



La nouvelle donne pour les Sem d'aménagement

Contrats d'aménagement Ce qui risque de changer pour les Sem

La réforme des conventions d'aménagement est désormais adoptée. Le gouvernement a recherché à bouleverser le moins possible les textes en vigueur et notamment la loi SRU de décembre 2000, qui avait déjà été amendée par la loi n°2003-590 du 2 juillet 2003 dite loi « urbanisme et habitat ». On ne peut en effet modifier profondément notre droit de l'urbanisme chaque année !

La loi SRU faisait la distinction entre conventions publiques d'aménagement et conventions ordinaires. Cette distinction n'existe plus formellement, mais subsiste une différence de régime juridique entre les opérations entièrement financées par le privé et les opérations financées en partie par des participations publiques (rendu annuel, contrôle des juridictions financières).

Il est certes possible de résumer la réforme comme suit : les contrats sont désormais accessibles à tout le monde, et leur attribution est soumise à une procédure préalable.

Mais ces seuls changements en induisent peut-être d'autres, moins apparents, susceptibles de modifier les pratiques, et il convient d'en faire une analyse prospective. Par ailleurs, certains textes ne s'appliquent qu'aux seules Sem. Il convient de voir si ce traitement spécifique constitue un avantage ou un handicap.

I. Les principales dispositions de la Loi

La notion de contrat global est maintenue et les concessions d'aménagement relèvent d'une catégorie spécifique au regard du droit européen.

Les dispositions essentielles de cette loi sont les suivantes :

- les concessions d'aménagement pourront désormais être conclues avec toute personne publique ou privée, on ne distingue plus la nature juridique de l'opérateur ;
- les concessions devront être conclues en respectant des procédures de publicité et de concurrence définies par décret en Conseil d'Etat, comparables aux procédures habituellement applicables en droit européen et en droit interne pour la passation des concessions ;

- le contenu des conventions est inchangé et peut intégrer toutes études et missions nécessaires à l'exécution des travaux d'aménagement. Cette expression ne doit pas s'entendre de façon restrictive et la lecture des débats parlementaires permet d'intégrer dans ces études et missions, les actions d'accompagnement social ou de promotion économique nécessaires à la conduite de l'opération ;
- le contrat de concession devra préciser dès le départ si une participation financière de la collectivité est prévue. Cette participation ne pourra couvrir qu'une partie du coût de l'opération. Dans le cas où une telle participation est prévue, un contrôle particulier des comptes du concessionnaire est organisé, conformément aux principes posés par le code des juridictions financières ;
- le droit de préemption et d'expropriation est ouvert à tous ;
- les marchés conclus par le concessionnaire pour la réalisation de l'opération d'aménagement sont soumis à des règles de concurrence.

II Le mode d'attribution de la concession

Le projet de décret est encore en négociation avec la Commission Européenne et avec le Conseil d'Etat, mais on peut en avancer quelques éléments essentiels :

- Le caractère spécifique des concessions d'aménagement est reconnu, et il convient de bien les distinguer des marchés et des délégations de service public. Ce n'est donc ni le code des marchés, ni la loi Sapin qu'il convient évidemment d'appliquer.
- La procédure mise en place respecte les principes de publicité et de transparence.
- Préalablement à la passation d'une concession d'aménagement, la collectivité publie un avis dans un journal d'annonces légales et dans un journal spécialisé en urbanisme, architecture ou travaux publics.
- **Le contenu de l'avis est simple** : date limite de présentation des offres de candidatures et mention des caractéristiques essentielles du traité de concession envisagé.
- Un avis de préinformation doit par ailleurs être adressé pour publication à l'office des publications de l'Union européenne lorsque la **participation financière prévisionnelle cumulée du concédant et des autres personnes publiques** excèdera 5 900 000 euros hors taxes.
- Une commission spécifique (donc ni la commission marché ni la commission loi sapin) examine les candidatures au regard notamment des références professionnelles et de la capacité financière.
- Au vu de l'avis de cette commission, l'autorité compétente négocie avec un ou plusieurs candidats.
- L'organe délibérant désigne ensuite le concessionnaire sur proposition de l'autorité compétente et au vu de l'avis précédent.

Dans l'immédiat, et en attente de la sortie du décret, il convient encore de s'en tenir à la circulaire de février 2005. Mais la procédure décrite ci-dessus et qui tient compte de la connaissance que nous avons du projet de décret est compatible.

Il convient avant tout d'éviter toute confusion avec les procédures du code des marchés publics ou de la loi Sapin. A ce titre, il faut donc éviter les termes comme « d'appels d'offre » dans l'avis de publicité ou le cahier des charges, et surtout recommander aux collectivités de ne pas s'enfermer dans des critères (pondérés ou non) qui rendront la justification du choix délicate et sujette à contestations.

En cas de publicité européenne, il y a obligation d'utiliser un formulaire préétabli. Il convient dans l'attente d'un formulaire adapté d'utiliser le formulaire « concession de travaux » tout en indiquant bien qu'il s'agit d'une convention d'aménagement.

Le choix de la collectivité doit se faire librement en évitant le recours à des critères financiers (la plus petite participation ou la plus petite rémunération) alors que ce qui compte, c'est évidemment la qualité urbaine, la transparence et la maîtrise de l'opération par la collectivité.

Il est par contre tout à fait possible pour une collectivité d'écarter à priori (et de le dire éventuellement dans la publicité) tout opérateur qui serait lié à des groupes de BTP ou de promotions immobilières.

III. Les études préalables

L'ancien article L 300-4 prévoyait :

« Les organismes mentionnés à l'alinéa précédent peuvent se voir confier le suivi d'études préalables nécessaires à la définition des caractéristiques de l'opération dans le cadre d'un contrat de mandat les chargeant de passer des contrats d'études au nom et pour le compte de la collectivité ou du groupement de collectivités. »

Et :

« La convention publique d'aménagement peut prévoir les conditions dans lesquelles l'organisme cocontractant est associé aux études concernant l'opération et notamment à la révision ou à la modification du plan local d'urbanisme. »

Ces deux alinéas ont disparu, mais il faut reconnaître que leur intérêt était devenu très relatif. En effet, le mandat est un marché attribué selon la procédure de droit commun, et chacun peut être associé aux études de PLU. Au-delà d'un changement important du texte, on peut néanmoins prévoir une forte évolution des pratiques.

Dans le système antérieur, les aménageurs privés réalisaient et finançaient généralement leurs études (sauf à utiliser les schémas d'organisation des zones urbanisables à terme quand ils existaient), et les aménageurs publics se voyaient confier les études préalables aux projets urbains décidés par la collectivité.

Récemment, l'intégration du mandat dans le régime des marchés a imposé la mise en concurrence des études, mais l'intérêt de confier à l'aménageur pressenti le soin de réaliser les études de faisabilité semble largement reconnu.

La mise en concurrence au niveau des études puis au niveau de la concession d'aménagement rend hélas l'application de ce principe plus aléatoire.

Peut-on cumuler études préalables et la réalisation ?

Dans l'arrêt dit « Fabricom », la CJCE a considéré qu'une personne publique ne peut exclure d'office l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public, qui a participé aux travaux de préparation de ce marché. L'interdiction systématique de soumissionner serait disproportionnée pour permettre le respect de l'égalité de traitement entre les candidats. Mais l'entreprise doit pouvoir démontrer, au cas par cas, que sa situation ne présente pas de risque pour la concurrence.

Rappelons tout d'abord que nous ne sommes pas dans le cadre des marchés. Les critères de choix ne sont pas économiques et la notion de distorsion de concurrence doit être appréciée différemment.

Il convient certes pour assurer l'équité de la consultation, de remettre tout le dossier d'études à l'ensemble des candidats à la réalisation. Il faut évidemment que la collectivité évite d'omettre une pièce qui contiendrait des informations essentielles pour élaborer la réponse.

Mais si le choix est fait sur la base des critères de capacité financière et de références professionnelles, le fait d'avoir ou non fait les études ne peut constituer un avantage.

Les Sem d'aménagement ont donc toujours vocation à participer aux études, par contre le mandat d'études a perdu son intérêt et ne permet théoriquement pas de faire en direct des prestations (même la synthèse et le bilan...).

Les Sem, qui ne sont pas structurés pour réaliser directement les études techniques ou urbanistiques, seront sans doute amenés à proposer des missions de pilotage des études et un travail de synthèse aboutissant au bilan financier. Dans beaucoup de cas, ces missions pourront être accordées selon des procédures adaptées.

Comment mener des études qui aboutissent à une opération financièrement maîtrisée ?

L'administration considère que l'on ne peut lancer de consultation sans avoir lancé des études de type dossier de création de ZAC et avoir tiré un bilan de la concertation.

Le bilan prévisionnel ne doit pas obligatoirement être remis dans le dossier de consultation, mais cela semble préférable.

En signant la concession, l'opérateur s'engage sur un programme, un périmètre, un bilan et donc un montant de participation. Il est essentiel de veiller à mener des études réalistes ou à vérifier minutieusement les données du dossier d'études qui lui a été remis à la consultation. Cette vérification est un travail important et représente un investissement important pour une petite structure.

Les villes risquent d'être progressivement tentées de « mettre en concurrence » la réalisation d'un projet défini à l'issue d'études assez sommaires réalisées par une agence d'urbanisme ou un bureau d'études indépendant.

Ces organismes qui ne réalisent que des études et ne se sont jamais confrontés aux difficultés de la commercialisation, aux aléas de la conjoncture, ou à la logique du fonctionnement d'un quartier, seront évidemment moins à même de proposer des opérations rentables, commercialisables, et qui « fonctionnent bien ».

Par contre, ils seront enclins à proposer de « beaux projets » urbains, avec des plans masse esthétiques, une organisation spatiale séduisante, même si le programme ne correspond pas à un marché, ou si, eu égard au coût du foncier, il eut été judicieux de renforcer la densité.

Beaucoup de grandes et prestigieuses opérations d'aménagement ont été initiées sur la base d'un programme défini par le pouvoir politique et du rendu d'un concours d'urbanisme. La faisabilité réelle de l'opération passe alors par un travail « post-concours » qui consiste à adapter le projet intellectuel aux contraintes de la géographie, du marché, et des contraintes techniques et financières...

Si la phase étude est insuffisante, les aménageurs hésiteront à s'engager sur la réalisation d'un programme, et seront amenés au cours de la négociation à préciser le contenu des études ou à en vérifier certaines hypothèses.

Une telle évolution ne doit pas obliger les aménageurs à financer ou pré-financer des études. La négociation avec les aménageurs potentiels ne doit pas s'apparenter à un dialogue compétitif. Une fois le candidat retenu, il s'agit de négocier un contrat et un bilan prévisionnel calé sur les conclusions des études préalables.

Il existe néanmoins un risque que les candidats aménageurs soient parfois contraints de financer sur fonds propres le supplément d'études aboutissant au vrai bilan prévisionnel...

IV. La passation des avenants

Jusqu'à présent, la passation d'un avenant pour étendre le périmètre, modifier le programme, proroger la durée ou modifier la participation, restait facile. Certes, la collectivité n'était pas automatiquement obligée d'approuver un avenant réclamé par l'aménageur, et le CRAC devait justifier la demande de l'avenant lorsque la modification n'était pas une initiative de la collectivité, mais ne se posait pas les problèmes soulevés par une éventuelle remise en cause du contrat initial.

Le fait que la concession soit accordée après une mise en concurrence risque de compliquer la passation des avenants. En effet, si l'avenant bouscule « l'économie générale du contrat », il convient théoriquement de relancer la compétition...

La notion d'économie générale du contrat n'est pas la même selon qu'il s'agit d'un marché ou d'une concession de travaux.

Seul le juge administratif pourra dire ce que signifie « l'économie générale du contrat » et à partir de quand celui-ci est remis en cause.

En matière de DSP, la durée est intangible. Elle ne pourra pas l'être en matière de concession d'aménagement, où les avenants de prorogation sont courants... Par contre une modification substantielle de la participation, une modification importante du périmètre, ou une augmentation ou diminution de la masse des travaux pourra constituer un bouleversement de l'économie du contrat. La jurisprudence risque d'être riche en la matière...

Il semblerait que le Conseil d'Etat s'apprête à rendre une jurisprudence qui abandonnerait la référence à une proportionnalité pour juger de la modification de l'économie générale du contrat. Elle se référerait simplement à l'affectation d'un élément essentiel du contrat.

Par ailleurs, eu égard aux opérations complexes menées par les collectivités, et aux évolutions que ces opérations pourront connaître au fil du temps, on peut s'interroger sur la possibilité d'utiliser les théories du contrat administratif (théorie de l'imprévision, théorie du fait du prince) pour expliquer l'évolution d'une opération et la nécessité de passer des avenants.

1. Le risque financier et le mode de comptabilisation

La notion de bouleversement de l'économie du contrat risque évidemment de rendre difficile la passation d'avenants modifiant le montant de la participation. En effet même si rien n'a formellement changé sur ce plan depuis la loi SRU, la collectivité risque d'être exposée à des recours, motivés par le fait que la modification remet en cause l'équité de la consultation.

La difficulté à modifier substantiellement la participation entraîne évidemment une prise de risque qui se trouve accrue. Une réflexion sur ce sujet s'impose naturellement.

2. L'enracinement territorial des Sem

Cet accroissement de la notion de risque va accroître l'enracinement territorial des Sem. En effet, les représentants des collectivités actionnaires au conseil d'administration n'accepteront pas facilement que leur Sem prennent des risques pour mener à bien des opérations pour d'autres collectivités locales.

V. Expropriation et préemption

Le fait que le secteur privé puisse être bénéficiaire des expropriations ou délégataire du droit de préemption risque désormais de dissuader les élus de recourir à ces procédures de maîtrise foncière. Mais le décret du 13 mai 2005 portant modification de l'expropriation, et la fin de la pratique des dates de référence, va également prolonger les délais et augmenter le montant des indemnités.

Il n'est désormais plus possible d'acquérir au prix du terrain agricole pour transformer ensuite les terrains en terrains à bâtir...Le montant de l'indemnité doit tenir compte de l'utilisation future du bien.

Alors que chacun se plaint de l'absence de foncier, notamment pour relancer le logement social, les aménageurs vont devoir acquérir à des prix plus élevés et avec une procédure d'expropriation plus longue.

Il n'est pas certain que la mise en place d'établissements publics soit une réponse aux besoins de maîtriser le foncier pour mener à bien des projets urbains.

VI. L'importance du contrat

Il n'existe désormais plus de convention ou de cahier des charges type. La fusion entre le régime des ZAC privées et des ZAC publiques rend désormais possible de nombreuses architectures de contrats.

Certes, le décret devrait faire obligation à la collectivité de mentionner dans la publicité les caractéristiques essentielles du contrat envisagé. Mais cette obligation est trop vague et de nombreuses clauses concernant l'approbation des projets techniques, l'agrément des acquéreurs, le sort des biens de retour fera certainement l'objet d'âpres négociations...

L'opérateur devra assumer le risque financier inhérent à l'opération, mais il ne pourra assumer les conséquences d'erreurs dans les études préalables, ou de modifications de programmes à la demande du maître d'ouvrage. Toutes ces clauses de réserve devront être soigneusement rédigées.

1. Le risque de requalification

Pour garder la qualification de concession (faute de quoi la procédure serait nulle et par voie de conséquence le contrat lui-même), il faudra que le contrat ménage un risque réel pour l'opérateur, et que l'opération soit financée pour une part substantielle par des recettes de cessions. Il faudra enfin que l'objet principal du contrat soit bien une opération d'aménagement foncier, les missions annexes ne constituant que le complément indispensable d'un projet urbain

2. La spécificité des Sem

Les Sem conservent un traitement spécifique puisque le CGCT, et particulièrement l'article 1523-2, qui prévoit des obligations particulières pour les Sem.

Il convient de considérer cette discrimination comme positive, puisque les collectivités auront l'assurance de plus de sécurité et un meilleur contrôle de l'opération quand une Sem sera désignée comme concessionnaire.

Les avances de trésorerie de la collectivité pourront être accordées à une Sem, pour réduire le coût des financements et faire face à des besoins temporaires.

18/10/2005