

Des partenariats en matière d'urbanisme

Les opérations de partenariats mises en place à l'occasion d'opérations d'aménagement et de construction étaient au cœur de la 6^e conférence du GRIDAUH et de la chambre interdépartementale des notaires de Paris. La pluralité d'intervenants dans le cadre d'opérations immobilières de plus en plus complexes a conduit à mettre en place des partenariats, bien avant l'ordonnance du 17 juin 2004 sur le partenariat public-privé.

On distingue deux sortes de partenariats qui soulèvent une grande diversité de questions ayant trait au droit de l'urbanisme, au droit de la construction et à la fiscalité, selon Maître Pisani, président de la chambre :

la première catégorie de partenariat réunit deux personnes privées qui souhaitent réaliser en commun la même opération de construction. Dès lors, plusieurs questions se posent : la demande d'autorisation doit-elle être effectuée par l'une ou l'autre des parties ou bien par les deux ? Quid des garanties susceptibles d'être mises en place pour la réalisation des travaux ?

la seconde catégorie de partenariat rapproche des personnes publiques et des personnes privées pour la réalisation d'une opération d'aménagement. Ici, on s'interroge davantage sur la question des engagements que les collectivités publiques peuvent prendre vis-à-vis des aménageurs privés, à propos du contenu des documents d'urbanisme, des conventions signées entre les parties, des règles de concertation et les modalités de participation au coût des équipements publics.

Le partenariat entre personnes privées dans le cadre des autorisations administratives

Complexité du droit, formation insuffisante des instructeurs dénoncée régulièrement ne facilitent guère la tâche des pétitionnaires. Le droit des autorisations d'urbanisme tel qu'il figure dans le Code de l'urbanisme n'a guère dépassé la trilogie « un demandeur, un terrain, un permis », selon le Pr. Périnet-Marquet.

Comme le précise également Monsieur Bertin, directeur général adjoint des Nouveaux Constructeurs, le montage d'opérations immobilières souffre d'un déficit de textes apportant des éléments de réponses appropriées.

Aussi, face à des opérations complexes qui réunissent souvent plusieurs opérateurs privés, voire des personnes publiques et privées, il importe de se poser les bonnes questions et, en premier lieu, celle de l'autorisation de construire. Lorsque plusieurs personnes se réunissent pour une même opération, qui fait la demande de permis de construire ? une ou plusieurs personnes ? Qui est titulaire de l'autorisation ?

Plusieurs personnes et un seul permis

Si les termes de l'article R 421-1-1 du Code de l'urbanisme, sont au singulier, il ne faut pas se limiter à cette observation, selon le Pr. Périnet-Marquet, pour en conclure qu'un permis ne peut être sollicité et obtenu par plusieurs personnes. La jurisprudence a, en effet, reconnu la faculté, pour plusieurs personnes, de demander et d'obtenir un même permis de construire (CE, 28 juill. 1999, n° 182.167, SA HLM le Nouveau logis Centre Limousin, RGAT 2000, p. 356, Defrénois 2000, art. 37146, p. 450), dès lors qu'il s'agit de la réalisation d'un programme conjoint témoignant d'une réelle unité architecturale. *A contrario*, dans les autres cas, un permis pour deux personnes devrait être exclu. L'arrêt en question trouve ses limites, car il ne répond pas aux interrogations relatives au terrain : le sol reste-t-il indivis ou est-il divisé ? Le régime de la copropriété serait-il applicable ? Quid du COS résiduel ? Dans l'hypothèse où plusieurs demandeurs sollicitent un permis de construire unique sur plusieurs unités foncières dans un ensemble caractérisé par une certaine homogénéité, on aboutit à un résultat qui rappelle les dispositions de l'article R 421-7-1 du Code de l'urbanisme relatif au permis valant division, selon Maître Pisani. On obtient, dans les deux cas, un ensemble dont les droits à construire ont été calculés sur la totalité du terrain et répartis sur deux ou

plusieurs propriétaires. En revanche, l'article R 421-7-1 dudit code ne vise que l'unité du constructeur, alors que l'hypothèse envisagée mettait en présence plusieurs constructeurs. Deux options sont alors possibles : soit le recours à une société, guère prisée par les promoteurs pour se regrouper en raison des engagements qu'elle entraîne, soit la nomination d'un mandataire commun. Quoi qu'il en soit et en l'état de la jurisprudence citée, on peut donc concevoir une seule autorisation de construire pour plusieurs propriétaires d'un ensemble comprenant plusieurs bâtiments. Cette solution permet à chaque parcelle de supporter en définitive des constructions conformes au droit attaché à chacune d'elles.

Transfert partiel de permis

Si le Conseil d'Etat ne s'est pas montré hostile à l'égard du transfert partiel du permis, il a toutefois bien précisé que l'on devait être en présence de bâtiments distincts : « *lorsque l'autorisation initiale porte, comme en l'espèce, sur deux constructions distinctes, rien ne s'oppose à ce que ce transfert ait lieu, pour chacune d'entre elles, en faveur de bénéficiaires différents* » (CE, 24 juill. 1987, n° 61.164, Rayrole, Lamyline ; voir également CAA Marseille, 18 mars 2004, n° 01MA00551, commune de Beausoleil, S.A.R.L. Eurazur Promotion, Lamyline, refusant le transfert du permis en l'absence de bâtiments distincts). Dès lors que la dissociation horizontale est aisée, le transfert partiel de permis est donc possible, alors qu'il devrait être exclu dans le cas d'une dissociation verticale entre partenaires publics et privés. Par ailleurs, le Pr. Périnet-Marquet soulève également les difficultés liées à la solidarité pour le paiement de la taxe locale d'équipement entre cédant et cessionnaire en cas de transfert, au regard de l'article 1929 du Code général des impôts. En outre, le transfert partiel ne résout pas la question du sol : sera-t-il divisé ou restera-t-il unique ? et, dès lors qu'il reste divisé, le régime du permis valant division est-il applicable ? *A priori* non, car l'article R 421-7-1 du Code de l'urbanisme n'envisage qu'un seul maître d'ouvrage. Selon Monsieur Polizzi, sous-directeur du permis de construire et du paysage de la rue à la Ville de Paris, pour que le transfert partiel des certificats de conformité soit possible, les constructions doivent être autonomes, chaque construction doit être conforme à la réglementation, notamment en matière de stationnement. Ce ne sont pas des conditions opposables mais des conditions pragmatiques qui permettent effectivement de faire la distinction entre les bâtiments réalisés. Et de citer un cas de permis de construire délivré en l'an 2000, à Paris, pour le réaménagement de deux maisons et la construction d'un bâtiment sur un même terrain. Le permis a été transféré partiellement pour les deux maisons à deux nouveaux propriétaires suite à une division du terrain, non soumise à la procédure de lotissement, dès lors que les deux maisons existaient depuis plus de 10 ans et qu'elles n'avaient pas subi de changement d'affectation. Dans ces conditions, le transfert partiel a été accepté, puisque les constructions étaient réglementaires sur chaque parcelle.

Un terrain, plusieurs personnes et plusieurs permis

La troisième modalité évoquée par le Pr. Périnet-Marquet est celle qui concerne à l'existence de plusieurs permis délivrés à plusieurs personnes qui vont construire ensemble sur le même terrain. Il résulte notamment d'un arrêt en date du 16 janvier 2002 (CE, 16 janv. 2002, n° 221745, Portelli, Lamyline), que plusieurs permis peuvent être délivrés à plusieurs personnes sur un même terrain.

Cette modalité soulève un certain nombre de questions :

comment gérer la SHON qui va être délivrée à chacun des permis de construire, alors que cette SHON est attachée au sol ? Il est donc indispensable qu'il y ait des actes de droit privé qui répartissent cette SHON entre les pétitionnaires du permis. Mais quelle valeur l'administration va-t-elle donner à ces actes ?

comment constituer le dossier du permis de construire de chacun des permis ? Si l'on demande plusieurs permis de construire sur un même terrain pour réaliser des constructions combinées avec des éléments communs, par exemple, les ascenseurs, les voies d'accès, les parkings, il va être nécessaire de savoir ce que chacun souhaite intégrer dans sa demande de permis, afin que le service instructeur puisse apprécier, à la fois, la pertinence de chacune des demandes, celle, plus globale de l'ensemble des demandes ;

comment assurer la bonne exécution d'ensemble de tous les permis de construire ? Il suffira de délivrer un certificat de conformité pour chaque permis. En conséquence, peut-on délivrer un

certificat de conformité pour un permis de construire si les autres n'ont pas été correctement exécutés ? La question soulève les difficultés afférentes à la division en volume et, par là même, à la pérennité du droit à construire chaque volume. Le recours au lotissement ne serait-il pas ici une solution intéressante pour les praticiens ? C'est ce que laisse entendre Maître Pisani. Lorsqu'une collectivité autorise un ouvrage global exécuté par plusieurs personnes avec plusieurs permis et qu'une partie de l'ouvrage n'est pas réalisée, peut-on alors admettre un certificat partiel ? Peut-on délivrer un certificat de conformité à l'un des permis si les autres n'ont pas été correctement exécutés ? La situation s'avèrerait assez délicate pour la collectivité.

Selon Monsieur Polizzi, le dépôt de plusieurs permis en même temps sur un même terrain n'est pas conseillé, mais si les pétitionnaires y sont attachés, on veille à ce que tous les permis soient réglementaires et compatibles les uns avec les autres, afin d'éviter les risques de retrait implicite, quand bien même il s'agirait de demandeurs distincts.

Côté promoteurs, chacun préfère disposer de son propre permis autonome, lorsque plusieurs interviennent au sein d'un même programme comportant plusieurs projets immobiliers. Ainsi, dans l'hypothèse où une commune souhaite développer un quartier et consulte plusieurs promoteurs susceptibles d'intervenir en même temps, la ZAC est particulièrement adaptée ; elle permet ainsi d'échapper à la procédure lourde du lotissement qui interdit de signer une promesse de vente avec le propriétaire d'un lot avant que l'arrêté de lotir ait été autorisé. Attention, toutefois, à ce que l'opération en question constitue une réelle opération d'aménagement pour éviter une remise en cause de la ZAC.

A propos du lotissement, l'article R 315-2 du Code de l'urbanisme mériterait d'être davantage connu : sont exclues de la procédure de lotissement les divisions par vente ou location effectuées par un propriétaire au profit des personnes qui l'ont habilité à réaliser une opération immobilière sur une partie de sa propriété et qui ont obtenu elles-mêmes une autorisation de lotir ou un permis portant sur la création d'un groupe de bâtiments ou un bâtiment comportant plusieurs logements. C'est ce que l'on appelle une procédure de « division primaire » ; elle s'applique à un propriétaire qui, progressivement, procède à un détachement de parcelle après avoir signé des promesses de vente avec un pétitionnaire qui a obtenu un permis des terrains. Le permis qui vaut alors détachement.

Réforme du Code de l'urbanisme : où en est-on ?

Face aux montages complexes, le Code de l'urbanisme ne peut apporter toutes les réponses ; néanmoins, selon Madame Phémolant, sous-directeur de la DGUHC au ministère de l'Équipement, on peut s'attendre à une simplification des autorisations et la réforme des conditions dans lesquelles la conformité des constructions est attestée, dans le cadre de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 qui autorise le gouvernement à modifier par ordonnance le livre III et le livre IV du Code de l'urbanisme.

Partenariat entre personnes publiques et personnes privées en matière d'aménagement

Contrairement au partenariat entre personnes privées, le Code de l'urbanisme n'ignore pas le partenariat entre personnes publiques et personnes privées, selon le Pr. Fatôme.

L'article L 300-4 du Code de l'urbanisme prévoit que les personnes publiques peuvent confier la réalisation d'opérations d'aménagement à une personne privée au moyen de conventions d'aménagement.

L'article précité ne concerne que l'exécution de l'opération et non sa conception. Or c'est un partenariat global qui est souvent recherché par la pratique. Aussi, on a vu naître ce que l'on désigne improprement par les termes de « ZAC privée » et que le Pr. Fatôme caractérise ainsi :

une ZAC est créée à la demande d'une personne privée qui, propriétaire ou susceptible de devenir propriétaire d'un ensemble de terrains, souhaite réaliser sur ces terrains une opération d'aménagement dans le cadre d'une ZAC et non dans le cadre d'un lotissement, car certains éléments du régime juridique de la ZAC paraissent mieux adaptés ;

le contenu de la ZAC, c'est-à-dire à la fois l'objet et la réglementation d'urbanisme applicables, est négocié très largement entre la collectivité et l'aménageur ; une fois qu'elle a été décidée par la collectivité publique, la ZAC est confiée par cette collectivité au moyen d'une convention d'aménagement ordinaire à la personne qui, propriétaire du terrain sur lequel l'opération doit être réalisée ou en voie de l'être, lui a demandé de la créer.

Cette manière de procéder est aujourd'hui remise en cause par plusieurs éléments :

premier élément : les études préalables

Bien que l'initiative première de l'opération émane d'une personne privée, la ZAC créée reste juridiquement une opération publique d'aménagement, si bien que le propriétaire aménageur ne dispose d'aucun droit à obtenir la création de la ZAC et qu'il doit convaincre de la faisabilité de la ZAC et de son intérêt pour la collectivité.

C'est par des études préalables confiées au candidat aménageur que cette faisabilité et l'intérêt de l'opération peuvent être démontrés. Mais c'est ici que surgit une difficulté de taille rappelée par le Pr. Fatôme et Maître Pisani : le fait de confier ces études au futur aménageur peut être qualifié de marché public d'étude et devrait donc faire l'objet de mise en concurrence et de publicité. En cas de non-respect de ce formalisme, les parties seraient alors en infraction avec le Code des marchés publics et être poursuivies pour délit de favoritisme.

Un autre problème est révélé par une circulaire de 1977 (Circ. min. Equip. n° 77-42, 3 mars 1977) qui pose un principe d'indépendance entre l'aménageur et la collectivité qui décide de l'opération. Or, ce principe d'indépendance n'est pas respecté, puisque c'est la personne qui, à la fois, réalise l'opération et effectue les études préalables. Mais, la méconnaissance de ce principe ne serait pas ici de nature à entacher d'irrégularité les décisions prises ensuite par la collectivité, selon le Pr. Fatôme, car la jurisprudence a admis qu'une décision pouvait poursuivre la satisfaction d'un intérêt privé si elle poursuivait en même temps la satisfaction d'un **intérêt public « primordial »**. En conséquence, si l'opération d'aménagement réalisée au vu d'études par l'aménageur est d'un intérêt général incontestable, elle ne devrait pas être remise en cause.

deuxième élément : les modalités d'attribution de la convention d'aménagement

La Commission européenne, a précisé que les conventions d'aménagement sont des concessions de travaux au sens des directives communautaires, et donc être conclues après publicité et mise en concurrence.

La confirmation de cette position par Bruxelles sonnerait le glas pour la pratique des ZAC privées ; à partir du moment où l'aménageur ne peut plus être choisi librement, c'est tout l'édifice de la « ZAC privée » qui est remis en cause...alors que ce montage, fort apprécié des aménageurs et promoteurs représente 20 % des ZAC, selon Monsieur Bertin qui redoute également la position de Bruxelles.

Selon Monsieur Baffert, chef du bureau de la réglementation et du droit de l'urbanisme à la DGUHC, les plus vives discussions ne portent pas sur les marchés d'études, car il n'y a aucun doute possible sur leur qualification de marché public ou sur les conventions d'aménagement ordinaire, mais sur les personnes mentionnées à l'article L 300-4 du Code de l'urbanisme susceptibles de se voir confier une convention publique d'aménagement et par voie de conséquence des prérogatives de puissance publique : l'intervention dans les opérations financées par la personne publique est limitée à deux catégories de personnes de droit français (SEM, établissement public) et c'est cette exclusivité qui n'est pas conforme au droit communautaire. Il est important de mettre en place une procédure de transparence pour les financements publics importants.

Une piste possible : l'opération privée d'aménagement d'intérêt général

Cette qualification refléterait davantage la réalité, selon le Pr. Fatôme, car, dans l'hypothèse de la ZAC privée, l'initiative vient d'un propriétaire privé qui demande à la collectivité d'autoriser une opération d'aménagement. Cette proposition n'apporte pas de réponse à tous les problèmes, notamment aux difficultés liées à la réalisation des équipements, laquelle pourrait être résolue par l'acquittement de participations financières, mais on supprimerait ainsi la question sensible des études préalables confiées par contrat susceptible d'être qualifié de marché public et du choix de

l'opérateur puisqu'il s'agit non plus de confier une opération d'aménagement, mais d'autoriser une opération.

Vers un droit des opérations coordonnées

Face à cette complexification des opérations d'aménagement qui ne trouvent pas toujours de solutions pratiques dans les textes d'origine nationale et communautaire, et lorsqu'il importe de gérer harmonieusement les antagonismes, dans un objectif de sécurisation des opérations, le Conseiller d'Etat Bonichot voit apparaître un droit de l'opération coordonnée, qui laisserait davantage de place à la contractualisation des rapports. On se rapprocherait ici du subtil mélange évoqué par le Pr. Périnet-Marquet, entre droit de l'urbanisme et droit privé.

Pascal Mendak