y a déjà fait allusion plus haut, s'agissant de l'expropriation (1.2.2/a) et l'on n'y reviendra donc pas.

2.2.3. Les contrats de subventionnement

L'octroi d'une subvention peut être prononcé par voie de décision ; celle-ci est alors accompagnée de charges, qui définissent la prestation positive attendue de l'administré. Toutefois, les subventions sont fréquemment allouées sur une base contractuelle ; cette formule rend alors mieux compte de l'équilibre des prestations des parties, l'aide financière de l'Etat, d'une part, la prestation de l'administré fournie dans un but d'intérêt public, d'autre part¹⁵¹. En outre, le contrat de subventionnement se justifie particulièrement lorsque les parties souhaitent se lier durablement¹⁵². A ce stade, on peut d'ores et déjà constater que le procédé contractuel est admis par la loi (ainsi en droit fédéral : art. 16 al. 2 LSu ; les droits cantonaux comportent fréquemment une disposition similaire). La seconde question, qui a trait à l'exigence d'une base légale pour fonder les obligations mises à la charge des administrés, est quant à elle plus délicate, mais elle trouve généralement une réponse positive. On peut tout d'abord prendre l'exemple de subventions versées en matière de protection des monuments historiques ; il n'y a pas de difficulté à admettre, malgré l'imprécision de la base légale, que le contrat de subventionnement mette à la charge du propriétaire d'un monument une obligation d'entretien de celui-ci, détaillée dans le contrat¹⁵³. Il n'y a guère d'hésitation non plus à retenir que les administrés (propriétaires fonciers ou exploitants) soient astreints à des obligations positives d'entretien de biotopes dans le cadre de contrats fondés sur l'art. 18c

¹⁵⁰ ATF 103 Ia 505, consid. 3, p. 512.

¹⁵¹ Voir à ce propos POLTIER Etienne, Les subventions, in : Lienhard Andreas (édit.), *Finanzrecht*, SBVR X, Bâle 2010, p. 409 ss.

¹⁵² Voir d'ailleurs art. 16 al. 2 de la LF du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités ou loi sur les subventions (RS 616.1 ; LSu).

¹⁵³ MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 457 ss ; ZBl 1973, 195, consid. 6, p. 198.

LPN¹⁵⁴ ; en contrepartie de la prestation positive fournie, l'administré reçoit une juste indemnité (art. 18c al. 2 LPN ; une telle indemnité étant régie par la LSu).

Par ailleurs, les pouvoirs publics mènent fréquemment une politique active en matière de construction de logements d'utilité publique. Ils versent par exemple des subventions pour faciliter la réalisation de tels investissements, cela souvent sous une forme contractuelle. Dans un tel cas, l'obligation conventionnelle de construire repose sur une base légale évidente. Il doit en aller de même dans l'hypothèse où la collectivité concernée cède le terrain nécessaire à un prix avantageux au maître de l'ouvrage¹⁵⁵. La solution n'est pas différente dans le domaine de la promotion économique, ainsi dans l'exemple d'un terrain cédé à un prix favorable à une entreprise qui s'engage à créer des emplois et donc aussi à construire les bâtiments nécessaires à son exploitation (voir aussi 3).

3. L'urbanisme contractuel à travers la maîtrise foncière

La structure fédéraliste de la Suisse implique des politiques très diversifiées en cette matière, selon la collectivité concernée. La maîtrise foncière des pouvoirs publics est d'ailleurs relativement mal documentée en Suisse¹⁵⁶. On peut sans doute présumer que la plupart des villes suisses sont propriétaires fonciers, dans une plus ou moins large mesure. Cependant, seules quelques collectivités publiques conduisent de véritables politiques publiques (par opposition à des opérations de nature ponctuelle) à l'aide de leur maîtrise foncière. On peut citer à cet égard le canton de Genève, les villes de Zurich et de Bienne¹⁵⁷. Quelques collectivités chargent d'ailleurs un ou des organismes spécialisés de mettre en œuvre les objectifs poursuivis par ce biais¹⁵⁸.

Il est fréquent que la collectivité publique cède un immeuble ou un droit sur un immeuble qu'elle détient à un acteur privé dans le but de réaliser une politique publique ou, plus modestement, une opération déterminée¹⁵⁹. Généralement, cela s'apparente à un subventionnement, et la voie contractuelle, admissible en matière de subventions, l'est

¹⁵⁴ ATF 135 II 328, consid. 2.2, p. 333. Voir aussi Moor, *Commentaire LAT*, Art. 17 LAT, N. 90 ss. Voir également les indemnités allouées aux agriculteurs en application de l'art. 62a LEaux, généralement sur la base de contrats ; les intéressés s'engagent dans ce cadre à renoncer à épandre des engrais sur les sols qu'ils exploitent, voire à prendre d'autres mesures.

¹⁵⁵ Voir à ce sujet, SPORI Niklaus / BÜHLMANN Lukas, Promouvoir la construction de logements d'utilité publique, *Territoire & Environnement* 2010, ASPAN, où des instruments contractuels sont évoqués en p. 19 et 22 notamment. Voir également BELLANGER, p. 96 ss.

¹⁵⁶ Voir cependant NAHRATH Stéphane / KNOEPFEL Peter / CSIKOS Patrick / GERBER Jean-David, Les stratégies politiques et foncières des grands propriétaires fonciers au niveau national – Etude comparée, *Cahier de l'IDHEAP* 246/2009. Elle présente parfois un caractère conjoncturel, ainsi lorsque des régies publiques importantes (les CFF, Swisscom, voire l'armée) voient leurs besoins baisser fortement, ce qui leur permet de disposer de réserves foncières importantes.

¹⁵⁷ Pour Genève, voir BELLANGER François, Le droit de superficie en droit public, in : Bénédicte Foex (édit.), *Droit de superficie et leasing immobilier*, p. 96 ss ; au surplus, voir NAHRATH et alii, p. 37 et 46 ss ; KISSLING Samuel, Le droit de superficie, in ASPAN, *Territoire et Environnement*, n°6/2011.

¹⁵⁸ Tel est le cas de Genève et Zurich ; pour Genève, voir BELLANGER, p. 96 ss, qui évoque plusieurs fondations de droit public.

¹⁵⁹ Cela vaut au premier chef pour les collectivités publiques qui mènent une politique active de maîtrise foncière (le transfert de l'immeuble intervient parfois au travers d'organismes délégués, on l'a vu), mais cela n'exclut pas qu'une autre collectivité publique, détenant également un immeuble, procède de la même manière.

également ici¹⁶⁰. On notera que la collectivité détentrice de l'immeuble transfère parfois celui-ci en propriété à un acteur privé ; cependant, la formule la plus fréquente consiste à n'accorder qu'un droit de superficie (au sens des art. 779 ss du Code civil) au bénéficiaire, la collectivité conservant la propriété de la parcelle de base. Le transfert intervenant à des conditions favorables, l'acquéreur se voit imposer des charges d'intérêt public, ainsi la réalisation d'immeubles de logement social ou d'investissements industriels créateurs d'emploi. On notera à cet égard que la pratique genevoise soumet les contrats instituant des droits de superficie au droit privé ; mais les charges insérées dans ce contrat lui donnent en quelque sorte une « teinte » de droit public¹⁶¹. Cependant, on a relevé plus haut que le droit suisse soumettait les contrats de subventionnement au droit public ; il paraît dès lors possible également de considérer les contrats impliquant des transferts immobiliers à des conditions avantageuses au droit public également, tout en admettant assez largement une application par analogie des règles du droit privé (notamment celles qui prévoient la forme authentique pour de tels transferts).

Par ailleurs, il n'est pas rare que le déroulement d'une opération d'aménagement, intervenant dans un cadre contractuel, puisse déboucher sur des transferts fonciers entre la collectivité publique et le promoteur intéressé. On peut imaginer notamment des échanges de parcelles entre les parties à la convention, une aliénation ou au contraire une acquisition par la collectivité publique. En règle générale, il s'agit par là de mettre sur pied une solution pragmatique, permettant une mise en œuvre optimisée d'une planification de détail (plan de quartier)¹⁶².

4. Les questions 1.1 à 1.3

« 1.1 Nous souhaiterions savoir, principalement, si l'autorité administrative peut s'engager, contractuellement, à exercer sa compétence d'urbanisme dans un sens précis et, plus précisément :

- si elle peut s'engager par contrat à adopter ou à modifier une règle d'urbanisme,
- si elle peut s'engager par contrat à délivrer une autorisation d'urbanisme.

Si cela est possible, quelle est la sanction du non-respect par l'administration d'un tel engagement contractuel ? »

En droit suisse, le plan d'affectation est un *acte juridique unilatéral*. Cela paraît évident, quand bien même cet acte est précédé fréquemment de négociations entre la collectivité compétente et ses destinataires.

Le *plan d'affectation* a pour objet de définir, de manière contraignante tant pour la collectivité que pour les administrés, les usages possibles du sol. Il se présente sous la forme d'un document cartographique, accompagné d'une réglementation, regroupant les normes applicables dans les différentes zones définies par le plan. Il est adopté après une procédure

¹⁶⁰ Sur le contrat de subventionnement, *supra* 5.2.4.

¹⁶¹ Voir à ce propos BELLANGER, p. 101 ss.

¹⁶² Pour un exemple, RDAF 2008 I 361.

d'enquête publique, généralement par l'organe législatif de la commune¹⁶³. Dès lors, quand bien même des négociations ont pu être conduites au cours de l'élaboration du plan, cette procédure quasi législative (impliquant parfois même la voie du référendum) apparaît comme *incompatible avec la voie du contrat*. Sur ce point, la jurisprudence a d'ailleurs pris une position tranchée : elle a posé que la définition des affectations ne pouvait pas résulter d'un contrat¹⁶⁴. Il n'en reste pas moins que la procédure d'enquête publique permet aux intéressés d'exercer très largement leur droit d'être entendu, voire de négocier le contenu futur du plan. De même, le droit positif prévoit généralement la possibilité pour les propriétaires concernés de prendre eux-mêmes l'initiative d'une procédure de plan de quartier (ou de plan de détail) et d'exercer de la sorte un rôle moteur dans l'élaboration de tels plans ; l'affectation définitive ne saurait toutefois résulter d'un document de nature contractuel. Cette solution s'appuie sur l'idée que l'autorité ne peut disposer de ses compétences – notamment par contrat¹⁶⁵. En revanche, comme on l'a vu plus haut, des conventions peuvent être passées pour la mise en œuvre de ces plans, notamment dans le contexte d'opérations d'aménagement (*supra* 1).

Selon une partie de la doctrine, qui se distancie à cet égard de la jurisprudence, la collectivité peut s'engager contractuellement à prendre une décision unilatérale en application de son règlement – pour autant que l'autorité dispose en la matière d'une certaine liberté d'appréciation. Mais il va de soi que la validité de chacun de ces deux actes (contrat puis décision) se jugera selon les critères qui lui sont propres ; si la décision n'est pas prise ou si elle est annulée parce qu'illégale, la collectivité n'aura pas rempli son engagement, ce qui aura les conséquences attachées à l'inexécution des contrats – à moins toutefois que la cause de l'illégalité soit à ce point grave qu'elle entraîne la nullité de la convention¹⁶⁶.

« 1.2. *L'autorité administrative peut-elle délivrer une autorisation d'urbanisme par voie contractuelle ? Le permis de construire, par exemple, peut-il prendre une forme contractuelle ?*

Si cela est possible, cela change-t-il quelque chose à la nature des droits conférés au titulaire ? Aux recours susceptibles d'être formés contre cette autorisation ? »

L'autorité qui délivre une *autorisation de construire* le fait par la voie d'une *décision*, soit un *acte unilatéral*. Cet acte confère à la fois des droits et impose des obligations à son titulaire, ce de manière contraignante. Ces effets juridiques tirent leur fondement de la loi elle-même.

¹⁶³ Voir par l'organe législatif cantonal, comme à Genève. On laissera de côté ici le cas des plans cantonaux, adoptés en droit vaudois par une autorité administrative, ou la solution fribourgeoise (la compétence d'adoption des plans d'affectation appartient ici à l'exécutif communal).

¹⁶⁴ ATF 122 I 328, consid. 4a, p. 334. Pour une lecture critique de cet arrêt, MOOR/POLTIER, p. 441. Il est par exemple artificiel d'admettre que le promoteur immobilier, dans la perspective de l'adoption d'un plan de quartier qui lui est favorable, s'engage par un contrat unilatéral (dont le modèle en droit privé est la donation) à payer une contribution de plus-value conforme à l'art. 5 al. 1 LAT ; on se trouve bien plutôt ici en présence d'une convention à caractère synallagmatique, groupant des prestations de la collectivité (elle s'engage à adopter le plan) et des contreprestations du propriétaire privé.

¹⁶⁵ Pour le droit suisse, voir BLANCHARD Thibault, Le partage du contentieux administratif entre le juge civil et le juge administratif, thèse Lausanne 2005, p. 122 ss.

¹⁶⁶ MOOR/POLTIER, p. 441. Dans la solution de l'inexécution, retenue ici une indemnité sera due, à moins que l'autorité n'ait pas commis de faute (par exemple si une modification d'une législation de rang supérieur la contraint à révoquer la décision). Pour la solution jurisprudentielle : ATF 122 I 328 (336), déjà cité ; selon l'arrêt, l'adoption de la mesure unilatérale est la condition suspensive à laquelle est subordonnée le contrat ; une indemnité sera due seulement si le contrat le prévoit.

Sans doute, le permis de construire suppose-t-il le dépôt d'une demande de l'intéressé, ce qui implique son consentement ; mais cet accord porte sur l'ouverture d'une procédure de permis de construire, sans constituer en lui-même le fondement de la décision à rendre, laquelle s'appuie sur la loi¹⁶⁷. On voit bien ici clairement la différence entre décision et contrat ; dans le contrat en effet, les droits et obligations des parties trouvent précisément leur fondement dans le consentement réciproque de celles-ci.

La décision de permis de construire peut comporter, pour le bénéficiaire, des obligations accessoires, par le jeu de *charges*, voire de conditions. Lorsque le projet à autoriser doit respecter des dispositions légales ou réglementaires précises (correspondant à des compétences liées), l'administré peut prétendre un droit à l'octroi du permis ; dans cette hypothèse, sauf base légale particulière, le permis doit lui être accordé de manière pure et simple, sans obligation accessoire. Il est possible en revanche que le projet soit régi par des dispositions à caractère discrétionnaire (notions juridiques indéterminées et surtout liberté d'appréciation), auquel cas l'octroi du permis de construire peut être assorti d'obligations accessoires sous forme de charges. Une base légale particulière n'est pas nécessaire à cet égard ; en revanche, il doit exister un lien raisonnable entre la relation juridique de base à régler (ici l'autorisation de construire) et la clause accessoire¹⁶⁸. Ainsi, lorsqu'un projet de construction respecte une règle de distance à la limite (qui confère une compétence liée), l'autorité ne peut pas monnayer son accord en imposant au constructeur des clauses accessoires supplémentaires. En revanche, l'octroi d'une dérogation, qui repose le plus souvent sur une disposition conférant à l'autorité une liberté d'appréciation, peut être assorti de charges ; mais ces dernières doivent répondre à un intérêt public en relation avec la disposition écartée et respecter le principe de proportionnalité. Là aussi, la collectivité ne peut donc pas, même par contrat, monnayer la délivrance d'une autorisation exceptionnelle en se faisant promettre par l'administré des avantages exorbitants¹⁶⁹. On notera ici que l'octroi d'une dérogation intervient souvent sur demande de l'administré et donc avec son consentement ; ce dernier englobe parfois même les charges accessoires, ne serait-ce que par le jeu d'une renonciation à recourir contre celles-ci. Malgré l'importance du consentement dans un tel cas (et le risque de pressions de l'autorité compétente), l'acte ici en cause conserve un caractère exclusivement unilatéral et ne revêt donc pas de caractère contractuel, même s'il permet d'aboutir à des résultats très proches de ceux d'un contrat.

On rappelle encore qu'une partie de la doctrine (citée *supra* dans la réponse à la question 1.1 *in fine*) admet que la collectivité puisse s'engager par contrat, à certaines conditions, à prendre une décision dans un sens déterminé.

« 1.3. Pouvez-vous indiquer, également, si :

* le recours au contrat est possible pour la réalisation d'opérations d'urbanisme (aménagement, rénovation urbaine ...) ?

* le recours au contrat est possible pour l'établissement de taxes d'urbanisme ? »

Comme on vient de le voir, ces deux questions appellent une réponse positive (voir au surplus *supra* 1 et 2).

¹⁶⁷ RHINOW, p. 295 ss.

¹⁶⁸ MOOR/POLTIER, p. 93 s.

¹⁶⁹ Sur ce type de configuration, voir la sentence arbitrale du 26 juin 2007, RDAF 2008 I 361, consid. 4/c/cc, p. 378 ss et les références.

En définitive, les étapes-clés du droit de l'urbanisme – affectation et autorisation de bâtir – sont donc réglées, en droit suisse par la voie d'actes unilatéraux, soit de *décisions* (ou d'actes assimilables à des décisions) ; le *contrat* se trouve en quelque sorte rejeté à la *périphérie de ces actes*, par exemple pour assurer la mise en œuvre du plan, spécialement d'une opération d'aménagement (ci-dessus 1 ; voir aussi 2 et 3), ou du permis de construire.

II. Particularités des contrats conclus en matière d'urbanisme ? (question 2)

« 2. Lorsque le recours au contrat est possible, ce contrat présente-t-il des particularités ? (dans son processus de formation, s'agissant des règles d'exécution ...) »

« Pouvez-vous préciser la sanction du non-respect par l'administration de ses obligations contractuelles. Notamment le point qui nous intéresse est le suivant : est-il possible de forcer l'administration à respecter son engagement contractuel ? (c'est-à-dire la forcer à modifier la règle d'urbanisme ou la forcer à délivrer l'autorisation d'urbanisme). » (question complémentaire).

On relèvera, en général, que le contrat de droit administratif ne fait pas l'objet, en droit suisse, de normes particulières, à de rares réserves près. Telle n'est pas non plus le cas s'agissant de contrats passés dans le domaine de l'urbanisme ; il n'existe notamment pas de dispositions spécifiques régissant la *formation du contrat* en cette matière.

Une première construction juridique d'une telle relation est celle du Tribunal fédéral : l'adoption de la mesure unilatérale est la condition suspensive à laquelle est subordonnée le contrat. Une autre solution, défendue en doctrine, consiste à admettre que la collectivité peut s'engager, dans le cadre du contrat, à adopter une décision ou un plan dans un sens déterminé. Cette position n'a, en l'état, pas été confirmée en jurisprudence (voir supra I/4, ad question 1.1 *in fine*).

Ces deux approches entraînent des solutions différentes dans une certaine mesure en matière d'*inexécution du contrat*. Dans la première approche (les engagements du contrat sont pris sous condition suspensive), la collectivité qui ne respecterait pas ses engagements ne devrait pas être astreinte au versement d'une indemnité, sauf disposition particulière du contrat. Dans la construction retenue par la doctrine, au contraire, l'inexécution de l'engagement, sous réserve d'une absence de faute, devrait pouvoir déboucher sur le versement d'une indemnité.

III. Limites juridiques à l'utilisation de la forme du contrat (question 3)

1. La légalité du procédé contractuel

La jurisprudence actuelle retient en substance que le procédé contractuel est admissible là où la loi ne l'exclut pas¹⁷⁰ ; il est remarquable de constater que le Tribunal fédéral a repris ici la solution qui découle, en droit allemand, de la loi, soit l'art. 54 VwVfG. Cependant, il importe, en droit suisse, d'interpréter le texte légal et il peut alors en découler que le sens ou le but de la loi s'opposent à la voie du contrat¹⁷¹.

¹⁷⁰ ATF 105 Ia 207, consid. 2a, p. 209 ; 103 Ia 505, consid. 3, p. 512.

¹⁷¹ MOOR Pierre / POLTIER Etienne, *Droit administratif* – vol. II, 3^e éd., Berne 2011, p. 453 s.

2. La base légale des obligations imposées à l'administré

Il va tout d'abord de soi que le contrat ne saurait imposer à la partie privée des obligations qui s'avéreraient contraires à la loi ; c'est ici une conséquence du principe de la suprématie de la loi. Par ailleurs, on admet généralement que le principe de la base légale s'applique également à de telles obligations ; dans le même temps, la conclusion d'un contrat, supposant le consentement de l'administré, doit précisément permettre de mettre à sa charge des obligations que les textes légaux ou réglementaires ne prévoient pas ou, tout au moins, lorsqu'ils ne le font pas avec précision. En d'autres termes, le principe de la réserve de la loi continue ici de s'appliquer, mais de manière fortement assouplie¹⁷².

On a déjà illustré ces deux aspects ci-dessus (I/1 ss) lors de la présentation de quelques catégories de contrats usuels en matière d'urbanisme ou dans des domaines voisins.

IV. Questions diverses

« 4. A-t-on cherché à développer l'usage du contrat en matière d'urbanisme ? »

5. *Le recours au contrat est-il plus développé et/ou existe-t-il des contrats particuliers lorsque sont en jeu des opérations d'urbanisme entre personnes publiques ? »*

« (et question complémentaire)...

- *L'utilisation du contrat est-elle possible sur tout le territoire ou est-ce réservé aux zones urbaines importantes ? »*

A propos des questions ci-dessus, on rappellera tout d'abord que fort peu de règles du droit positif mentionnent le contrat de droit administratif dans le domaine de l'urbanisme. Mais cela n'a pas empêché la pratique de recourir à cet instrument sur une large échelle, en quelque sorte en marge de la loi.

En l'état, il n'est guère possible de dresser un bilan de l'utilisation du contrat dans les différentes régions de Suisse ; elle apparaît néanmoins fréquente dans de nombreuses agglomérations urbaines de toutes tailles. À l'opposé, ce type de contrat n'est vraisemblablement jamais utilisé pour la réalisation de projets en dehors de la zone à bâtir. Enfin, la pratique connaît quelques exemples de contrats conclus notamment entre des collectivités publiques ; elle est toutefois trop rare pour qu'il soit possible d'en déduire des particularités spécifiques.

¹⁷² MÜLLER Georg, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in : Häner/Waldmann (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich 2007, p. 25 ss.