

Concessions d'aménagement

Guide des procédures de passation



Ressources, territoires, habitats et logement
Énergies et climat
Prévention des risques

Développement durable
Infrastructures, transports et mer

Présent
pour
l'avenir



La mise en concurrence des aménageurs dans le cadre d'une concession d'aménagement : un processus complexe en 4 étapes

UN GUIDE AU SERVICE DES ÉLUS ET DES AGENTS PUBLICS

Le présent guide s'adresse aux élus locaux, aux agents des collectivités territoriales ainsi qu'à ceux de l'État et de ses établissements publics, en particulier ceux relevant du ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL). Il est destiné à leur fournir les éléments d'analyse qui permettront d'éclairer le choix de la bonne procédure d'attribution devant être mise en œuvre, avec un maximum de sécurité juridique, pour concéder la réalisation d'une opération publique d'aménagement durable.

En effet, la mise en œuvre d'une concession d'aménagement et la nécessité de choisir la procédure la mieux adaptée au contexte d'une opération donnée, est l'aboutissement d'un important processus de réflexion, d'orientations et de décisions.

La procédure retenue, devra être choisie pour satisfaire au mieux les conditions de mise en œuvre, les modalités de réalisation et la qualité de livraison des différentes composantes du projet.

Passer d'un urbanisme de normes à un urbanisme de projet

Le président de la République a souligné la nécessité de libérer le secteur de l'urbanisme de son carcan réglementaire en le rendant plus simple et plus lisible. En effet, les réglementations et les procédures se sont ajoutées d'année en année, rendant le droit de l'urbanisme complexe et bridant les initiatives des collectivités comme celles de nos concitoyens.

La mise en œuvre d'un urbanisme de projet vise à lever ces blocages et à faciliter la réalisation de projet d'urbanisme, de construction ou d'aménagement durable.

Encourager la réalisation d'opérations publiques d'aménagement durable

Les opérations publiques d'aménagement durable constituent l'un des modes d'intervention des collectivités locales pour « fabriquer la ville ». Une opération se caractérise par différents aspects :

- Le périmètre d'intervention, plus ou moins étendu, qui correspond à une portion significative du territoire.
- La réalisation de travaux (voiries, terrassements...) et d'équipements publics impliquant très souvent une recomposition foncière.

- Le portage politique par la collectivité compétente.
- Le bilan qui doit nécessairement donner une vision globale du projet, sur les plans comptable, financier et opérationnel afin de prendre en compte l'action d'investissement public dans toutes ses dimensions, y compris les externalités (plus et moins values sur les espaces environnants, emplois directs et indirects induits, recettes fiscales, dépenses de fonctionnement nouvelles...).

Quelle que soit sa nature ou son importance, l'opération publique d'aménagement durable ne constitue que l'aboutissement d'une réflexion plus large portant sur le territoire de la collectivité qui l'a initiée. La collectivité doit ainsi en évaluer tant la pertinence que la légitimité, en regard des objectifs poursuivis et des impacts potentiels sur son territoire.

La collectivité locale doit jouer un rôle central

Être maître d'ouvrage, pour un élu, signifie à la fois être le commanditaire de l'opération publique d'aménagement durable, le chef d'orchestre, le financeur, celui qui définit le cap et le garde, veille aux moyens et parfois les fournit. Il est présent dans les phases d'incubation et de mise en route, où il représente les futurs bénéficiaires du projet. Il gouverne dans la phase opérationnelle et réceptionne pour s'assurer que les habitants et utilisateurs peuvent vivre dans le projet réalisé. Souvent, il assure ou fait assurer la gestion des espaces et des services publics. Le maître d'ouvrage a donc un rôle

QUELS SONT LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UNE OPÉRATION D'AMÉNAGEMENT ?

L'existence d'une opération d'aménagement s'apprécie au regard d'un faisceau d'indices qui correspondent à :

- Un objectif conforme à l'article L.300-1 du code de l'urbanisme.
- Une compétence de la personne publique : une opération d'initiative et sous contrôle public.
- Un objet : un impact sur le territoire.
- Un périmètre cohérent.
- Un contenu : des études et des travaux.
- Des moyens juridiques : des opérations foncières (achats, ventes, restructurations du parcellaire).
- Des moyens financiers : un bilan prévisionnel.

multiple, évolutif dans le temps du projet, comportant des niveaux politiques et « régaliens » et des niveaux plus techniques, financiers et opérationnels. Il est aussi le garant de la lecture des échelles et des temporalités ainsi que de la pérennité des solutions au service du territoire, des habitants et des entreprises.

■ La conduite en mode projet

La collectivité, maître d'ouvrage public, qui veut intervenir sur son territoire par un aménagement se trouve de fait impliquée dans une logique de projet. Cela signifie qu'il faut en définir les objectifs, le contenu et le périmètre, les intervenants, le calendrier et le budget, et mettre en place une organisation de ce projet dans toutes les phases de son déroulement, tant au niveau du pilotage que de la mise en œuvre.

■ Réaliser ou faire réaliser ?

La collectivité locale doit aussi s'interroger sur le mode opératoire mobilisable. Il lui appartient de définir la position qu'elle souhaite tenir. Veut-elle se contenter d'encadrer l'opération d'aménagement au titre de ses pouvoirs d'urbanisme, par le seul biais du PLU et sans lien contractuel avec les opérateurs, constructeurs et promoteurs ? Ou souhaite-t-elle conserver un rôle actif dans la définition et la réalisation de l'opération d'aménagement ?

Dans cette seconde hypothèse, deux modes opératoires sont possibles :

- Elle peut réaliser elle-même l'opération, en régie le cas échéant, avec l'assistance d'un mandataire. Cela requiert toutefois qu'elle détermine si elle dispose en interne des capacités et des ressources (humaines, organisationnelles, financières) suffisantes pour conduire et mener à bien l'opération.
- Elle peut transférer la maîtrise d'ouvrage à un aménageur par le biais d'une concession d'aménagement : l'opération est réalisée par un aménageur désigné après mise en concurrence, sauf si le

contrôle qu'exerce la collectivité sur l'aménageur est analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services¹. La concession d'aménagement ne conduit nullement la collectivité à se déposséder de ses pouvoirs : l'aménageur participe au service public de l'aménagement, dont la responsabilité incombe toujours à la collectivité. Si cette dernière confie à un professionnel la réalisation et le financement d'une opération d'aménagement, il lui appartient d'assurer son rôle de concédant et d'organiser le contrôle tant de l'action de l'aménageur que de l'évolution de l'opération, afin de s'assurer que les objectifs poursuivis soient atteints.

■ Le cadre juridique de la concession d'aménagement a connu de nombreuses évolutions réglementaires

Le cadre juridique de la concession d'aménagement a connu de nombreuses évolutions ces dernières années, destinées à mettre en adéquation ce type de contrat avec le droit de l'Union européenne, sans que ne s'estompent ses spécificités.

QU'EST-CE QU'UNE CONCESSION D'AMÉNAGEMENT ?

Une concession d'aménagement est un contrat administratif par lequel une personne publique, appelée « le concédant », dûment compétente en matière d'aménagement, confie à un opérateur, public ou privé, appelé « le concessionnaire », la réalisation d'une opération d'aménagement. La concession d'aménagement s'accompagne du transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération du concédant au concessionnaire.

Le cadre juridique de la concession d'aménagement¹ ne s'applique donc pas lorsqu'il n'y a pas de transfert de maîtrise d'ouvrage et qu'il s'agit de désigner un prestataire chargé uniquement de la réalisation des travaux d'aménagement (voirie, réseaux, espaces publics, équipements publics...). Il convient dans ce cas de mettre en concurrence les entreprises susceptibles de réaliser les travaux en suivant les dispositions relatives aux mandats et aux marchés de travaux publics.

1- Le décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 est venu parachever l'évolution engagée avec la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement et son décret d'application n° 2006-959 du 31 juillet 2006. L'ensemble de ces dispositions sont codifiées aux articles L. 300-4 et suivants et R. 300-4 et suivants du code de l'urbanisme.

1- Cas des aménageurs in house tels que les SPLA, SPL et, dans certains cas, les établissements publics

	Régie	Concession d'aménagement
Qui est maître d'ouvrage ?	La collectivité locale.	L'aménageur.
Qui finance l'opération ?	La collectivité locale, qui doit constituer un budget annexe, équilibré en recettes et en dépenses, sans possibilité d'inscrire les recettes prévisionnelles.	L'aménageur avec, le cas échéant, des participations de la collectivité locale concédante et des autres collectivités.
Qui assume le risque financier ?	La collectivité locale.	Selon le type de concessions choisi : - l'aménageur, - ou l'aménageur et la collectivité locale.
Qui réalise les études préalables ?	La collectivité locale et/ou des bureaux d'études après application des dispositions du code des marchés publics.	La collectivité locale et/ou des bureaux d'études après application des dispositions du code des marchés publics.
Qui réalise les études pré-opérationnelles et opérationnelles ?	La collectivité locale et/ou un mandataire et/ou des bureaux d'études après application des dispositions du code des marchés publics.	L'aménageur et/ou des bureaux d'études après application des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005.
Qui achète, porte et commercialise les biens fonciers et immobiliers ? Qui exerce le droit de préemption ?	La collectivité locale.	L'aménageur.
Qui réalise les travaux d'infrastructures ?	La collectivité locale et/ou un mandataire et/ou des entreprises retenues après application des dispositions du code des marchés publics.	L'aménageur et/ou des entreprises retenues après application des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005.
Qui réalise les équipements publics de superstructures ?	La collectivité locale et/ou un mandataire et/ou des entreprises retenues après application des dispositions du code des marchés publics ou les dispositions relatives aux contrats de partenariats.	- La collectivité locale et/ou un mandataire et/ou des entreprises retenues après application des dispositions du code des marchés publics. - Le cas échéant, si la concession le prévoit, l'aménageur et/ou des entreprises retenues après application des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Ainsi, la passation d'une concession d'aménagement doit faire l'objet d'une mise en concurrence préalable². De l'organisation même de cette mise en concurrence va dépendre non seulement la légalité du contrat lui-même, mais - au-delà de ces aspects juridiques - la capacité de la collectivité à mettre en œuvre son projet.

Dès lors, la question de la passation de la concession d'aménagement ne doit en aucun cas être appréhendée sous le seul angle du formalisme juridique. La décision de réaliser le projet par le biais d'une concession d'aménagement, le choix de la procédure mise en œuvre, l'organisation de cette procédure et le choix de l'aménageur doit avant toute chose permettre à la collectivité de réaliser son projet.

■ La concession d'aménagement permet de transférer la maîtrise d'ouvrage

Cela suppose néanmoins qu'un certain nombre de conditions soient réunies :

- La **compétence de la collectivité** : une concession ne peut être conclue que par une personne publique compétente au regard du projet concerné. La répartition des compétences résultant du développement de l'intercommunalité – communautés urbaines, d'agglomération et de communes, et maintenant métropoles – nécessite une attention particulière.
- L'**objet du contrat** : la concession ne peut avoir pour objet que la réalisation d'une opération d'aménagement.

2- Sauf lorsque l'aménageur est « in house »

QUELLES SONT LES PRINCIPALES AVANCÉES APPORTÉES PAR LE DÉCRET DU 22 JUILLET 2009 ?

Le code des marchés publics français ne considère pas que la concession d'aménagement est un marché public car la loi précise que le concessionnaire est maître d'ouvrage des travaux et le code des marchés publics précise explicitement qu'il ne s'applique pas lorsque le co-contractant est maître d'ouvrage des travaux.

À l'inverse, en droit européen, qui ne connaît pas la notion de maîtrise d'ouvrage, les concessions d'aménagement sont, selon les cas, soumises aux directives marchés publics (directive générale ou directive spécifique) ou à leurs dispositions spécifiques relatives aux concessions de travaux publics :

- Les concessions d'aménagement sont soumises aux dispositions relatives aux concessions de travaux publics si le concessionnaire supporte une part significative des risques économiques de l'opération d'aménagement.
- Les concessions d'aménagement sont soumises à la directive « marchés publics » si le concessionnaire ne supporte pas une part significative des risques économiques de l'opération d'aménagement.

Le décret du 22 juillet 2009 introduit donc la notion de risque et précise quelle procédure doit être appliquée pour le choix de l'aménageur, lorsqu'en l'absence de prise de risque significatif, le contrat est soumis à la procédure de base de la directive « marchés publics ».

- La **mission de l'aménageur** : il doit être maître d'ouvrage de l'opération, ce qui implique qu'il doit *a minima* acquérir tout ou partie des terrains et immeubles compris dans le périmètre de l'opération, réaliser les travaux d'aménagement et d'équipement, et céder les terrains ainsi aménagés : ces tâches constituent le socle de la mission de l'aménageur. Il peut par ailleurs se voir confier toute tâche nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis par la collectivité.
- Le **contrôle de la collectivité** : transférer la maîtrise d'ouvrage à un aménageur ne signifie nullement que la collectivité se dessaisit de son pouvoir de contrôle, bien au contraire. L'aménageur doit atteindre les objectifs fixés et la collectivité doit s'assurer que le processus mis en œuvre répond bien à ses attentes.

La passation de la concession d'aménagement : 4 étapes pour réussir le projet

■ Étape 1 : définir les caractéristiques de l'opération

Dans cette première étape, **la collectivité locale, en tant que maître d'ouvrage, se doit de définir** en amont, outre sa compétence organique pour le projet, **ses objectifs, ses besoins et ses intentions**, qui établiront les caractéristiques de l'opération.

Elle les traduit dans un ensemble d'études dont le degré de précision et de fiabilité permet ensuite à un aménageur de connaître les aléas du projet et de bien mesurer et calibrer ses engagements et ses risques. Rechercher idées et innovations sans avoir défini suffisamment le projet, dans le cadre d'une procédure de compétition et de concurrence ouverte entre aménageurs peut conduire à augmenter les risques de réalisation et enchérir les investisse-

ments. L'aménageur traduira en effet sa prise de risque et son incertitude en impact financier. Le produit pourrait aussi s'avérer non conforme aux attentes réelles de la collectivité maître d'ouvrage et des usagers qu'elle représente. De la qualité des études, de leur complétude et de l'identification des aléas économiques et techniques de l'opération dépend aussi la capacité de l'aménageur à assumer une part significative du risque économique de l'opération au travers du transfert de risque réalisé par le contrat.

L'évolution des ÉcoQuartiers – qui concernera à terme tout projet – induit une certaine mutation des pratiques :

- détermination et hiérarchisation de ses attentes en matière de développement durable,
- organisation en équipe projet,
- approche systémique des études,
- confrontation du résultat des études au regard des objectifs poursuivis et réadaptation le cas échéant du projet.

Cette étape n'est pas propre à la concession d'aménagement, mais constitue la base de toute opération, indépendamment des objectifs, du contenu et du mode de réalisation.

■ Étape 2 : évaluer la faisabilité de la concession d'aménagement

La concession d'aménagement ne constitue pas le seul mode opératoire mobilisable pour réaliser une opération publique d'aménagement durable. Chaque mode d'intervention présente ses particularités et son objet précis. La collectivité devra donc déterminer que :

- les critères constitutifs d'une concession d'aménagement sont bien réunis,
- la concession est bien le mode opératoire adapté aux objectifs et au projet.

COMMENT DISTINGUER LES DIFFÉRENTES CONCESSIONS D'AMÉNAGEMENT ENTRE-ELLES ?

Le montant total des produits de l'opération et la part du risque économique qu'aura à prendre à sa charge l'aménageur, permettent de distinguer trois types de concessions d'aménagement :

1. Lorsque les produits de l'opération¹ sont égaux ou supérieurs au seuil communautaire² et que l'aménageur supporte une part significative du risque économique, les concessions sont considérées par le droit européen comme des concessions de travaux publics. Elles sont alors soumises au droit communautaire des concessions de travaux publics.
2. Lorsque les produits de l'opération sont égaux ou supérieurs au seuil communautaire mais que l'aménageur ne supporte pas une part significative du risque économique, les concessions sont assimilables à des marchés de travaux publics au sens communautaire. La désignation des aménageurs doit être faite en application des dispositions applicables à la mise en concurrence des contrats de partenariat, prévues à l'article L.1414-5 du code général des collectivités territoriales (CGCT).
3. Lorsque les produits de l'opération sont inférieurs au seuil communautaire, les concessions font l'objet d'une mise en concurrence dans des conditions librement fixées par le concédant.

1- Pour déterminer le montant total des produits de l'opération, il convient de prendre en compte la valeur totale du contrat, du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers.

2- Le seuil est actuellement fixé à 4 485 000 € HT. Pour éviter l'obsolescence du seuil, en valeur absolue, le décret du 22 juillet 2009 fait référence désormais au texte de droit français qui est périodiquement adapté aux seuils prévus par le droit communautaire, à savoir le 2° du IV de l'article 40 du code des marchés publics.

La concession est un transfert de l'acte de réalisation. Le concessionnaire aménageur devient le maître d'ouvrage du projet défini et concédé, avec en contrepartie de ce rôle un contrôle de la collectivité concédante. Le concessionnaire aménageur est un ensemble qui fait réaliser par un ensemble d'acteurs, depuis les maîtres d'œuvre jusqu'aux promoteurs, la production matérielle du projet. Ce rôle implique autonomie et capacité de décision et de choix à l'intérieur de la définition du projet et de ses modalités, inscrites dans le contrat de concession. Le contrat est le reflet de ce transfert, ce métier et ce processus, qui doit être compatible et cohérent avec le projet et les objectifs de la collectivité concédante.

■ Étape 3 : déterminer la procédure de mise en concurrence

L'objectif est de **qualifier et de quantifier le risque transféré au concessionnaire**. Pour ce faire, il importe de bénéficier d'études préalables précises (cf. étape 1). Le risque est en effet fonction des

caractéristiques techniques et économiques de l'aménagement, du programme et du calendrier, ainsi que de la détermination de la collectivité vis-à-vis du risque : en assumer directement tout ou partie, en échanger contre une contrepartie financière (même s'il en estime l'impact limité du fait des processus de mise en concurrence).

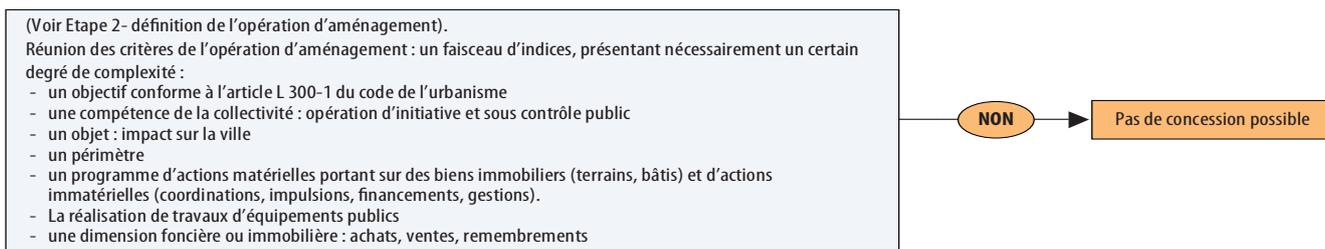
La détermination du risque transféré se doit d'être objective : la collectivité doit identifier si un opérateur économique est ou non en mesure d'assumer une part du risque économique, sans faire abstraction du contexte économique du territoire et des ambitions poursuivies.

En fonction des objectifs et des contraintes du projet, la collectivité détermine :

- la procédure qui s'impose compte tenu des caractéristiques du projet, au sein des 6 procédures prévues par le code de l'urbanisme et le CGCT,
- les critères sur lesquels elle entend se fonder pour choisir l'aménageur.

Synthèse du raisonnement pour le choix d'une procédure de passation

1- Est-on en présence d'une opération d'aménagement ?



OUI

2- Quel est le montant des produits de l'opération ?

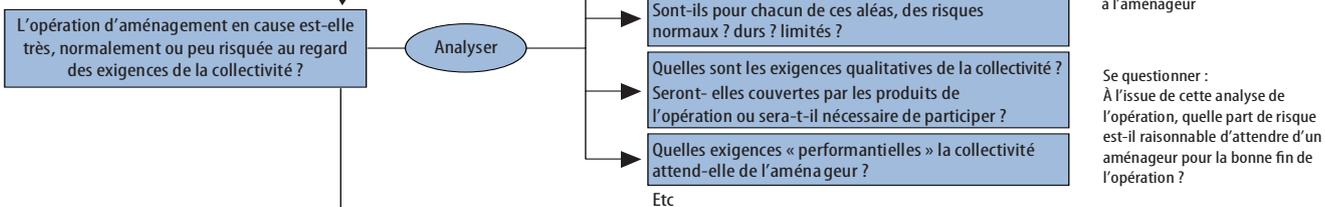


OUI



> au seuil mentionné pour les marchés de travaux à l'article 40, IV, 2° CMP

3- Le concessionnaire assume-t-il une part significative du risque ?



Étape 4 : mettre en œuvre la procédure

La collectivité maître d'ouvrage, après avoir défini son projet, sa volonté de transfert et le périmètre du transfert, la nature et l'étendue des risques transférés et donc la nature de la **procédure de passation** de la concession, **met en œuvre le processus** par lequel elle confie son projet en concession. Ce processus dépend des modalités de transfert du risque de l'opération à l'aménageur définies dans le contrat.

Le choix de l'aménageur obéit à un formalisme précis et rigoureux, dont le respect conditionne non seulement la légalité du contrat, mais également la réalisation des objectifs poursuivis.

Tout au long de la procédure de mise en concurrence, la collectivité devra s'efforcer de respecter l'égalité entre les candidats et de préserver la confidentialité de leur proposition et des échanges qu'elle a avec eux. Elle devra par ailleurs veiller à ce que le choix de l'aménageur et le contenu du contrat respectent bien les critères définis.

Muni d'une « feuille de route » et d'une certaine définition du projet cohérente avec les objectifs de la collectivité concédante, le concessionnaire une fois désigné sera alors en mesure d'exercer son rôle d'opérateur, encadré par le contrat de concession.

Le plan général du guide est constitué par le tableau en double page 10-11.

Ce tableau, divisé en 4 phases, présente l'ensemble du processus, de façon chronologique, qui conduit à la désignation d'un aménageur.

Chaque phase correspond à un chapitre du guide.

La **première étape** concerne la phase « amont » de définition des caractéristiques de l'opération au travers de la réalisation des études préalables, et les critères qui la définissent juridiquement, pour aboutir à l'existence juridique de l'opération d'aménagement.

La **deuxième étape** est consacrée à l'examen des critères constitutifs du contrat de concession, et des autres modes opératoires mobilisables ou non pour la réalisation de l'opération. Cette étape s'achève sur la reconnaissance ou non du caractère concessif de l'opération.

La **troisième étape** est ciblée sur l'examen des critères de choix entre les différentes procédures de passation de la concession d'aménagement.

La **quatrième étape** expose le déroulé des différentes procédures.

Chaque étape du tableau est reprise dans le document en tête des chapitres concernés, afin que le repérage dans le processus général en soit facilité.

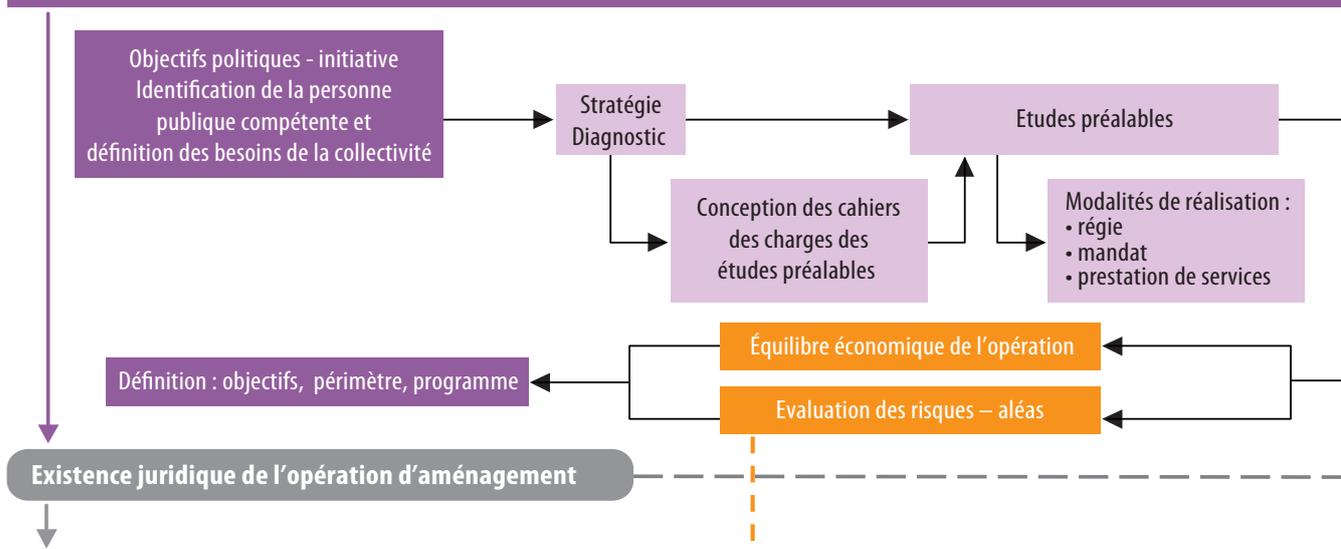
Dans chaque sous-partie, les zones du tableau concernées par les développements subséquents ressortent en couleur vive, les couleurs du reste de l'étape étant atténuées.

Chacune des 4 étapes commence avec une présentation des objectifs à atteindre au terme de l'étape, de la stratégie à adopter pour y parvenir, et des questions à se poser.

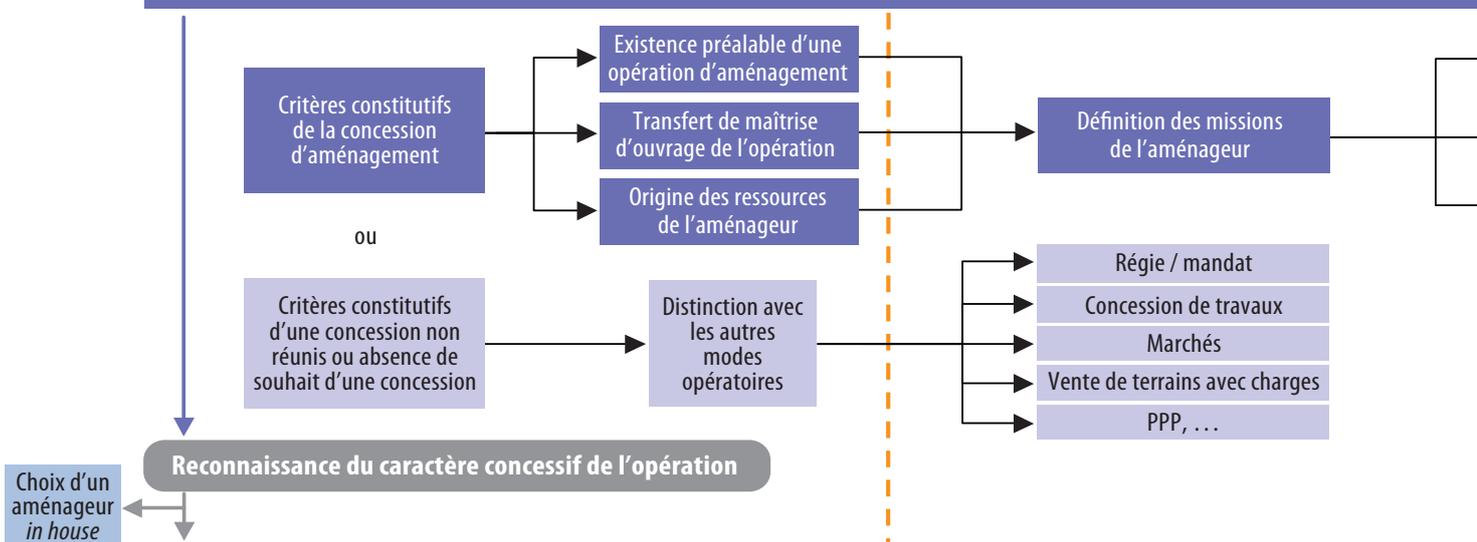
L'étape n° 3 présente en outre les points clés de la définition du risque, élément de distinction essentiel entre les procédures, compte tenu de la technicité des développements relatifs à cette étape.

Les problématiques liées à la conception d'un ÉcoQuartier et plus globalement au développement durable imprègnent chacune des actions à mener au cours de ce processus. **En effet, la dimension environnementale de l'aménagement n'est pas une option qualitative à éventuellement retenir, mais une dimension intrinsèque de tout projet.**

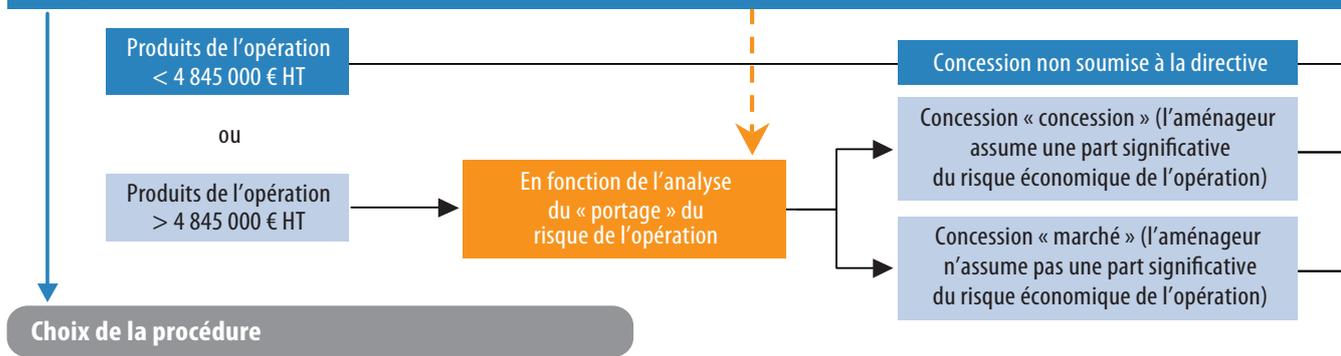
Etape 1 - Définition des caractéristiques de l'opération d'aménagement



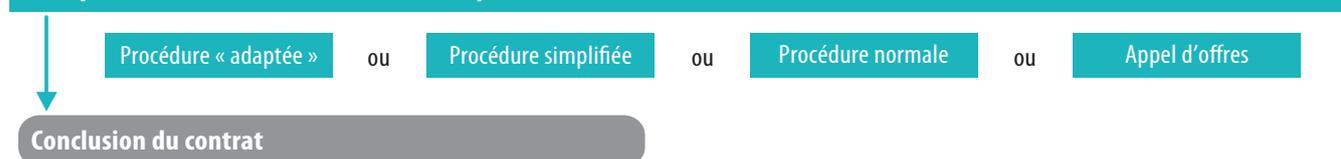
Etape 2 - Analyse de la faisabilité d'une concession d'aménagement

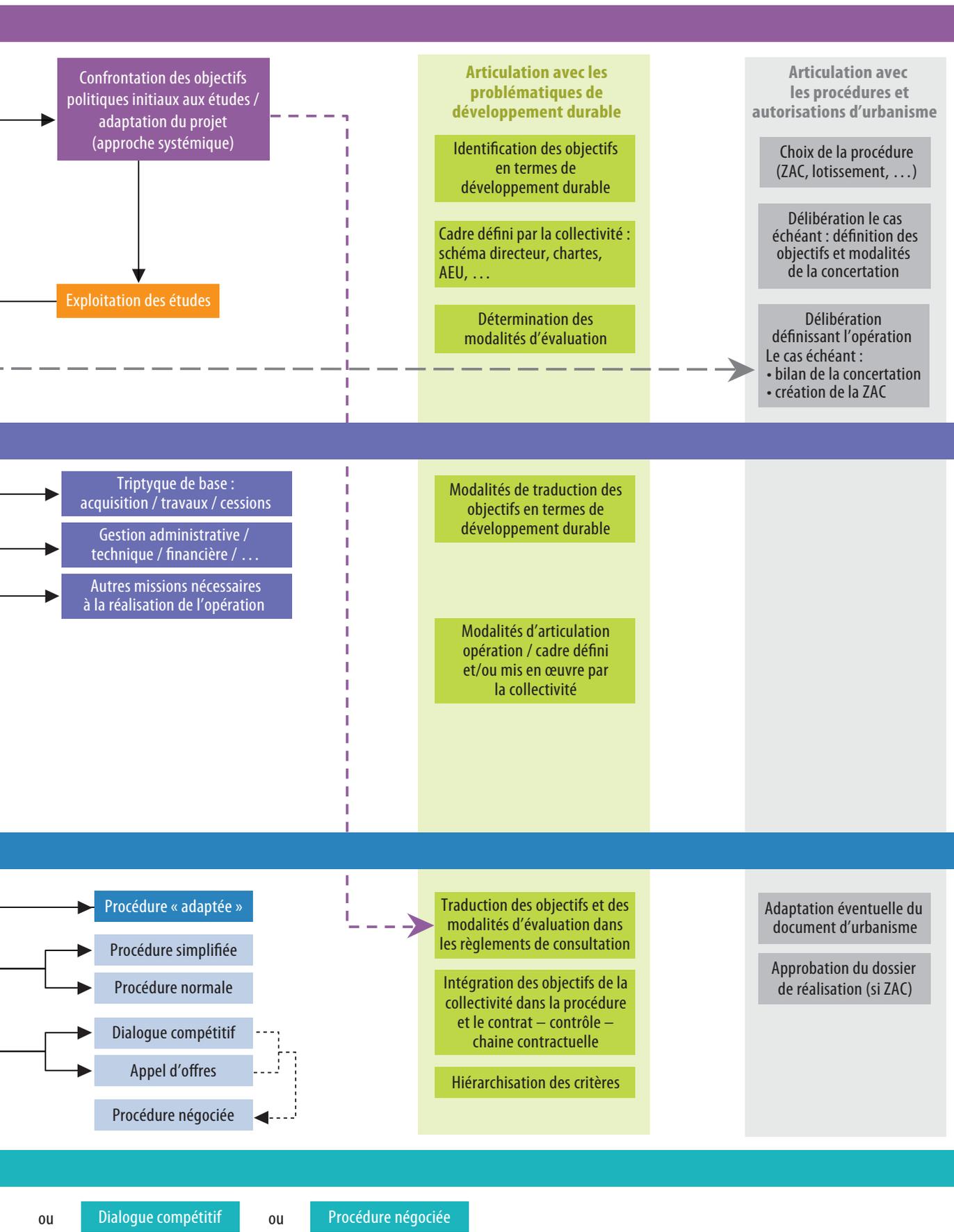


Etape 3 - Choix de la procédure



Etape 4 - Mise en œuvre de la procédure





SOMMAIRE

Étape 1 - Définition des caractéristiques de l'opération d'aménagement

1.1 - Détermination de son cadre d'intervention par la collectivité	16
Les questions à se poser	16
Comment organiser le management du projet ?	19
Nécessité et nature des études préalables	24
1.2 - Études préalables	24
Détermination des études préalables et élaboration des cahiers des charges de consultation	25
La nécessité d'une approche systémique des études	27
Exemple de contenu d'études préalables	28
Modalités de réalisation des études préalables	30
La nécessité d'identifier les aléas et d'évaluer les risques	32
1.3 - Exploitation des études	32
La détermination des conditions économiques de l'opération	33
Point clé	35
Quelles sont les conditions requises pour l'existence d'une opération d'aménagement ?	35
1.4 - Définition de l'opération d'aménagement	35
Comment déterminer le périmètre de l'opération ?	38
Quelles procédures et autorisations d'urbanisme ?	39
1.5 - Liens avec les procédures et autorisations d'urbanisme	39
Quelles procédures et autorisations connexes liées à la réalisation du programme de travaux ?	40
Comment articuler procédure d'urbanisme et désignation de l'aménageur ?	40
Comment insérer la concertation et une démarche participative dans le processus ?	41
1.6 - Conclusion	42

Étape 2 - Analyse de la faisabilité d'une concession d'aménagement

2.1 - Les conditions de mise en œuvre d'une concession d'aménagement	44
L'existence nécessaire d'une opération d'aménagement	44
Le nécessaire transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération à l'aménageur	44
La nécessité de recettes provenant de la vente de terrains	46
2.2 - Quelles missions l'aménageur assure-t-il dans le contrat de concession ?	47
Exemple	48
2.3 - Modalités d'intégration des objectifs en matière de développement durable dans la concession d'aménagement	51
Distinction concession/régie	53
2.4 - Les modes opératoires alternatifs à la concession d'aménagement	53
Distinction concession/régie avec l'assistance d'un mandataire	54
Distinction concession d'aménagement/concession de travaux	55
Distinction concession d'aménagement/concession de service public	56
Distinction concession d'aménagement/contrat de partenariat public privé	56

SOMMAIRE

Distinction concession/contrat de prestation de service	57
Distinction concession/cession de terrain avec charges	58
Distinction concession/Projet urbain partenarial	58
Critères de choix régie/mandat/concession d'aménagement	59
2.5 - Conclusion	61

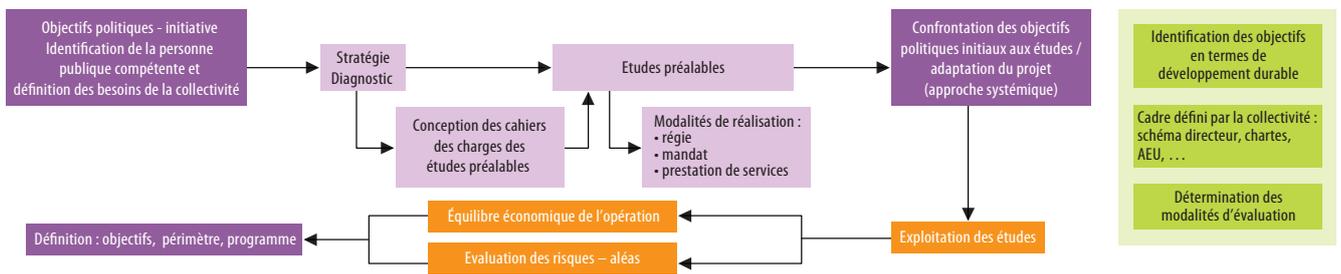
Étape 3 - Choix de la procédure

3.1 - quel est le montant total des produits de l'opération concédée ?	64
3.2 - Le concessionnaire assume-t-il une part significative du risque ?	65
Points clés	65
Le critère de la rémunération par les résultats de l'opération	67
La notion de risque économique : la variabilité des revenus de l'aménageur	69
Comment définir la prise en charge d'une part significative du risque ?	71
Principe généraux – éléments de choix	73
3.3 - Quelles conséquences sur le choix de la procédure ?	73
Critères de distinction entre appel d'offre et dialogue compétitif	76
Conditions de mise en œuvre de la procédure négociée	77
3.4 - Incidences en termes de développement durable	78
Existence d'un lien entre le critère et l'objet du contrat	79
Absence d'attribution au concédant d'une liberté inconditionnée de choix et mention explicite du critère dans le règlement de la consultation	79
Respect des principes fondamentaux du droit communautaire	80
3.5 - Au terme de l'étape 3	81

Étape 4 - Mise en œuvre de la procédure

Fiche 4.1 - Procédure « adaptée » (contrats dont le montant des produits est inférieur au seuil de 4 845 000 € HT)	84
Lancement de la procédure et déclaration de candidature	86
Fiche 4.2 - Procédure « normale » (part significative du risque supportée par le concessionnaire)	86
Analyse des candidatures et des propositions et négociation du contrat	88
Approbation et conclusion du contrat	91
Fiche 4.3 - Procédure simplifiée	93
Lancement de la procédure et sélection des candidats admis à présenter une offre	94
Fiche 4.4 - Procédure d'appel d'offre	94
Analyse des offres et sélection de l'aménageur	96
Approbation et conclusion du contrat	98
Lancement de la procédure et sélection des candidats admis à dialoguer	99
Fiche 4.5 - Procédure de dialogue compétitif	99
Transmission du programme fonctionnel et dialogue	101
Offre finale et attribution du contrat	102
Approbation et conclusion du contrat	103
4.6 - Procédure négociée	105

Étape 1 - Définition des caractéristiques de l'opération d'aménagement



OBJECTIFS DE L'ÉTAPE

L'opération d'aménagement doit permettre de répondre aux objectifs politiques poursuivis par la personne publique compétente – et à un besoin identifié - qu'il s'agisse des communes et établissements publics de coopération intercommunale, des autres collectivités territoriales et de leurs groupements.

Au-delà de ces objectifs politiques, il est nécessaire que les caractéristiques, tant en termes de périmètre que de programme et de bilan, résultent d'études réalisées sous la maîtrise d'ouvrage de la personne publique à l'initiative du projet.

STRATÉGIE

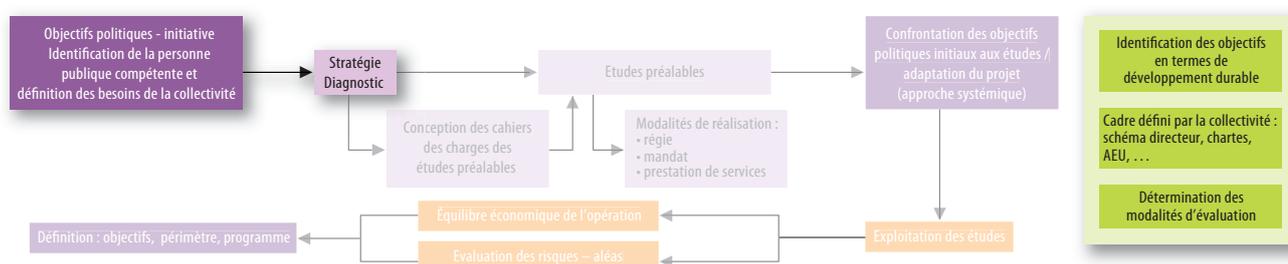
La mise en œuvre d'une opération d'aménagement par une personne publique à l'initiative d'un projet d'aménagement repose sur une approche avant tout pragmatique ; cette personne publique doit :

- identifier ses besoins, et en corolaire s'interroger sur sa compétence – en termes institutionnels – pour mener le projet en cause ;
- déterminer les différentes études nécessaires à l'analyse de la faisabilité de son projet, notamment au regard de son inscription dans la politique d'urbanisme locale dont il ne constitue que l'un des éléments, en fonction des caractéristiques du projet ;
- réaliser et financer ces études, et en fonction de leurs résultats et des aléas identifiés, déterminer les contours de l'opération d'aménagement en termes d'objectifs, de périmètre, programme et bilan prévisionnel.

La réalisation d'un ÉcoQuartier, compte tenu de ses caractéristiques intrinsèques, conduit toutefois à une certaine évolution du processus par rapport aux opérations traditionnelles. Ces spécificités sont liées à la nécessité de confronter entre eux les résultats des différentes études et leur adéquation au projet. Cette approche systémique – qui constitue le socle de tout ÉcoQuartier – a des incidences pour la personne publique en ce qui concerne sa propre organisation en termes :

- de compétences en interne, avec la mise en place d'équipes dédiées (projet) regroupant l'ensemble des services compétents et concernés, le cas échéant assistées d'un prestataire spécialisé en matière de développement durable ; pour ce faire, elle pourra s'appuyer utilement sur les chartes et référentiels établis sur l'ensemble du territoire communal ou intercommunal
- de gouvernance, en instituant au sein de sa propre structure un processus décisionnel adapté au projet ;
- de gestion du projet en mettant en place tout au long du processus un dispositif d'évaluation des différents objectifs poursuivis afin non seulement d'en vérifier leur pertinence, mais également de les adapter aux spécificités de l'opération.

1.1 - Détermination de son cadre d'intervention par la collectivité



Les questions à se poser

■ La collectivité est-elle juridiquement compétente ?

L'aménagement est, au terme de l'article L.300-1 du code de l'urbanisme, une prérogative de puissance publique.

Une personne publique ne peut intervenir que dans le cadre de ses compétences.

Les collectivités territoriales (régions, départements, communes) disposent d'une compétence définie par la loi. Les EPCI, pour leur part, ont un champ d'action défini par leurs statuts. Pour les communes membres d'un EPCI, il convient de déterminer si le projet entre ou non dans le champ des compétences transférées.

La vérification de la compétence de la collectivité à l'origine du projet pour réaliser l'opération, est essentielle, et constitue un préalable nécessaire à la mise en œuvre de l'opération (cf. tableau ci-dessous).

La compétence des régions et départements pour les opérations d'aménagement devra être examinée avec soin à compter du 1^{er} janvier 2015, date à laquelle ces collectivités n'auront compétence que pour les domaines attribués par la loi.

■ Quel est le projet de territoire ?

L'emprise du projet s'inscrit dans un territoire qu'il convient d'appréhender à différentes échelles. La compréhension du site d'intervention se fera en intégrant des lectures sectorielles et pluridisciplinaires, ou transversales, à des échelles « zoomant » progressivement celui-ci.

Type d'Interventions Types de collectivités ou EPCI	Maîtrise d'ouvrage de l'opération d'aménagement	Document d'urbanisme Plan local d'urbanisme et SCOT	Propriété des équipements publics	Financement de l'opération
Région	Possible dans l'hypothèse d'une opération entrant dans les compétences de la région	Non compétent	Equipement public relevant de la compétence régionale	Possible à plusieurs titres, notamment du contrat de plan Etat-région
Département	Possible dans l'hypothèse d'une opération entrant dans les compétences du département	Non compétent	Equipement public relevant de la compétence du département Ex. : voirie départementale	Possible à plusieurs titres, notamment du contrat de plan Etat-région
Communautés urbaines/d'agglomération ou de communes	Possible si : - l'opération présente un intérêt communautaire - relève de la compétence « zone d'activités économiques » - ou relève de la compétence « habitat »	SCOT : compétence « aménagement de l'espace » PLU : compétence obligatoire pour les communautés urbaines - optionnelle pour les autres catégories d'EPCI	Equipements relevant d'une compétence statutaire Ex. : voirie d'intérêt communautaire ou réseau d'assainissement	Possible en rapport avec les compétences statutaires dévolues à l'EPCI.
Syndicat de communes (SIVOM, SIVU, syndicat mixte)	Possible en fonction de l'objet statutaire et en rapport avec les compétences exercées par les structures membres	SCOT : compétences des syndicats mixtes créés à cet effet PLU : non compétent sauf délégation des communes membres	Equipements en rapport avec les compétences exercées par la structure syndicale	Financement en rapport avec les compétences dévolues
Communes	Clause de compétence générale, sauf délégation à un EPCI sur les opérations qualifiées d'intérêt communautaire	SCOT : clause dévolues à un EPCI créé à cet effet PLU : compétence de droit commun	Clause de compétence générale sauf compétence d'intérêt communautaire	Possibilité de participer au financement d'un équipement dont la commune n'est pas le maître d'ouvrage

Le cadre des opérations d'aménagement est intrinsèquement lié à la notion de projet urbain résultant de la loi « SRU » et redéfini au regard des objectifs en matière de développement durable par la loi Grenelle II. Le schéma de cohérence territoriale (SCOT), mais aussi le Plan Local de l'Urbanisme (PLU) intègrent désormais chacun un plan d'aménagement développement durable (PADD) auquel il convient de se référer. L'opération d'aménagement constitue donc la déclinaison opérationnelle du projet urbain défini en premier lieu dans les documents de planification qui expriment la stratégie globale d'aménagement et de développement durable du territoire concerné.

*L'opération
d'aménagement est
l'expression concrète du
projet de la collectivité
et des objectifs de
développement durable
exprimés dans les
documents d'urbanisme
tels que le SCOT et le PLU*

Or, les documents d'urbanisme actuels, en particulier les SCOT et PLU contiennent des prescriptions parfois en décalage avec les orientations prioritaires en matière de développement durable.

Des modifications ou révisions de PLU pourraient être indispensables et doivent être menées préalablement ou en parallèle, afin de ne pas pénaliser le déroulement du projet.

La collectivité devra ainsi avant tout se fonder sur les objectifs de développement durable que doivent respecter les documents d'urbanisme et les documents sectoriels, définis par la loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement :

- lutter contre le changement climatique et s'y adapter,
- préserver la biodiversité ainsi que les services qui y sont associés,
- contribuer à un environnement respectueux de la santé,
- préserver et mettre en valeur les paysages.

En outre, la loi Grenelle II complète les objectifs que doivent respecter ces documents en modifiant l'article L.121-1 du code de l'urbanisme qui :

- fait explicitement référence « aux objectifs du développement durable »,
- assigne aux documents d'urbanisme de nouvelles fonctions telles que la prise en compte de l'amélioration des performances énergétiques, la diminution des obligations de déplacements et le développement des transports collectifs, voire la réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables.

ARTICLE L.121-1 CODE DE L'URBANISME

Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer, dans le respect des objectifs du développement durable :

1° L'équilibre entre :

- a) Le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux, la mise en valeur des entrées de ville et le développement rural ;
- b) L'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ;
- c) La sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables ;

2° La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements et de développement des transports collectifs ;

3° 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, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, et la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature.

Les choix d'aménagement ne devront pas constituer une « excroissance » par rapport aux objectifs arrêtés dans les documents d'urbanisme et les documents catégoriels. Les opérations d'aménagement doivent s'inscrire dans ces objectifs, nullement le contraire.

À ce titre, en premier lieu avec le SCOT, le code de l'urbanisme prévoit expressément cette obligation de compatibilité avec un certain nombre d'opérations d'aménagement (C. urb., art. L. 122-1 et R. 122-5) :

- les ZAD et les périmètres provisoires de ZAD ;
- les ZAC ;
- les lotissements, remembrements réalisés par des AFU lorsque ces opérations portent sur une surface hors œuvre nette de plus de 5 000 mètres carrés ;
- la constitution, par des collectivités et établissements publics, de réserves foncières de plus de cinq hectares d'un seul tenant.

Mais au-delà de cette liste, c'est bien toute opération d'aménagement qui devra s'inscrire dans la politique d'urbanisme à l'échelle du SCOT et s'insérer dans les réflexions qui ont présidées à l'élaboration et à l'approbation du SCOT.

Cette intégration des opérations d'aménagement dans le SCOT prend une dimension particulière avec la loi Grenelle II qui confère à ce document d'urbanisme une place prépondérante dans les politiques d'urbanisme locales.

L'articulation des opérations d'aménagement avec les PLU est paradoxalement plus ambiguë. Document d'urbanisme par essence évolutif, le PLU à vocation à s'adapter aux évolutions du projet urbain de l'établissement public de coopération intercommunale ou de la commune. Les différentes procédures prévues par les articles L. 123-13 et L. 123-16 du code de l'urbanisme donnent toute latitude à la personne publique compétente (EPCI ou commune) pour adapter les règles d'urbanisme au projet poursuivi. L'opération d'aménagement devra néanmoins être compatible avec les orientations générales du PADD du PLU.

Par delà ces approches globales, le contenu de très nombreux documents thématiques pour la plus grande majorité d'entre eux, réglementaires, devra être également exploité.

De même qu'avec le SCOT, il en va ainsi, à une échelle plus limitée, du lien avec le plan de déplacement urbain (PDU), le programme local de l'habitat (PLH) et le schéma de développement commercial si un tel schéma existe.

Il convient pour chaque projet de correctement identifier les marges de manœuvre, à ce titre, dès les premières études préalables.

Que l'on s'inscrive dans une approche très formalisée, AEU ou non, l'ensemble de ces documents

sectoriels doit avoir été exploré avec une lecture diagnostic pré-opérationnel. Ce diagnostic peut être utilement complété et éclairé par des entretiens avec les services qui portent l'actualisation de chacun de ces documents.

Par ailleurs, l'opération d'aménagement s'inscrit dans une logique de territoire dans la mesure où elle dépend en grande partie des données sociales, démographiques et économiques de la commune ou de l'EPCI.

L'étude du marché dans lequel s'inscrit le projet est le préalable nécessaire à la poursuite de l'opération

■ Quels sont les besoins de la collectivité ? (diagnostic)

La mise en œuvre d'une opération d'aménagement doit également constituer une réponse à une problématique identifiée dans le cadre des statistiques et études relatives au « marché » du territoire en cause, qu'il s'agisse des besoins en logements, besoins en matière économique et commerciale.

Le fait que les opérations doivent permettre de répondre à des besoins locaux n'exclut néanmoins nullement la mise en œuvre d'opérations d'aménagement pour modifier certaines données, notamment une baisse de la population communale et/ou une réduction de l'activité économique.

■ Quels sont les objectifs de la collectivité en matière de développement durable ?

Les collectivités doivent dorénavant inscrire leurs développements urbains et leurs projets en se projetant vers l'objectif de participer à la réalisation de la ville durable de demain : les nouvelles villes, résultantes de la mutation des pratiques d'urbanisme à toutes les échelles, de l'agglomération jusqu'aux bourgs et villages des territoires ruraux. Ces nouvelles villes se feront en continuité et en régénération de la ville sur la ville, puisque le premier des impératifs est de limiter l'extension urbaine avec ses corollaires : consommation des espaces, dégradation des paysages, des milieux et de la ressource en eau.

Dans l'esprit des lois Grenelle I et II, un ÉcoQuartier se doit aussi d'être un quartier durable, englobant des considérations liées aux transports, à la densité et aux formes urbaines, à l'éco-construction, mais également à une mixité sociale et fonctionnelle et à la participation de la société civile.

Le développement durable structure les étapes du projet d'ÉcoQuartier pendant les phases de création, de réalisation puis de fonctionnement du quartier. Tous les acteurs du projet sont donc impliqués, depuis l'amont, dans la réflexion globale.

Le terme « ÉcoQuartier » doit dans ce contexte être compris comme « quartier durable » : il recouvre bien entendu des préoccupations environnementales encore souvent peu intégrées dans les projets, mais aborde plus largement les croisements entre aspects environnementaux, sociaux et économiques au cœur de la définition du développement durable. Actuellement, ce concept est appliqué à une réalisation ou un projet, lorsque lui sont reconnus : la prise en compte d'une démarche participative de la population et des acteurs économiques allant au-delà d'une concertation réglementaire, et l'ambition d'intégrer une démarche de développement durable dans ses trois composantes : environnementales, sociales, et économiques. Au delà de la description des grands enjeux auxquels répond un ÉcoQuartier, il est nécessaire de définir le niveau d'ambition qu'un tel quartier doit atteindre. Il est important de définir des exigences adaptées au territoire concerné, mais d'un niveau d'ambition justifiant l'appellation d'ÉcoQuartier.

Les principes prioritaires qui guident les projets, dans une logique de type analyse de cycle de vie, sont : économiser les ressources naturelles non renouvelables, optimiser le recours aux ressources naturelles renouvelables, en limiter l'impact environnemental. La déclinaison de ces principes ne pourra déboucher uniquement sur des solutions techniques, fussent-elles innovantes.

Ces principes débouchent sur un retour à un urbanisme compact, consommant le foncier de façon limitée et pondérée, requalifiant les friches, réhabilitant les quartiers existants, optimisant les réseaux et voiries, privilégiant mixité sociale et fonction-

nelle, pour une nouvelle approche d'une ville des courtes distances. Au niveau des constructions de logements ou d'équipements, l'urbanisme adopte des objectifs de qualité environnementale du bâti dont de très bonnes performances énergétiques.

Comme pour un bâtiment, l'impact environnemental d'un quartier, à des échelles de temps bien supérieures, le plus généralement le siècle, sera *in fine* très majoritairement celui résultant de l'après-réalisation. Il ne pourra donc être minimisé, en adéquation avec la pertinence des solutions retenues, que si les habitants, les commerçants, les services publics et leurs prestataires, les entreprises se le sont appropriés et ont modifié leurs comportements quotidiens : déplacements, collectes des déchets, confort thermique des logements, exigence d'entretien des espaces publics...

Les maîtres d'ouvrages doivent donc comprendre que les phases amont, préalables et opérationnelles devront impérativement respecter cette nouvelle phase d'appropriation et d'association des futurs acteurs au projet. Outre les délais, ils devront en accepter également les coûts.

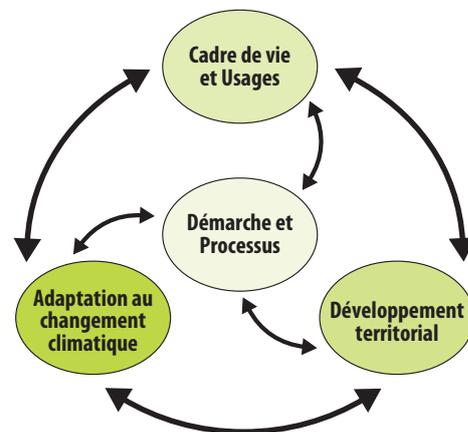
L'assimilation des objectifs en matière de développement durable doit intégrer les éléments décrits ci-après :

Comment organiser le management du projet ?

■ La nécessité de s'organiser en équipe projet

L'équipe projet constituée au sein de la collectivité est la cheville ouvrière de la mise en place des objectifs globaux décidés au niveau politique. Elle devra de ce fait présenter l'ensemble des compétences nécessaires à la déclinaison des objectifs urbains, sociaux et environnementaux.

Démarche et processus	Cadre de vie et Usages	Développement territorial	Adaptation au changement climatique
1 – Piloter une équipe bien organisée	5 – Améliorer le vivre-ensemble	11 – Maintenir l'animation du quartier	16 – Réduire les émissions de Gaz à Effet de Serre
2 – Bien situer et définir son projet	6 – Rénover les modes de vie d'aujourd'hui et préparer l'avenir	12 – Organiser au mieux les déplacements	17 – Gérer de façon économe les ressources en eau
3 – Assurer ses montages	8 – Offrir un cadre de vie agréable et sain	13 – Promouvoir des déplacements alternatifs	18 – Valoriser et réduire les déchets
4 – Poursuivre le projet	9 – Valoriser le patrimoine local et l'identité quartier	14 – Assurer des retombées locales au développement économique	19 – Restaurer et valoriser la nature en ville
5 – Pérenniser la démarche	10 – Dessiner un quartier dense et humain	15 – Intégrer l'agriculture au développement urbain	20 – Optimiser et diversifier ses sources d'énergie



Les compétences en matière d'environnement et de développement durable se retrouvent généralement :

- directement en interne dans la structure de la collectivité ou de l'aménageur ;
- au sein d'un ou plusieurs bureaux d'études privés qui agissent en tant qu'assistant à maître d'ouvrage sur la durée de la concession et même lors des études préalables ;
- au sein de l'équipe de maîtrise d'œuvre urbaine en tant que bureaux d'étude associés ou directement au sein de l'équipe d'urbanistes-architectes ou de paysagistes.

Par ailleurs, les différents échanges entre l'équipe projet et les autres services des collectivités concernées (déchets, espaces verts...), les associations locales de l'énergie ou autres associations structurées, les services de l'État, sous forme d'ateliers de travail par exemple, permettent de prendre en compte en amont les intérêts ou contraintes de chacun mais aussi d'élargir le spectre des compétences.

Concernant les prescriptions environnementales, ces groupes peuvent avoir plusieurs objets :

- formaliser les objectifs environnementaux en amont, au stade des études ;
- associer les acteurs concernés par un thème pour traiter du sujet en lien avec les futurs gestionnaires (ex : traitement des déchets en lien avec les gestionnaires, gestion des espaces verts en lien avec les gestionnaires etc.) ;
- assurer au stade de la réalisation de l'opération un suivi des projets de constructions : de l'esquisse à l'avant-projet définitif (APD) ;
- traiter de cas spécifiques et problématiques lors de la définition des projets.

■ Le cadre des chartes environnementales et le processus d'évaluation

Les chartes environnementales permettent de guider l'action de la collectivité à l'échelle de l'agglomération

Ces chartes rappellent les enjeux de l'urbanisme durable (enjeux d'environnement et de santé publique, enjeux sociaux de solidarité et de qualité du cadre de vie, enjeux d'économies et de développement économique), proposent une méthode de conduite des projets d'ÉcoQuartier, et définissent des objectifs à atteindre sur les différentes thématiques de l'urbanisme durable, afin d'aboutir à un bon niveau de performance ÉcoQuartier.

Ces chartes comportent des indicateurs quantitatifs ou qualitatifs permettant d'évaluer la performance atteinte dans chacun des thèmes et globalement.

Ces chartes peuvent également prévoir un accompagnement pour les projets qui s'inscrivent dans cette ambition.

Il faut relever que ces chartes n'ont pas de portée juridique en tant que telles ; elles constituent par contre un guide de « bonne conduite » pour les collectivités et, par la réflexion qu'elles impliquent, conduisent les collectivités à systématiser leurs objectifs.

Pendant de la charte, les dispositifs d'évaluation constituent également l'un des outils fondamentaux du processus. Trop souvent négligé dans les opérations d'aménagement traditionnelles, le dispositif d'évaluation doit être développé. Il est souvent constaté que l'une des principales difficultés à laquelle les maîtres d'ouvrage sont confrontés concerne l'évaluation. Ceci provient à la fois du manque d'outils et de l'absence de prise en compte financière de ce poste qui s'avère d'importance stratégique une fois les opérations engagées. Faute d'avoir pu anticiper l'évaluation, celle-ci intervient souvent après coup, ce qui n'est guère satisfaisant, à la fois en terme de méthodologie et de partenariats.

Ainsi, élaboré en amont du processus, ce dispositif devra être utilisé :

- tant pendant la phase d'études afin de donner à la personne publique à l'initiative de l'opération les capacités d'analyser les études réalisées au regard de leur pertinence et des objectifs poursuivis ;
- que pendant la réalisation de l'opération afin de confronter les objectifs poursuivis à la réalité du processus.

Le dispositif d'évaluation ne doit pas être seulement financier ; il doit intégrer l'ensemble des thématiques identifiées et objectifs poursuivis.

■ L'intérêt d'une AMO « développement durable », de référentiels et d'une approche environnementale de l'urbanisme

AMO « développement durable »

Le maître d'ouvrage pourra, compte-tenu de l'importance de l'enjeu, souhaiter se doter d'une assistance à maîtrise d'ouvrage afin d'accompagner ses propres services et bénéficier d'un regard distancié par rapport au projet.

Cette AMO « développement durable » doit néanmoins avoir une portée plus large que la simple opération d'aménagement envisagée puisqu'elle doit s'inscrire dans la politique générale de l'ensemble de la commune. L'AMO « développement durable » définira le cadre dans lequel l'opération d'aménagement devra s'insérer.

LA CHARTE DES ÉCOQUARTIERS DE LILLE MÉTROPOLE

(http://www.lillemetropole.fr/gallery_files/site/152337/169050.pdf)

La charte concerne tous les intervenants des opérations d'aménagement, quel que soit leur domaine d'action ou l'étape de projet à laquelle ils interviennent : élus et techniciens des collectivités locales, partenaires institutionnels, financeurs, aménageurs publics et privés, SEM d'aménagement, promoteurs, bailleurs sociaux, architectes, bureaux d'études, associations d'habitants, entreprises... Au delà des approches sectorielles, elle souhaite proposer une vision globale et un langage commun sur l'urbanisme durable. Elle veut, aussi et surtout, inspirer des engagements forts, à traduire concrètement dans les projets urbains et à porter dans les champs de responsabilités de chacun, dans le cadre d'une dynamique collective.

La charte a pour vocation de définir les objectifs qualitatifs et quantitatifs qui peuvent caractériser un ÉcoQuartier métropolitain. Elle précise également pour chaque aspect un niveau de « performance ÉcoQuartier », définissant un seuil d'ambition digne de l'ÉcoQuartier sur le thème considéré. Les maîtres d'ouvrage devront hiérarchiser les objectifs en fonction des volontés politiques et des contraintes spécifiques à chaque projet, et ajuster les niveaux d'ambition en conséquence. Ils doivent cependant veiller à ne pas déqualifier l'appellation d'ÉcoQuartier par des choix d'une ambition insuffisante, notamment sur quelques thèmes majeurs (énergie, déplacements, densité, qualité environnementale et urbaine des espaces, ...).

La charte est ainsi le point de départ de la formalisation d'engagements de développement durable sur des projets urbains, et constitue le socle du dispositif d'accompagnement des ÉcoQuartiers par LMCU.

À cette charte est associé un cahier méthodologique, permettant de guider pas à pas la collectivité pour le suivi des points clés entrant dans la conception de l'ÉcoQuartier et pour garantir sa mise en œuvre effective.

L'AMO « développement durable » pourra concevoir conjointement avec la collectivité les cahiers des charges de consultation des opérateurs dans le cadre des études préalables.

La collectivité peut se faire utilement accompagner d'une AMO développement durable, et/ou rechercher une méthodologie formalisée

L'AMO « développement durable » n'a toutefois pas à se substituer à terme au rôle de l'aménageur dans ce domaine, si la collectivité fait appel à un concessionnaire d'aménagement. Il conviendra dans les relations entre la collectivité et l'aménageur d'organiser l'articulation de cette AMO développement durable avec les objectifs assignés à l'aménageur en termes de développement durable.

L'urbanisme durable s'inscrit dans les démarches de projet. Il se définit comme une approche opérationnelle, de programmation ouverte et participative, applicable à toutes les étapes clés des projets d'aménagement et d'urbanisme.

Différentes démarches existent actuellement en France, les plus connues étant :

- @aménagement durable, développé par la DREIA Ile de France

- ADDOU (Approche Développement Durable des Opérations d'Urbanisme) mise au point par Rennes Métropole
- AEU (Approche Environnementale de l'Urbanisme) proposée par l'ADEME
- Cadre de référence des Agendas 21
- HQE²R
- La démarche HQE[®] - Aménagement

De nombreux documents relatifs à ces méthodes peuvent être téléchargés à partir de la « boîte à méthode » sur le site du MEDDTL.

Approche Environnementale de l'Urbanisme (AEU[®])

L'ADEME (<http://www.arecpc.com/environnement/territoires/approche-envir-urbanisme/Pour-une-meilleure-prise-en-compte.pdf>) propose l'Approche Environnementale de l'Urbanisme (AEU[®]), outil destiné à favoriser la recherche d'une plus-value environnementale dans les pratiques urbanistiques. L'AEU[®] permet d'intégrer la dimension environnementale à chaque étape d'un projet urbain. C'est une démarche qui conduit à des arbitrages dans lesquels l'environnement intervient, non pas comme une contrainte secondaire, mais comme un élément fondateur.

Partant prioritairement des enjeux environnementaux du développement durable, l'approche environnementale de l'urbanisme œuvre pour une qualité urbaine durable, qui se concrétise par des déplacements maîtrisés, des déchets mieux gérés, une offre diversifiée d'énergie, une ambiance sonore améliorée, une gestion raisonnée des res-



sources en eau et de l'assainissement. L'AEU® offre également une base pour intégrer les dimensions économiques et sociales du développement durable dans une démarche de projet urbain.

Il s'agit d'un « outil » et non d'une méthodologie figée et formaliste : à chaque intervenant de faire un usage pertinent en l'adaptant à l'échelle du projet (territoire, ville, quartier...) et au contexte régional et local (climatologie, valorisation du paysage, protection des milieux naturels...). Les étapes clés du projet sont, selon l'ADEME, les études préalables, la finalisation du diagnostic, la définition des enjeux, l'élaboration du projet, la réalisation des dossiers, la mise en œuvre opérationnelle. L'AEU® ne doit pas être conduite comme une étude, mais comme un diagnostic, un levier opérationnel, permettant d'arbitrer des choix et d'intégrer la dimension environnementale comme composante intrinsèque du projet.

Cette démarche relève donc d'une logique d'assistance à maîtrise d'ouvrage et non d'une étude au sens strict.

Cette assistance à maîtrise d'ouvrage doit identifier les marges de manœuvre et le champ des possibles, mettre en débat des solutions techniques, afin d'aboutir, au final, à des décisions concrètes qui contribuent à orienter le projet dans le sens d'une dynamique de qualité environnementale et de développement durable.

Les éléments d'analyse doivent donc déboucher sur un diagnostic ainsi qu'une compréhension par-

tagés des enjeux. L'AEU® permet ensuite l'accompagnement du maître d'ouvrage, tout au long de la phase réalisation du projet. Elle alimente également la concertation/participation des différents cercles d'acteurs.

Référentiels « développement durable »

Les collectivités peuvent en outre utilement rechercher une méthodologie formalisée pour la mise en œuvre de leur projet.

En matière de zones d'activités économiques, il est ainsi possible de s'appuyer sur différents outils :

- démarche Palme ;
- travaux de l'association Orée qui élabore des solutions concrètes pour une gestion intégrée de l'environnement à l'échelle des territoires (<http://www.oree.org>) ;
- démarches de certification ISO 14 000.

D'autres référentiels peuvent également servir de repère :

- BREEAM (qui signifie « BRE Environmental Assessment Method » ou la méthode d'évaluation de la performance environnementale des bâtiments développée par le BRE) est un référentiel en termes de construction durable et est une méthode d'évaluation utilisée pour décrire la performance environnementale d'un bâtiment.
- la certification LEED. Cet acronyme vient de Leadership in Energy and Environmental Design. Il s'agit d'un système d'évaluation basé principalement sur des critères très précis et qui sont acceptés à travers le monde. Le programme est géré par un organisme indépendant, le conseil du bâtiment durable du Canada, et sert de point de référence international pour le design, la construction et l'opération des bâtiments durables à haute performance. La certification LEED comprend quatre niveaux de certification (certifié, argent, or, et platine) et implique cinq domaines importants de la santé humaine et environnementale soit :
 - 1- L'aménagement écologique des sites
 - 2- La gestion efficace de l'eau
 - 3- L'énergie et l'atmosphère
 - 4- Les matériaux et les ressources
 - 5- La qualité des environnements intérieurs

ASSOCIATION PALME

PALME est l'association nationale pour la qualité environnementale et le développement durable des territoires d'activité (<http://www.palme.asso.fr>). La mise en application d'un outil méthodologique (démarche PALME) reposant sur un large processus de concertation, les maîtres d'ouvrages de certaines zones d'activités économiques importantes ont cherché à s'inscrire dans des démarches de certification ISO 14 000. Celles-ci ne sont néanmoins possibles que lorsque le maître d'ouvrage en maîtrise également la gestion/exploitation puisque, par delà sa conception, il s'agit essentiellement d'inscrire celles-ci dans une démarche de progrès : gestion de l'eau, des déchets, des déplacements et transports, de l'assainissement, des services aux entreprises, de la signalétique, des espaces communs...

Il est également possible de favoriser la mise en place de « système de management environnemental ». Le SME est un outil de gestion de l'entreprise et de la collectivité qui lui permet de s'organiser de manière à réduire et maîtriser ses impacts sur l'environnement. Il inscrit l'engagement d'amélioration environnementale de l'entreprise ou de la collectivité dans la durée en lui permettant de se perfectionner continuellement.

Le programme européen de recherche dénommé HQE^{2R}, vise à élaborer outils, méthodes, guides de recommandations et bonnes pratiques pour les opérations d'aménagement ou de renouvellement urbain et a débouché sur un foisonnement d'orientations en matière d'outils, d'approches méthodologiques, de réflexions dont il convient de s'inspirer pour les décliner sur un projet opérationnel classique.

L'association HQE[®], en s'inspirant de la démarche qu'elle avait contribué, avec succès, à conforter puis formaliser et enfin diffuser pour le secteur de la construction, initie la même réflexion dans le secteur de l'aménagement.

A donc été élaboré un document théorique proposant une méthodologie déroulée suivant les grandes étapes d'un projet d'aménagement. Comme pour la démarche HQE[®], cette méthodologie associe :

- un système de management environnemental assurant la traçabilité de l'opération depuis la contractualisation avec la collectivité, les études pré-opérationnelles... jusqu'à la remise à la collectivité des équipements et espaces publics,
- une définition d'objectifs environnementaux explicités à travers une charte,
- des fiches actions par grande thématique.

Cinq thèmes sont considérés comme prioritaires et d'enjeu national : économie d'espace et formes urbaines, contexte social, usages/mixité, déplacements et accessibilité, énergie, eau.

PROGRAMME HQE^{2R}

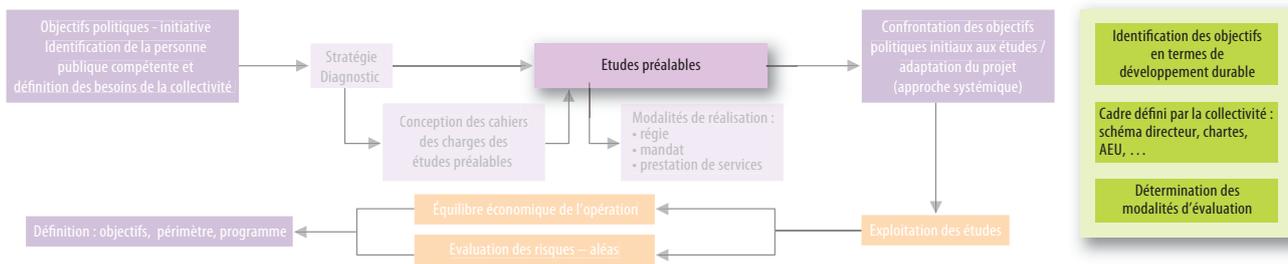
Les principes de base privilégient 6 des 28 principes de la Conférence de Rio de Janeiro de 1992 :

- efficacité économique avec internalisation de coûts généralement externalisés,
- équité sociale,
- efficacité environnementale, principe de précaution et éco-responsabilité,
- long terme et réversibilité des choix,
- principe de globalité – subsidiarité,
- principe de gouvernance et démocratie participative.

Quatre phases rythment l'avancement du projet :

- la vision du projet : en s'appuyant sur le PADD du PLU et éventuellement l'Agenda 21,
- l'analyse : diagnostic complet et partagé avec mise en évidence des points faibles et des points forts et hiérarchisation des priorités (organisation d'une concertation/participation),
- la conception déclinée en programme d'actions,
- la réalisation, son suivi, son évaluation.

1.2 - Études préalables



Nécessité et nature des études préalables

La réalisation d'une opération d'aménagement suppose la réalisation d'études préparatoires au projet de la collectivité.

L'opération d'aménagement ne peut d'ailleurs exister avant la réalisation des études préalables, et la concession d'aménagement suppose de ce fait que soient définis préalablement, outre le périmètre de l'opération :

- un programme de construction prévisionnel
- un programme d'équipements publics
- les éléments financiers prévisionnels, mais précis, de l'opération d'aménagement afin que puissent être appréhendés les engagements notamment financiers des parties.

Il s'agit là de l'un des principaux volets d'une opération d'aménagement qu'il convient de ne pas sous-estimer. De la qualité de ces études préalables dépendront tant la réussite de l'opération d'aménagement, en termes économiques et urbains, que les relations entre la personne publique à l'initiative de l'opération et son aménageur, si la réalisation de l'opération d'aménagement fait l'objet d'une concession d'aménagement.

Conditionnant l'existence même de l'opération d'aménagement, les études préalables ne peuvent être mises à la charge de l'aménageur, la maîtrise d'ouvrage et le financement de ces études incombant nécessairement à la collectivité

Les études préalables nécessaires à la définition des caractéristiques de l'opération d'aménagement **sont donc exclues des missions susceptibles d'être confiées à l'aménageur dans le cadre de la**

concession, sous peine d'illégalité du contrat, pour défaut d'existence d'une opération d'aménagement préalablement définie.

La maîtrise d'ouvrage de ces études incombe donc nécessairement à la collectivité, qui en assure le financement sur son propre budget.

Les études préalables ne peuvent par définition être imputées aux comptes des opérations puisqu'elles sont préalables au lancement de celles-ci ; elles doivent faire l'objet d'un financement public qu'il appartient normalement aux collectivités maître d'ouvrage de dégager.

Les études préalables constituent donc la première étape, indispensable, que doit mener la collectivité lorsqu'elle élabore son projet d'aménagement. Ces études permettront à la collectivité de passer de « l'idée » au projet, et également de développer les conditions de la faisabilité de ce projet, définissant ainsi les critères juridiques de l'opération d'aménagement : un projet d'urbanisme, une action foncière, des équipements et des constructions à réaliser, des moyens de financement, un périmètre, ... (v. Étape 1, §1.4 : la définition de l'opération d'aménagement).

En outre, lorsque la collectivité envisagera de concéder son opération, la réalisation de ces études permettra la mise en place de la procédure de mise en concurrence pour le choix de l'aménageur.

Les études préalables, également parfois appelées dans la pratique études « pré-opérationnelles », doivent être distinguées des études dites « opérationnelles », c'est-à-dire les études nécessaires à la traduction concrète du projet, à l'exécution des travaux et équipements, et plus généralement, toute étude nécessaire à la mise en œuvre de la mission de l'aménageur.

Les études préalables, elles, sont celles « nécessaires à la définition des caractéristiques de l'opération » et doivent permettre à la collectivité de formuler un jugement sur l'opportunité, la localisation et le contenu de principe de l'opération, et définir les principales exigences qualitatives et quantitatives auxquelles devra répondre l'opération si elle est décidée.

Devant traiter de l'opportunité, de la localisation, de la qualité et des possibilités de réalisation, l'étude préalable comporte une esquisse de traduction financière sans laquelle aucun choix réaliste n'est possible.

Les études préalables doivent permettre à la collectivité de s'assurer de la faisabilité de l'opération, sur les aspects techniques, économiques et également juridiques

Les études préalables sont donc les premières études lancées en vue d'aménager un quartier.

En général, elles permettent de :

- déterminer les potentialités du site identifié, et ses contraintes (pollution...) par le biais d'un diagnostic technique ;
- proposer un programme, c'est-à-dire le type d'occupation souhaité dans le quartier (habitat, commerces, activités, équipements publics...);
- esquisser les premières orientations d'aménagement. En fonction de l'échelle du site, ces orientations s'expriment sous forme d'un plan directeur reprenant les principes de desserte et la localisation des programmes ;
- établir une première estimation de la faisabilité économique du projet.

À l'inverse, les études « opérationnelles » sont celles qui permettront à l'aménageur, maître d'ouvrage de l'opération dès lors qu'elle lui a été concédée, de définir précisément les conditions techniques, économiques, juridiques et financières de réalisation des ouvrages ou missions qui font partie du programme.

Détermination des études préalables et élaboration des cahiers des charges de consultation

Il n'existe pas de liste exhaustive des études préalables à l'opération d'aménagement. Elles dépendront notamment de l'objet de l'opération, de l'état initial du site sur lequel celle-ci est envisagée, des contraintes que la collectivité souhaitera imposer à son aménageur.

Traditionnellement, les études porteront sur :

- l'étude d'intégration urbanistique et fonctionnelle de l'opération à partir :
 - de la délimitation du périmètre,
 - de l'analyse du site : topographie, paysage, végétation,
 - des équipements existants,
 - des servitudes et nuisances,
 - de l'enquête géologique sommaire.
- l'étude d'impact
- l'étude hydraulique
- l'étude de marché (étude quantitative et qualitative de la demande, offre future et existante, possibilités de commercialisation)
- l'analyse des dispositions du PLU et autres documents ou règles d'urbanisme,
- l'enquête foncière
- l'assistance à la concertation préalable à la création de la ZAC ou si le projet est soumis à une telle concertation
- la définition du programme de l'opération avec des propositions de programmes, de schémas d'aménagement et des simulations financières correspondantes, incluant l'incidence de l'opération sur les finances de la personne publique à l'initiative de l'opération et sur le développement équilibré de la commune
- le plan de composition
- l'avant-projet des infrastructures
- l'échéancier de réalisation
- le bilan financier prévisionnel et le plan de trésorerie

La démarche d'ÉcoQuartier ajoute au projet de nouvelles thématiques, parfois seulement effleurées dans le cadre de l'aménagement « traditionnel », et entrecroise toutes les thématiques entre elles. Elle impose de recourir à des compétences complémentaires (écologie, construction durable, sociologie, ...) à celles habituellement mobilisées (urbanisme, architecture, paysage, infrastructure, ...).

Il s'agit d'inscrire le projet dans une démarche « durable » globale qui n'a de sens que si elle est menée en tant que telle. En d'autres termes, les études qui permettent la réalisation d'un projet « environnemental » sont difficilement comparables à celles conduites dans un projet classique, puisque l'orientation et la « philosophie » du projet seront différentes.

Avec une stratégie de développement durable, la collectivité va avoir l'objectif de requalifier un quartier existant, d'en créer un nouveau qui soit un lieu de vie animé pour une population d'âge, de composition familiale, de ressources financières variées. Ce « morceau de ville » doit se fondre dans l'environnement urbain qui l'entoure, offrir des espaces et des équipements publics de qualité, un tissu d'activités économiques dynamiques des logements attractifs...

Le programme, sur la base des objectifs de la ville, éclairés par des études de marché (logement, commerces...), décline mixité sociale et mixité fonctionnelle.

L'intégration de la problématique de développement durable conduit donc à intégrer de nouvelles préoccupations qui devront faire l'objet d'études qui sont résumées dans le tableau suivant :

La conception des cahiers des charges de consultation est une étape clé pour le respect des objectifs de la collectivité

Choix du site	Localisation et accessibilité du site	
	Pollution des sols et des eaux	
	Pollution atmosphérique et sonore	
Projet d'aménagement	Programme	Mixité des fonctions urbaines
		Densité
		Diversité sociale
		Entreprises
		Forme urbaine
	Conception urbaine/espaces publics	Plan masse
		Déplacements doux
		Eaux pluviales (à l'échelle du quartier)
		Biodiversité, matériaux (des espaces publics)
		Déchets (à l'échelle du quartier)
		Ambiances (climatique, acoustique)
		Energie (à l'échelle du quartier)
	Bâtiments	Coût global
		Énergie
		Eau
Déchets		
Matériaux		
Phase travaux	Nuisance et pollution intérieure	
	clauses d'insertion chantier vert	
Vie du quartier	pérenniser les démarches de DD au quotidien	

En ÉcoQuartier, outre les études classiques (assainissement...) des études techniques spécifiques globales peuvent être nécessaires : réseau de chaleur, système spécifique de collecte ou de valorisation des déchets, ... Il sera également nécessaire de faire établir des cahiers des charges environnementaux des espaces publics et des bâtiments afin de détailler les prescriptions environnementales qui devront s'appliquer aux bâtiments et espaces publics. Ils permettent de fixer le niveau d'exigence attendu (objectif de certification HQE® pour les bâtiments ; respect du référentiel régional...) et les choix préconisés (type d'énergie, matériaux...). L'AMO en développement durable pourra utilement apporter ses compétences dans l'établissement des cahiers des charges de consultation nécessaire à la désignation de ces prestataires.

Certaines études sont par ailleurs imposées par le Code de l'urbanisme.

■ L'étude préalable de sécurité publique

Outre les études rendues obligatoires par le programme et/ou la localisation de l'opération d'aménagement (étude d'impact, étude d'incidence natura 2000, le cas échéant, etc ...) au regard des obligations environnementales, certaines opérations de construction et d'aménagement sont soumises à une obligation préalable d'études de sécurité publique dont l'objet est d'évaluer, de prévenir et tenter de réduire les risques d'insécurité potentiellement générés par un projet.

La réalisation d'une étude de sécurité s'impose pour certains ERP ainsi que préalablement à la réalisation :

- d'une opération d'aménagement prévoyant la création d'une SHON supérieure à 70 000 m² (seuil applicable depuis le 1^{er} juin 2011 se substituant au seuil de 100 000 m² de SHON antérieur) dans une agglomération de plus de 100 000 habitants ;
- d'une opération ANRU comportant la démolition d'au moins 500 logements déterminée par arrêté du préfet ou, à Paris, du préfet de police.

Indépendamment de ces éléments, le préfet peut également délimiter des périmètres dans lesquels une étude de sécurité est nécessaire préalablement à la réalisation d'une opération d'aménagement.

La déclinaison concrète du projet précisé devra être confiée à une équipe pluridisciplinaire qui associera notamment à un architecte urbaniste, un paysagiste, un BET VRD, un économiste (approche en coût global) et un BET qualité environnementale du bâti et « développement durable ». En fonction de l'importance du projet comme des enjeux, une mission pourra être confiée à un sociologue.

La consultation, qui permettra de retenir cette équipe, se révèle constituer une étape clé. Le cahier des charges de consultation comme les critères d'analyse des offres et leurs pondérations, devront faire l'objet d'une réflexion particulièrement approfondie. De ce choix dépendra largement le succès de l'opération.

Pour le champ d'application de l'obligation de réaliser une étude de sécurité, voir les articles R. 111-48 et R.111-49 du Code de l'urbanisme.

L'étude de sécurité publique comprend :

- un diagnostic précisant le contexte social et urbain et l'interaction du projet et de son environnement immédiat ;
- l'analyse du projet au regard des risques de sécurité publique pesant sur l'opération ;
- les mesures proposées, en ce qui concerne, notamment, l'aménagement des voies et espaces publics et, lorsque le projet porte sur une construction, l'implantation, la destination, la nature, l'architecture, les dimensions et l'assainissement de cette construction et l'aménagement de ses abords, pour :
 - prévenir et réduire les risques de sécurité publique mis en évidence dans le diagnostic ;
 - faciliter les missions des services de police, de gendarmerie et de secours.

Lorsque l'opération en cause est une ZAC, deux obligations spécifiques sont prévues :

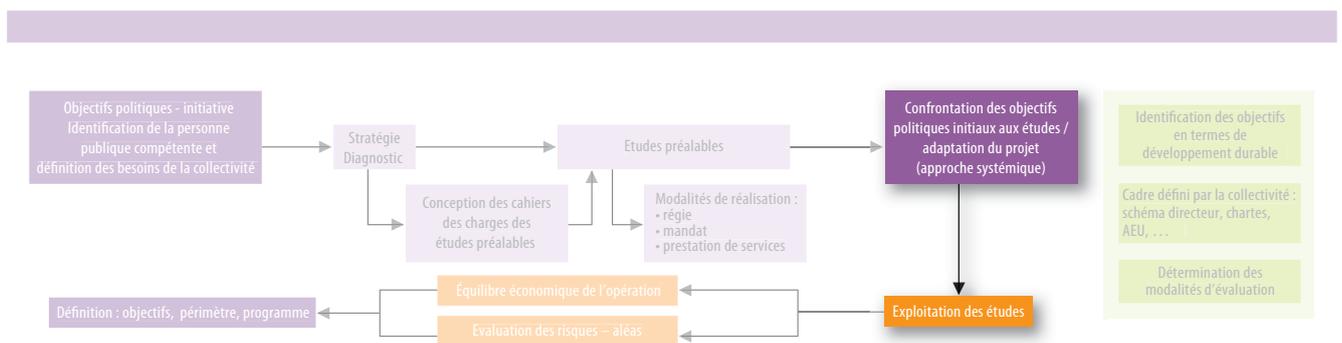
- en amont, la sous-commission auditionne la personne publique à l'initiative de la ZAC ou son concessionnaire – s'il a été désigné - en vue de préciser les éléments essentiels qui devront être pris en compte dans l'étude (C. urb., art. R. 311-5-1).
- l'article R. 311-6 impose à l'aménageur de transmettre à la sous-commission l'étude de sécurité publique « avant le commencement des travaux de réalisation des voies et espaces publics ».

■ L'étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables

L'article L128-4 du code de l'urbanisme prévoit que « Toute action ou opération d'aménagement telle que définie à l'article L.300-1 et faisant l'objet d'une étude d'impact doit faire l'objet d'une étude de faisabilité sur le potentiel de développement en énergies renouvelables de la zone, en particulier sur l'opportunité de la création ou du raccordement à un réseau de chaleur ou de froid ayant recours aux énergies renouvelables ou de récupération. »

Introduite par la loi Grenelle I, cette disposition doit permettre de s'assurer qu'une réflexion sur le potentiel en énergies renouvelables et la capacité de création ou d'extension de réseaux de chaleur et de froid sera bien menée assez en amont dans une opération d'aménagement urbain.

Lorsque l'opération d'aménagement prend la forme d'une ZAC, c'est normalement au stade du dossier de réalisation que cette étude doit être produite. Il convient cependant pour la personne publique, d'anticiper en amont cette étude et de réfléchir au potentiel de développement en énergies renouvelables au stade des études préalables, quitte à ce que l'étude soit approfondie et complétée par la suite, et notamment, lorsque l'opération d'aménagement prend la forme d'une ZAC, au stade du dossier de réalisation.



La nécessité d'une approche systémique des études

Le croisement des études et des approches est absolument indispensable pour arriver à des propositions cohérentes et intégrées, et éviter d'aboutir à un catalogue d'études non reliées entre elles ; il ne suffit pas de disposer d'un ensemble d'études disjointes, mais bien d'adopter une démarche globale, en s'attachant davantage aux échanges entre les résultats des études qu'à l'analyse de chacune d'elles et en raisonnant par rapport à l'objectif du système.

Chacune des études préalables doit être appréhendée à l'aune des autres études réalisées

Les résultats croisés de ces études doivent être confrontés aux objectifs politiques de la collectivité, qui les réajustera, et fera les choix qui conduiront à définir l'opération d'aménagement.

Exemple de contenu d'études préalables

1 – Le **recueil et recollement de l'ensemble des informations et études antérieures se rapportant au secteur**, et le cas échéant l'établissement des compléments nécessaires :

- les documents d'urbanisme se rapportant au territoire et au site (SCOT, PLH, PLU, PADD...)
- l'identification des équipements publics et privés, d'infrastructure et de superstructure concourant en l'état initial à la desserte du secteur et/ou à prendre en compte, y compris en les modifiant, renforçant, et notamment les équipements strictement indispensables pour assurer l'équipement futur du secteur (AEP, EU, Électricité, Gaz, Télécommunication, Eaux Pluviales...), y compris pour ces réseaux les données concernant la capacité des équipements existants à assurer la desserte de l'opération d'aménagement future),
- l'identification des servitudes publiques et privées concernant le secteur,
- l'établissement par géomètre expert d'un fond de plan topographique, avec report cadastral, selon la technique la plus appropriée au secteur, à la situation foncière... (photo-interprétation recalée sur des levés sur domaine public, levés de terrain y compris en demandant l'application de la loi de 1892) ; ce fond de plan devra, aux échelles appropriées, permettre toute approche et étude d'insertion sur un territoire de référence plus large et le développement des études urbaines et foncières sur le secteur),
- le recueil des informations géologiques, hydrauliques et hydrogéologiques existantes (PPRI, études de sols, forages, captages) et leur complément par une enquête géologique sommaire (stratigraphie, premières indications sur la constructibilité, niveau de la nappe) ainsi que par la mise en place, le cas échéant de piézomètres pour une observation sur une longue période).

2 – La mise en place des **dispositifs infographiques et de traitement numérique de l'information**, en relation avec les prescriptions et dispositifs des collectivités.

3 – **L'étude de l'environnement**, en particulier l'état initial du site (topographie, paysage, végétation, inventaire biodiversité) ;

- cette étude peut tout naturellement trouver son prolongement dans une Approche Environnementale de l'Urbanisme, et constitue le premier volet de l'étude d'impact, qui doit donc être phasée en conséquence.
- Cette étude d'environnement doit s'attacher à prendre en compte le territoire pertinent pour répondre aux conditions d'insertion du secteur et de l'opération envisagée ; elle doit également permettre toute déclinaison éventuellement réglementairement nécessaire en terme d'« opération d'ensemble ».
- Cette étude doit permettre de déterminer les potentialités et contraintes du site. En cas d'ÉcoQuartier, elle peut en particulier comprendre une analyse environnementale (analyse environnementale urbaine ; étude faune-flore ; diagnostic des arbres existants, biodiversité, ...) pour évaluer l'intérêt écologique du site, l'intérêt – ou non – de préserver certains éléments naturels (mare, bosquet, fossé, arbre isolé...).
- Ce diagnostic doit également comprendre une étude de sol pour évaluer les pollutions existantes, la vulnérabilité du sol par

rapport à certains usages (champs captants...), ainsi que la perméabilité du sol dans la perspective de la réinfiltration des eaux pluviales...

4 – **L'étude hydraulique et hydrogéologique** du site à l'état initial. Elles se situe à l'échelle du « bassin versant » et intègre le secteur de l'opération d'aménagement dans ce territoire ; cette étude est appelée à être prolongée par la définition des contraintes hydrauliques et hydrogéologiques propres au projet envisagé, et le cas échéant par la définition des modes de collecte, rétention, infiltration, traitement réutilisation puis, le cas échéant, par les dossiers au titre de la loi sur l'eau.

5 – **L'étude de déplacements**, circulation et stationnement qui permet de :

- caractériser le secteur d'étude dans l'ensemble des flux, trafics et circulation du territoire,
- analyser les conditions d'insertion dans l'existant et ses évolutions connues,
- resituer les déplacements dans les enjeux environnementaux,
- définir un programme technique concernant les différents modes de déplacements et stationnement (pedibus, cycles, automobiles...)

Cette étude trouve son prolongement éventuel dans une assistance à l'élaboration de projet urbain.

6 – **L'étude énergétique** qui permet de :

- caractériser le secteur du point de vue des énergies existantes et de leur disponibilité technique, ou des conditions de cette mise à disposition, mais aussi du point de vue des énergies renouvelables,
- définir le programme de desserte énergétique du secteur,

Cette étude trouve tout naturellement son prolongement éventuel dans une assistance à l'élaboration du projet urbain.

7 – **L'étude concernant le traitement des déchets** qui permet :

- d'identifier les modes de collectes institués par la (ou les) collectivité(s) compétente(s) ainsi que leur logique d'évolution, les prescriptions propres à la situation locale,
- définir un programme technique pour le secteur de l'opération d'aménagement les modalités de collecte des déchets,

Cette étude trouve tout naturellement son prolongement dans une assistance à l'élaboration du projet.

8 – **L'étude du bruit** qui permet de :

- caractériser le secteur sur le plan du bruit, en regard de la situation physique initiale (mesures et diagnostic), des classements éventuels des voies et des servitudes éventuelles, de prendre en compte les nuisances futures connues (et donc à prendre en compte dans l'élaboration du projet urbain),
- définir, le cas échéant, un programme spécifique de protection au bruit.

Cette étude trouve tout naturellement son prolongement éventuel dans une assistance à l'élaboration du projet.

9 – L'ensemble des points 3 à 7 trouve sa place dans ce qu'il est convenu aujourd'hui d'appeler une « **Approche Environnementale de l'Urbanisme** » et leurs prolongements tant dans la rédaction des études d'impact que dans l'élaboration du projet urbain.



10 - **L'étude foncière**, qui comprend à la fois l'établissement d'un état parcellaire, le recueil des informations hypothécaires et/ou près des sources publiques (registre du tribunal de commerce par exemple) concernant notamment les servitudes, la position économique des entreprises, l'observation et l'information sur une période longue sur les transactions foncières, éventuellement une étude de dureté foncière et une identification précise des contraintes éventuelles liées aux domanialités publiques sur le secteur.

11 - **L'établissement d'un dossier en vue de la saisine anticipée de la DRAC** en vue d'un diagnostic archéologique, si possible avant la Création de la ZAC ou le dossier d'autorisation de lotir (si l'opération d'aménagement est une ZAC ou un lotissement), le suivi de ce dossier.

12 - Les **études de marché** permettant de situer et caractériser les objectifs de la collectivité par rapport aux marchés (produits, prix,... champ concurrentiel, caractéristiques de la demande) et déclinaison en terme de programme pour l'opération d'aménagement, y compris la caractérisation technique (produits) correspondant aux segments du marché (notamment sur les données constructives à prendre en compte dans l'étude globale du projet urbain : taille de lots, taille des programmes immobiliers, trames et épaisseur des constructions, nombre de niveaux, stationnements,...)

13 - **L'Assistance à la Collectivité pour l'élaboration du programme de l'opération d'aménagement et le suivi des adaptations et évolutions de celui-ci lors de l'élaboration du projet urbain :**

- au stade du lancement d'une mise en concurrence de concepteurs,
- au stade de la consultation des concepteurs (études de définition, concours...),
- au stade de l'élaboration du projet urbain,
- éventuellement, au stade de l'élaboration du Dossier de Création d'une ZAC, ou d'un dossier de lotissement, ou d'autres formes d'opération d'ensemble.

14 - L'étude des **conditions techniques et économiques de desserte de l'opération d'aménagement en infrastructures et VRD, et de réalisation des travaux d'aménagement de surfaces et paysagers**, permettant de dégager une économie technique globale, pour l'opération d'aménagement.

Cette étude doit intégrer les sujétions et contraintes de réalisation des opérations d'aménagement : équipements externes nécessaires pour la viabilité du secteur, interfaces avec les existants, phasage des réalisations, identification des choix technico-économiques en relation notamment avec les options dans la composition urbaine globale.

Cette étude intègre des schémas de desserte VRD et des principes de traitements, au niveau Études Préliminaires ou APS, pour pouvoir, le cas échéant, alimenter les annexes techniques des enquêtes de DUP et environnementales (enquêtes dites « Bouchardeau »).

Cette étude d'accessibilité doit intégrer de manière privilégiée l'objectif de desserte par les transports en commun et l'efficacité des liaisons douces. Elle peut comprendre l'établissement d'un micro-Plan de Déplacement Urbain.

15 - L'étude de **programmation technique, économique, administrative et de planification dans le temps** du déroulement de l'opération, assorti des schémas indicatifs et prévisionnels correspondant.

16 - **Assistance à l'élaboration et la mise en forme**, si l'opération d'aménagement est une ZAC, **du dossier de création de la ZAC :**

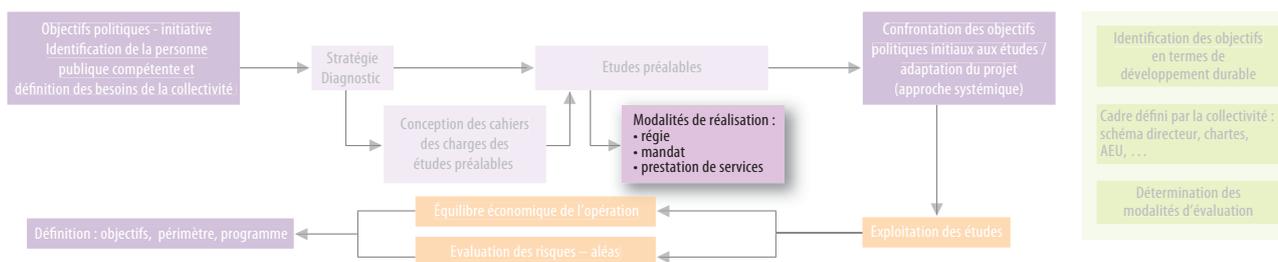
- définition du projet urbain,
- rédaction du rapport de présentation et du programme global prévisionnel des constructions.

17 - le **dossier de demande de DUP et d'enquête environnementale :**

- Rapport de présentation et mise en forme du dossier, en intégrant les études d'impact et études schématiques VRD produites,
- en vue d'une enquête publique conjointe avec la modification ou la révision du PLU.

18 - Si l'élaboration des grandes composantes du projet urbain est suffisamment avancée, **étude de préfiguration des grandes données nécessaires pour l'élaboration par l'urbaniste qui est chargé de la modification ou révision du PLU.**

19 - Mise en œuvre des dispositions d'association du public durant toute l'élaboration du projet, et si l'opération d'aménagement est une ZAC, jusqu'à l'approbation du dossier de création : production de documents graphiques et de visuels, animation de réunions...



Modalités de réalisation des études préalables

Si la collectivité à l'initiative du projet assure la maîtrise d'ouvrage des études préalables, celles-ci peuvent toutefois être confiées à un tiers, en vertu d'un contrat conclu dans le respect du code des marchés publics.

La collectivité peut donc assurer la réalisation de ces études :

- en régie,
- éventuellement assistée d'un mandataire ou d'un assistant à maître d'ouvrage,
- ou en ayant recours à des prestataires de services.

Le choix entre ces différentes formules résidera dans la responsabilité que souhaite conserver la collectivité sur la réalisation de ces études et sera également fonction de la composition et l'importance des services techniques de la collectivité.

L'ensemble des marchés passés préalablement à la concession d'aménagement par la collectivité doivent être conclus dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence préalable prévues par le code des marchés publics.

Le recours à un mandataire n'interdit pas que ce mandataire soit par la suite désigné comme aménageur

Antérieurement à la loi du 20 juillet 2005, le code de l'urbanisme faisait expressément référence au mandat d'études préalables dans l'article L. 300-4 ; tel n'est plus le cas dans la rédaction de l'article L. 300-4 issue de cette loi. Pour autant, il reste possible pour la collectivité de recourir au mandat d'études, et de faire appel, dans le respect des règles de publicité et mise en concurrence préalables prévues par le code des marchés publics pour ce type de contrat, à un mandataire qui fera réaliser au nom et pour le compte de la collectivité, les études préalables nécessaires à la réalisation de l'opération d'aménagement.



Ce mandataire pourra par la suite se porter candidat à l'attribution de la concession d'aménagement. Toutefois, afin d'assurer l'égalité de traitement des candidats, il est important que la collectivité mette à disposition de tous les candidats à la concession d'aménagement, l'intégralité des études réalisées dans le cadre du mandat. L'aménageur dans sa mission de mandataire ne doit en effet pas bénéficier d'informations privilégiées lui permettant de disposer d'un avantage par rapport aux autres candidats au regard des attentes de la collectivité. L'utilisation par le candidat qui aurait été mandataire pour la réalisation des études préalables, de données issues de ces études, ou de sa connaissance du dossier et qui n'auraient pas été mises à disposition des autres candidats constituerait un motif d'annulation du contrat. La charge de la preuve incombe alors à la collectivité et au candidat incriminé.

Outre le fait que dans le cadre d'un contrat de mandat, le mandataire ne fait pas lui-même, mais fait faire des prestations par des tiers avec lesquels il contracte au nom et pour le compte du mandant, (c'est-à-dire que ses missions consistent à coordonner l'intervention des tiers, à « faire réaliser » les études préalables), pour éviter toute contestation, il convient également que le candidat ayant

suivi la réalisation des études préalables n'ait pas été chargé de l'élaboration d'un document définissant les caractéristiques qualitatives et quantitatives du contrat d'aménagement, ni même de la moindre mission d'assistance technique et juridique à la collectivité pour la mise en œuvre de la procédure de passation du contrat d'aménagement.

En outre, il convient de laisser aux candidats un temps suffisant pour prendre connaissance des pièces de la consultation, et de les autoriser à poser toute question utile, afin de ne pas prêter le flanc à un recours pour violation du principe d'égalité entre les candidats.

■ Paiement des prestataires

Dans un avis du 13 février 2007, repris dans une circulaire de la direction générale des collectivités locales et de la direction générale de la comptabilité publique du 8 février 2008 (NOR : INT/B/08/00027/C), le Conseil d'État estime

que « le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ».

Force est de constater que le fondement législatif explicite à la possibilité pour le mandataire de payer les dépenses de tiers liées au mandat d'études préalables fait défaut. En effet, outre le fait que cet article qui réserve le mandat d'études aux SEM et établissements publics est manifestement incompatible avec le droit de la communauté européenne, l'article R 321-20 du code de l'urbanisme ne constitue qu'un fondement réglementaire et non législatif. Dans l'état actuel du droit, le mandataire chargé de piloter les études préalables au nom et pour le compte de la personne publique ne peut donc pas procéder lui-même au paiement des prestataires.

JURISPRUDENCES - ARTICULATION ÉTUDES PRÉALABLES/CONCESSION D'AMÉNAGEMENT

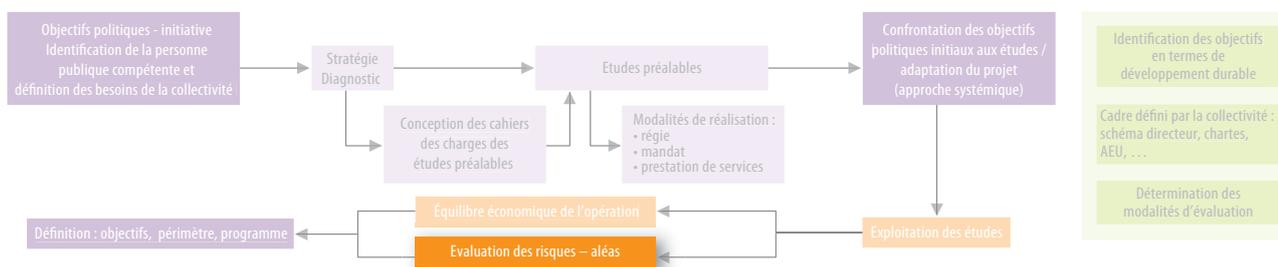
CE, 29 juillet 1998, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice contre/Société GENICORP 177952 : l'intervention d'un prestataire au stade de la conception d'un logiciel n'exclut pas la possibilité de retenir ce même prestataire pour l'exploitation de ce logiciel dès lors que celui-ci n'a pas recueilli des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats.

CJCE, 3 mars 2005, Fabricom (aff C-21/03 et C-34/03) : la participation d'un prestataire à la phase de préparation d'un marché ne doit pas aboutir à son exclusion systématique de la procédure de passation dudit marché. Dans l'hypothèse où un candidat écarté conteste l'attribution du marché à l'opérateur intervenu en amont, il appartient à la personne concernée de faire la preuve que sa participation en amont ne lui a pas conféré un avantage par rapport aux autres concurrents en lui procurant notamment des informations privilégiées.

RÉPONSES MINISTÉRIELLES

« Il faut que la participation de ces entreprises aux travaux ou aux études préparatoires ait eu un impact réel sur la concurrence. C'est en conséquence de quoi, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé qu'une réglementation nationale ne peut interdire à une entreprise de participer ou de remettre une offre pour un marché de travaux, services ou fournitures au motif qu'elle a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence » (Rép. min. n° 3534 : JOAN Q, 23 oct. 2007, p. 6570 – 3 avr. 2007, Mme Marie-Jo Zimmermann).

1.3 - Exploitation des études



Les aléas seront différents, tant en nature qu'en importance, selon chaque opération

La nécessité d'identifier les aléas et d'évaluer les risques

Différents types d'aléas peuvent être identifiés sur une opération d'aménagement. Selon l'opération, ils seront ou non présents, avec plus ou moins d'intensité.

Afin d'être en mesure d'évaluer le risque technique et économique que présente la réalisation de l'opération, il convient de bien connaître ces aléas, afin d'en apprécier la portée. Ainsi, la collectivité qui envisage de concéder la réalisation de l'opération sera à même d'apprécier d'une part, le montant de l'éventuelle participation qu'il lui sera nécessaire d'apporter à l'opération afin d'assurer sa viabilité, et d'autre part, les conditions dans lesquelles les risques de l'opération pourront être traduits dans le contrat, lequel pourra alors comporter le transfert d'une part significative du risque sur l'aménageur.

On peut identifier différentes catégories d'aléas :

- ceux liés au foncier et au sol,
- ceux liés à la réglementation et aux procédures,
- ceux liés aux études et aux travaux,
- ceux liés à la commercialisation,
- ceux liés au financement.

Cette liste n'est pas limitative, chaque opération pouvant receler des particularités qui lui sont propres.

Chacun des aléas identifiés doit ensuite être quantifié, afin de mesurer si l'incertitude qui existe à leur sujet est susceptible de porter une atteinte importante aux prévisions financières. Plus les études préalables auront été poussées, moins les « fourchettes » d'aléas seront importantes. La sécurisation de l'opération entrainera de fait la sécurisation du contrat d'aménagement qui va en découler, et une décision réfléchie en termes de prise en charge du risque par les partenaires.

À titre d'exemple :

- le risque essentiel de la commercialisation des terrains, origine des recettes de l'aménageur, pourra être correctement évalué si les études préalables comprennent une étude de marché sérieuse quant aux besoins en logements, commerces, etc, du territoire concerné. En outre, la précision de la fourchette des prix praticables, corrigée le cas échéant par les moyens des publics ciblés, permettra d'encadrer sérieusement la variable que constituent les recettes prévisionnelles de l'opération ;
- dans le registre de l'état des sols, plus les terrains concernés par l'opération auront été étudiés, moins l'aléa lié aux caractéristiques géotechniques sera important.

Le contrat est un outil de prévision et de maîtrise des aléas éventuels et formalise les relations économiques entre la collectivité et l'aménageur. Bien connaître l'opération permettra également de limiter la surévaluation des coûts intégrant une sorte de « prime de risque », et permettra de limiter les clauses permettant aux cocontractants d'assurer leur risque.

En réalité, transférer significativement le risque nécessitera une bonne connaissance et un encadrement le plus précis possible des aléas de l'opération afin d'aboutir à un bon équilibre contractuel.

Moins l'opération sera aléatoire, mieux le risque du contrat pourra significativement être pris en charge par l'aménageur

Par ailleurs, il faut souligner que l'équilibre contractuel et le transfert du risque sur l'aménageur reposent également sur la recherche de systèmes incitatifs adéquats à inclure dans le contrat, permettant à l'aménageur ainsi responsabilisé, de gérer la prise de risque sur la base d'un système « gagnant-gagnant ».

Ainsi, une opération qui comporterait un fort degré d'incertitude sur de nombreux aléas identifiés ne pourra pas donner lieu à un transfert significatif du risque sur l'aménageur dans le contrat à venir, alors qu'une opération dont la complexité aura pu être relativisée au travers des études préalables permettra de faire peser le risque sur l'aménageur, et permettra en outre de développer des clauses l'incitant à l'efficacité.

La détermination des conditions économiques de l'opération

L'exploitation des études préalables permet d'évaluer la faisabilité financière du projet dans sa dimension développement durable.

En effet, la définition même de l'opération d'aménagement et ses conditions de réussite reposent sur la bonne maîtrise de quatre éléments fondamentaux : un parti d'aménagement pertinent, un périmètre cohérent avec les objectifs poursuivis, un programme d'aménagement adapté, mais aussi un bilan financier prévisionnel réaliste et sincère.

Aléas liés au foncier et au sol	Aléas relatifs au dépassement des estimations foncières initiales exposées dans le bilan d'aménagement (acquisitions, indemnités diverses, éviction, frais),
	Incidences financières liées aux demandes d'acquisition ou de valorisation foncière non prévues au bilan d'aménagement (droit de délaissement),
	Incidences financières liées à la dégradation des caractéristiques géotechniques,
	Incidences financières découlant de la pollution non détectée à la date de la convention,
	Incidences financières découlant des fouilles archéologiques qui pourraient être prescrites à l'issue du diagnostic.
Aléas liés à la réglementation et aux procédures	Incidences financières découlant de retard de mise en œuvre des procédures ou d'aléas opérationnels : loi sur l'eau, expropriation, autorisation d'urbanisme, pollution, archéologie, etc. ...
	Incidences financières résultant des contentieux d'expropriation et d'urbanisme (expropriation, PLU, PC, CDAC, ...)
	Incidence financière résultant d'un refus d'autorisation au titre de la CDAC
	Incidences financières résultant de nouvelles contraintes administratives réglementaires ou fiscales
	Réduction de la constructibilité de la zone du fait de la modification du PLU ou d'autres documents d'urbanisme
	Annulation de l'un des actes de la procédure ou d'autres actes nécessaires à la réalisation de l'opération (DUP, marché, PC, ...) pour des motifs non imputables à l'aménageur.
Aléas liés aux études et aux travaux	Incidences financières du dépassement des coûts des études et travaux exposés dans le bilan d'aménagement
	Incidences financières induites par les travaux d'aménagement complémentaires demandés par la collectivité
	Augmentation du coût des travaux et/ou des études provenant d'une mauvaise estimation initiale (sous-estimation des bilans prévisionnels, procédés initialement prévus non adaptés)
Aléas liés aux cessions foncières et aux participations	Incidences financières de l'évolution des prix du marché par rapport à ceux exposés dans le bilan d'aménagement
	Incidences financières liées à la diminution des prix de vente ou à l'aménagement des conditions de paiement à la demande du concédant
	Incidences financières découlant des aléas liés à l'agrément des acquéreurs : refus d'un acquéreur par le concédant, imposition d'une entreprise ou d'un acquéreur par le concédant modifiant la qualité de la zone ou impliquant la non commercialisation d'espaces
	Moindre commercialisation des terrains par rapport aux estimations initiales
	Baisse du prix de vente à la demande du concédant
Risques liés au financement	Incidences financières induites par une évolution normale des taux d'intérêts supérieure à l'hypothèse retenue dans le bilan d'aménagement
	Incidences financières résultant de l'augmentation des frais financiers due au dérapage du plan de trésorerie, mauvaises prévisions
	Augmentation des frais financiers liée aux difficultés budgétaires de la collectivité entraînant un retard de versement d'avances et/ou de participations
	Augmentation des frais financiers liée au refus ou à l'impossibilité d'une garantie des emprunts par la collectivité

Au-delà des objectifs d'urbanisme, la réalisation d'une opération d'aménagement constitue une opération économique, l'objectif étant que les dépenses liées à l'acquisition et à l'aménagement des terrains par l'aménageur soient au moins couvertes par les recettes provenant de la vente ou la location des terrains à bâtir. Cette logique économique trouve sa traduction en ZAC dans les modalités prévisionnelles de financement de l'opération figurant dans le dossier de réalisation (C. urb., art. R 311-7), et dans le bilan financier joint au contrat si l'opération d'aménagement est réalisée dans le cadre d'une concession d'aménagement.

La faisabilité économique de l'opération sera un élément déterminant dans la suite de la procédure

Contrairement à un bilan traditionnel qui détermine la valeur, en actif et passif, d'une société à la date d'établissement du bilan, les modalités prévisionnelles d'une opération d'aménagement (qu'il s'agisse d'une opération conduite dans le cadre d'une procédure de ZAC ou non) ont pour objectif de déterminer le résultat prévisible de l'opération d'aménagement. Fondées sur des hypothèses prévisionnelles de recettes et de dépenses, elles sont une traduction chiffrée du projet d'aménagement.

Il sera également possible au travers de ces résultats, d'évaluer les dépenses d'investissement éventuellement induites par les prescriptions environnementales du projet, afin d'envisager les pistes d'optimisation et/ou de mobiliser des financements nécessaires (partenariats, etc).

À cette analyse financière pourra être utilement couplée une analyse fiscale des principes (à ce stade) qui gouverneront l'opération, afin d'optimiser au mieux les différents postes du bilan de l'opération et d'en traduire les conséquences au stade de la rédaction du contrat lui-même.

Cette approche conduira également à la détermination du principe d'une participation de la collectivité à l'opération, si elle décide par la suite de concéder l'opération.

En effet, l'aménageur qui pourra être désigné est un opérateur économique, quelle que soit sa nature juridique (établissement public, aménageur privé, SEM, ...) et il est tenu de par sa nature même de respecter des principes d'équilibre économique de son activité. À défaut, son intervention pourrait être constitutive d'un acte anormal de gestion.

Cette notion du « droit à l'équilibre économique » du contrat pour l'aménageur est inhérent à tout contrat public, qu'il s'agisse d'un marché public,

d'une délégation de service public, d'une concession d'aménagement, ou de tout autre mode d'intervention (CE, 23 mai 1936, Commune du Vésinet).

Il ne signifie pas que l'opérateur économique a un droit acquis aux bénéfices financiers qui sont prévus dans le contrat initial, mais que les conditions de l'équilibre économique soient réunies à la conclusion du contrat.

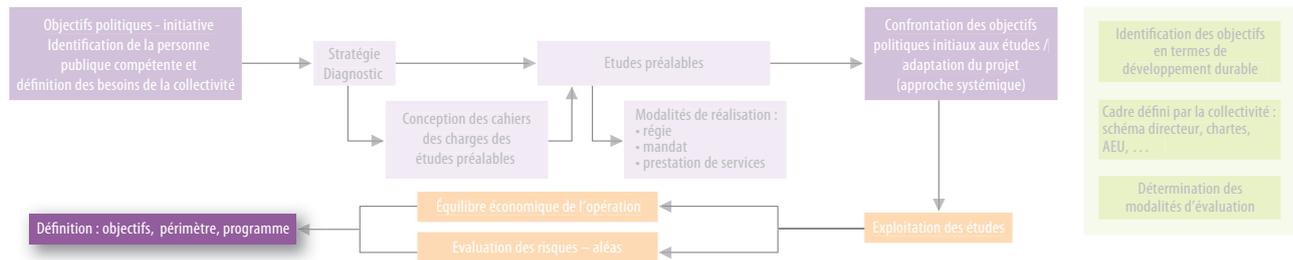
Dans ce contexte, le versement d'une participation financière à l'opération a vocation, lors de la conclusion de la concession d'aménagement, à permettre l'intervention d'un aménageur dans des conditions économiques « normales » ; la participation doit donc permettre de compenser soit un déséquilibre naturel (intervention d'un aménageur en zone économiquement difficile, coût d'acquisition des terrains élevé par rapport à leur valeur vénale après aménagement, coûts de dépollution importants, ...), soit un déséquilibre résultant de demandes particulières du concédant (encadrement du prix de vente des terrains aménagés, réalisation d'équipements publics spécifiques, ...).

Dès cette étape, la collectivité peut envisager le principe du versement d'une participation à l'opération si celle-ci est concédée

Le bilan étant prévisionnel, la participation de la collectivité à l'opération n'exclut en aucun cas que le risque du contrat puisse peser sur le concessionnaire.

Le risque financier du contrat et son éventuelle prise en charge par le concessionnaire, dépendra en premier lieu de l'équilibre financier de l'opération, et donc du point de savoir si les recettes sont ou non prévisionnellement suffisantes pour couvrir les dépenses de l'opération, et dans un second temps, de la façon dont le contrat organise les conséquences d'un éventuel déséquilibre à venir qu'il s'agisse alors d'un déficit ou d'un boni. L'établissement du bilan prévisionnel de l'opération doit ainsi permettre d'évaluer l'équilibre financier de l'opération et par là même, des conséquences du déséquilibre à venir : ce bilan prévisionnel servira ainsi pour une large part, à la répartition des risques du contrat entre la collectivité et son concessionnaire, ce qui constitue le critère déterminant de choix de la procédure à mettre en œuvre pour la passation du contrat.

1.4 - Définition de l'opération d'aménagement



Point clé

La concession d'aménagement ne peut être conclue que lorsqu'existe une opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme.

L'opération doit :

- répondre aux objectifs fixés à l'article L 300-1 du code de l'urbanisme,
- avoir une incidence urbaine,
- concerner une part significative du territoire urbain,
- avoir un périmètre défini,
- présenter un certain degré de complexité,
- comporter la réalisation de travaux et d'équipements publics,
- comprendre une action foncière

Quelles sont les conditions requises pour l'existence d'une opération d'aménagement ?

La concession d'aménagement est un contrat par lequel l'État, les collectivités territoriales ou les établissements publics confient à un aménageur la réalisation d'une opération d'aménagement.

Une concession d'aménagement ne peut par voie de conséquence être conclue que s'il existe une opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme (C. urb., art. L. 300-4).

La notion d'opération d'aménagement est une notion susceptible de recouvrir des définitions de nature différente selon les domaines dans le champ desquels elle intervient ; qu'on se place dans le champ de l'analyse des projets susceptibles de donner lieu au droit de préemption urbain, de l'utilité publique d'un projet, du champ d'application des projets donnant lieu à concertation préalable, ou à étude d'impact, de la définition d'une opération d'aménagement rural, etc ..., ce même terme d'« opération d'aménagement » renverra à des projets aux caractéristiques parfois différentes.

L'aménagement est défini par la loi en termes de finalités et d'objectifs énumérés limitativement, mais très divers, par l'article L 300-1 du code de l'urbanisme

En matière d'opération d'aménagement « concédable », les contours de l'opération d'aménagement sont en premier lieu définis par la doctrine et la jurisprudence.

La définition n'est donc pas une définition universelle et intemporelle, mais se rapporte au seul domaine d'intervention de l'aménagement urbain pouvant donner lieu à une concession d'aménagement, les critères pouvant être plus stricts dans ce domaine qu'en matière de concertation ou de droit de préemption urbain par exemple.

Le sens et la portée que donne la jurisprudence à cette notion varient selon le domaine d'intervention

Cette imprécision, constatée par la doctrine dès les années 1990, persiste encore aujourd'hui.

Ainsi, cette définition ressortira *in fine* d'un faisceau d'indices.

■ La finalité de l'opération d'aménagement

En premier lieu, une opération d'aménagement doit nécessairement répondre à l'un des objectifs visés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme :

- un projet urbain,
- une politique locale de l'habitat,
- organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques,

- favoriser le développement des loisirs et du tourisme,
- réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur,
- lutter contre l'insalubrité,
- permettre le renouvellement urbain,
- sauvegarder ou mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

La conformité aux objectifs poursuivis par l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme ne suffit toutefois pas à caractériser l'opération d'aménagement susceptible d'être concédée.

La jurisprudence (cf. encadré), est venue préciser les autres caractéristiques de cette notion.

■ La mise en évidence d'une opération d'aménagement

L'article L. 300-1 du code de l'urbanisme concerne à la fois les actions et les opérations d'aménagement, or l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme ne permet que la concession des opérations d'aménagement.

L'aménageur ne pourra se voir concéder la seule réalisation d'actions d'aménagement (actions de développement social des quartiers, insertion professionnelle et sociale, actions d'accompagnement de la politique du logement, OPAH, ...). Par contre, de telles actions d'aménagement peuvent être confiées à l'aménageur, concessionnaire d'une véritable opération d'aménagement.

Au delà de la poursuite des objectifs fixés à l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, pour exister, une opération d'aménagement doit délimiter un périmètre, définir un programme des travaux et équipements publics, et établir un bilan financier. Ainsi, le juge a recours à la technique du faisceau d'indices pour en apprécier la consistance.

*qu'on en restructure s'il y a lieu le parcellaire, et qu'on le dote des équipements adaptés au but à atteindre. Enfin, on substitue aux normes du plan d'occupation des sols, une planification positive qui n'est que l'expression sous la forme d'un règlement du choix d'urbanisme initial. **C'est l'ensemble de cette démarche qui fait apparaître un "aménagement", au sens plein de ce terme, c'est-à-dire un effort d'organisation et d'agencement d'une portion du territoire.** On est alors dans une logique d'une nature différente de celle qui préside à une opération de construction, même ambitieuse ».*

Il est nécessaire que l'opération porte sur une « portion significative du territoire » pour ne pas être considérée comme une « opération unique et isolée de construction », laquelle ne peut être qualifiée d'opération d'aménagement au sens de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme

Une simple action d'aménagement prise isolément n'est pas en soi « concédable »

Les conclusions du commissaire du gouvernement Serge Lasvignes, sous l'arrêt du conseil d'État Commune de Chamonix Mont Blanc restent toujours d'actualité, et la référence principale pour expliquer la notion d'opération d'aménagement.

À l'occasion d'une définition de la ZAC par rapport à une simple opération de construction, il tire les conséquences de la définition de l'aménagement par des objectifs, à savoir la primauté de l'opération sur la procédure, et délimite clairement l'opération d'aménagement : « *L'aménagement concerté est une forme de cet urbanisme dit "opérationnel" qui se traduit par une **action volontariste**. On isole une portion du territoire urbain. On se fixe un objectif d'urbanisation. Pour l'atteindre, on "prépare" le terrain, c'est à dire*

Cette « action volontariste conduisant à l'organisation et l'agencement d'une portion du territoire » et définissant l'opération d'aménagement ressort donc d'un faisceau d'indices, présentant nécessairement un certain degré de complexité :

- un objectif conforme à l'article L 300-1 du code de l'urbanisme,
- une compétence de la collectivité : opération d'initiative et sous contrôle public,
- un objet : impact sur la ville,
- un périmètre,
- un programme d'actions matérielles portant sur des biens immobiliers (terrains, bâtis) et d'actions immatérielles (coordinations, impulsions, financements, gestions),
- la réalisation de travaux d'équipements publics
- une dimension foncière ou immobilière : achats, ventes, remboursements,
- des moyens financiers : un bilan prévisionnel.

L'opération doit présenter un certain degré de complexité

Au travers des décisions de jurisprudence, le juge apprécie ainsi les caractéristiques du projet qui lui est soumis, son importance, l'organisation qu'il implique, l'importance également des équipements publics qu'il induit, c'est-à-dire l'incidence urbaine et la complexité du projet.

Il ne peut y avoir de concession d'aménagement sans réalisation de travaux et d'équipements et sans action foncière

Ce sera donc le cas lorsque le projet traduit « *un effort d'organisation des activités et d'ordonnement de l'urbanisation* ». L'aménagement projeté doit donc impliquer la combinaison de différents types d'interventions, comme l'acquisition de terrains ou d'immeubles, la réalisation d'équipements, la restauration d'immeubles le cas échéant, l'aménagement de terrains ainsi que la mixité des usages (logements, bureaux, commerces, etc.).

Il faut également noter que l'existence d'une opération d'aménagement – et donc la possibilité d'en concéder la réalisation – est indépendante de la procédure choisie pour la mettre en œuvre ; l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme vise toutes les opérations qui sont prévues par le « présent code ». Les opérations susceptibles de faire l'objet d'une concession d'aménagement ne nécessitent pas d'être mises en œuvre dans le cadre d'une procédure particulière pour exister. Peuvent ainsi faire l'objet d'une concession d'aménagement, les opérations d'aménagement réalisées, par exemple, dans le cadre de ZAC, de lotissements, de restauration immobilière, de permis valant division, voire aucune ou plusieurs procédures, ...).

JURISPRUDENCES - NOTION D'OPÉRATION D'AMÉNAGEMENT

CE 28 juillet 1993, Commune de Chamonix-Mont-Blanc, req. n° 124099 : l'opération se limitant à la construction d'un hôtel sans que ne soit prévue la réalisation d'équipements publics à l'exception de la réfection des trottoirs ne constitue pas une opération d'aménagement et ne justifie pas la création d'une ZAC.

CAA Bordeaux, 22 mars 2007, req. n° 03BX02313, Association Gabas Nature et Patrimoine : ne constitue pas une opération d'aménagement, et n'est donc pas concédable, la réalisation d'une retenue d'eau de 20 millions de mètres cubes comportant des ouvrages de restitution d'eau, une station de pompage et des équipements de télégestion ; un tel projet consiste seulement en une opération unique et isolée de construction.

CE 7 juillet 2000, SCI Cité Haute en Provence, req. n° 205229 : constitue une opération d'aménagement, et donc peut faire l'objet d'une ZAC, la réalisation d'une urbanisation dense sur une cinquantaine d'hectares intégrant des espaces naturels dans la mesure où l'intégration de ces espaces naturels est justifiée par leur mise en valeur par le biais d'équipements publics.

CE 27 mars 1992, Comité de défense des riverains du tronc commun A4 - A 86, req. n° 109.868 : ne constitue ni une action ni une opération d'aménagement le projet de construction d'une section d'autoroute.

CE 30 juillet 1997, ville d'Angers c/M. Dubois, req. n° 160949 : ne constituent pas une opération d'aménagement les travaux d'amélioration de la sécurité de la circulation.

Étonnamment, CAA Nantes, 2 mars 2010, req. n° 09NT00076, CACG : constitue une opération d'aménagement et peut faire l'objet d'une concession d'aménagement le projet de création de dix réserves d'eau, d'un volume respectif de 150 000 à 700 000 m³ réparties de manière à répondre aux besoins d'irrigation d'environ 120 exploitations agricoles et visant à permettre un étalement des prélèvements sur les ressources superficielles et aquifères de manière à maintenir un niveau d'étiage évitant en particulier l'assèchement des canaux et fossés du Marais Poitevin.

DOCTRINE ADMINISTRATIVE

L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme précise que les conventions d'aménagement, publiques ou privées, peuvent porter sur l'ensemble des opérations d'aménagement prévu par le livre III dudit code (aménagement foncier). Il s'agit des opérations réalisées sous forme de zones d'aménagement concerté, de lotissements ou d'associations foncières urbaines autorisées, mais également de toute autre opération répondant aux objectifs définis par l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme. Ces conventions ne peuvent en revanche porter sur des actions ponctuelles, qui ne présentent pas le caractère d'une opération d'ensemble (JOAN 10 mars 2003, p. 1846).

Rép. Min. n° 8482, JOAN Q, 17 août 2004, p. 6478

Circulaire NOR LBL/B02/10028C du 20 novembre 2002 sur le régime juridique des sociétés d'économie mixte locale (SEML)

Une concession d'aménagement peut être conclue indépendamment de la mise en œuvre d'une procédure d'urbanisme

Comment déterminer le périmètre de l'opération ?

La détermination du périmètre d'une opération d'aménagement n'a pas fait l'objet de précision par le code de l'urbanisme. Le périmètre doit correspondre exactement aux emprises nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis.

Il ne doit être ni trop restreint, ni trop étendu, car cela augmente les risques liés à la mise en œuvre du

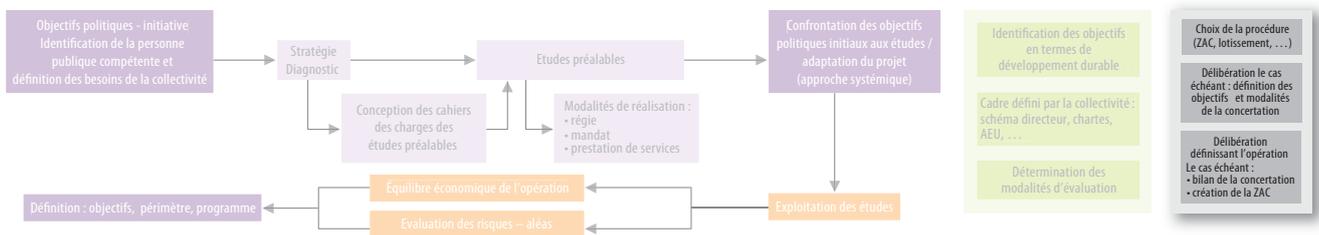
droit de délaissement des propriétaires compris dans le périmètre de l'opération lorsque celui-ci est prévu par les textes.

En tout état de cause, le juge ne peut pas se substituer à l'administration pour décider du meilleur emplacement, son rôle n'étant pas de se prononcer sur l'opportunité des choix, du moment que l'opération est compatible avec les orientations du SCOT ou du schéma directeur, et avec les dispositions particulières aux zones de montagne ou au littoral si la commune est concernée (TA Nice, 22 novembre 1990, Association des habitants de Saint Isidore Sud).

Le contrôle du juge se limitera donc au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, au détournement de procédure ou de pouvoir.



1.5 - Liens avec les procédures et autorisations d'urbanisme



La collectivité qui décide la mise en œuvre de l'opération d'aménagement peut choisir de le faire dans le cadre d'une procédure d'urbanisme ou d'une autorisation d'urbanisme prévues par le code de l'urbanisme.

L'existence de l'opération d'aménagement ne dépend pas de la procédure choisie pour la mettre en œuvre

Rappelons néanmoins qu'une opération d'aménagement ne se définit pas par la procédure mise en œuvre pour la réaliser, une concession d'aménagement pouvant être conclue nonobstant la circonstance que l'opération d'aménagement en cause n'est prévue par aucune procédure spécifique d'aménagement. Cette analyse a d'ailleurs été faite dans une réponse ministérielle qui rappelle la distinction entre l'opération d'aménagement et la procédure choisie pour mettre en œuvre cette opération : « *L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme précise que les conventions d'aménagement, publiques ou privées, peuvent porter sur l'ensemble des opérations d'aménagement prévu par le livre III dudit code (aménagement foncier). Il s'agit des opérations réalisées sous forme de zones d'aménagement concerté, de lotissements ou d'associations foncières urbaines autorisées, mais également de toute autre opération répondant aux objectifs définis par l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme. Ces conventions ne peuvent en revanche porter sur des actions ponctuelles, qui ne présentent pas le caractère d'une opération d'ensemble (JOAN 10 mars 2003, p. 1846).* »

La collectivité peut donc décider d'encadrer la réalisation de l'opération d'aménagement en mettant en place une ZAC, un lotissement, un permis de construire valant division, une AFU, ..., ou plusieurs procédures nécessaires à l'opération.

Il convient de remarquer à titre liminaire que dans la mesure où désormais, existe un lotissement dès la première division foncière (sauf cas d'exclusion prévus par le code de l'urbanisme), il est probable qu'à défaut d'avoir opté pour une procédure spécifique pour la réalisation de l'opération d'aménagement, il soit nécessaire de mettre en œuvre un ou plusieurs lotissements pour la réalisation de l'opération, ce qui ne sera pas sans rendre complexe sa mise en œuvre, notamment au plan du financement des équipements publics nécessaires à la bonne fin de l'opération.

Quelles procédures et autorisations d'urbanisme ?

■ ZAC

Définie aux articles L. 311-1 et suivants du code de l'urbanisme, la mise en place d'une ZAC permet d'approcher globalement toutes les facettes de l'opération d'aménagement : la définition du programme de construction et du programme des équipements publics, les divisions foncières qu'elle induit, et qui échappent au champ d'application du lotissement lorsqu'elles sont le fait de l'aménageur, la gestion de la densité, la maîtrise d'ouvrage et le financement des équipements publics de l'opération (régime dérogatoire à la TLE), jusqu'aux modalités de cession de terrain et de dépôt du permis de construire, qui sont alors encadrés par un cahier des charges de cession de terrain, obligatoire en ZAC (article L. 311-16 du code de l'urbanisme).

La ZAC est en outre d'office soumise à concertation préalable au titre de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme, quel que soit le programme de travaux envisagé.

■ Lotissement

Défini aux articles L. 442-1 et suivants du code de l'urbanisme, le lotissement est une autorisation d'urbanisme liée au contrôle de la division foncière et des accès et équipements nécessaires pour assurer la constructibilité du terrain.

Seuls les équipements propres (au sens de l'article L. 332-15 du code de l'urbanisme) du lotissement peuvent alors être mis à charge du lotisseur (en sus des taxes et participations de droit commun), ce qui pourra, dans certains cas, être source de complexité pour l'organisation du financement des équipements de l'opération qui ne pourraient recevoir cette qualification.

■ Permis valant division

Défini à l'article R. 431-24 du code de l'urbanisme, le permis de construire valant division est une autorisation d'urbanisme englobant permis de construire et autorisation de diviser le sol dès lors que le permis de construire porte sur la construction de plusieurs constructions et que le terrain d'assiette des constructions doit être divisé avant l'achèvement de ces constructions.

■ Restauration immobilière

La procédure ou opération de restauration immobilière est une procédure d'aménagement prévue par le code de l'urbanisme, dont l'objet est de permettre la transformation des conditions d'habitabilité d'un ou plusieurs immeubles, dans un secteur urbain déterminé présentant des caractéristiques justifiant la conservation des bâtiments existants, en tout ou en partie.

Les opérations de restauration immobilière permettent, par le biais de la DUP appelée communément « prescription de travaux » d'imposer aux propriétaires la réalisation de travaux sous menace d'expropriation (C. urb., art. L. 313-4, al. 2).

Quelles procédures et autorisations connexes liées à la réalisation du programme de travaux ?

La réalisation d'une opération d'aménagement induit très souvent diverses obligations liées à la consistance du programme de travaux prévus par l'opération.

En fonction de la nature des programmes d'équipements publics inclus dans ces opérations, la réalisation de ces équipements pourra se trouver soumise à :

- concertation préalable (C. urb., art. L. 300-2 c. et R. 300-1),
- étude d'impact (C. env., art. L. 122-1 et s.),
- enquête publique environnementale (C. env., art. L. 123-1 et s.),
- déclaration ou autorisation au titre de la « loi sur l'eau » (C. env., art. L. 214-1 et s.).

Ces obligations ne sont alors pas liées au choix de la procédure à mettre en œuvre, et leur application à l'opération devra être définie en fonction de leurs champs d'application respectifs.

La concertation préalable, dès lors qu'elle sera nécessaire, interviendra en amont de l'opération, pendant la durée de réalisation des études préalables, et jusqu'à l'approbation par la collectivité de l'opération d'aménagement.

L'éventuelle enquête publique dite « Bouchardeau » et la déclaration de projet, ainsi que l'éventuelle procédure relative à l'impact de l'opération sur la ressource en eau (procédure de déclaration ou d'autorisation « loi sur l'eau »), interviennent préalablement à la réalisation des travaux et leur mise en œuvre pratique peut donc être confiée à l'aménageur.

Comment articuler procédure d'urbanisme et désignation de l'aménageur ?

Deux jugements du tribunal administratif de Paris en date du 31 mars 2006, venus confirmer et préciser la solution dégagée par le Conseil d'État le 8 décembre 2004, Société Eiffel Distribution ont précisé l'articulation entre procédure d'urbanisme, concession d'aménagement et concertation :

- la signature d'une concession dont l'objet est la réalisation d'une ZAC ne peut pas intervenir avant la création de la ZAC.
- la concertation doit se dérouler avant que le projet n'ait été arrêté dans ses options essentielles, ou que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération, et donc avant que l'aménageur n'ait été désigné.

Lorsque l'opération d'aménagement prend la forme juridique d'une ZAC et doit être concédée, il convient de mener la concertation, d'en tirer le bilan et de créer la ZAC avant de lancer la procédure pour la désignation du concessionnaire d'aménagement

JURISPRUDENCE - ARTICULATION PROCÉDURE D'URBANISME/CONCESSION D'AMÉNAGEMENT

Tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 12 juin 2009, M. et Mme Bulgan et autres

Dans l'affaire jugée par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, avant la signature de la concession, la commune avait signé une convention de rénovation urbaine qui, selon le juge, « définissait les éléments essentiels de l'opération d'aménagement ».

C'est bien pour cette raison, et après avoir relevé que la ZAC ne constitue que l'une des « formes » de réalisation possibles, qu'en l'espèce, le tribunal constate que la convention publique d'aménagement n'était pas dépourvue de cause juridique.

La signature du contrat d'aménagement avant création de la ZAC est donc envisageable si malgré tout les principales caractéristiques de l'opération d'aménagement ont pu être préalablement définies et s'il est avéré qu'à ce stade de définition, la collectivité n'avait pas déjà décidé de la procédure opérationnelle à mettre en œuvre.

Cette solution ne pourra être mise en œuvre que dans le respect de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme aux termes duquel la concertation est organisée dès le début des études préalables et tout au long de l'élaboration du projet.

Cependant un jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 12 juin 2009, M. et Mme Bulgan et autres reconnaît qu'il importe surtout qu'à la date de signature de la concession, la collectivité ait pu constater la réunion de l'ensemble des éléments constituant une opération d'aménagement.

La procédure de désignation de l'aménageur ne peut être lancée avant que le bilan de la concertation ne soit tiré

Dans le cas d'espèce, les dernières étapes de la concertation s'étaient poursuivies alors même que la CPA dont l'objet était la réalisation de la ZAC avait d'ores et déjà été signée et était exécutoire. La cour en a déduit que la signature de la CPA permettait de mettre en évidence que les choix essentiels de l'opération étaient arrêtés, ce qui viciait la décision de création de ZAC.

Ainsi, et quelle que soit la procédure mise en œuvre, dès lors qu'une concertation préalable doit être organisée – ou si la collectivité décide volontairement d'organiser une telle concertation, la procédure de désignation de l'aménageur ne peut donc être lancée avant que le bilan de la concertation ne soit tiré, s'agissant d'un acte conduisant à la réalisation effective de l'opération, telle qu'elle a été implicitement arrêtée dans ses choix essentiels.

Comment insérer la concertation et une démarche participative dans le processus ?

Lorsque l'aménagement est réalisé dans le cadre juridique d'une procédure de zone d'aménagement concerté (ZAC), une concertation est obligatoire.

Cette concertation légale n'est donc pas liée à la réalisation d'une opération d'aménagement, mais à la procédure dans le cadre de laquelle l'opération est mise en œuvre. De la même façon, les projets recensés à l'article R 300-1 du code de l'urbanisme sont également soumis à cette obligation de concertation préalable.

Le nouvel article L. 121-16 du code de l'environnement consacre en outre la possibilité pour la personne responsable d'un projet, plan ou programme ou décision mentionnés à l'article L. 123-2 comme nécessitant l'organisation d'une enquête publique environnementale de procéder, le cas échéant à la demande de l'autorité compétente pour autoriser l'opération, à une « concertation préalable à l'enquête publique, associant le public pendant toute la durée d'élaboration du projet, plan, programme ou décision ».

Les mêmes projets peuvent donner lieu à la demande de l'autorité administrative compétente à une concertation avec un comité rassemblant des représentants de l'État, des collectivités territoriales concernées par le projet, d'associations ou fondations, organisations syndicales représentatives des salariés et entreprises.

Cette disposition concerne les opérations :

- qui par définition sont exclues du champ d'application de l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme relatif à la concertation préalable,
- qui sont soumises à enquête publique,
- et pour lesquelles l'autorité compétente pour les autoriser ou les approuver n'est pas le maître d'ouvrage.

La mise en œuvre du dispositif prévu consacre la possibilité d'une concertation publique organisée par une personne qui peut être de droit privé (contrairement aux hypothèses visées par l'article L. 300-2 du code de l'urbanisme).

Cet article pourra être mis en œuvre par un maître d'ouvrage soucieux de vérifier le niveau d'acceptabilité sociale de son projet avant l'étape décisive de l'enquête publique. La consécration par la loi Grenelle II de cette possibilité légitime la collaboration de collectivités territoriales intéressées avec le maître d'ouvrage pour la mise en œuvre de cette concertation (par exemple, diffusion de l'information par la collectivité, mention en conseil municipal etc...).

Favoriser l'appropriation de la démarche d'ÉcoQuartier par les habitants, et l'émergence d'un mode de vie éco-citoyen nécessite la mise en place d'une démarche participative qui va au-delà des obligations en matière de concertation

Il convient – dans une stratégie de développement durable – de trouver localement des formes d'association des acteurs économiques et de la population qui relèvent d'une vraie participation au projet. Une appropriation dès l'amont et une adhésion future spontanée à des comportements « éco-citoyens » des usagers du futur quartier et, au-delà, de la ville ne sont acquises que sur cette base. Le lotissement lorsqu'existe un PLU ou un document d'urbanisme en tenant lieu, par exemple, n'impose pas toujours une démarche de ce type, qui devra donc être librement et volontairement choisie.

À ce titre, la participation du public à l'élaboration du projet devient une exigence dans le but d'adapter les réponses au contexte local, ainsi que la poursuite de cette concertation dans le but d'emporter l'adhésion à long terme.

Ainsi, la démarche participative doit s'effectuer à différents moments :

- dès l'amont du projet, en sensibilisant les citoyens aux enjeux du développement durable, et à l'importance de leur implication dans le processus de concertation ;
- pendant la conception et la réalisation du projet, en recueillant à chaque étape les propositions des habitants et des différents acteurs ;
- mais aussi après la réalisation du projet, en informant les habitants des dispositifs environnementaux du quartier, des « gestes verts », ainsi que des dispositifs permanents de participation qui permettent de pérenniser dans le temps la démarche d'ÉcoQuartier et de la partager avec les nouveaux arrivants.

1.6 - Conclusion

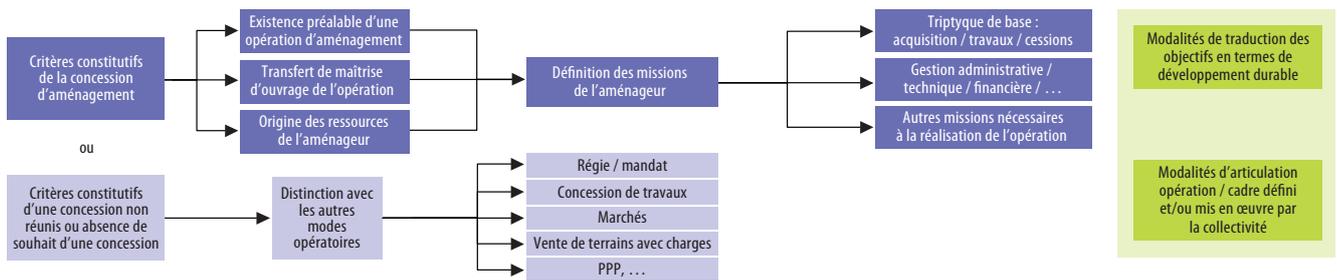
Au terme de cette première étape, la collectivité, à partir de ses besoins, et après réalisation des études préalables, aura défini les caractéristiques de l'opération d'aménagement (ses objectifs, son périmètre, le programme de travaux et de construction).

Il lui appartient alors de déterminer :

- si la réalisation de l'opération d'aménagement par le biais d'une concession d'aménagement est envisageable en fonction des critères constitutifs de ce mode opératoire ;

- si les critères constitutifs de la concession d'aménagement ne sont pas réunis ou si elle souhaite réaliser l'opération d'aménagement par un autre biais que celui de la concession, les autres modes opératoires susceptibles de répondre à ses attentes.

Étape 2 - Analyse de la faisabilité d'une concession d'aménagement



OBJECTIFS DE L'ÉTAPE

Dès lors qu'elle veut mettre en œuvre une opération d'aménagement, la collectivité doit s'interroger sur les modalités de sa réalisation.

Les critères constitutifs d'une concession d'aménagement étant clairement définis par le code de l'urbanisme, la collectivité doit analyser si un tel contrat est envisageable au regard des caractéristiques de l'opération, des missions de l'aménageur et des objectifs qu'elle poursuit.

La concession d'aménagement constitue un transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération d'aménagement à un aménageur ; l'aménageur n'est donc pas un simple prestataire, mais bien le garant de la réussite de l'opération, certes sous le contrôle de la collectivité mais sous sa propre responsabilité. À ce titre, il doit être en mesure de se comporter en maître d'ouvrage ; cela implique qu'il acquiert tout ou partie des terrains compris dans le périmètre de l'opération, réalise les travaux d'aménagement et d'équipement et cède les terrains aménagés. Si l'un de ces éléments fait défaut, l'aménageur ne peut pas être qualifié de maître d'ouvrage et une concession d'aménagement ne peut pas être conclue. L'aménageur peut, en outre, se voir confier d'autres missions matérielles ou immatérielles dès lors qu'elles sont nécessaires à la réalisation de l'opération d'aménagement.

Si les critères constitutifs d'une concession d'aménagement ne sont pas réunis, ou si la collectivité ne souhaite faire réaliser son projet par le biais d'une concession d'aménagement, elle doit analyser les autres modes opératoires envisageables, soit avec ses propres services, soit dans le cadre d'autres modes contractuels.

Le choix du mode de réalisation doit résulter d'une analyse globale prenant en considération les capacités dont dispose la collectivité tant au niveau financier qu'au niveau humain, et l'articulation qu'elle envisage entre un aménageur éventuel et ses propres services.

La collectivité doit garder à l'esprit que la concession d'aménagement n'a pour objet que la réalisation d'une opération d'aménagement, ce qui exclut la gestion des équipements publics réalisés par l'aménageur dans le cadre de l'opération d'aménagement.

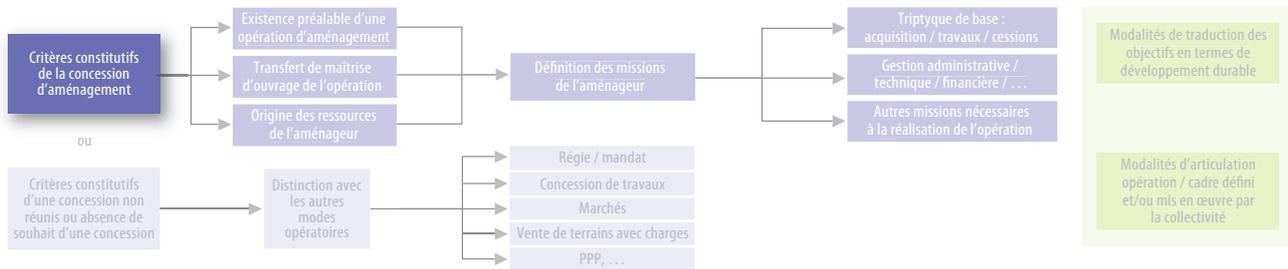
STRATÉGIE

Des missions confiées à l'aménageur et de la gouvernance de l'opération dépendra la possibilité pour la collectivité de conclure une concession d'aménagement. Elle doit donc :

- identifier les équipements de viabilité - publics ou collectifs - qui doivent être réalisés ;
- déterminer l'ensemble des tâches qui doivent être mises en œuvre pour atteindre les objectifs poursuivis ;
- définir une durée prévisionnelle pour la réalisation de l'opération, intégrant tant la maîtrise foncière, la réalisation des travaux, la commercialisation des terrains aménagés et la réalisation des programmes immobiliers sur ces terrains ;
- décider de la nature et de l'importance du contrôle qu'elle entend exercer sur le déroulement de l'opération ;
- analyser, au regard de ses moyens humains, techniques et financiers et des tâches à effectuer, si l'opération doit être menée par ses propres services ou par un aménageur ; cette analyse doit être effectuée au regard non seulement du degré de complexité de l'opération, mais aussi de l'organisation de la collectivité elle-même.

Si les critères qui permettent la conclusion d'une concession d'aménagement ne sont pas réunis, et notamment si l'objectif est d'exploiter un équipement public et non pas de réaliser une opération d'aménagement, la collectivité doit déterminer selon quel autre mode contractuel les objectifs poursuivis peuvent être atteints.

2.1 - Les conditions de mise en œuvre d'une concession d'aménagement



L'existence nécessaire d'une opération d'aménagement

L'article L. 300-4 du code de l'urbanisme limite expressément le champ de la concession d'aménagement à la seule réalisation d'opérations d'aménagement.

Sur la définition de la notion d'opération d'aménagement (v. *Étape 1*, § 1.4).

Sur l'articulation temporelle entre existence juridique de l'opération d'aménagement et conclusion de la concession d'aménagement (v. *Étape 1*, § 1.5)

L'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme précise également que l'aménageur doit *a minima* :

- acquérir les terrains et immeubles compris dans le périmètre de la concession d'aménagement et nécessaires à la réalisation de l'opération ;
- réaliser les travaux et équipements ;
- commercialiser les terrains aménagés.

Le nécessaire transfert de la maîtrise d'ouvrage de l'opération à l'aménageur

La concession d'aménagement est un contrat par lequel la personne publique compétente, de par la loi ou par ses statuts, pour réaliser une opération d'aménagement en transfère la maîtrise d'ouvrage d'ensemble à un aménageur, public ou privé.

La combinaison des articles L. 300-1 et L. 300-4 du code de l'urbanisme amène à considérer que l'objet de la concession n'est pas à proprement parler la réalisation de travaux, mais la réalisation des objectifs poursuivis par la personne publique qui est à l'initiative de l'opération.

Ce transfert de maîtrise d'ouvrage n'est pas un vain mot. L'aménageur doit assumer la charge et la responsabilité de l'ensemble des décisions qui concourent à la réalisation des objectifs poursuivis par la personne publique concédante à travers l'opération d'aménagement.

À ce titre, l'aménageur réalise bien sous sa propre maîtrise d'ouvrage les travaux et équipements, qui constituent le cœur de l'opération. Mais plus globalement, il est tenu de réaliser toutes les démarches nécessaires, en termes quantitatifs et qualitatifs, pour permettre la réalisation de l'objectif final, à savoir la création d'un nouveau secteur urbain.

En tant qu'« ensemblier », l'aménageur coordonne donc l'ensemble des actions nécessaires à la réalisation des objectifs poursuivis par la personne publique ; à ce titre, il met en œuvre tant des prestations de services (études diverses, audit, animation d'OPAH, maîtrise d'œuvre urbaine, etc...) que des travaux qui, d'ailleurs, ne se limitent pas à la réalisation d'équipements de viabilité publics ou collectifs, notamment d'infrastructure, mais peuvent aussi consister en des travaux de constructions neuves ou de réhabilitation d'immeubles existants. Toutes ces différentes missions n'ayant pas de logique individuellement mais ne se comprenant que les unes par rapport aux autres.

L'objet de la concession d'aménagement consiste pour l'aménageur à réaliser une partie de ville

Le transfert de maîtrise d'ouvrage de l'opération d'aménagement à un aménageur emporte davantage de conséquences qu'une simple délégation de maîtrise d'ouvrage. L'action de l'aménageur



concessionnaire ne consiste donc pas à « représenter » la personne publique à l'initiative de l'opération, mais à se substituer à elle.

Il ne peut donc y avoir concession d'aménagement que si le contrat emporte transfert effectif de maîtrise d'ouvrage, conférant à l'aménageur un rôle décisionnel réel.

Le concessionnaire assure donc non seulement la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, mais également la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il est à ce titre chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par expropriation ou préemption. Le concessionnaire procède par ailleurs à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession. On retrouve donc le « triptyque » de base défini de longue date, consubstantiel à la notion même de concession d'aménagement. Si l'un des éléments de ce « triptyque » fait défaut, le contrat ne pourra pas être qualifié de concession d'aménagement. Ces missions de base ne sont toutefois pas limitatives, la concession d'aménagement pouvant prévoir comme tâches de l'aménageur la réalisation de toute mission matérielle ou immatérielle présentant un lien direct avec l'opération d'aménagement et nécessaire à sa réalisation.

Ici réside la spécificité de « l'aménagement à la française » dans la mesure où ce transfert de maîtrise d'ouvrage dépasse l'analyse que fait le droit européen de la concession d'aménagement, la réduisant à la réalisation d'ouvrages, autrement dit des travaux. La soumission de la concession d'aménagement à la directive marché 2004/18 du 31 mars 2004 ne conduit pas à résumer la concession d'aménagement à un marché ou à une concession de travaux. Aussi, malgré la jurisprudence communautaire réductrice, la concession d'aménagement n'a pas un objet limité à la seule réalisation de travaux, que ce soit en « concession » ou en « marché » au sens du droit européen, mais a un objet beaucoup plus global, dont les travaux ne sont qu'un élément parmi d'autres.

L'aménageur bénéficie d'une délégation globale d'aménagement excédant la seule réalisation des travaux

C'est l'objet même du contrat d'aménagement qui conduit la collectivité concédante à transférer la maîtrise d'ouvrage à l'aménageur. Il s'agit d'une « délégation globale d'aménagement » le rendant ainsi responsable direct de la bonne fin de la réalisation de la globalité de l'opération.

C'est au concessionnaire qu'il appartient de choisir le maître d'œuvre de l'opération

Le transfert de maîtrise d'ouvrage implique qu'il appartiendra à l'aménageur de conclure, en son propre nom, les marchés de travaux, études, maîtrise d'œuvre, etc... nécessaires à la réalisation de l'opération. La passation de ces marchés suivra les procédures prévues aux articles R 300-12 à R 300-14 du code de l'urbanisme.

Les consultations passées par les collectivités pour la désignation du concessionnaire ne peuvent donc exiger que le concessionnaire présente sa candidature avec un maître d'œuvre. En effet, de par la nature même de son intervention, le maître d'œuvre n'est qu'un prestataire de l'aménageur, nullement un « co-aménageur » et il convient de ne pas faire de confusion entre choix de l'aménageur et choix du maître d'œuvre, qui constituent deux missions clairement distinctes. De ce fait, l'objet de la mise en concurrence étant la désignation d'un aménageur et non pas d'un maître d'œuvre, les critères de choix définis par la collectivité devront être liés à la mission de l'aménageur ; s'il reste possible dans le cadre de la consultation pour la désignation de l'aménageur de déterminer des critères pour apprécier dans quelle mesure les candidats « comprennent » les objectifs de la collectivité, il ne s'agit pas pour elle de choisir à ce stade, une « image urbaine », ou un projet de construction. Concession d'aménagement et concours de maîtrise d'œuvre ne doivent pas être confondus.

Ce transfert de maîtrise d'ouvrage et l'autonomie de l'aménageur ne sont toutefois pas un blanc seing donné à l'aménageur par la personne publique concédante.

Dans la mesure où il s'agit d'un contrat administratif en raison non seulement de la participation de l'aménageur à une mission de service public, mais aussi, le cas échéant, de l'exercice de prérogatives de puissance publique, la personne publique concédante ne se dessaisit pas de ses prérogatives ; elle bénéficie d'un pouvoir de contrôle et de direction intrinsèque.

Ce pouvoir de contrôle et de direction se traduit pour le concédant par :

- une capacité de contrôler le déroulement de l'opération (avec l'obligation de faire approuver par l'organe délibérant du concédant un compte rendu annuel lorsque l'aménageur est une société d'économie mixte ou lorsque le montant des participations publiques à l'opération excède 135 000 € HT) ;
- la possibilité de modifier unilatéralement le contrat en cas de modification de ses objectifs (et dans une telle hypothèse, il conviendra alors de déterminer s'il s'agira d'une modification du contrat existant ou d'un nouveau contrat) ;
- la possibilité de résilier le contrat à tout moment pour motif d'intérêt général.

La collectivité garde son pouvoir de contrôle sur le déroulement de l'opération

Ce transfert de maîtrise d'ouvrage rend également nécessaire la mise en place de dispositifs d'évaluation non pas tant de l'action de l'aménageur que de l'adéquation entre les objectifs de la personne publique, les programmes et actions mis en œuvre et leurs effets en termes urbains.

La nécessité de recettes provenant de la vente de terrains

Outre la nécessité économique évidente de l'existence de recettes propres à l'opération, l'action foncière est également une condition juridique d'existence de la concession : il ne peut en effet y avoir concession d'aménagement que si l'aménageur cède, loue ou concède les terrains aménagés.

L'action foncière est un élément même, à la fois de la définition de l'opération d'aménagement et de la concession d'aménagement ; l'aménageur devra nécessairement avoir la responsabilité de cette mission, en procédant le cas échéant à l'acquisition des terrains, et en les cédant, louant ou concédant, une fois leur équipement réalisé, aux utilisateurs/constructeurs (ou en les utilisant lui-même s'il est également constructeur).

La nécessaire commercialisation des terrains par l'aménageur induit par conséquent que les ressources de l'aménageur proviennent, au moins pour partie, des recettes de cette commercialisation. Cependant, ce critère est distinct, à ce stade, de celui du risque de l'opération.

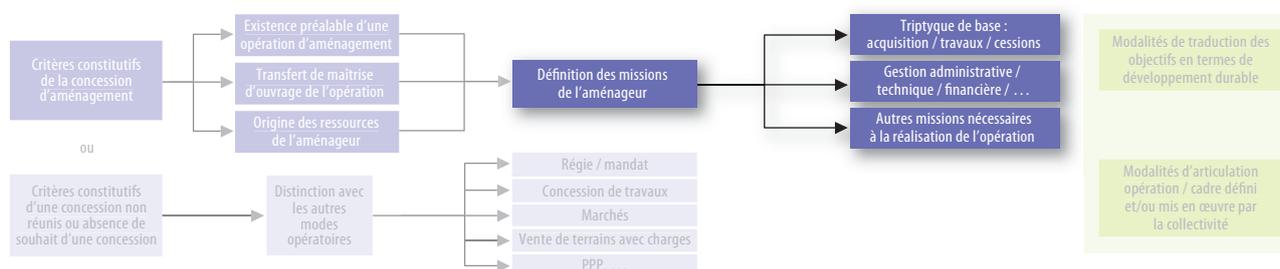
Contrairement à l'analyse qui peut être faite en matière de délégations de service public, où le critère du risque vient maintenant caractériser le critère légal de la rémunération liée aux résultats de l'exploitation qui constitue la définition même de la délégation, le critère du risque ne participe pas à la qualification de la concession d'aménagement.

L'identification de la répartition du risque entre le concédant et l'aménageur renvoie en effet à la seule procédure de passation applicable, et non à la qualification du contrat (v. [Étape 3, § 3.3](#)).

Les recettes de l'aménageur proviennent au moins pour partie de la commercialisation des terrains



2.2 - Quelles missions l'aménageur assure-t-il dans le contrat de concession ?



Le concessionnaire « assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession » (C. urb., art. L. 300-4).

L'article L 300-4 du code de l'urbanisme recentre donc les missions de l'aménageur sur la réalisation des équipements et la commercialisation du foncier, et prévoit néanmoins la possibilité de lui confier la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à l'exécution des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession.

Les missions de l'aménageur sont traditionnellement les suivantes :

- acquisition de la propriété, à l'amiable ou par voie de préemption ou d'expropriation, prise à bail emphytéotique ou à construction, des biens immobiliers bâtis ou non bâtis, ainsi que les droits mobiliers nécessaires à la réalisation de l'opération ;
- gestion des biens acquis ;
- relogement des occupants, indemnisation ou réinstallation des commerçants, artisans ou autres bénéficiaires de droits ;
- réalisation des études opérationnelles nécessaires à la réalisation du projet (suivi du plan d'organisation spatiale, études opérationnelles nécessaires à toutes les actions de démolition, d'aménagement et de construction, mise au point des actions de gestion urbaine, d'accompagnement et de suivi social, ...) ;
- démolition des bâtiments existants dont la démolition est nécessaire pour la réalisation de l'opération d'aménagement ;
- aménagement des sols et réalisation des équipements publics ou collectifs intégrés au programme de l'opération d'aménagement et prévus au contrat ;
- mise en place des moyens de commercialisation ;

- cession (ou concession) des biens immobiliers bâtis ou non bâtis ;
- en ZAC, négociation des conventions de participation qui seront conclues entre la collectivité et les constructeurs n'ayant pas acquis leur terrain de l'aménageur en application de l'article L. 311-4 du code de l'urbanisme, ainsi que des conventions d'association prévues par l'article L. 311-5 du même code ;
- gestion globale de l'opération (coordination des différents opérateurs intervenant pour la mise en œuvre des éléments du programme de l'opération, suivi et coordination de la réalisation des aménagements et équipements, accueil des usagers et des habitants, animation de la zone pendant la phase de réalisation, ...) ;
- gestion administrative, comptable et financière de l'opération (mise en place des moyens de financement de l'opération).

L'aménageur réalise l'ensemble des tâches nécessaires, adaptées aux objectifs poursuivis et à la complexité de l'opération

La nature et l'étendue des tâches dont est chargé l'aménageur dépend avant tout des caractéristiques de l'opération d'aménagement elle-même. Dès lors que l'opération présentera un degré de difficulté spécifique et des contraintes particulières (notamment en matière d'intervention en quartiers anciens ou dans le cadre de projets de rénovation urbaine), les tâches de l'aménageur intégrées dans la concession d'aménagement seront nettement plus développées. La collectivité conserve en effet la possibilité de confier à l'aménageur la réalisation de tâches immatérielles (conduite d'OPAH, relogement, interventions sur les copropriétés dégradées, ...) si ces tâches sont nécessaires à la réalisation de l'opération. La collectivité doit à ce titre veiller à ce que l'aménageur soit bien en mesure de réaliser les objectifs qu'elle poursuit.

Exemple



Une opération complexe en centre ancien pourra détailler tout ou partie des missions suivantes :

En vue de la réalisation de sa mission, l'aménageur prendra en charge, outre les tâches traditionnelles, les tâches suivantes :

- approche complète en direction de nouveaux propriétaires investisseurs, pour répondre à des besoins de requalification importants qui nécessitent la mutation de la propriété des immeubles dégradés ou vacants ;
- conduite de la chaîne du logement et de la revitalisation du tissu économique par :
 - l'acquisition de logements, immeubles, parcelles, friches et terrains,
 - le relogement des occupants en étroite liaison avec les personnes publiques concernées,
 - la définition du programme de travaux dans les logements à la vente (regroupement de plusieurs logements, types de travaux à réaliser),
 - la programmation et les études liées aux permis de construire, déclarations de travaux et autres autorisations d'urbanisme,
 - la définition et la réalisation des travaux d'aménagement, actions de curetage, de démolition, de suppression et de regroupement de logements, voire de redistribution d'accès et d'aération d'îlots,
 - la définition et la réalisation de stationnement résidentiel,
 - la revente des logements et immeubles acquis à des propriétaires investisseurs dans le cadre des programmes définis,
 - la constitution de produits immobiliers et financiers en direction de propriétaires investisseurs se traduisant par une assistance pour la mise en œuvre des travaux prescrits, ainsi que les modalités de financement (dossiers de subventions et de prêts), le suivi des travaux ;
- accompagnement des propriétaires traditionnels en place, occupants et bailleurs, pour réaliser des travaux de requalification significatifs sur leur patrimoine qui se traduit par :
 - une information sur les travaux prescrits au titre des PRI, les travaux subventionnés dans le cadre des OPAH, OPAH RU et d'une façon générale, les possibilités de prêts associés à ces travaux,
 - des aides et conseils au montage des dossiers (permis de construire, déclarations de travaux, autorisations spéciales de travaux, dossiers de prêts, ...),
 - un suivi des travaux pour conformité aux procédures PRI et OPAH.

Par voie de conséquence, l'aménageur est chargé :

- de la mise en œuvre de plusieurs opérations de **restauration immobilière avec DUP** travaux dont les programmes de travaux et les immeubles concernés seront définis par l'aménageur ;
- du suivi animation des **OPAH et OPAH renouvellement urbain** conforme à un cahier des charges joint en annexe ;

- de la définition d'une **stratégie d'intervention sur les îlots opérationnels et la mise en œuvre des acquisitions et travaux d'aménagement** et de viabilisation des terrains qui en découlent : curetage, stationnement, espaces verts ;
- de la réalisation d'études, de **travaux d'aménagement et d'équipements publics** et la commercialisation des charges foncières auprès de promoteurs dans le cadre des projets de rénovation urbaine comprenant également l'acquisition, la restructuration, la gestion locative et la revente de locaux d'activités (commerces artisans, bureaux) ;
- des missions générales - **pilotage et coordination générale de l'opération**.

Plus spécifiquement, en fonction des outils mis en œuvre :

■ Restauration immobilière

Études et procédures :

- suivi des études (techniques et sociales) nécessaires à la délimitation des périmètres de restauration immobilière attachés aux îlots opérationnels et à la présentation des dossiers de délimitation de ces périmètres ;
- suivi des études relatives à la programmation des travaux à réaliser pour chaque bâtiment inclus dans la liste de la future DUP de travaux, l'échéancier de réalisation, le bilan financier prévisionnel ;
- constitution des dossiers de déclaration d'utilité publique des travaux, nécessaires à l'intervention de l'acte déclaratif d'utilité publique et à l'enquête parcellaire sur la base des études réalisées ;
- suivi des études relatives à la mise au point opérationnelle des projets de restructuration des immeubles (plans et programme de travaux) en vue de la constitution des dossiers d'autorisations d'urbanisme sur les immeubles acquis par l'aménageur et destinés à la revente à des propriétaires privés. Le cas échéant les demandes de permis de construire et des permis de démolir pour les immeubles acquis par l'aménageur et destinés à être restructurés ou démolis ;
- conduite de l'ensemble des procédures d'expropriation rendues nécessaires pour la réalisation de l'opération.

Ces études et procédures relatives à la restauration immobilière seront suivies ou réalisées par l'aménageur en liaison étroite avec les services de la collectivité, les partenaires concernés, l'architecte des bâtiments de France, l'ANAH, les services de l'État, et les autres partenaires de l'opération.

Elles devront être conduites dans des délais coordonnés d'une part avec l'avancée des études relatives à la mise en place des OPAH, et d'autre part avec le rythme opérationnel de chacun des périmètres concernés.

Mise en œuvre des prescriptions de travaux et animation de l'opération :

- informer, après la mise en place des DUP de travaux, les propriétaires des immeubles concernés ;
- apporter aux propriétaires le conseil et l'assistance nécessaires en relation avec les dispositifs d'aides prévues dans le cadre de l'opération ;
- coordonner la gestion des autorisations d'urbanisme en relation avec les services publics compétents ;
- suivre les DUP de travaux en informant la collectivité et les services de l'État des modalités et du rythme de mise en œuvre.

Acquisitions

Substitution aux propriétaires défaillants : en cas de refus des propriétaires de procéder à l'exécution des travaux, procéder à

l'acquisition des biens immobiliers concernés à l'amiable ou par voie d'expropriation conformément à l'arrêté déclaratif d'utilité publique qui sera sollicité ;

Autres acquisitions : procéder à l'acquisition à l'amiable, par voie d'expropriation ou de préemption, ou prendre à bail les immeubles propriété de la collectivité, d'autres propriétaires institutionnels ou privés et nécessaires à la mise en œuvre de l'opération de restauration immobilière au fur et à mesure de l'engagement des îlots opérationnels.

Travaux sur les immeubles acquis

Sur la base des projets de restructuration des immeubles acquis, procéder à des travaux préparatoires avant la revente si nécessaire.

Procéder aux travaux de préservation et d'entretien des immeubles ou parties d'immeubles acquis si nécessaire.

Commercialisation

L'aménageur procédera à la revente des immeubles acquis aux investisseurs, à charge pour ceux-ci de réaliser les travaux de restauration prévus conformément aux autorisations d'urbanisme obtenues pour chaque immeuble, groupe d'immeubles ou logements.

L'aménageur tiendra informé la collectivité de l'avancement des opérations de restauration immobilière dans le cadre d'un rapport annuel : nombre de m² vendus, nombre de m² de logements réhabilités ou en cours de réhabilitation, types et caractéristiques des produits immobiliers, moyens mis en œuvre pour la commercialisation et coûts prévisionnels correspondants.

■ Opérations programmées d'amélioration de l'habitat (OPAH)

Programme et convention des OPAH

La collectivité prendra en compte les objectifs et les équilibres globaux de la concession pour la définition des programmes et l'élaboration des conventions des OPAH (maîtrise d'ouvrage collectivité).

La collectivité informera l'aménageur des diagnostics et du suivi des études pré-opérationnelles des OPAH.

Animation et suivi des OPAH

L'aménageur a pour mission d'engager une démarche active en direction des propriétaires, copropriétaires et locataires concernés par le dispositif et plus particulièrement ceux dont les logements sont situés à l'intérieur des îlots opérationnels. Il leur fournira une assistance dans les domaines administratif, social, technique, architectural et juridique, selon un cahier des charges prédéfini.

Pour mener à bien cette mission, l'aménageur pourra, selon le cas :

- effectuer un diagnostic technique des travaux d'amélioration comprenant une esquisse de programme des travaux et une évaluation correspondante de leur coût ;
- informer les propriétaires des normes techniques à respecter, des dispositifs financiers dont ils peuvent bénéficier (subventions et prêts) et les assister dans le montage de dossiers de subventions auprès de l'ANAH, de l'État et des autres personnes publiques ;
- établir des montages financiers à l'attention des propriétaires et adaptés aux cas particuliers ;
- examiner avec les propriétaires les solutions à apporter pour le maintien sur place des occupants ou leur relogement temporaire ou définitif.

Il identifiera les immeubles pouvant donner lieu à des procédures de sortie d'insalubrité réparable ou de remise sur le marché d'immeubles vacants et coordonnera les actions publiques dans le

cadre de ces procédures.

La mission porte dans un premier temps sur l'animation et le suivi de deux OPAH de renouvellement urbain. Elle pourra être complétée à la demande de la collectivité.

Information du public et promotion de l'opération

L'aménageur assurera, en étroite coopération avec la collectivité, l'information auprès des particuliers, des professionnels de l'immobilier et des différents relais potentiels : notaires, banques, associations spécifiques, syndicats de copropriétés...

L'aménageur participera à la communication de l'opération notamment en ce qui concerne les OPAH.

Il demandera, préalablement au lancement des actions, l'agrément de la collectivité, qui assurera coordination et complémentarité avec le plan de communication général de la collectivité.

Information de la collectivité concédante

L'aménageur établira un rapport trimestriel et un rapport annuel d'avancement des actions conduites dans le cadre de l'OPAH à l'attention de la collectivité et en vue de sa transmission aux partenaires concernés.

■ Résorption de l'habitat insalubre (RHI)

L'aménageur sera chargé de la coordination des actions publiques portant sur la résorption de l'insalubrité irrémédiable.

À ce titre :

- il assistera les services de la DDCS pour la préparation des rapports d'insalubrité ;
- il analysera la faisabilité des opérations foncières et immobilières en regard des documents d'urbanisme et des différents régimes de protection ;
- il identifiera les différents immeubles, ou éléments annexes, dont l'acquisition et la démolition, totale ou partielle, sont nécessaires au traitement durable de l'insalubrité de l'îlot, quand bien même ils ne relèvent pas de l'insalubrité irrémédiable ;
- il déterminera, de façon précise, la propriété de chaque immeuble, de chaque bâtiment et de chaque lot de copropriété, ainsi que la nature des titres d'utilisation ;
- il identifiera les besoins en relogement ;
- il déterminera les mesures éventuelles d'accompagnement social ; l'ensemble des occupants de bonne foi bénéficiant d'un droit au relogement ;
- il élaborera un plan de relogement individualisé.

Acquisitions/mise en œuvre de la DUP

L'aménageur sera bénéficiaire des DUP. Il devra procéder aux acquisitions à l'amiable ou par voie d'expropriation.

■ Résorption de l'insalubrité réparable – ravalement – péril

L'aménageur sera chargé de la coordination des actions publiques portant sur la résorption de l'insalubrité réparable et des immeubles dangereux dans le périmètre de la concession d'aménagement et apportera son concours à la mise en œuvre des plans de ravalement de façade.

■ Mission d'accompagnement social

L'aménageur mettra en œuvre l'accompagnement social approprié au contexte particulier des quartiers en difficulté, notamment il mènera les procédures et générera les offres de relogement.



La concession d'aménagement doit par ailleurs organiser la gouvernance du projet. Il s'agit là d'un élément fondamental dans la mesure où, si l'opération d'aménagement est bien réalisée au nom de l'aménageur, elle l'est néanmoins pour le compte de la collectivité.

L'aménageur aura la charge de rendre compte au concédant du suivi de l'opération, le traité de concession devant préciser les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant lorsqu'il participe à l'opération, ou dans tous les cas lorsqu'il s'agit d'une SEM.

Le concessionnaire doit fournir chaque année un compte rendu financier comportant notamment en annexe le bilan prévisionnel actualisé des activités, objet de la concession, faisant apparaître :

- d'une part, l'état des réalisations en recettes et en dépenses,
- et, d'autre part, l'estimation des recettes et dépenses restant à réaliser, le plan de trésorerie actualisé faisant apparaître l'échéancier des recettes et des dépenses de l'opération,

- ainsi qu'un tableau des acquisitions et cessions immobilières réalisées pendant la durée de l'exercice ; la transmission d'un tableau s'impose d'ailleurs, que le concédant participe ou non financièrement à l'opération en application de l'article L 2241-1 du CGCT qui dispose que, « le bilan des acquisitions et cessions opérées sur le territoire d'une commune de plus de 2 000 habitants par celle-ci, ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec cette commune, donne lieu chaque année à une délibération du conseil municipal. Ce bilan est annexé au compte administratif de la commune ».

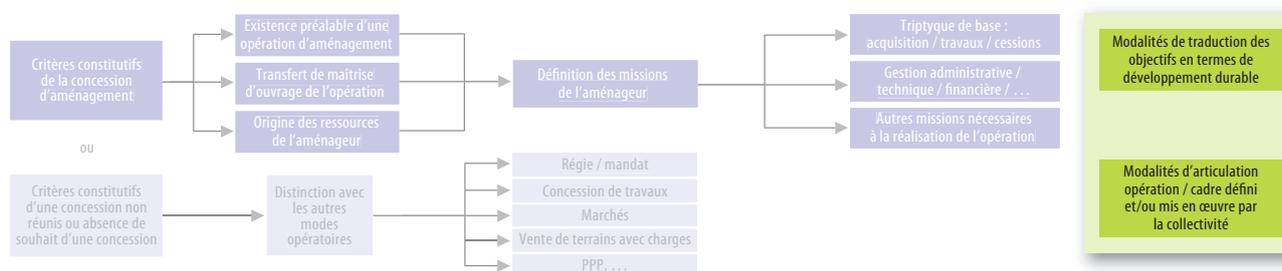
L'ensemble de ces documents est soumis à l'examen de l'organe délibérant du concédant ou à l'autorité administrative lorsque le concédant est l'État.

Le concédant a le droit de contrôler les renseignements fournis, ses agents accrédités pouvant se faire présenter toutes pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification. Si le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dès la communication de ces documents et, le cas échéant, après les résultats du contrôle diligenté par le concédant, ces documents sont soumis, dans un délai de trois mois, à l'examen de l'organe délibérant, qui se prononce par un vote.

S'agissant d'un contrat administratif, la collectivité dispose d'un pouvoir de modification unilatérale.

L'aménageur a l'obligation de fournir un compte rendu annuel à la collectivité locale concédante (CRACL)

2.3 - Modalités d'intégration des objectifs en matière de développement durable dans la concession d'aménagement



L'intégration des objectifs en matière de développement durable dans les concessions d'aménagement soulève plusieurs questions juridiques de différents niveaux.

D'une part, la consécration du développement durable comme critère d'attribution des concessions est, moyennant certaines précautions, compatible avec les principes et règles de la commande publique, champ dans lequel s'inscrit aujourd'hui la passation des concessions d'aménagement (v. Étape 3, § 3.4).

D'autre part, il est possible de mettre en place une chaîne contractuelle garantissant l'effectivité des objectifs de développement durable assignés à l'opération par la collectivité. Autrement dit, l'aménageur, en sa qualité de maître d'ouvrage de l'opération d'aménagement pourra tisser un lien juridique entre les objectifs de la collectivité, souvent énoncés de façon générale, et les pratiques utilisées par les acquéreurs de charges foncières dont le niveau d'implication sera déterminant pour garantir la réalisation des objectifs de développement durable.

L'intégration des objectifs en matière de développement durable dans la concession d'aménagement devra intervenir à deux niveaux :

- au niveau des relations contractuelles entre la personne publique concédante et l'aménageur ;
- au niveau des prescriptions que l'aménageur imposera à ses partenaires (entreprises, acquéreurs de terrains, ...)

L'opération d'aménagement se déroule sur une durée traditionnellement longue (en moyenne huit ans). Il convient donc de prévoir au niveau des relations entre le concédant et l'aménageur des obligations en termes d'objectifs davantage que des prescriptions précises. C'est donc un processus en matière de développement durable qu'il convient d'intégrer dans la concession d'aménagement.

Il n'existe pas de liste exhaustive des clauses « de développement durable » susceptibles de figurer dans une concession d'aménagement, la liberté contractuelle pouvant en l'espèce faire son œuvre. Pourront notamment figurer au contrat :

- dans la clause énumérant les missions du concessionnaire d'aménagement : l'obligation faite à l'aménageur d'exécuter ses missions selon les préconisations d'un prestataire apportant une expertise en matière d'Approche Environnementale de l'Urbanisme ;
- dans la clause relative aux modalités de passation des contrats et marchés par le concessionnaire : engagement du concessionnaire d'intégrer le critère de développement durable dans la passation de ses marchés avec les entreprises (les conditions précédemment évoquées et s'imposant à la collectivité concédante s'imposant alors au concessionnaire d'aménagement) ;
- dans la clause relative aux modalités de cession des terrains acquis par l'aménageur : engagement du concessionnaire de contractualiser les objectifs de développement durable avec les acquéreurs de terrains : avant-contrats de vente, actes et CCCT ;
- en ZAC, dans la clause relative aux conventions d'association signées avec les constructeurs n'ayant pas acquis leur terrain de l'aménageur (article L. 311-5 du code de l'urbanisme) : engagement du concessionnaire de contractualiser sur les objectifs de développement durable de l'opération.

En termes de développement durable, la concession doit davantage définir un processus qu'imposer le respect de normes précises

La collectivité doit imposer contractuellement au concessionnaire d'intégrer les objectifs de développement durable dans tous les aspects des missions de l'aménageur



La réalisation des objectifs de développement durable assignés par la collectivité à une opération d'aménagement dépendra en grande partie de la capacité de l'aménageur à reporter ces objectifs vers ses propres cocontractants, au premier rang desquels les acquéreurs de charges foncières.

L'une des questions posées résidera alors dans la possibilité pour l'aménageur d'organiser une certaine émulation entre constructeurs afin que les constructions qui seront finalement édifiées dans le périmètre de la concession aillent aussi loin que possible dans la recherche de performances environnementales. Cette question renvoie concrètement à celle de l'organisation par l'aménageur d'une procédure de mise en concurrence des promoteurs pour l'acquisition de charges foncières.

Depuis l'abrogation par la loi « Bosson » de l'ancien article L.311-8 du code des communes, aucune disposition législative n'oblige les collectivités ou leurs concessionnaires d'aménagement à organi-

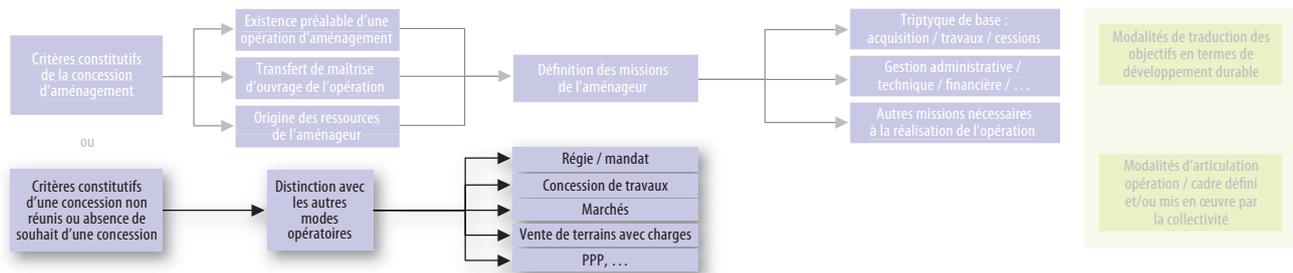
ser une procédure particulière préalablement à la passation de contrats de vente immobilière, dès lors que le contrat ne porte que sur la vente d'un terrain. Pour autant, l'absence d'obligation n'est pas un obstacle à l'insertion d'une clause dans la concession d'aménagement systématisant l'organisation de concours de promoteurs. L'organisation d'une mise en concurrence, sur la base d'un dossier de consultation d'investisseurs mettant en exergue la recherche par l'aménageur des meilleures performances environnementales possibles, ne peut qu'inciter les opérateurs économiques intéressés à être force de proposition en matière de performances environnementales des futures constructions.

Les aménageurs titulaires d'une concession d'aménagement n'étant pas de simples vendeurs de terrains, mais des opérateurs chargés de réaliser une opération répondant aux objectifs de la collectivité concédante, leurs contrats de vente immobilière contiennent habituellement une description, plus ou moins précise, du programme que l'acquéreur s'engage à réaliser. Il est toutefois possible d'aller au-delà de la simple description de la nature du programme immobilier projeté (ensemble commercial, programme de logements etc...) et de contractualiser la qualité des constructions (prescription sur les matériaux utilisés, prescriptions sur les performances environnementales à obtenir etc...). Ici encore, la contractualisation des objectifs de développement durable constituera un objet de négociation dans la mesure où il peut conduire à renchérir le coût de l'opération immobilière concernée.

Mais dès lors que le principe d'une telle contractualisation aura été accepté, il faudra s'interroger sur ses modalités.

Quelle que soit la nature des prescriptions figurant dans les actes de vente et les CCCT (obligation d'obtenir une certification particulière, description précise des matériaux à utiliser, modalités de conduite de chantier par le constructeur etc...), il importe de s'assurer de leur effectivité, c'est-à-dire de la capacité de l'aménageur à en contrôler le respect et éventuellement, à sanctionner le constructeur indélicat. Différentes méthodes peuvent être envisagées (insertion de clauses pénales, retenue de garantie, ...).

2.4 - Les modes opératoires alternatifs à la concession d'aménagement



Si la concession d'aménagement constitue un mode opératoire fréquemment mis en œuvre pour la réalisation des opérations d'aménagement, il convient de mettre en perspective cet outil avec les autres modes d'interventions envisageables.

La concession d'aménagement se distingue d'autres contrats tels que marchés, concession de service public, mandat, ou même simple contrat de vente des terrains.

Distinction concession/régie

Les collectivités locales ou les EPCI ont, dans le cadre de leurs compétences, la possibilité de décider de conduire elles-mêmes les actions ou opérations d'aménagement.

Bien que ce ne soit pas le mode de réalisation des opérations d'aménagement le plus courant, la collectivité peut simplement décider de réaliser, elle-même, en qualité de maître d'ouvrage, une opération d'aménagement pour laquelle elle est compétente. Dans ce cas, l'aménagement et l'équipement de la zone sont conduits directement par la personne publique compétente. Elles doivent pour ce faire ouvrir un budget annexe.

La régie est par ailleurs le mode de réalisation traditionnel pour les opérations réalisées sous forme de ZAC et dont l'initiative appartient à un établissement public spécialisé, tels les établissements publics d'aménagement (EPA Seine-Défense, ...), les ports autonomes, les aéroports, les organismes publics d'HLM ou encore les CCI.

En cas de réalisation en régie de l'opération d'aménagement, la collectivité garde la responsabilité globale de la bonne fin de cette opération, à ses entiers risques et périls, notamment les risques financiers qui incombent nécessairement à la collectivité.

L'inscription des recettes prévisionnelles provenant de la vente des terrains pose certaines difficultés découlant de l'obligation faite aux collectivités territoriales et à leurs groupements de voter leur budget d'investissement et de fonctionnement en équilibre réel en application de l'article L 1612-5 du CGCT.

Selon le Professeur Priet, le respect de cette obligation contraint les collectivités publiques à ne comptabiliser dans leur budget que les seules recettes certaines, « c'est-à-dire celles qui, compte tenu de la situation concrète existante, sont susceptibles de se réaliser effectivement au cours de l'année (CRC Limousin, 5 janvier 1995, Arrêts, jugements et communication des juridictions financières, p. 188). La commune n'a donc pas d'autre solution que de prévoir dans son budget un financement de l'opération indépendant de celui provenant de la vente des lots, au besoin en souscrivant un emprunt (rép. min. n° 15041, JO Sénat Q 24 janvier 1985, p. 139). Les élus ont intérêt à prendre en considération cette contrainte : non seulement le préfet peut saisir la chambre régionale des comptes, mais un particulier peut également, moyennant certains aménagements procéduraux, agir par la voie du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une délibération budgétaire qui ne respecterait pas la règle de l'équilibre réel (CE, 9 juillet 1997, Commune de Garges-les-Gonnesse, Rec. p. 297, Juris-Data n° 050604) » (F. Priet, Le lotissement communal, DA avril 1999, p. 8).

La collectivité doit ouvrir un budget annexe et respecter la règle de l'équilibre réel, le cas échéant par virements du budget général vers le budget annexe

Le régime des travaux d'équipement et d'aménagement est celui du code des marchés publics. En cas de réalisation d'une opération par tranches, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence ou non d'une unité fonctionnelle. Si les équipements à réaliser présentent une certaine continuité (cas des voiries desservant les différentes tranches), les seuils à prendre en considération pour déterminer le mode de passation des marchés sont ceux de l'ensemble des tranches de l'opération d'aménagement.

Les acquisitions et ventes de terrains et immeubles obéissent aux articles L.2241-1 du CGCT : délibération motivée au vu de l'avis de France Domaine.

Distinction concession/régie avec l'assistance d'un mandataire

La collectivité qui décide de réaliser en régie une opération d'aménagement, c'est-à-dire en conservant la maîtrise d'ouvrage de l'opération, peut décider de se faire assister d'un mandataire. Le mandat est ainsi une simple variante de réalisation directe de l'opération d'aménagement.

Les commentaires relatifs à la régie trouveront donc également à s'appliquer en présence d'un mandataire. En outre, les missions d'ordre financier qu'il serait utile de confier au mandataire sont aujourd'hui limitées.

Seule la concession constitue un mode de réalisation déléguée. À la différence de la concession d'aménagement qui opère un véritable transfert de maîtrise d'ouvrage, le mandataire n'exerce pas en son nom la maîtrise d'ouvrage de l'opération d'aménagement. La mission principale de l'aménageur est d'acquiescer en son propre nom des biens, de réaliser des équipements en qualité de maître d'ouvrage et de vendre ou louer les biens ainsi aménagés, ce que ne peut faire le mandataire lui-même.

Le mandat n'est qu'une déclinaison de la régie. Il n'y a pas de transfert de maîtrise d'ouvrage

Le mandat constitue un mode juridique d'organisation de relations contractuelles, dont les fondements sont posés par le code civil. Son article 1984 le définit comme :

« (...) un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. », ou, autrement dit, comme un acte ayant pour objet de donner le pouvoir à un tiers d'accomplir des actes juridiques.

Le mandat se caractérise par le pouvoir du mandataire d'engager juridiquement son mandant. Le contrat est « transparent » : dès lors le mandataire est soumis aux mêmes droits et obligations que son mandant et doit lui rendre des comptes.

Autrement dit, dans un mandat, pour l'essentiel, le mandataire ne fait pas lui-même, mais il fait faire des prestations (études, travaux, prestations diverses ...) par des tiers avec lesquels il contracte au nom et pour le compte du mandant.

Le mandataire accomplit toutefois nécessairement des actes matériels, mais en tant qu'accessoires de sa mission de représentation, ne serait-ce que l'apposition de signatures et l'envoi des contrats et actes signés aux intéressés, et plus généralement

la gestion et le « suivi » de ces contrats et actes. La situation est tout à fait différente, juridiquement, des cas où un prestataire est chargé, à titre principal, d'une mission de gestion ou d'assistance.

Pour l'essentiel, le mandataire « fait faire » et ne fait pas lui-même

Les actes accomplis par le mandataire engagent le mandant comme s'il les avait accomplis lui-même, et ont effet dans le patrimoine du mandant – et non dans celui du mandataire. Le mandataire est soumis aux obligations qui se seraient imposées au mandant s'il avait agi lui-même. Dans la même logique, le mandataire doit rendre compte au mandant de tout ce qu'il a fait en son nom.

Le mandataire est transparent à l'égard des tiers

Les tiers avec lesquels le mandataire contracte au nom du mandant sont responsables de la bonne exécution de leur contrat envers le mandant et non envers le mandataire : ils ne sont pas « sous-traitants » de ce dernier. Le mandataire n'est donc pas lui-même responsable envers le mandant de l'accomplissement des obligations contractuelles de ces tiers : il n'a pas d'obligation de résultat quant aux prestations confiées à ces tiers ; en revanche, le mandataire est responsable envers le mandant des attributions qui lui ont été confiées personnellement, parmi lesquelles, notamment, le suivi de la bonne exécution par ces tiers de leurs propres obligations : à ce titre, il a une obligation de moyens.

Le mandataire doit exécuter sa mission personnellement. Les marchés sont passés par le mandataire au nom et pour le compte de la collectivité mandante dans le respect des règles qui sont applicables à cette collectivité, soit le plus souvent, le code des marchés publics.

En matière d'aménagement, on peut recenser différents fondements au mandat, principalement la loi MOP et l'article R 321-20 du code de l'urbanisme.

Aux termes de la loi MOP du 12 juillet 1985, le maître de l'ouvrage de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi que les équipements industriels destinés à leur exploitation (sauf exceptions définies par la loi), peut confier dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés à un mandataire, dans les conditions définies par une convention devant contenir des dispositions obligatoires, l'exercice, en

son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage. Les maîtres d'ouvrages visés, les ouvrages concernés (article 1 de la loi) et les attributions susceptibles d'être déléguées (article 3) sont définies par la loi. Les mandats d'aménagement peuvent désormais être conclus avec toute personne publique ou privée (article 4 de la loi MOP du 12 juillet 1985 modifié).

L'article R. 321-20 du code de l'urbanisme autorise les collectivités à confier à un mandataire une pluralité de missions, qui recouvrent l'essentiel des actions devant être mises en œuvre dans le cadre d'une opération d'aménagement. Notons que l'article R. 321-20 ne prévoit pas la possibilité de commercialiser au nom et pour le compte.

Cependant, ces dispositions, introduites dans le code de l'urbanisme en 1976, sont aujourd'hui incompatibles avec le droit de l'Union européenne, et n'ont pas été mises en concordance avec les évolutions législatives et réglementaires. C'est ainsi qu'elles limitent la possibilité de confier un tel mandat aux SEML et établissements publics d'aménagement. Le monopole conféré par l'article R 321-20 du code de l'urbanisme aux SEML et établissements publics d'aménagement se trouve aujourd'hui en contradiction avec l'article 4 de la loi MOP du 12 juillet 1985.

En vertu de la hiérarchie des normes, les mandats d'aménagement peuvent désormais être conclus avec toute personne publique ou privée. La passation du contrat de mandat doit respecter les règles de passation prévues par le code des marchés publics.

Le fondement légal de l'intervention d'un mandataire reste cependant à clarifier

L'assistance d'un mandataire se heurte également à l'avis du 13 février 2007 du conseil d'État, s'agissant du paiement des dépenses de l'opération et de la perception des recettes issues des cessions de terrains. Dans cet avis, repris dans une circulaire de la direction générale des collectivités locales et de la direction générale de la comptabilité publique du 8 février 2008 (NOR : INT/B/08/00027/C), le Conseil d'État estime que « le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ». Ainsi, le Conseil d'État indique que « les collectivités territoriales et leurs établissements publics ne sont pas fondés à disposer de leur compétence, en matière de

recettes et de dépenses publiques, par une convention de mandat, sauf dans le cas où la loi autorise spécifiquement la conclusion d'une telle convention ».

Le fondement législatif explicite à la possibilité pour le mandataire de payer les dépenses de tiers liées au mandat d'études préalables fait ici défaut.

En l'état actuel du droit, le mandataire ne pourra pas payer les tiers, ni percevoir les recettes

Distinction concession d'aménagement/concession de travaux

Les concessions de travaux sont « des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage soit dans ce droit assorti d'un prix ».

Ces contrats ne peuvent convenir à la matière de l'aménagement, qui ne se résume pas à l'exploitation d'un bâtiment ou de travaux de génie civil.

La concession de travaux est issue de l'ordonnance du 15 juillet 2009 (Ord. n° 2009-864, 15 juill. 2009, relative aux contrats de concession de travaux publics) qui a transposé en droit français le titre III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services consacré aux règles prescrites dans le domaine des concessions de travaux publics. Les autres dispositions de la directive, contenues dans les titres I et II relatifs aux règles de passation des marchés, ont été intégrées dans le code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005.

Ce dispositif a été complété par le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

L'ordonnance transpose en droit interne la définition européenne des contrats de concession de travaux publics.

Même si tel peut être le cas en droit européen, les concessions d'aménagement ne sauraient, en droit interne, être qualifiées de « simples » concessions de travaux, dont l'objet est limité à la réalisation d'ouvrages ou de génie civil. Comme il a été rappelé précédemment, l'existence d'une véritable opération d'aménagement est nécessaire à la mise en œuvre de ce contrat, et le droit interne ne se limite pas à l'identification d'une délégation de la maîtrise d'ouvrage des travaux pour définir la concession d'aménagement.



Disposant d'un cadre juridique spécifique, les concessions d'aménagement, même qualifiées de concessions de travaux au sens du droit communautaire, seront soumises aux procédures de publicité et de mise en concurrence désormais codifiées aux articles R. 300-4 à R. 300-11 du code de l'urbanisme et non aux dispositions des articles L. 1415-1 et suivant du CGCT.

De ce fait, la dévolution des concessions d'aménagement ne relève pas des dispositions du CGCT relatives aux délégations de service public, mais du régime défini par les articles R. 300-4 et suivants du code de l'urbanisme.

N'étant ni un marché, ni un mandat, ni une concession de service public, la concession d'aménagement est un contrat administratif *sui generis*, en droit interne.

Une concession d'aménagement est plus globale qu'une concession de travaux puisque mettant en œuvre une véritable opération d'aménagement

Distinction concession d'aménagement/concession de service public

Selon la définition classique, la concession (de service public) est un contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt et que l'on rémunère, en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public.

La concession d'aménagement se distingue de la concession de service public dans la mesure où :

- le concessionnaire n'exploite pas à proprement parler un service public mais réalise une opération foncière de viabilisation et d'équipement de locaux ou de revente des lots viabilisés ; il participe ainsi à l'objet du service public de l'aménagement.
- il ne finance pas les installations nécessaires au fonctionnement d'un service public dont il assure la gestion ;
- il n'est pas en relation avec des usagers mais avec des acheteurs ou des locataires ;
- sa rémunération n'est pas une redevance mais consiste dans le prix de vente ou de location de biens aménagés.

Si les concessions d'aménagement présentent des caractéristiques communes avec les concessions de service public (contrats de longue durée, transfert de maîtrise d'ouvrage, etc ..), elles s'en distinguent fondamentalement quant à l'objet même du contrat

Distinction concession d'aménagement/contrat de partenariat public privé

Le contrat de partenariat fait partie, au même titre que la concession d'aménagement ou la délégation de service public, des opérations de partenariat public-privé, entendues au sens large, comme les contrats conclus par les personnes publiques pour confier à un opérateur économique la réalisation et l'entretien, la gestion ou l'exploitation ainsi que le préfinancement total ou partiel d'investissements publics. S'agissant d'un contrat complexe et de longue durée à l'instar de la concession d'aména-

gement, et également sous-tendu par la recherche d'un partage optimal des risques entre la collectivité et son partenaire, son utilisation n'est, par principe, pas exclue dans le cadre de certaines opérations d'aménagement.

Cependant, le contrat de partenariat se distingue de la concession d'aménagement essentiellement par son objet, puisque consacré à la réalisation et l'exploitation d'ouvrages ou d'équipements, alors que la concession porte elle, sur une délégation globale d'aménagement, sans que, traditionnellement, les ouvrages réalisés par le concessionnaire ne fassent l'objet d'une exploitation.

On pourrait donc imaginer que certaines opérations de rénovation urbaine (dont l'objet serait par exemple la réalisation/exploitation d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles) puissent légalement être réalisées dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Cependant, le recours à ce type de contrat est circonscrit à des critères précis et à une méthodologie (évaluation préalable) qui peut s'avérer particulièrement lourde à mettre en œuvre pour la réalisation d'une opération d'aménagement qui dispose par ailleurs d'un cadre contractuel *ad hoc*.

Le contrat de partenariat, s'il n'est pas impossible à mettre en œuvre pour certaines opérations d'aménagement, est un outil peu adapté à l'aménagement au sens traditionnel du terme

Aux termes de l'article L 1414-1 I du CGCT, le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Toutefois, le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret.

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Distinction concession/contrat de prestation de service

La collectivité qui souhaite réaliser une opération d'aménagement peut avoir recours, afin d'y parvenir, aux services d'un ou le plus souvent, plusieurs, prestataires de services.

La prestation de services est un contrat par lequel un prestataire exécute pour le compte de son donneur d'ordre des missions spécifiques et précisément identifiées.

De tels contrats permettront à la collectivité de s'entourer efficacement de professionnels de l'aménagement, en conservant la direction et la responsabilité totale de l'opération.

De la même façon, le financement de l'opération restera à la charge de la collectivité.

Il ne s'agit en effet que de conclure un ou plusieurs marchés publics, qu'ils aient pour objet l'assistance à maîtrise d'ouvrage, la réalisation d'études opérationnelles, de travaux, moyennant un prix payé par la collectivité.

Or, la concession d'aménagement dépasse le cadre du simple contrat d'entreprise, ne peut pas se limiter à la seule réalisation de prestations et ne peut donc être assimilée à une simple prestation de services. L'aménageur agit en qualité de maître d'ouvrage : il passe lui-même les marchés nécessaires à la réalisation des études et travaux, il peut agir en justice non pas en tant que mandataire de la collectivité mais en son nom, les travaux sont réalisés sur des terrains lui appartenant... Autant d'éléments qui ne correspondent pas à la définition de la prestation de service.

De plus, la définition des marchés de travaux fait toujours référence à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par le pouvoir adjudicateur, ce qui conduit à maintenir hors du code des marchés publics les contrats complexes dans lesquels le titulaire du contrat exerce la maîtrise d'ouvrage, tels que les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques administratifs et les concessions d'aménagement, ce qui ne signifie pas que ces contrats échappent à toute procédure, mais simplement que la procédure est différente de celle prévue par le code.

La prestation de service est un simple marché et n'opère aucun transfert de maîtrise d'ouvrage

La distinction fondamentale entre la concession et un marché public réside dans le mode de rémunération du concessionnaire : ce dernier ne perçoit pas un prix de l'administration mais se rémunère par les prix des cessions, concessions d'usage et des locations de terrains ou d'immeubles bâtis éventuellement complétés par des participations ou subventions des personnes publiques.

La collectivité qui souhaite conserver la maîtrise d'ouvrage de l'opération mais n'entend pas recourir au mandat, peut néanmoins se faire assister dans le cadre de la réalisation de l'opération par un conducteur d'opération, pour une assistance générale à caractère administratif, financier et technique, ou de façon plus ponctuelle, par un prestataire pour des missions plus restreintes (contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage). Dans ce cadre, il s'agit d'un véritable marché public et toutes les règles de passation et d'exécution des marchés prévues par le code des marchés publics sont applicables.

*Comme dans tout marché public,
le prestataire de service en aménagement,
perçoit un prix de la collectivité*

À la différence de la concession, le prestataire ou le conducteur d'opération n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage de l'opération, pas plus qu'il ne représente la collectivité comme c'est le cas en mandat.

Distinction concession/cession de terrain avec charges

La vente de terrains par une personne publique avec un programme de construction imposé à l'acquéreur peut être perçue comme une alternative à la concession d'aménagement.

La question est de savoir si une personne publique peut, dans l'acte de vente d'une parcelle lui appartenant, contraindre l'acquéreur à réaliser le programme et le schéma d'aménagement établis par la commune pour la réalisation d'une zone d'activité ou si, pour la mise en œuvre par un opérateur privé de ce programme, elle doit nécessairement signer une concession d'aménagement.

Utiliser la technique de la cession de terrain avec charges pour confier à un opérateur la réalisation d'un véritable programme d'aménagement, apparaît inapproprié tant pour des raisons juridiques que pour des raisons opérationnelles :

- d'une part, en fonction des clauses figurant au contrat, on pourrait s'interroger sur le risque de requalification en concession d'aménagement et donc sur la légalité d'un contrat dont les modalités



de passation et le contenu ne seraient pas ceux prévus pour la concession au code de l'urbanisme, ainsi qu'au CGCT, s'agissant d'un contrat passé avec une SEM ;

- d'autre part, la vente de terrain avec charges ne peut en aucun cas conduire à la réalisation d'équipements publics, ce qui serait directement contraire à la loi MOP et à la directive « marchés » ;
- enfin, cette technique contractuelle peut s'avérer très contre-productive au regard des objectifs poursuivis par la collectivité en terme de qualité urbaine, de niveau et de qualité d'équipements publics ; il est souvent nécessaire de disposer d'une vision globale de l'aménagement, à une échelle dépassant le cadre de la parcelle concernée pour garantir une cohérence globale. Or, la technique envisagée repose sur une parcellisation de l'aménagement qui peut dans certains cas se révéler incompatible avec la cohérence d'ensemble de l'opération. La collectivité à l'initiative de l'opération pourrait avoir des difficultés à faire réaliser une véritable opération d'aménagement, avec des objectifs de qualité même assez communs, simplement en procédant à des cessions successives de terrains.

Dès lors que la collectivité envisage de faire réaliser par un opérateur privé une véritable opération d'aménagement, la solution reste la passation d'une concession d'aménagement.

Distinction concession/Projet urbain partenarial

Le projet urbain partenarial défini aux articles L. 332-11-3 et suivant du code de l'urbanisme ne constitue qu'un mode de financement des équipements publics par un constructeur. La conclusion d'un PUP ne permet en aucun cas au co-contractant privé d'être maître d'ouvrage de ces équipements publics.

Critères de choix régie/mandat/concession d'aménagement

	REGIE	REGIE AVEC ASSISTANCE D'UN MANDATAIRE	CONCESSION
La qualité du cocontractant		Toute personne qualifiée sauf maître d'œuvre	La concession d'aménagement pouvant être conclue avec tout aménageur, sans discrimination, la qualité du cocontractant ne constitue plus, d'un point de vue strictement juridique, un critère de choix du mode opératoire pertinent.
L'exercice de prérogatives de puissance publique	Lorsque l'opération d'aménagement est réalisée en régie, éventuellement avec l'assistance d'un mandataire, les expropriations et les préemptions sont menées par la collectivité. Le mandataire peut néanmoins réaliser les missions « techniques » de l'expropriation et/ou de la préemption.		Tout aménageur titulaire d'une concession d'aménagement, quelle que soit sa nature juridique, peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. La capacité à exercer des prérogatives de puissance publique constitue un critère de choix du mode opératoire pertinent.
La responsabilité et le risque financier	Financement direct par la collectivité – le risque incombe à la collectivité qui doit ouvrir un budget annexe.		Risque de l'opération à la charge de l'aménageur au-delà de la participation prévue au contrat, éventuellement modifiée par avenant. Possibilité pour la collectivité de verser des participations au coût de l'opération dans le cadre du traité de concession. Possibilité de bénéficier de participations financières d'autres collectivités territoriales. (article L. 300-5 du code de l'urbanisme). SEML aménageur : possibilité pour la collectivité de verser des avances à l'opération (CGCT, art. L.1523-2, 4°)
Le financement de l'opération	Collectivité.		Financement par l'aménageur. Participation du concédant : possibilité pour le concédant de participer au coût de l'opération, que l'aménageur soit une SEM ou non (L.300-5 du code de l'urbanisme). Avances : possibilité pour le concédant de verser des avances quand l'aménageur est une SEM (1523-2 du CGCT).
Le budget de la collectivité concédante	Inscription de la totalité des dépenses dans le budget de la collectivité publique (budgets annexes, devant être équilibré en dépenses et en recettes). Inscription et mobilisation du financement de l'opération. Impossibilité d'inscrire des recettes qui ne seraient ni sûres ni certaines.		Inscription dans le budget du concédant uniquement du montant de la participation. Avances du concédant : elles font l'objet d'une convention approuvée par l'organe délibérant du concédant et précisant leur montant, leur durée, l'échéancier de leur remboursement ainsi que leur rémunération éventuelle.
La fiscalité	TVA de droit commun. La collectivité bénéficie du FCTVA uniquement sur les équipements publics.		TVA dépenses/recettes récupérée par l'aménageur. TVA sur participation sur déficit non récupérable directement (section de fonctionnement), mais récupérable via le FCTVA lors de la remise des équipements publics. V. <i>infra</i> Partie VI – Eléments fiscaux de la concession d'aménagement.
Les acquisitions et les ventes	Les acquisitions et prises à bail doivent être approuvées par délibération de l'organe délibérant de la collectivité publique, prise au vu de l'avis des Domaines, sans possibilité de déléguer cette compétence au président de l'organe délibérant de la collectivité. (article 23 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF »)		En fonction de la nature juridique du concessionnaire SEML : obligation de consulter les Domaines préalablement aux acquisitions ; le Conseil d'administration de la SEM peut déléguer au président, voire au directeur de la SEM la compétence pour acquérir ou prendre à bail, au vu de l'avis des Domaines ; une délibération n'est donc pas nécessairement requise. (article 23 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « loi MURCEF »). Aménageurs privés : absence de formalisme.
	Les ventes de terrains et immeubles doivent être approuvées par délibération de l'organe délibérant de la collectivité prise au vu de l'avis des Domaines, sans possibilité de déléguer cette compétence au président de l'organe délibérant de la collectivité publique. (article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales).		Les ventes de terrains et immeubles obéissent aux règles du droit privé : pas de délibération ni d'obligation de demander l'avis des Domaines ; en ZAC, obligation d'annexer un cahier des charges approuvé par le président de l'organe délibérant de la collectivité publique à chaque cession (et non pas par l'organe délibérant de la collectivité publique), et possibilité de prévoir dans le contrat d'aménagement un agrément du président de l'organe délibérant de la collectivité publique préalable à chaque cession (en ZAC ou hors ZAC).

	REGIE	REGIE AVEC ASSISTANCE D'UN MANDATAIRE	CONCESSION
La réalisation des équipements publics	Equipements réalisés sous maîtrise d'ouvrage de la personne publique compétente. Application du code des marchés publics		S'agissant des équipements d'infrastructures (parking, aménagement place, ...), l'article 1 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP) les exclut explicitement de son champ d'application lorsqu'ils sont réalisés en ZAC, lotissement, PRI et RHI. En revanche, tel n'est pas le cas pour les équipements de superstructures (écoles, gare routière, ...). Contrairement aux ouvrages d'infrastructures, le législateur n'a pas exclu les ouvrages de superstructures du champ d'application de la loi MOP. Il n'y a pas d'obstacle juridique à la réalisation par un aménageur titulaire d'une concession d'aménagement des équipements de superstructures répondant aux seuls besoins de l'opération. Il conviendra néanmoins de veiller à ce que la convention d'aménagement intègre, à peine de nullité, les dispositions de l'article 5 de la loi MOP relatives au contrôle de la collectivité (définition de l'enveloppe financière et du programme, reddition des comptes, ...).
Les modes de passation des marchés	Les contrats sont passés dans le respect des dispositions du code des marchés publics (CAO de la collectivité, délibération préalable à toute approbation et autorisation de signature du marché, délais prévus par le code des marchés publics).		L'aménageur est une SEM : ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées. L'aménageur n'est pas une SEM : les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus pour l'exécution de la mission sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence définie par décret en Conseil d'Etat (code de l'urbanisme, article L.300-5-1 nouveau).
Contrôle de la collectivité	Contrôle direct par la collectivité.	Idem régie Le mandataire doit rendre des comptes à la collectivité en justifiant chaque dépense ; quitus doit être donné au mandataire.	Le traité de concession d'aménagement doit préciser (article L.300-5 du code de l'urbanisme) : <ul style="list-style-type: none"> - l'objet du contrat, sa durée et les conditions dans lesquelles il peut être éventuellement prorogé ou modifié (ou renouvelé : article L. 1523-2 du CGCT) ; - les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance par la collectivité publique cocontractante ainsi que, éventuellement, les conditions et les modalités d'indemnisation du concessionnaire ; - les obligations de chacune des parties ; Compte-rendu financier : <ul style="list-style-type: none"> - participation ; - l'aménageur est une SEM : obligation de fournir au concédant un compte-rendu financier qu'il y ait ou non participation du concédant au coût de l'opération d'aménagement (article L.1523-2 du CGCT) ; - L'aménageur n'est pas une SEM : obligation de fournir un compte-rendu quand le concédant participe au coût de l'opération (L.300-5 du code de l'urbanisme) ; - Subventions versées par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements et des établissements publics : obligation de fournir un compte-rendu financier. Le compte-rendu financier porte sur les aspects techniques, financiers et comptables de l'opération. Il doit faire l'objet d'un examen par l'organe délibérant de la collectivité publique cocontractante et comporter en annexe : <ul style="list-style-type: none"> - le bilan prévisionnel actualisé de l'opération, - le plan de trésorerie actualisé, - un tableau des acquisitions et cessions. Il doit être soumis à l'examen de l'organe délibérant de la collectivité publique cocontractante dès réception du document par la collectivité, et l'assemblée délibérante doit se prononcer par un vote. Lorsque le concédant participe au coût de l'opération, obligation de mentionner dans le traité de concession : <ul style="list-style-type: none"> - les modalités de cette participation financière, - le montant total prévisionnel et s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles ; Toute modification de ce montant doit faire l'objet d'un avenant au traité de concession. Compte-rendu en cas de subventions : lorsque l'opération bénéficie de subventions de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements ou des établissements publics.

2.5 - Conclusion

Au terme de cette seconde phase, la collectivité aura :

- défini l'opération d'aménagement, identifié les aléas et déterminé le principe d'une participation à l'opération,
- identifié les missions dont la mise en œuvre est nécessaire à la réalisation de l'opération d'aménagement,
- établi le caractère « concédable » de cette opération au regard des critères décrits ci-avant,
- identifié celles des missions qui seront confiées à l'aménageur en fonction des besoins de la collectivité
- et choisi le mode de mise en œuvre de l'opération.

Dès lors que la collectivité aura choisi de mettre en œuvre une concession d'aménagement, il sera nécessaire de définir, en fonction des caractéristiques de l'opération et de ses besoins, la procédure de passation de cette concession.

Cependant, il convient de rappeler que la collectivité peut également décider de confier la concession à un organisme « in house ». Dans ce cas de figure, aucune procédure de passation n'est nécessaire.

Cette possibilité est expressément prévue à l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme qui énonce que « *Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent* ». On aura reconnu la formule qui caractérise les contrats « in house ».

Cette dérogation trouve son origine dans la jurisprudence communautaire dite des « prestations in house ». Seules les prestations confiées « de manière quasi interne » à des prestataires distincts d'une personne publique échappent au « degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence ». Encore faut-il que cette personne publique applique à ces prestataires un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qu'ils réalisent avec elle l'essentiel de leur activité.

Cette dérogation n'est pas permise aux SEML en raison de la participation obligatoire d'actionnaires privés dans leur capital.

Les sociétés publiques locales d'aménagement, prévues à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme créé par l'article 20 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 (loi portant engagement national pour

le logement), ont été conçues pour répondre aux critères des sociétés « in house ». Leur objet social est limité à la réalisation d'opérations d'aménagement.

Les sociétés publiques locales introduites à l'article L.1531-1 du code général des collectivités locales par la loi du 19 mai 2010 constituent une nouvelle variante de la société anonyme. Les SPL sont dotées par la loi de compétences étendues, puisqu'elles peuvent, à l'instar des SEM, réaliser des opérations d'aménagement, de construction, exploiter des services publics à caractère industriel et commercial et plus généralement, exercer toutes activités d'intérêt général.

Aucune procédure de passation n'est nécessaire dès lors que l'opération d'aménagement est concédée à une SPLA ou une SPL

Qu'il s'agisse d'une SPLA ou d'une SPL, l'article L. 300-5-2 du code de l'urbanisme exige la conclusion d'un contrat même lorsque l'opération d'aménagement est réalisée par un aménageur entretenant avec la collectivité concédante un rapport « in house ».

La question a pu se poser dans la mesure où le raisonnement suivi par la CJCE, depuis l'arrêt Teckal, pour reconnaître qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à procédure de mise en concurrence pour les contrats passés avec un organisme « in house », repose sur l'idée que l'organisme est tellement « intégré » qu'il n'est pas un véritable tiers par rapport à la personne publique dont il dépend et que, par conséquent, il n'y a pas entre eux de véritable contrat, en l'absence de contractants véritablement distincts. Il ne s'agit pas en fait d'une exception à l'application des principes de mise en concurrence, mais simplement d'une constatation qu'il n'y a pas lieu de les appliquer.

C'est seulement au regard de l'obligation de mise en concurrence que l'organisme ne peut être considéré comme un véritable tiers.

Un contrat de concession spécifique est donc nécessaire pour chaque opération d'aménagement, même lorsque le concessionnaire est en situation « in house ». L'existence d'un contrôle très fort de la collectivité concédante sur la SPLA, analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, ne doit pas exclure toute organisation des relations entre la collectivité et la SPLA.

Bien au contraire, compte tenu de la proximité entre le concédant et la SPLA, il convient de contractualiser ces relations dès le lancement de l'opération afin d'éviter d'éventuelles difficultés. Au-delà de leur caractère contractuel, ces dispositions constituent un mode de fonctionnement de la concession d'aménagement.

Ainsi, même en présence d'un aménageur en situation « in house », subsiste la distinction entre concession d'aménagement et autres contrats, résultant du contenu même de la concession : existence d'une véritable opération d'aménagement, existence de recettes provenant de tiers, maîtrise d'ouvrage propre du concessionnaire et non simple mandat... et subsiste également les dispositions de l'article L. 300-5 qui précisent le contenu du traité de concession, et notamment l'obligation de fixer le montant de la participation du concédant, qui ne peut être modifiée que par avenant, et l'obligation du CRACL s'il y a participation ou subventions.

Si les contrats passés avec les SPLA et les SPL ne sont pas des « vrais contrats » pour ce qui est des obligations de mise en concurrence, ils restent néanmoins des contrats pour tous autres aspects...



Étape 3 - Choix de la procédure



OBJECTIFS DE L'ÉTAPE

Sur la base du résultat des études préalables et des objectifs qu'elle poursuit, la personne publique concédante doit identifier la procédure de passation à mettre en œuvre, parmi les six procédures prévues par le code de l'urbanisme. Ce choix est d'autant plus important qu'il conditionne :

- la légalité du contrat qui sera conclu, l'erreur dans le choix de la procédure entraînant l'illégalité de la délibération désignant l'aménageur et approuvant le projet de concession ;
- la réalisation des objectifs poursuivis à travers l'opération d'aménagement, qui doivent trouver une traduction dans les éléments de la consultation.

STRATÉGIE

Au regard du résultat des études préalables, tant au niveau opérationnel que financier, de la nature et de l'importance des aléas identifiés, et des objectifs qu'elle poursuit, la collectivité doit déterminer :

- si la procédure entre dans le champ des procédures formalisées par le code de l'urbanisme (« procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions » ou « procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés ») ;
- si tel est le cas, la procédure de passation sera celle applicable aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions (procédure « normale » ou « simplifiée ») si l'aménageur assume une part significative du risque économique du contrat ; si l'aménageur n'assume pas un tel risque, la collectivité devra mettre en œuvre l'une des procédures applicables aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés (appel d'offre ou plus certainement dialogue compétitif).

La distinction entre ces deux types de procédure est subtile dans la mesure où elle est certes fondée sur la définition qu'en donne la directive communautaire 2004/18/CE, article 1^{er}, mais que l'interprétation qu'il convient de donner à cet article est du ressort de la CJUE, qui en trace les contours au gré des affaires qui lui sont présentées. Aussi, l'analyse qui est faite en 2011 de la différenciation entre les concessions soumises au droit européen des marchés et celles soumises au droit communautaire des concessions évoluera nécessairement en même temps que la jurisprudence européenne elle-même.

En tout état de cause, la collectivité doit considérer que de la qualité et de la complétude des études préalables dépendra la possibilité pour l'aménageur qui s'engage pour une longue durée à assumer une part significative du risque économique du contrat. En tant qu'opérateur économique, celui-ci devra naturellement avoir une certaine maîtrise de ses engagements, notamment financiers.

Par ailleurs, au-delà des questions purement procédurales, la collectivité devra traduire les objectifs qu'elle poursuit dans les documents de la consultation mise en œuvre tant au regard des missions et engagements de l'aménageur, que de l'organisation de son contrôle sur l'opération, notamment quant au processus à mettre en place pour assurer le respect par l'ensemble des intervenants (aménageur, entreprises, promoteurs, ...) des principes en matière de qualité urbaine et architecturale et de développement durable.

3.1 - quel est le montant total des produits de l'opération concédée ?



La première étape consiste donc à établir le montant prévisionnel du contrat pour faire le choix entre procédure adaptée/procédure formalisée.

La jurisprudence de la CJUE rappelle dans de nombreux arrêts que l'objectif principal des règles du droit européen en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les états membres ; elle est aujourd'hui très claire sur ce sujet : « pour déterminer la valeur d'un marché aux fins de l'article 6 de la directive, il convient de prendre en compte la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers. » (arrêt Auroux, point 57).

Il n'est donc pas possible de limiter l'appréciation du seuil au montant des ouvrages remis au concédant comme le prévoyait le décret de 2006.

C'est le montant total du bilan prévisionnel de l'opération qu'il convient donc de considérer pour apprécier le seuil de déclenchement des procédures. Il convient pour cela de prendre en compte l'ensemble des produits attendus de l'opération, comprenant non seulement les recettes provenant de la cession ou de la location des terrains aménagés, mais également les participations du concédant et les subventions de tiers (État, ANRU, autres personnes publiques, ...).

Le choix de la procédure dépend avant tout du montant global prévisionnel du contrat

Si le montant prévisionnel total des produits de l'opération d'aménagement concédée est inférieur au seuil mentionné pour les marchés de travaux au 2° du IV de l'article 40 du code des marchés publics (4 845 000 € HT), la procédure à suivre sera la procédure adaptée de l'article R 300-11-7 du code de l'urbanisme (se reporter à la fiche « Procédure adaptée », en partie 4 du guide).

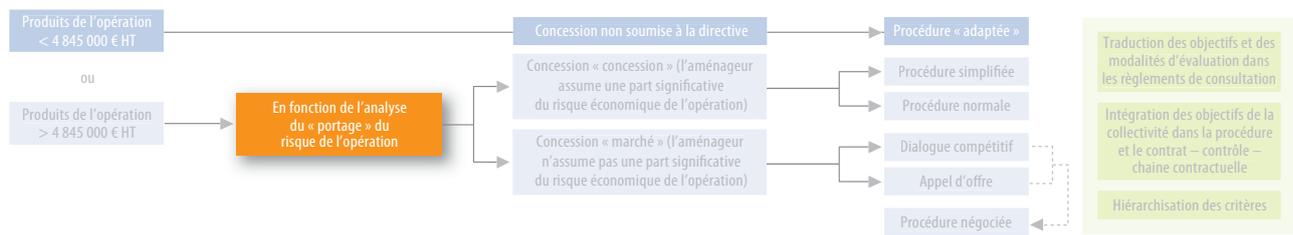
Dès lors que le montant total des produits de l'opération d'aménagement concédée excède ce seuil, il conviendra d'apprécier pour déterminer la procédure applicable si l'aménageur assume ou non « une part significative du risque de l'opération ». La procédure sera celle du droit communautaire des concessions de travaux si l'aménageur assume une part significative du risque économique du contrat, celle du droit communautaire des marchés si tel n'est pas le cas.

RÉPONSE MINISTÉRIELLE - NOTION DE PRODUITS

Rép. min. n° 66351 : JOAN Q 11 mai 2010, p. 5254 (extrait)

Pour déterminer le montant total des produits de l'opération, il convient dorénavant de prendre en compte la valeur totale du contrat, du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers. Le concédant doit donc établir un prébilan prévisionnel de l'opération, ce qui revient à : définir le montant des participations que le concédant versera ; valoriser les apports en nature en prenant en compte, par exemple, le coût réel de terrains lorsque le concédant les cède pour un euro symbolique ou à un tarif préférentiel ; recenser les subventions qui seront octroyées par les différentes personnes publiques ; évaluer, *a priori*, les recettes de commercialisation des charges foncières et des biens immobiliers et, le cas échéant, d'autres types de recettes.

3.2 - Le concessionnaire assume-t-il une part significative du risque ?



Points clés

Le critère du risque du contrat est, en droit européen, un élément de lecture de la concession du « droit d'exploiter » comme constituant la rémunération du cocontractant d'un pouvoir adjudicateur.

Cette analyse est aujourd'hui également celle du juge français dans le domaine analogue des délégations de service public, le critère d'une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation s'étant enrichi de la nécessité pour le délégataire de supporter une part significative du risque d'exploitation.

En matière de concession d'aménagement, et bien que les articles R.300-4 à R.300-11-8 du code de l'urbanisme ne fassent plus référence au mode de rémunération du concessionnaire pour ne se référer qu'au seul critère du risque, il importe encore que l'opération présente également des recettes propres pour être concédée. Il faut noter que la notion de rémunération n'est pas assimilable aux imputations des charges de l'aménageur sur le bilan de l'opération (frais de fonctionnement, ...), également qualifiées de « rémunération » par l'article L. 1523-2 du CGCT. Pour la qualification du risque de l'aménageur, la notion de rémunération correspond aux produits de l'opération.

Cette nécessité pour l'aménageur de percevoir des recettes provenant de la vente ou la location des terrains aménagés ressort :

- de la définition légale de la concession d'aménagement posée par l'article L.300-4 du code de l'urbanisme, et de celle de l'opération d'aménagement, qui pose en critères substantiels du contrat l'existence d'une action foncière et la cession de terrains aménagés ;
- de la jurisprudence de la CJUE, le critère de la rémunération issue du droit de tirer profit de l'ouvrage objet du contrat, étant nécessaire à la reconnaissance d'une concession.

Le risque mis à charge du concessionnaire d'aménagement est par ailleurs en droit interne le moyen de définir la procédure de passation du contrat, mais n'a aucune incidence sur la nature du contrat

lui-même, qui reste de nature concessif, l'aménageur agissant en qualité de maître d'ouvrage.

Dès lors que la part de recettes propres de l'opération est suffisante pour que la concession soit envisageable, il est possible d'apprécier ce critère au travers de l'analyse du risque, au vu de l'économie globale du contrat.

Le risque du contrat doit être distingué du ou des aléas de l'opération, qui ont été mis en évidence à l'occasion des études préalables (v. Étape 1, § 1.3), et qui doivent d'ailleurs également s'apprécier au regard des objectifs et exigences qualitatives de la collectivité quant à l'opération, et des exigences « performantielles » quant à l'aménageur lui-même. L'identification de ces aléas met en évidence le risque de l'opération et non le risque du contrat lui-même. Plus ces aléas seront encadrés et connus, plus le risque du contrat sera transférable du concédant à l'aménageur.

Transférer une part significative du risque à l'aménageur n'implique pas que la collectivité ne participe pas ou peu à l'opération. Le transfert de risque est indépendant du niveau d'engagement financier de la collectivité, même si une participation publique particulièrement importante peut traduire une « dégradation » du risque pris par l'aménageur. Ce n'est pas nécessairement le cas, la jurisprudence de la CJUE reconnaît aujourd'hui l'existence d'un véritable transfert du risque du contrat alors même que le service exploité ne présente que peu de risque d'exploitation.

Ce qui importe, c'est que la rémunération du cocontractant varie avec « l'exploitation », avec la potentialité d'une perte en cas de baisse des résultats.

Ce risque dans une opération d'aménagement est certes toujours et avant tout lié à la commercialisation des terrains, et il passe également par la prise en charge de tout ou partie des aléas identifiés ou non au travers de la grille des aléas (liés à la viabilisation, nature du sol, risque archéologique, liés aux procédures, liés aux acquisitions foncières, liés aux études, liés aux travaux, liés aux cessions, le cas échéant des particuliers, liés aux opérations de rénovation urbaine, etc ...).

Mais le risque ne ressort pas seulement d'une comparaison du nombre des aléas pris en charge par l'une ou l'autre partie au terme de la négociation.

Il ne ressort pas non plus uniquement du fait que la rémunération de l'aménageur provient des recettes de commercialisation.

Le risque ressort de toutes les clauses du contrat lui-même.

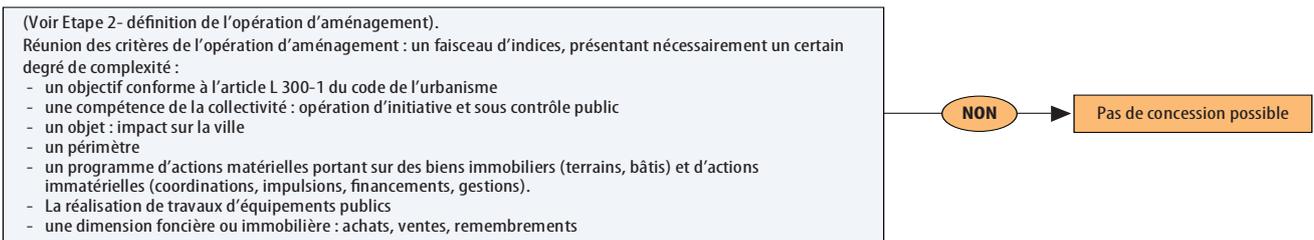
Ainsi, devrait-on considérer que le risque n'incombe pas significativement à l'aménageur si une concession, qui indiquerait pourtant que l'opération d'aménagement est réalisée aux risques de l'aménageur, contient des clauses conduisant au versement d'une participation d'équilibre, ou des clauses prévoyant un rachat automatique par le concédant des terrains invendus à la valeur d'équilibre du bilan d'aménagement à l'expiration de la concession au terme prévu par le contrat (Voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'arrêt CJCE 18 janvier 2007, C-220/05, M. Auroux contre Commune de Roanne).

Pour chaque contrat, seule l'analyse de l'effet cumulé des clauses du contrat peut permettre de décider si une part significative du risque de l'opération alors confiée à l'aménageur, incombe ou non à ce dernier. Toute tentative de systématisation apparaît alors limitée, tant la palette des nuances contractuelles peut ici trouver à s'appliquer. La jurisprudence européenne ou interne se refuse d'ailleurs à juste titre à fixer un quelconque pourcentage permettant de « trier » les concessions des marchés.

Dans tout contrat, les parties prennent à leur charge ceux des risques du projet qu'elles sont capables d'assumer. C'est ici que la qualité et la précision des études préalables réalisées en amont trouvera tout son intérêt. Mieux l'opération sera connue et les aléas maîtrisés, plus il sera possible de transférer le risque sur l'aménageur dans le contrat. Fruit d'une négociation et d'une discussion parfois longue, la rédaction du contrat sera d'autant plus précise et claire que le risque de l'opération sera correctement appréhendé par les parties.

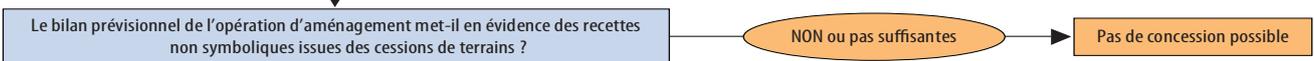
Synthèse du raisonnement pour le choix d'une procédure de passation

1- Est-on en présence d'une opération d'aménagement ?

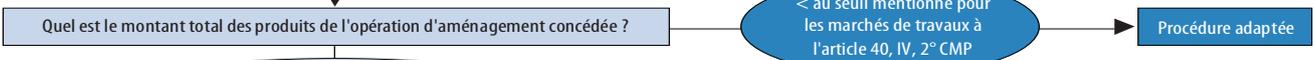


OUI

2- Quel est le montant des produits de l'opération ?

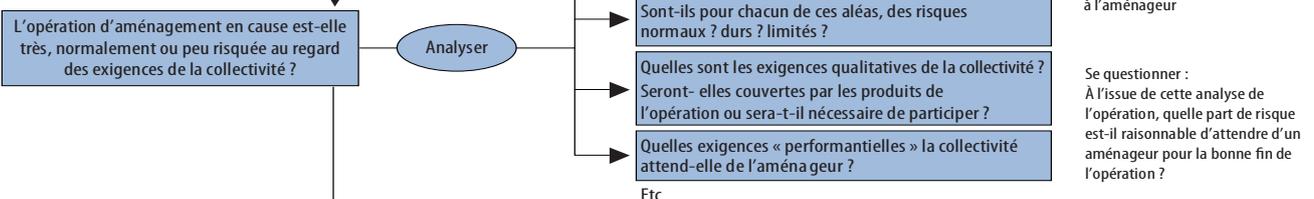


OUI



> au seuil mentionné pour les marchés de travaux à l'article 40, IV, 2° CMP

3- Le concessionnaire assume-t-il une part significative du risque ?



Dans le décret du 31 juillet 2006, la concession n'était envisagée que lorsque le concessionnaire était substantiellement rémunéré par les résultats de l'opération d'aménagement (C. urb., art. R. 300-11 ancien, inséré dans le code de l'urbanisme par le décret du 31 juillet 2006 relatif à la passation des concessions d'aménagement).

Ce premier critère a été complété par la nécessité pour le concessionnaire de supporter, pour que le contrat puisse être qualifié de concession au sens du droit européen, les risques de « l'exploitation », ou à tout le moins une part substantielle ou significative.

Afin d'intégrer l'arrêt Auroux du 18 janvier 2007, le décret du 22 juillet 2009 prend en considération la jurisprudence de la CJUE en matière de qualification des concessions de travaux ou de service, et différencie les procédures de passation des concessions d'aménagement - mais uniquement les procédures de passation - en fonction de la part significative du risque économique assumée ou non par l'aménageur.

Ce terme de la « rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'opération » disparaît donc des termes réglementaires. La question de l'origine de la rémunération est fondamentale pour déterminer la procédure applicable.

La jurisprudence européenne a mis en évidence le critère du transfert du risque pour distinguer les concessions des marchés

Le critère de la rémunération par les résultats de l'opération

Le critère de la rémunération par les résultats de l'opération n'a pas disparu.

Une analogie avec le régime des délégations de service public est envisageable sur ce point compte tenu de la proximité de ces deux types de contrats, avec toutefois une certaine distanciation, nécessaire compte tenu des distinctions entre délégations de service public et concessions d'aménagement.

En droit européen, comme aujourd'hui en droit interne en matière de délégation de service public, le critère du risque est intrinsèque à celui du trans-



fert du droit d'exploiter ; il s'agit d'une condition d'appréciation du critère légal de la rémunération par les résultats de l'opération.

Le juge européen considérait en effet comme principe que « la rémunération par un tiers engendre le risque », mais les contrats pouvant apporter toutes nuances en ce domaine, il ne suffit pas qu'il y ait rémunération par un tiers pour que le risque pèse significativement sur le cocontractant de l'administration.

En matière de délégation de service public, il ressort également de la jurisprudence du Conseil d'État que l'absence de transfert d'une part significative du risque permet aujourd'hui de disqualifier le contrat lui-même, ce critère étant considéré, tout comme en droit européen, comme élément d'appréciation de la réalité d'une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'opération.

Le critère du risque est un élément d'appréciation de la rémunération par les résultats de l'opération

Corrélativement, il reste que la CJUE semble prendre une position plus stricte quant à l'appréciation du critère de la rémunération par des tiers. Dans un arrêt Commission c/Italie du 18 juillet 2007 (aff. C-382/05), la CJUE a jugé que l'existence de recettes provenant de tiers n'a pas d'incidence sur la qualification du contrat si elles résultent de l'exploitation d'une activité accessoire, qui n'est pas l'activité d'intérêt général concédée elle-même.

Pour le juge français, par contre, les recettes d'exploitation peuvent provenir directement bien évidemment des usagers du service public lorsqu'ils existent, mais aussi de recettes complémentaires (comme la vente de l'énergie produite par un centre de traitement des déchets dans l'affaire Smitom,

CE 30 juin 1999) ou également d'un prix versé à l'opérateur par la collectivité publique lorsque ce prix correspond par exemple à un intéressement à la réalisation de performances.

Il apparaît par contre que pour le juge européen :

- lorsque les recettes du titulaire du contrat proviennent directement des usagers du service public, il y aura concession de service (et délégation de service public) dès lors qu'il pourra être démontré qu'il y a bien, par ailleurs, risque d'exploitation pour le titulaire du contrat.
- lorsqu'en revanche les recettes perçues par le titulaire du contrat proviennent « pour l'essentiel » d'un prix versé par la collectivité publique, alors l'évaluation du risque pris par le titulaire du contrat serait inutile, puisque le contrat serait nécessairement un marché public au sens du droit européen.

L'existence d'une rémunération par les résultats de l'exploitation reste indispensable

Il en est de même en matière de concession d'aménagement : s'il résulte du contrat que c'est l'aménageur qui assume le risque économique, il en résulte qu'il est nécessairement rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération, alors qu'il est possible que l'inverse ne se vérifie pas : l'analyse des différentes clauses du contrat pourrait mettre en évidence que bien que rémunéré par les résultats de l'opération, l'aménageur ne supporte pas une part significative du risque de l'opération.

C'est le sens des conclusions de l'avocat général KoKott sous l'arrêt Auroux : en effet, alors que l'aménageur était rémunéré par les résultats de l'opération d'aménagement, il a été jugé que le contrat était un marché parce que, selon certaines clauses du contrat, la ville s'engageait à couvrir le déficit (le simple fait que la convention prévoit que la commune reprenne à l'expiration de l'opération les éléments qui n'auront pas été vendus suffit à caractériser l'absence de risque). La référence au mode de rémunération et à lui seul n'est donc pas suffisante.

Rappelons cependant que l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme prévoit expressément que seules des opérations d'aménagement peuvent être concédées, à l'exclusion des actions d'aménagement (v. [Étape 2, § 1.4](#)). Il résulte de cette rédaction qu'il ne peut donc y avoir concession d'aménagement sans exécution de travaux et réalisation d'équipements, et sans cession ou location de biens immobiliers, l'action foncière étant en effet essentielle à la délégation d'une opération d'aménagement. Ainsi, une opération d'aménagement susceptible d'être concédée doit constituer un véritable projet urbain, l'amé-

nageur doit être maître d'ouvrage de l'ensemble de l'opération. Il y a donc nécessairement des recettes issues de la commercialisation des terrains dans le bilan de la concession. L'absence de recettes de commercialisation conduirait inéluctablement à une disqualification de la concession d'aménagement.

En matière de concession d'aménagement, le critère de la rémunération par les résultats de l'opération se déduit donc de la définition posée à l'article L. 300-4.

Il reste donc essentiel que la rémunération tirée des résultats de l'opération soit réelle pour que le contrat puisse être qualifié de concession.

L'analyse de la collectivité doit donc porter sur la part de recettes de commercialisation dans le bilan de l'opération, ainsi que sur le montant des participations publiques.

À défaut, l'analyse du risque pris par l'aménageur n'est pas utile dans la mesure où il ne s'agirait pas d'une concession d'aménagement au sens de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme.

En aménagement, le critère de la rémunération par les résultats de l'opération est aussi nécessaire et découle de la définition même de la concession

En outre, le décret du 22 juillet 2009 fait référence au critère du risque seulement dans une logique de définition de la procédure de passation et non pas de définition du contrat lui-même. À cet égard, le décret du 22 juillet 2009 règle la question de la procédure de passation des concessions d'aménagement au sens du droit français, mais ne remet pas en cause la nature même de la concession d'aménagement, puisque celle-ci suppose toujours un transfert de maîtrise d'ouvrage et des cessions de terrains réalisées par le concessionnaire.

Le critère du transfert d'une part significative du risque n'a, à ce titre, pas les mêmes conséquences en matière de délégations de service public ou de concessions d'aménagement. En matière de délégations de service public, ce critère permet d'apprécier le critère légal de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, qui qualifie alors le contrat et en définit en conséquence la procédure de passation, alors qu'en matière de concession d'aménagement, le critère n'a d'incidence que sur la procédure de passation, le caractère concessif du contrat n'étant pas remis en cause.

La possibilité même de considérer que l'ouvrage soit « exploité » a ainsi été longuement discutée. L'arrêt Auroux apparaît avoir mis un terme à ces hésitations, en considérant qu'« en vertu de la convention, la SEDL est en droit de tirer des recettes de tiers en contrepartie de la cession des ouvrages réalisés ».

La doctrine avait donc admis que le droit d'exploiter au sens du droit européen devait se comprendre du **droit de tirer profit de l'ouvrage**. C'est ainsi qu'en concession d'aménagement, cette condition est considérée comme remplie par le droit consenti à l'aménageur de se rémunérer via les cessions de terrains aménagés à des tiers.

À noter que la notion même du droit d'exploitation en droit européen et de l'interprétation qu'il convient d'en donner quant aux différents contrats de droit interne dans lesquels un tel droit d'exploitation peut être révélé n'est cependant pas achevée.

L'existence ou non d'un transfert d'une part significative du risque ne disqualifie pas la concession

L'arrêt de la CJUE, 25 mars 2010, aff. C- 451/08, Helmut Müller c/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben vient en effet de préciser que le droit d'exploiter ne saurait être reconnu lorsqu'il prend sa seule source dans le droit de propriété du co-contractant de l'administration, et qu'une concession ne devrait pas de ce fait, être illimitée dans le temps.

La notion de risque économique : la variabilité des revenus de l'aménageur

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, un contrat n'est une concession de travaux et n'échappe donc aux règles applicables aux marchés de travaux que s'il opère un transfert du risque économique.

Les jurisprudences sur le sujet, fréquemment rendues en matière de marché ou concession de service, ont permis de clarifier les critères de distinction entre ces deux types de contrats, valables également lorsque l'objet principal du contrat est la réalisation de travaux.

Pour le juge européen, le critère de la rémunération et donc du risque, est au centre de la distinction, et nombreux sont les arrêts qui précisent qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation, ce mode de rémunération implique que le prestataire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. Récemment, dans l'arrêt EURAWASSER, la CJUE précise cette analyse en considérant qu'« en tout état de cause, même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité, pour qu'il soit conclu à l'existence d'une concession de services, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt. »

Dès lors que la part de recettes est suffisante, il est possible d'apprécier le critère du risque au vu de l'économie globale du contrat.

Il importe donc que la rémunération du cocontractant varie avec « l'exploitation », avec la potentialité d'une perte en cas de baisse des résultats.

Ce risque dans une opération d'aménagement est certes toujours et avant tout lié à la commercialisation des terrains, s'agissant ici du premier critère d'identification du contrat constitutif du « droit d'exploiter », mais il passe également par la prise en charge de tout ou partie des aléas identifiés ou non au travers de la grille des aléas (v. [Étape 1, § 1.3](#) liés à la viabilisation, nature du sol, risque archéologique, liés aux procédures, liés aux acquisitions foncières, liés aux études, liés aux travaux, liés aux cessions, le cas échéant des aléas particuliers liés aux opérations de rénovation urbaine, etc ...).

Mais le risque ne ressort pas seulement :

- ni d'une comparaison de la quotité des aléas pris en charge par l'une ou l'autre partie au terme de la négociation de la grille des aléas,
- ni uniquement du fait que la rémunération de l'aménageur provienne des recettes de commercialisation.



Le risque ressort de toutes les clauses du contrat lui-même : c'est le sens des conclusions de l'avocat général Kokott sous l'arrêt Auroux.

Ainsi on devrait considérer que le risque n'incombe pas à l'aménageur si le contrat contient :

- des clauses conduisant au versement d'une participation d'équilibre,
- des clauses qui prévoiraient un rachat automatique par le concédant des terrains invendus à la valeur d'équilibre du bilan d'aménagement à l'expiration de la concession au terme prévu par le contrat (CJCE 18 janvier 2007, C-220/05, M. Auroux contre Commune de Roanne) ;
- des clauses qui conduiraient le concédant à prendre en charge toute évolution qui affecterait le bilan de l'opération et non imputables à l'aménageur (surcoût lié aux travaux, dépollution, ...);
- et *a fortiori*, une clause prévoyant la prise en charge de la différence entre le prix de vente prévu au bilan et le prix de vente effectif, en cas de cession des terrains aménagés à un prix inférieur au prix initialement prévu à titre prévisionnel.

Il est clair que si dans le premier, deuxième et dernier exemple, la concession serait automatiquement qualifiée de marché au sens du droit européen, dans le troisième exemple, seule l'analyse de l'ensemble des clauses cumulées pourrait permettre de décider si le risque incombe ou non à l'aménageur.

L'appréciation de la réalité du transfert du risque de la collectivité vers l'aménageur ressort de toutes les clauses du contrat

JURISPRUDENCE – DISTINCTION MARCHÉ/CONCESSION EN DROIT EUROPÉEN

Pour la Cour de justice des Communautés européennes : « *la rémunération du prestataire de services provient non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage du parking concerné. Ce mode de rémunération implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation des services en question et caractérise ainsi une concession de services publics. Dès lors, dans une situation telle que celle au principal, il s'agit non pas d'un marché public de services, mais d'une concession de services publics* » (CJCE, 13 octobre 2005, Parking Nrixn GmbH, aff. C-458/03, pts 39 et 40 de l'arrêt).

La Cour juge aussi « *que l'on est en présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question* » (CJCE, 18 juill. 2007, aff. C-382/05, Comm. CE c/Italie, pt 34).

Plus récemment, la Cour, dans une décision du 13 novembre 2008 (CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-437/07, Comm. c/Italie : Europe 2009, comm. 30), s'est prononcée sur la qualification d'une concession de travaux en se fondant sur le critère du transfert du risque : « *Certes, la contrepartie des travaux, en l'espèce, consisterait en partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage. Cependant, dans la mesure où CGRT n'exploite pas lui-même l'ouvrage, mais perçoit une redevance garantie par un tiers chargé de l'exploitation de celui-ci, CGRT n'assumerait pas le risque financier de cette exploitation. Par conséquent, cette opération ne pourrait être qualifiée de concession de travaux publics.* »

L'arrêt de la CJCE, du 10 septembre 2009, aff. C-206/08, WAZV Gotha c/Eurawasser, résume la position actuelle de la Cour :

« *50 Aux termes de l'article 1^{er}, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, la « concession de services » est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix.*

51 Il résulte de la comparaison de ces deux définitions que la différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix. (...)

59 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que, lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation, ce mode de rémunération implique que le prestataire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (voir, en ce sens, arrêts Parking Brixen, point 40 ; du 18 juillet 2007, Commission/Italie, point 34, et du 13 novembre 2008, Commission/Italie, point 29). (...)

68 En l'absence complète de transfert au prestataire du risque lié à la prestation de service, l'opération visée constitue un marché de services (voir, en ce sens, arrêts du 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22, et du 18 juillet 2007, Commission/Italie, précité, points 35 à 37, ainsi que, par analogie, en ce qui concerne une concession de travaux, arrêt du 13 novembre 2008, Commission/Italie, précité, points 30 et 32 à 35). Ainsi qu'il a été dit au point 51 du présent arrêt, dans ce dernier cas, la contrepartie ne consisterait pas dans le droit d'exploiter le service. (...)

L'existence du transfert d'une part significative du risque devra ainsi ressortir :

- de la structure du bilan :
 - existence de recettes de commercialisation non symboliques,
 - importance des participations publiques à l'opération.
- des stipulations contractuelles :
 - sort du solde d'exploitation négatif à l'expiration du contrat ;
 - sort des biens invendus à l'expiration du contrat ;
 - existence ou non de clauses mettant à la charge du concessionnaire l'obtention de performances particulières, de nature à aggraver son risque ;
 - existence de clauses ayant pour effet d'atténuer de façon importante le risque apparemment pris par le concessionnaire.

L'analyse des clauses du contrat permettra alors de mettre en évidence la réalité du risque pesant sur l'aménageur, dans la mesure où la bonne fin d'une opération d'aménagement, même largement subventionnée à l'origine, peut s'avérer très aléatoire.

Comment définir la prise en charge d'une part significative du risque ?

Le partage du risque est souvent présenté comme étant le propre des partenariats public-privé, mais dans tout contrat existe un partage des risques entre les parties. Chaque partie doit prendre à sa charge ceux des risques du projet qu'elle est capable d'assumer.

La détermination de la procédure applicable résultera donc de la « répartition » des risques entre le concédant et l'aménageur, et sur l'identification de la partie au contrat qui assumera une « part significative » de ce risque.

Tant en droit interne qu'en droit européen, le juge se refuse à fixer un pourcentage en deçà duquel on pourrait considérer qu'une part significative du risque n'a pas été transférée sur l'aménageur.

La « part significative » ne se résume pas à un pourcentage

En outre, le transfert d'une part significative du risque économique n'implique pas que l'activité économique elle-même soit très risquée. Dans l'arrêt Eurawasser, la Cour relève que le risque est inhérent à l'exploitation économique d'une concession, et a été amenée à apprécier si cela nécessitait que le risque transféré du concédant au concessionnaire soit un risque important : « *il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt* », « *même si le risque encouru par le pouvoir adjudicateur est très limité* » (point 77).

Ainsi, il peut parfaitement être envisagé, pour l'appréciation de ce critère, une concession d'aménagement qui emporterait transfert d'une part significative du risque sur le cocontractant de l'administration, même si la concession porte sur une opération où les acquéreurs potentiels seraient identifiés au préalable (exemple d'une opération où la proportion d'acquéreurs « institutionnels » en logement social serait importante).

Il importe en réalité d'apprécier à partir des aléas identifiés sur l'opération, quel est la marge de risque qu'aurait supporté la collectivité si elle avait décidé de réaliser l'opération en régie, et d'apprécier si, au terme du contrat, une large part de ce risque pèse alors sur l'aménageur.

De ce fait, dès lors que les aléas de l'opération auront été les plus encadrés possibles, notamment à l'étape des études préalables, cela permettra au cocontractant de l'administration d'envisager plus sereinement le transfert du risque dans le cadre du contrat de concession. L'arrêt Eurawasser établissant la distinction entre risque de l'activité, et risque transféré par le contrat. La prise en charge d'une part significative du risque s'entend en effet du transfert du risque opéré par le contrat à l'égard de l'aménageur.

Plus le risque est maîtrisé, mieux il pourra être transféré

Selon la doctrine, « *le risque est significatif, lorsqu'il n'y a aucun doute sur son existence et que son ampleur excède la part de risque que comporte tout marché public (pénalités, sujétions, imprévus, etc.)* ».

Il convient que la rédaction du contrat permette une variation d'une amplitude potentielle suffisamment importante des revenus de l'aménageur, au regard du risque qu'aurait supporté l'administration qui aurait choisi de réaliser l'opération en régie.

Si le contrat est rédigé de telle sorte que, sur la part des recettes propres de l'opération (recettes de commercialisation), le risque pèse de façon caractéristique sur ce dernier, on pourrait néanmoins supporter un ratio recettes propres de l'opération/subvention moins important.

Pour autant, s'agissant des concessions pour lesquelles une part significative du risque n'est pas considérée comme ayant été transférée, s'agit-il d'un régime de concessions d'aménagement aux risques du concédant, ou bien sont-ce des concessions à risques « moindres » pour l'aménageur ?

Deux éléments conduisent à considérer que même pour ces concessions d'aménagement, l'aménageur conserve une part du risque financier de l'opération :

- d'une part, l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme dispose que le montant total prévisionnel de la participation financière de la collectivité concédante et des autres personnes publiques figure dans le contrat d'aménagement lui-même et toute modification doit faire l'objet d'un avenant au contrat, donc être approuvée par les organes délibérants compétents ;
- d'autre part, la concession d'aménagement, quel que soit son mode de passation, reste un contrat administratif ; ne sont donc envisageables que les avenants qui ne modifient pas de façon substantielle l'un des éléments essentiels du contrat. Ainsi, sauf à considérer que pour les concessions d'aménagement qui seraient conclues dans le respect de la procédure des concessions soumises au

droit européen des marchés, la participation de la collectivité ne constitue pas un élément substantiel du contrat, une évolution trop importante du montant de la participation, ou ne résultant pas de l'application de clauses définies dans le contrat initial, ne serait pas envisageable.

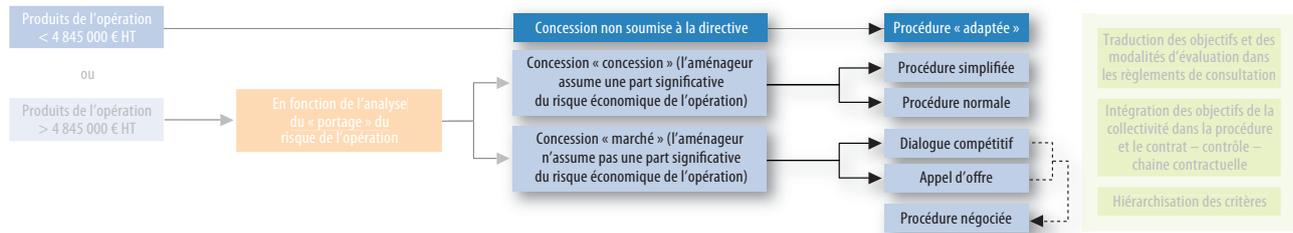
Pour ces deux raisons, il convient de considérer que même les concessions d'aménagement soumises au droit européen des marchés conservent un risque – même moindre - pour l'aménageur. Il sera contractuellement possible de prévoir une prise de risque par le concédant nettement supérieure à celle envisageable dans l'autre type de procédure.

Le concessionnaire supporte en tout état de cause une part du risque de l'opération, même si elle n'est pas considérée comme significative

Enfin, il faut noter que les critères substantiels de la concession d'aménagement subsistent, à savoir que doivent être prévues des recettes commerciales liées aux terrains ou bâtiments viabilisés, même si la part de ces recettes dans les produits de l'opération est plus limitée.



3.3 - Quelles conséquences sur le choix de la procédure ?



S'il est fait abstraction des concessions d'aménagement conclues par l'État ou l'un de ses établissements publics, six procédures de passation distinctes peuvent désormais être dénombrées. (voir distinction dans le tableau ci-dessous).

La procédure de passation d'une concession a pour objet de permettre la désignation d'un aménageur, non pas d'un maître d'œuvre.

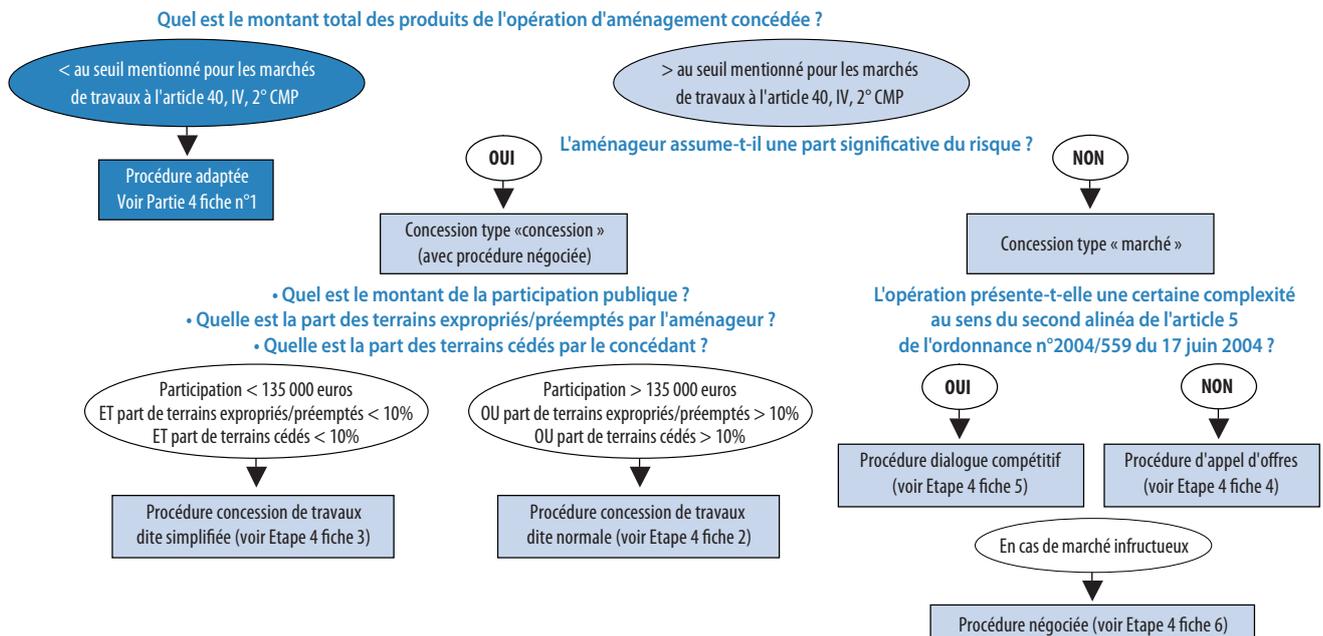
Ce n'est que dans un second temps que l'aménageur, en lien avec le concédant et dans les conditions définies par la concession d'aménagement, désignera les maîtres d'œuvre. Le concédant devra donc veiller à ce que la procédure de passation soit bien centrée sur l'objet de la concession d'aménagement.

Rappelons à cet égard que le régime des contrats passés par le concessionnaire est régi par les articles L.300-5-1 et R. 300-12 à R. 300-14 du code de l'urbanisme. Aux termes de l'article, « lorsque le concessionnaire n'est pas soumis au code des marchés publics ou aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics,

les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par lui pour l'exécution de la concession sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence définie par décret en Conseil d'État ». L'article R. 300-12 du code de l'urbanisme confirme cette obligation en définissant la procédure de passation des contrats en cause par référence au titre III du décret du 30 décembre 2005 pris pour l'application de l'ordonnance du 6 juin 2005, soumettant ainsi la passation de ces contrats à une procédure formalisée en deux temps (sélection des candidats puis sélection des offres) nécessitant un examen approfondi des capacités techniques et financières des candidats ainsi que la fixation de critères précis afin de classer les offres présentées.

Principe généraux – éléments de choix

Le choix de la procédure mise en œuvre par le concédant aura des incidences sur le contenu de la concession d'aménagement et les rapports entre le concédant et l'aménageur retenu. Les techniciens et élus doivent étudier les procédures pouvant être mises en œuvre au regard de leur pertinence.



Dans l'hypothèse où la personne publique concédante opterait pour une procédure davantage formalisée que celle qu'elle devrait logiquement organiser compte tenu des caractéristiques de l'opération d'aménagement concédée, il conviendra de respecter scrupuleusement la procédure retenue et de ne pas « mélanger » les différentes procédures prévues par le code de l'urbanisme, sous peine d'illégalité de la délibération approuvant la concession d'aménagement et par voie de conséquence de la concession elle-même.

Si l'objet de la procédure est identique – désigner un aménageur et attribuer la concession d'aménagement – le déroulement des différentes procédures et la marge de manœuvre du concédant seront fondamentalement différents :

- la procédure applicable aux concessions d'aménagement soumises au régime des concessions de travaux au sens du droit de l'Union européenne est une procédure négociée et laisse une place importante à un choix de l'aménageur *intuitu personae* : les candidats remettent une proposition, qui peut faire l'objet de négociations, donc dont le contenu peut évoluer dans le respect néanmoins des conditions initiales de la mise en concurrence et du respect de l'égalité entre les candidats (v. [Étape 4, fiches 4.2 et 4.3](#)) ;
- la procédure applicable aux concessions d'aménagement soumises au régime des marchés de travaux au sens du droit de l'Union européenne encadre de façon plus précise l'attribution de la concession : les candidats remettent une offre qui ne peut être modifiée, mais qui peut par contre faire l'objet de compléments et précisions. Néanmoins, lorsque la procédure prend la forme d'un dialogue compétitif, cette remise d'une offre est précédée d'un dialogue (v. [Étape 4, fiches 4.4 et 4.5](#)).

Le choix de la procédure conditionnera la légalité de la concession d'aménagement

Concernant les **concessions d'aménagement dont le montant prévisionnel des produits est inférieur au seuil prévu pour l'application de la directive « marchés »** (4 845 000 € HT), le concédant peut décider de mettre en œuvre une procédure dite « adaptée » (v. [Étape 4, Fiche 4.1](#)).

Le choix de cette procédure n'est pas sans contrainte pour la collectivité :

- si lors des négociations avec les candidats les estimations prévisionnelles faites par le concédant se révèlent sous-évaluées et excèdent finalement 4 845 000 € HT, la procédure serait irrégulière et la personne publique devrait organiser une nouvelle procédure ;

- lors du déroulement de l'opération, une modification du programme et/ou des conditions financières de l'opération, l'avenant à la concession qui serait conclu ne pourrait en tout état de cause pas conduire à une augmentation globale des produits de l'opération supérieure à 4 845 000 € HT ; à défaut, la délibération approuvant l'avenant pourrait faire l'objet d'une annulation pour excès de pouvoir.

Le concédant pourra donc trouver un intérêt à appliquer les procédures de passation prévues pour les concessions dont le montant des produits excède 4 845 000 € HT dès lors :

- soit que le montant des produits prévisionnels, bien qu'inférieur à ce seuil, en soit proche ;
- soit que le programme de l'opération pourrait évoluer à la hausse pendant le déroulement de l'opération.

Concernant les **concessions d'aménagement dont le montant prévisionnel des produits est supérieur au seuil prévu par la directive « marchés »**, le concédant doit déterminer si l'aménageur assumera ou non une part significative du risque économique du contrat.

Si, dès lors que le concédant envisage d'assumer une part significative du risque économique, la mise en œuvre d'un appel d'offre ou d'un dialogue compétitif s'impose (v. [sur la distinction entre les deux procédures, § 2](#)), dans le cas contraire, la collectivité doit opter pour la procédure dite « normale » ou la procédure dite « simplifiée ».

La procédure simplifiée ne peut être mise en œuvre que si :

- la participation prévisionnelle totale du concédant et des autres personnes publiques est globalement inférieure à 135 000 € HT,
- ET que les terrains devant être acquis auprès du concédant, expropriés ou préemptés représentent moins de 10 % des emprises de terrains comprises dans le périmètre de l'opération concédée.

Il s'agit donc d'une procédure spécifique aux opérations d'aménagement concernant des terrains maîtrisés en grande partie par un ou plusieurs propriétaires (pouvant le cas échéant être regroupés dans une AFU) et n'impliquant pas un investissement financier public important. En effet, l'application du droit de l'Union européenne impose l'organisation d'une procédure de mise en concurrence assurant l'égalité des candidats même si les terrains sont déjà maîtrisés par une seule personne.

Même si les conditions de mise en œuvre d'une procédure « simplifiée » sont réunies (v. [Étape 4, Fiche 4.3](#)), le concédant peut décider de mettre en œuvre une procédure de droit commun. Le choix de la procédure de droit commun est à privilégier si des incertitudes existent soit sur la capacité qu'aurait l'aménageur à acquérir les terrains à

l'amiable (v. étude de dureté foncière), soit dans l'hypothèse où le montant de la participation de la collectivité à l'opération pourrait évoluer en cours d'opération, par avenant.

Lorsque les conditions de la procédure simplifiée ne sont pas réunies, la procédure dite « normale » ou « de droit commun doit être mise en œuvre ».

On ne peut non plus exclure l'hypothèse où la collectivité n'est pas en mesure de déterminer si un aménageur sera ou non en mesure d'assumer une part significative du risque économique de la concession. Cette hypothèse peut survenir pour les opérations complexes.

La Commission européenne, dans sa fiche explicative sur le dialogue compétitif en date du 5 octobre 2005 précise que « *comme un des exemples de complexité juridique ou financière, on peut examiner une situation dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne puissent pas prévoir si les opérateurs économiques seront prêts à accepter un risque économique tel que le marché sera une concession ou bien s'il sera en définitive un marché public traditionnel* ». Ce processus itératif permettra à la collectivité d'optimiser le coût global du projet en aboutissant à la répartition des risques la plus adéquate, ce qu'une procédure d'appel d'offre ne permet guère.

Dès lors que la collectivité s'interroge sur le montage de son opération d'aménagement, ou ne sait pas identifier si un aménageur sera ou non en capacité d'assumer une part significative du risque économique du contrat, le dialogue compétitif constitue une réponse adaptée

Au-delà des aspects strictement juridiques, le choix de la procédure devra être fondé sur la base du résultat des études préalables. Devront être pris en compte de façon objective :

- les objectifs de la collectivité, analysés au regard des caractéristiques et contraintes du site ; ces objectifs seront à la fois quantitatifs (réponse au



marché par type de produit), sociaux (mixité sociale, logement locatif, catégories ciblées), en termes de qualité urbaine (espaces publics, déplacements, services, développement durable) et financiers (participation financière ou non de la collectivité) ;

- la nature et l'importance des aléas identifiés ainsi que ceux non ou insuffisamment analysés ;
- le programme prévisionnel des équipements et de construction.

Un bilan financier prévisionnel devra être établi. Il ne s'agira à ce stade que d'un bilan sommaire intégrant les principaux éléments de dépenses et recettes de l'opération, avant tout destiné à déterminer la procédure applicable et le cadre de la consultation.

Exemple de pré-bilan sommaire :

	Total HT (k€)
Etudes générales	630
Foncier	5 400
Mise en état des sols	500
Etudes ou missions spécialisées	
Travaux et honoraires	14 727
Autres travaux	
Frais financiers d'emprunt	1 038
Frais financiers de court terme	110
Imputation des frais généraux (honoraires de maître d'ouvrage)	1 857
Participation aménageur	0
Impact de la « TVA sur marge »	663
TVA non récupérable	402
Marge sur opération	507
Total dépenses	25 834
Cessions pour habitat	15 128
Cessions pour activité	5 907
Subventions	1 000
Remise d'équipements publics	3 800
Participation	
Perte sur opération	0
Total recettes	25 834

Compte tenu de la complexité et de la technicité de ces différents éléments, la collectivité peut se faire assister par un mandataire ou un AMO. Il est en effet important qu'à ce stade du processus, les éléments pris en considération par la collectivité soient réalistes et objectifs dans la mesure où c'est dans le cadre défini par elle que les candidats devront répondre. Des projets et prévisions économiques trop éloignées de la réalité économique risquant de conduire à un échec de la procédure.

Le choix de la procédure doit être fondé sur un bilan financier prévisionnel

Critères de distinction entre appel d'offre et dialogue compétitif

Lorsque les caractéristiques de l'opération d'aménagement concédée conduisent à ce qu'un aménageur ne peut objectivement assumer une part significative du risque économique de la concession, la personne publique concédante est tenue de mettre en œuvre une procédure de type « marché », au sens de la directive éponyme.

Abstraction faite de la procédure négociée qui ne peut être mise en œuvre qu'en cas de procédure infructueuse, deux procédures sont envisagées par le code de l'urbanisme :

- l'appel d'offre
- le dialogue compétitif

Le choix pour la collectivité de mettre en œuvre un dialogue compétitif est encadré, l'appel d'offre étant la procédure de droit commun, le dialogue compétitif l'exception. Les conditions de mise en œuvre de la procédure de dialogue compétitif sont définies par l'article L. 1414-5 du CGCT : le projet doit présenter un degré de complexité tel que cette complexité rend impossible pour la collectivité de déterminer seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou le montage juridique et financier du projet.

Contrairement aux contrats de partenariats publics-privés, aucune procédure d'évaluation préalable n'est prévue en matière de concession d'aménagement ; la collectivité devra néanmoins veiller à justifier son choix au regard des critères posés par le CGCT.

La notion de complexité sera nécessairement différente selon la personne publique considérée, celle-ci peut être objectivement dans l'incapacité de spécifier les moyens techniques à utiliser pour répondre aux besoins exprimés, mais également d'établir parmi les diverses solutions possibles, celle qui est la plus à même de répondre à ses besoins.

Cela sera d'autant plus vrai que cette personne publique ne dispose pas en interne des compétences techniques, juridiques ou financières pour élaborer et suivre de tels projets.

Par ailleurs, il importe peu que la collectivité puisse résoudre la question de la complexité par le biais de prestations de services. Il suffit que la complexité soit intrinsèque. Pour autant, la condition de complexité est appréciée objectivement : elle ne peut pas résulter d'un comportement défaillant de la personne publique.

La complexité technique peut être fondée sur l'absence de précédent, sur la technicité caractérisant le projet, sur la diversité des éléments composant le projet... Concrètement, la collectivité devra démontrer qu'elle ne peut pas arrêter seule la conception du projet dans un cahier des charges fonctionnel définitif, sur la base duquel les candidats pourraient remettre une offre sans aucun changement.

La complexité juridique et financière suppose que la collectivité ne soit pas « en mesure d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières » [Parlement européen, 2000/0115 (COD), Rev. 2, PE.298.409]. Tel est le cas dans l'hypothèse d'un projet « comportant un financement complexe et structuré, dont le montage et financier ne peut pas être prescrit à l'avance » [Commission européenne, fiche explicative – dialogue compétitif – directive classique : 16.01.2006]. Un tel degré de complexité peut ainsi être identifié lorsque la collectivité n'est pas en mesure de déterminer en amont si un aménageur est ou non en mesure d'assumer une part significative du risque économique de la concession d'aménagement.

Appliquée à l'objet spécifique des concessions d'aménagement, la notion de complexité semble tautologique.

Au niveau de la complexité technique : les spécificités liées au développement durable constituent intrinsèquement des éléments de complexité technique.

Au niveau de la complexité financière et juridique : le montage opérationnel et juridique (modalités d'acquisition et de libération des immeubles, phasage de l'opération, répartition de la destination des constructions, nature des équipements publics, ...) aura nécessairement une influence sur le montage financier (montant de la participation de la collectivité).

Le choix du recours au dialogue compétitif doit être motivé

Conditions de mise en œuvre de la procédure négociée

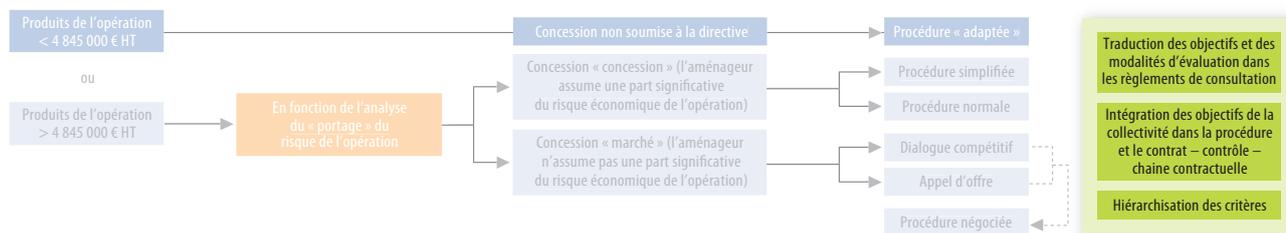
L'article R. 300-11-4 du code de l'urbanisme prévoit qu'une procédure négociée peut être mise en œuvre lorsque le marché est infructueux, soit en raison de l'absence de dépôt d'offre, soit en raison de l'irrégularité des offres déposées ou de leur caractère inacceptable. La procédure négociée n'est donc pas en soi une procédure autonome. Il faut noter aussi que la procédure négociée ne peut être mise en œuvre que si la procédure initialement

lancée par la collectivité était une procédure de type appel d'offre ou dialogue compétitif. En aucun cas une telle procédure ne pourra être utilisée si la procédure initiale était une procédure « adaptée », ou une procédure « de droit commun » ou « simplifiée ».

Sur le fond, la procédure négociée est encadrée dans la mesure où les conditions initiales du contrat ne doivent pas être substantiellement modifiées. La collectivité dispose donc d'une certaine marge de manœuvre mais devra analyser les adaptations qu'elle entend apporter aux conditions de la mise en concurrence initiale.



3.4 - Incidences en termes de développement durable



C'est à ce stade que la collectivité doit déterminer dans quelle mesure et selon quelles modalités elle entend intégrer dans le processus du choix de l'aménageur ses objectifs en termes de développement durable. La collectivité doit à ce titre distinguer précisément :

- les prescriptions qu'elle entend imposer, qui devront être en nombre limité dans la mesure où il est nécessaire de s'autoriser à intégrer les évolutions en termes de développement durable qui pourront intervenir pendant la durée de réalisation de l'opération, qui peut être longue ;
- des objectifs qu'elle veut voir atteints, davantage exposés en termes subjectifs.

L'intégration des objectifs en matière de développement durable doit intervenir à plusieurs niveaux :

- au niveau de la conception même du projet, à ce titre, il est possible de citer les exemples suivants :
 - choix de réaliser ou non un réseau de chaleur ;
 - sources en matière d'énergies renouvelables ;
 - conception des espaces publics (valorisation du site d'origine et de ses caractéristiques biogéographiques, limitation de l'imperméabilisation, objectifs en termes d'éco-gestion, revêtement, éclairage public, ...)
 - collecte évacuation des déchets ;
 - objectif de confort (bruit, pollution, ...)
 - conditions de choix des matériaux ;
 - réseau d'assainissement (pluvial, ...).
- au niveau de la réalisation du projet, les problématiques porteront en premier lieu sur la gestion des chantiers et l'exigence de chantiers à faible incidence environnementale (devenir des déchets, réduction des nuisances, prévention des pollutions diffuses et accidentelles, gestion des déblais et remblais, déconstructions sélectives, ...).
- au niveau de la vie de l'opération à terme, afin de limiter l'impact environnemental du projet bien au-delà de la phase chantier, pendant toute sa durée de vie estimée, et ce en y associant des préoccupations de mixité sociale et fonctionnelle ainsi que de pertinence économique, en particulier en matière d'investissement public.

Sur ces différents aspects, il est néanmoins important de laisser aux candidats des marges de proposition afin de bénéficier de leur expérience. Pour autant, laisser une marge de manœuvre ne signifie pas ne pas définir d'objectifs. Se limiter à préciser comme objectif que « l'aménageur devra intégrer les préoccupations en matière de développement durable » est insuffisant. Il convient pour la collectivité de garder à l'esprit qu'elle devra analyser et comparer les propositions et offres qui lui seront remises. Elle se doit donc de définir pour les trois volets (conception du projet, réalisation et vie de l'opération) ses attentes.

L'aménageur apporte sa plus-value :

- par sa maîtrise des problématiques du développement durable,
- par son expertise pour le montage économique, juridique et financier.

Ces éléments doivent être identifiés à deux niveaux :

- au niveau des documents de la consultation, (v. Étape 4)
- au niveau des critères de choix de l'aménageur.

Les critères qui serviront de fondement au choix de l'aménageur constituent l'un des volets fondamentaux de la procédure ; le concédant devra s'y tenir, sauf à devoir relancer une nouvelle procédure.

Le code de l'urbanisme ne précise pas les critères que doit retenir le concédant. Le concédant choisit le concessionnaire en prenant notamment en compte les capacités techniques et financières des candidats et leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée, après avoir engagé librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant présenté une candidature (article R. 300-8 du code de l'urbanisme).

Les critères retenus ne doivent néanmoins pas se limiter à ces seuls éléments liés à la compétence de l'aménageur, mais doivent permettre au concédant une comparaison objective des candidatures et des propositions. Si le concédant est libre dans le choix des critères, ceux-ci doivent présenter les caractéristiques suivantes :

DIRECTIVE EUROPÉENNE

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

(1)(...) La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les pouvoirs adjudicateurs de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2.

(2) La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.(...)

- ils doivent être liés à l'objet du contrat ;
- ils ne doivent pas conférer au concédant une liberté inconditionnée de choix ;
- ils doivent être expressément mentionnés dans l'avis d'appel à candidature et dans le règlement de la consultation ;
- ils doivent respecter les principes de fondamentaux du droit de l'Union européenne, notamment le principe de non-discrimination.

Il n'est pas imposé que les critères soient pondérés ou hiérarchisés, mais rien n'interdit qu'ils le soient. Cela facilitera par ailleurs l'analyse des propositions par le concédant.

Le choix des critères constitue un élément fondamental dans le déroulement de la procédure ; il doit traduire précisément les attentes du concédant et la hiérarchie des objectifs. Le concédant doit veiller à ce que l'esprit de la procédure qui est fondée sur le principe de la négociation soit respecté.

Les **critères liés au développement durable** doivent être appréhendés au regard des principes généraux applicables au choix des critères.

La collectivité concédante peut subordonner le choix de son concessionnaire d'aménagement à la satisfaction de critères liés au développement durable (dimensions sociale et environnementale notamment). Cette possibilité est toutefois subordonnée au respect des conditions posées par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE, 17 septembre 2002, aff C-513/99, Concordia Bus Finland – CJCE 18 octobre 2001, aff 19/00, SIAC Construction) et repris dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 :

Existence d'un lien entre le critère et l'objet du contrat

Cette première condition ne devrait en principe pas soulever de difficultés particulières, en tout cas lorsque le critère utilisé aura trait à la dimension environnementale du développement durable. En effet, toute opération d'aménagement a un impact sur l'environnement et parmi les obligations essentielles du concessionnaire d'aménagement figurera la réalisation d'équipements publics ayant

un impact environnemental. En conséquence, il n'est pas excessif de présumer l'existence de ce lien entre l'objet de la concession d'aménagement et le critère relatif au développement durable.

La situation peut également concerner le cas où la collectivité concédante souhaite utiliser un critère relatif à la dimension sociale du développement durable (relogement des occupants, mixité sociale, gestion urbaine de proximité, présence de « médiateurs » ayant une parfaite connaissance du quartier concerné par l'opération d'aménagement et chargés d'assurer une concertation permanente avec le public pendant la durée de réalisation de l'opération, ...).

Absence d'attribution au concédant d'une liberté inconditionnée de choix et mention explicite du critère dans le règlement de la consultation

Ces deux conditions sont intimement liées dans la mesure où elles ont pour fonction de garantir que le critère « développement durable » ne sera pas utilisé pour masquer les réelles motivations de la collectivité au moment du choix de l'aménageur.

La satisfaction de ces conditions induit que la collectivité s'attache à éviter une définition vague et stéréotypée de son besoin. Par exemple, elle devra avoir identifié les dimensions du développement durable qu'elle entend favoriser et pour chacune d'entre elles, préciser les « cibles » particulières sur lesquelles elle souhaite que l'aménageur fasse une proposition pour ensuite négocier avec ce dernier. Cette exigence renvoie à celle de l'approfondissement des études qui ont été réalisées préalablement à l'approbation du dossier de création de la ZAC (ou dans le cas d'une opération réalisée hors procédure de ZAC, de la délibération constatant la présence des éléments constitutifs d'une opération d'aménagement) : les études préalables devront participer de manière suffisante à la conception du document-programme, support de la consultation d'aménageur.

À TITRE D'EXEMPLE, peuvent être cités les critères suivants :

- Aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée (moyens humains affectés à l'opération, capacité à mener à bien une opération complexe, ...).
 - Dispositif de gouvernance proposé.
 - Compréhension du projet d'ÉcoQuartier appréciée au regard de la note méthodologique sur la compréhension générale du projet, l'intégration de l'AEUR, sur les liens fonctionnels et paysagers, le rôle du concessionnaire dans le processus d'aménagement.
 - Qualité des réponses apportées aux objectifs d'innovation et de performance écologique du projet d'aménagement définis par la collectivité, dans le respect du programme et des projets préexistants, des exigences écologiques, du phasage et des délais de réalisation de l'opération.
 - Moyens mobilisés pour le respect des obligations à caractère environnemental pesant sur l'aménageur et sur ses cocontractants à venir.
 - Qualité technique en terme de projet urbain durable apprécié au regard des engagements du concessionnaire en terme de développement durable et de performances énergétiques.
 - Méthode de concertation et de coproduction apprécié au regard de la méthode de coproduction avec les habitants, des moyens techniques et de l'accompagnement humain.
 - Modalités de coordination proposée des opérateurs et équipes de concepteurs et des modalités et conditions d'acquisition des terrains inclus dans le périmètre de l'opération.
 - Planning prévisionnel pour l'acquisition du foncier, la réalisation des travaux, la cession des terrains aménagés et la réalisation des programmes immobiliers, ainsi que les engagements sur les délais de réalisation pour chaque étape.
 - Analyse critique du bilan prévisionnel et proposition du candidat en termes de participation tant de l'aménageur que de la collectivité.
- Il ne s'agit là, bien évidemment, que d'exemples, de nombreux autres critères pourront être arrêtés par le concédant. Il est notable également que la pondération de chaque critère, ou sa place dans la hiérarchie des critères, si ceux-ci ne sont pas pondérés, aura une influence importante sur l'attribution du contrat. Ainsi, le concédant doit déterminer et pondérer ou hiérarchiser les critères après avoir définis ce qu'il attend de l'aménageur. À titre d'exemple, le concédant devra affecter au critère financier le pourcentage le plus important ou la première place dans la hiérarchie s'il s'agit pour lui du critère primordial.

Respect des principes fondamentaux du droit communautaire

Cette condition recoupe les conditions précédemment évoquées. Cette mention invite à considérer que même si le droit communautaire n'interdit pas l'appel à des critères non économiques, il n'en demeure pas moins que cette possibilité apparaît comme une dérogation. Dans ces conditions, la collectivité devra être particulièrement vigilante dans la rédaction des critères, et notamment proscrire tout développement susceptible de donner à penser que finalement ces critères n'ont été insérés que pour masquer l'intention d'attribuer la concession à un opérateur d'ores et déjà identifié.

Le code de l'urbanisme prévoit toutefois certains critères lorsque la procédure mise en œuvre est un appel d'offre ou un dialogue compétitif, afin d'évaluer les offres des candidats.

Cette évaluation se fait en principe par des critères pondérés, ou, lorsque la pondération n'est objectivement pas possible, hiérarchisés. La collectivité devra notamment prendre en compte :

- le cout global de l'opération par rapport au bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses ;
- le respect de l'exigence liée au développement durable, notamment :
 - la qualité architecturale,
 - les performances environnementales,
 - la mixité sociale,
 - la diversité des fonctions urbaines.

La notion de coût global impose que le concédant analyse les offres tant au regard du coût d'investissement pour la collectivité, qu'au regard des coûts de fonctionnement.

Les critères prévus par le code de l'urbanisme ne sont pas suffisants.

Il est nécessaire de rappeler que la finalité du processus est de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse ; s'il ne s'agit pas du candidat le moins-disant, les critères financiers ne doivent pas être absents.

Il appartient à la collectivité de définir ses propres critères, après avoir défini ses objectifs

Par ailleurs, ainsi que la rappelle la Commission européenne, il est possible de déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution lorsque cette pondération ne peut être envisagée compte tenu de la complexité du marché. Et la Commission européenne de préciser « *étant donné que le recours au dialogue compétitif présuppose que le marché soit particulièrement complexe, il est presque tautologique de mentionner que, partant, les conditions pour ne pas pondérer les critères d'attribution en se limitant à les mentionner par ordre décroissant d'importance sont remplies lorsque le marché est attribué selon cette procédure d'attribution* ».

3.5 - Au terme de l'étape 3

Au terme de cette troisième étape, la collectivité aura déterminé la procédure à mettre en œuvre, en fonction des caractéristiques de l'opération et de ses objectifs. Elle aura également défini les critères sur lesquels elle entend choisir l'aménageur.

Une fois ces choix opérés, il lui incombe à ce stade de mettre en œuvre la procédure de mise en concurrence, dans le respect des règles prévues par le code de l'urbanisme.

Chaque procédure a sa propre logique et son propre fonctionnement. Il sera donc fondamental que la collectivité suive le cadre prévu, sans « panacher » entre les différentes procédures.



Étape 4 - Mise en œuvre de la procédure

Procédure « adaptée » ou Procédure simplifiée ou Procédure normale ou Appel d'offre ou Dialogue compétitif ou Procédure négociée

OBJECTIFS DE L'ÉTAPE

La mise en œuvre de la procédure de passation doit permettre à la personne publique concédante de désigner l'aménageur compétent pour réaliser l'opération d'aménagement et conclure un contrat répondant aux objectifs poursuivis ; elle doit veiller à ce que la rédaction du contrat garantisse l'effectivité de son contrôle sur le déroulement de l'opération d'aménagement, et ce pendant toute la durée du contrat.

Par ailleurs, la personne publique concédante doit intégrer dans le contrat de concession les clauses permettant à celui-ci d'accompagner l'évolution de l'opération d'aménagement.

STRATÉGIE

Il convient de rappeler que la capacité à désigner un aménageur compétent et à rédiger un contrat traduisant avec précision les objectifs de la collectivité dépend largement de la bonne mise en œuvre de la procédure de passation.

Pour ce faire, la personne publique concédante doit élaborer le cadre de la consultation de façon suffisamment précise pour permettre la comparaison des offres et des propositions des candidats, et permettant à ces derniers d'appréhender clairement les attentes de la collectivité. En fonction de la procédure mise en œuvre, la capacité des candidats à proposer des adaptations au cadre défini par la collectivité sera plus ou moins développée.

La collectivité doit également garder à l'esprit que l'objectif de la procédure est le choix d'un aménageur qui aura lui-même à choisir les intervenants (maître d'œuvre, bureaux d'études, entreprises, ...), nullement à ce stade de désigner ces intervenants.

Quelle que soit la procédure mise en œuvre, la personne publique doit déterminer les critères de choix pertinents et adaptés aux objectifs poursuivis. Ils doivent traduire les besoins de la collectivité tels qu'ils ont été identifiés au stade de l'exploitation des études préalables, non seulement en termes de gouvernance, de conduite du projet, d'évaluation et de contrôle de la collectivité, mais aussi en termes financiers.

La concession d'aménagement devra traduire l'ensemble de ces éléments, et notamment préciser la répartition du risque entre la personne publique concédante et l'aménageur.

Par ailleurs, l'opération d'aménagement par nature est amenée à évoluer au cours de sa réalisation. Tout en respectant les limites fixées par la jurisprudence pour la conclusion de ces avenants, la concession devra néanmoins préciser les conditions de son évolution. L'expérience des aménageurs est sur ce point fondamentale pour la collectivité.

Fiche 4.1 - Procédure « adaptée » (contrats dont le montant des produits est inférieur au seuil de 4 845 000 € HT)



Les concessions qui ne sont pas soumises à la directive « marchés », parce qu'il s'agit de contrats d'un montant inférieur aux seuils d'application des directives, font néanmoins l'objet, préalablement à leur attribution, d'une publicité et d'une procédure, dont les modalités sont fixées par le concédant en fonction de la nature et des caractéristiques de l'opération envisagée (C. urb., art. R. 300-11-7).

Cette liberté accordée au concédant n'en est pas pour autant totale. La procédure définie par la collectivité se doit en effet :

- de garantir une réelle concurrence entre les candidats
- de respecter les principes généraux du droit de l'Union européenne, qui, selon la jurisprudence, s'appliquent à tous les contrats même non soumis aux directives (CJCE, 17 décembre 2000, affaire C-324/98, Telaustria ; CJCE, 3 décembre 2001, affaire C-59/00, Bent Moustén Vestergaard), dès lors, du moins, que le contrat présente « un intérêt transfrontalier certain ». Ces principes impliquent notamment une obligation de transparence qui suppose un degré de publicité adéquat et une obligation d'impartialité des procédures : égalité d'accès, délais appropriés, critères objectifs portés à la connaissance des candidats, ...

JURISPRUDENCE - OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE

Dans l'arrêt CJCE, 13 nov. 2007, aff. C-507/03, Comm. c/Irlande, la Cour réaffirme la soumission de tous les marchés publics aux règles générales du traité mais limite toutefois cette solution aux marchés présentant « un intérêt transfrontalier certain » et impose, en l'espèce, à la Commission de démontrer en quoi le marché présentait un tel intérêt. Ce ne sont donc pas tous les marchés publics qui sont ainsi soumis à une obligation de publicité préalable, mais seulement ceux susceptibles d'intéresser des entreprises d'autres États membres.

Voir également : CJCE, 21 février 2008, aff. C-412/04, Comm. c/Italie - CJCE, 15 mai 2008, aff. C-147/06 et aff. C-148/06, SECAP SpA c/Cne Turin.

La dimension économique plus limitée de ce type d'opérations d'aménagement n'est pas nécessairement corrélée avec un impact urbain limité. Le concédant doit rester tout aussi vigilant quant au choix de l'aménageur que pour une opération financièrement plus importante.

Pour ces raisons, la procédure de passation des concessions dite « normale » pour les concessions soumises au droit européen des concessions (v. [Étape 4 fiche 4.2](#)) constitue un socle pertinent ; cette procédure permet en effet la comparaison de propositions distinctes tout en laissant une marge de négociation au concédant.

Dans ces conditions, la collectivité a l'assurance de respecter les principes de la commande publique et dispose d'un fil conducteur pour formaliser sa procédure, et surtout, évite la tentation d'appliquer les règles du code des marchés publics, qui conduiraient à une procédure inutilement rigide, ne laissant pas place à la négociation.

Il est recommandé de s'inspirer de la procédure de passation des concessions soumises au droit communautaire des concessions

Même si la collectivité s'inspire de la procédure décrite aux articles R 300-4 à R 300-11 du code de l'urbanisme (concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions), il est cependant recommandé ne pas y faire expressément référence, mais de décrire dans les documents (délibération, publicité, document programme) la procédure mise en œuvre en faisant référence au seul article R 300-11-7 du code de l'urbanisme, afin d'éviter les confusions. La procédure de passation de ces contrats doit être adaptée à la nature du contrat.

La composition d'une commission telle que mentionnée à l'article R.300-9 du code de l'urbanisme, bien que facultative, peut s'avérer pertinente dans certains cas.

Certaines phases peuvent néanmoins être allégées, notamment concernant les délais. À titre d'exemple :

- publication de l'avis d'appel public à concurrence dans un journal d'annonces légales et dans un journal spécialisé (en zone frontalière, la publication au JOUE est également nécessaire). La publicité sur deux supports de publication n'est parfois pas nécessaire et l'une d'entre elles peut, le cas échéant, être suffisante.



- délai d'un mois pour la déclaration de candidature.
- possibilité de sélectionner les candidats admis à présenter une proposition et de limiter le nombre de candidats admis à présenter une proposition (dès lors que cela est prévu dans l'avis d'appel public à candidature).
- délai d'un mois pour la remise des propositions après la sélection des candidats.

Le concédant devra veiller à ce que l'égalité des candidats soit respectée.

Sous les réserves mentionnées supra, se référer à la procédure de droit commun ([v. Étape 4, fiche 4.2](#)).

Les articles R.300-9-1 et R300-11-5-1 du code de l'urbanisme prévoient que les contrats dont le montant total des produits est inférieur au seuil communautaire, font l'objet d'une publicité d'un avis relatif à l'intention de conclure la concession d'aménagement. Cette publicité permet d'ouvrir la voie du référé précontractuel et de fermer la possibilité d'un référé contractuel.

L'article R300-11-8 du code de l'urbanisme, créé, dans le cadre de la réforme sur les recours en matière de contrat de la commande publique, prévoit la possibilité de publier un avis d'attribution au JOUE. Cette publication permet à la personne publique qui n'a pas publié d'avis relatif à l'intention de conclure le contrat, de fermer le délai du référé contractuel 31 jours après la publication de l'avis d'attribution. En l'absence d'avis relatif à l'intention de conclure le contrat et d'un avis d'attribution, le délai du référé contractuel est de 6 mois à compter de la conclusion du contrat.

Par conséquent, et afin de sécuriser juridiquement la passation des concessions passées en procédure adaptée, il est recommandé de publier soit un avis d'intention de conclure le contrat, soit un avis d'attribution. Il est également recommandé d'afficher en mairie ou au siège de l'EPCI la décision de conclure le contrat.

Fiche 4.2 - Procédure « normale » (part significative du risque supportée par le concessionnaire)



Observations liminaires :

- Bien que le code de l'urbanisme distingue deux étapes (candidature et proposition), il ne s'agit juridiquement que d'une procédure en une seule phase. Contrairement aux procédures applicables aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés de travaux qui distinguent d'une part, le choix des candidats, et, d'autre part, la remise d'une offre ou le dialogue, celles applicables aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions de travaux ne permettent pas de limiter le nombre de candidats admis à remettre une proposition. Procéder de la sorte pourrait être de nature à entacher d'illégalité la procédure de passation.
- Même si les conditions de mise en œuvre d'une procédure « simplifiée » sont réunies (v. [Étape 3, § 3.3](#)), le concédant peut décider de mettre en œuvre une procédure de droit commun. Le choix de la procédure de droit commun est à privilégier si des incertitudes existent soit sur la capacité qu'aurait l'aménageur à acquérir les terrains à l'amiable (v. étude de dureté foncière), soit dans l'hypothèse où le montant de la participation de la collectivité à l'opération, proche du seuil posé à l'article R 300-11 du code de l'urbanisme, serait susceptible d'évoluer en cours d'opération, par avenant.

Lancement de la procédure et déclaration de candidature

Le lancement de la procédure de mise en concurrence nécessite une **délibération de l'organe délibérant** de la personne publique concédante sur :

- le lancement de la procédure,
- sur la personne habilitée à engager la discussion et signer la convention.

Cette délibération servira de fondement à l'élaboration de l'avis d'appel public à la concurrence et aux autres documents de la procédure. Il ne s'agit donc pas d'une simple habilitation pour engager la procédure, mais d'une décision de la collectivité sur :

- le principe de la réalisation de l'opération d'aménagement par le biais d'une concession d'aménagement et les objectifs poursuivis,
- les missions de l'aménageur,
- les critères de choix retenus par la collectivité.

La délibération constituera la feuille de route de l'exécutif dans la conduite de la procédure

Cette délibération est un acte préparatoire insusceptible de recours, sauf pour vice propre. Une illégalité éventuelle de cette délibération pourra toutefois être invoquée à l'occasion d'un recours contre la délibération désignant le concessionnaire d'aménagement et approuvant la concession.

Il est recommandé de soumettre à l'approbation de l'organe délibérant un projet de délibération établi en cohérence avec le projet d'avis d'appel public à concurrence et le projet de règlement de la consultation, afin de disposer dès ce stade d'une vision précise et globale du contenu et du déroulement de la procédure.

■ La commission « aménagement »

L'organe délibérant désigne par ailleurs en son sein les membres composant la **commission chargée d'émettre un avis sur les candidatures et les propositions** ; la désignation a lieu à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne.

La délibération relative à la désignation des membres de la commission peut avoir lieu à l'occasion de la délibération lançant l'opération ou intervenir après la délibération lançant la procédure, mais en tout état de cause avant l'analyse des candidatures et propositions.

La personne publique a le choix entre :

- soit constituer une commission spécifique à l'occasion de chaque opération,
- soit constituer une commission dite « aménagement » générale pour toutes les concessions d'aménagement ; dans cette hypothèse, la délibération lançant la procédure de mise en concurrence devra faire référence à la délibération instituant cette commission.

Le nombre de membres de la commission n'est pas défini. La commission n'est constituée que d'élus ; aucune disposition n'interdit toutefois qu'elle se fasse assister, pour les aspects techniques, par les services de la collectivité ou par une assistance extérieure (présence de l'AMO s'il en existe un, etc ...).

Il conviendra de veiller à ce qu'il n'existe pas de conflit d'intérêt entre les membres de la commission et les candidats présentant leur candidature ; notamment, si une société d'économie mixte dont le concédant est actionnaire se porte candidat, aucun des membres de la commission ne devra siéger au conseil d'administration de la société.

■ L'avis d'appel public à concurrence

Le concédant doit publier un **avis d'appel public à concurrence** dans les publications suivantes :

- dans un journal d'annonces légales (le BOAMP est considéré comme une publication habilitée à recevoir les annonces légales),
- au JOUE,
- dans un journal spécialisé dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier.

L'avis doit être conforme au modèle fixé par les autorités communautaires (concession de travaux, modèle n° 10). Il doit s'agir du même avis tant dans les publications nationales qu'au JOUE.

Les textes prévoient un délai de 52 jours au JOUE et un mois pour le journal d'annonces légales ou revue spécialisée. Afin de sécuriser le dispositif et de renforcer le principe d'égalité entre les candidats, il convient de ne pas publier les avis au niveau national avant le niveau communautaire et de prévoir pour tous la même date de réception des propositions. S'agissant du contenu des avis, il convient de rappeler que ceux publiés sur un support national ne peuvent pas contenir plus de renseignements que sur celui envoyé au JOUE.

Le mode de désignation des membres de la commission en matière de concession d'aménagement vise à reproduire l'image de la composition politique de l'assemblée délibérante. Il s'agit d'un scrutin de listes qu'il est préférable d'expliquer par l'exemple :

Soit trois listes en présence comprenant au maximum 10 noms : une liste X, une liste Y, une liste Z pour 10 sièges (nombre fixé discrétionnairement par la collectivité).

Soit 30 suffrages exprimés dont les résultats sont les suivants : 12 suffrages se sont portés sur la liste X, 10 sur la liste Y, 8 sur la liste Z.

Pour attribuer les sièges à la commission, il faut d'abord déterminer le quotient électoral, en divisant le nombre des suffrages exprimés par le nombre de sièges, soit en l'espèce, un quotient électoral de 3 ($30/10 = 3$)

Il est attribué à chaque liste autant de sièges que le nombre de suffrages de la liste contient de fois le quotient électoral correspondant.

Soit :

- pour la liste X, il y a 12 suffrages, soit $12/3 = 4$ soit 4 sièges.
- pour la liste Y, il y a 10 suffrages, soit $10/3 = 3,33$ soit 3 sièges.
- pour la liste Z, il y a 8 suffrages, soit $8/3 = 2,66$ soit 2 sièges

Cela fait un total de 9 sièges, il reste donc 1 siège à pourvoir.

Le siège non réparti est attribué à celle des listes pour laquelle la division du nombre de suffrages recueillis par le nombre de mandats qui lui ont déjà été attribués, plus un, donne le plus fort résultat (« la plus forte moyenne »). Ce qui donne :

- Pour la liste X, qui a déjà 4 sièges, l'attribution d'un siège supplémentaire donne $12/5 = 2,4$
- Pour la liste Y, l'attribution d'un siège supplémentaire donne : $10/4 = 2,5$
- Pour la liste Z ; l'attribution d'un siège supplémentaire donne $8/3 = 2,66$

C'est la liste Z qui a la plus forte moyenne (2,66) à qui l'on attribue le 10^e siège, ce qui lui fait un total de 3 sièges.

La collectivité doit également définir le mode de fonctionnement de la commission (délais de convocation, ...).

Le concédant peut publier l'avis dans d'autres publications complémentaires (notamment sur son site internet). Il conviendra d'être vigilant quant au choix des publications complémentaires dans la mesure où ces mêmes publications devront être retenues pour la publication des avis de pré-attribution et d'attribution.

La rédaction de l'avis d'appel public à candidature constitue un exercice délicat. Cet avis doit comprendre la description précise de la procédure, en mettant bien en exergue :

- la nature de l'opération concédée ;
- les objectifs du concédant ;
- les critères de choix ;
- le déroulement de la procédure.

La « déclaration de candidature » ne constitue qu'une simple étape de présentation des dites candidatures sans permettre toutefois une sélection des candidats

S'agissant d'une procédure qui ne permet pas de sélectionner les candidats à proprement parler, l'avis d'appel public à concurrence doit comprendre à la fois les éléments relatifs à la candidature et ceux relatifs à la proposition, ainsi que les critères de choix de l'aménageur par le concédant.

La distinction entre la candidature et la proposition ne doit pas conduire à considérer que la procédure se déroule en deux phases successives.

La procédure de passation des concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions ne comprend qu'une seule phase ; il n'y a pas de sélection des candidats à l'issue de la phase de candidature. L'ensemble des candidats déclarés doivent pouvoir présenter une proposition. Le concédant doit transmettre à l'ensemble des candidats qui auront fait acte de candidature le règlement de la consultation sans pouvoir à ce stade opérer une sélection. Dans cette même logique, il ne peut pas y avoir dans l'avis d'appel à concurrence d'indication limitant le nombre de candidats qui seront admis à présenter une proposition.

Le délai entre la date de l'envoi de l'avis au JOUE et la date limite de présentation des candidatures est d'au moins 52 jours. Ce délai peut être réduit à 45 jours lorsque l'avis pour publication est envoyé par voie électronique.

À ce stade de la procédure :

- aucune pièce n'a à être demandée auprès des candidats ; puisqu'il ne s'agit que d'une déclaration de candidature ;
- il n'est pas non plus prévu une sélection des candidats.

Aucun formalisme n'est prévu pour la déclaration de candidatures. Il est toutefois nécessaire que l'avis d'appel public à concurrence impose une déclaration par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre décharge, afin d'établir la preuve de la date des déclarations de candidature.

Analyse des candidatures et des propositions et négociation du contrat

À compter de la date butoir pour la déclaration de candidature, le concédant adresse à chacun des candidats un document-programme précisant :

- les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indiquant le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération ;
- les modalités et la date limite de réception des propositions des candidats. Cette date doit être postérieure d'un mois au moins à celle de l'envoi du document.

Pour établir la preuve de la date de réception du document-programme, celui-ci doit être soit remis contre décharge, soit transmis par lettre recommandée avec accusé de réception.

■ Contenu du document-programme

Traduction directe du résultat des études préliminaires, le document-programme doit comprendre les éléments nécessaires pour que tout candidat dispose de l'ensemble des éléments pour élaborer sa proposition, et appréhender tant les tâches qui lui incombent que le risque qu'il doit assumer. La structure du règlement de la consultation est libre ; néanmoins, afin de permettre aux candidats de disposer de l'ensemble des éléments nécessaires à l'élaboration de leur proposition, doivent y figurer les éléments suivants :

• Modalités de déroulement de la consultation

- Objet de la procédure ;
- Déroulement ;
- Contenu du dossier remis aux candidats ;
- Modalités de présentation des propositions par les candidats ;
- Conditions d'examen des candidatures ;
- Renseignements complémentaires liés à l'opération et nécessaires à l'élaboration de leur réponse par les candidats ;
- Modifications pouvant être proposées par les candidats ;
- Langue.

• Caractéristiques de l'opération

- Principales données relatives à la personne publique concédante ;
- Principales données relatives à l'opération d'aménagement concédée ;

- État d'avancement des procédures administratives ;
- Objectif et description du projet urbain ;
- Description des objectifs en matière de développement durable, documents existants (chartes, ...) et présence ou non d'une AMO développement durable ;
- Périmètre de l'opération et présentation du secteur ;
- Programme prévisionnel des constructions ;
- Programme prévisionnel des équipements publics ;
- Calendrier prévisionnel.

• Caractéristiques de la concession

- Objet du contrat ;
- Missions de l'aménageur ;
- Objectifs à atteindre en terme environnemental par exemple, obligation à l'aménageur :
 - de réaliser les espaces publics en respectant le cahier des charges environnemental ;
 - d'imposer aux promoteurs le respect du cahier des charges des bâtiments ;
 - de respecter la densité définie dans les études préalables ;
 - etc ... ;
- Durée envisagée du contrat ;
- Conditions de réalisation ;
- Maîtrise foncière et immobilière ;
- Réalisation et remise des équipements ;
- Commercialisation ;
- Conditions financières ;
- Éléments financiers prévisionnels de l'opération ;
- Participation éventuelle du concédant et d'autres personnes publiques ;
- Garantie d'emprunts ;
- Modalités d'imputation des charges de l'aménageur ;
- Modalités de contrôle.

Les différents éléments du règlement de la consultation dépendent des caractéristiques de chaque opération d'aménagement.

Le règlement de la consultation doit reprendre les **critères de choix de l'aménageur** figurant dans l'avis d'appel public à concurrence.

■ Pièces demandées aux candidats

Les pièces demandées aux candidats tant en ce qui concerne la candidature que la proposition devront permettre au concédant d'apprécier si le candidat a les capacités techniques et financières à conduire l'opération et de répondre aux objectifs poursuivis par le concédant.

Le code de l'urbanisme ne prévoit pas les éléments qu'il est possible de demander pour la **candidature**. Toutefois, à l'instar de tout marché ou contrat, le candidat devra transmettre les pièces suivantes :

- un extrait Kbis du registre du commerce et des sociétés ou un document équivalent ;



- une lettre de candidature justifiant l'identité du candidat et l'objet de sa candidature, accompagnée des documents l'habilitant à la signature (le modèle DC1 peut être utilisé) ;
- une attestation sur l'honneur que le candidat a satisfait aux obligations sociales et fiscales pour l'année précédente dûment datée et signée ;
- l'attestation d'assurance de responsabilité civile ;
- le pouvoir de la personne habilitée à engager la société ;
- copie du ou des jugements prononcés si le candidat est en redressement judiciaire ;
- le bilan financier de ses trois derniers exercices ainsi qu'une notice prévisionnelle de sa situation et ses perspectives ;
- la déclaration du candidat ou DC2 ; la désignation du capital social et des représentants ayant qualité pour engager la société.

Le concédant est également libre de déterminer les pièces qu'il demande aux candidats concernant leur **proposition**. Les documents doivent toutefois être en lien direct avec l'objet de la concession d'aménagement.

Le contenu des propositions devra donc être étroitement lié à la mission de l'aménageur, qui agit dans le cadre de la concession en qualité de maître d'ouvrage. Pour cette raison, les éléments demandés par la collectivité ne devront comprendre aucune demande liée à la forme urbaine et à la maîtrise d'œuvre qui ne ressortent pas des compétences directes de l'aménageur. Il appartiendra ultérieurement à l'aménageur retenu de désigner ces prestataires, le cas échéant avec la participation du concédant.

À titre d'exemple, il est possible de demander les éléments suivants, sans que cette liste ne soit exhaustive :

- une note méthodologique détaillant la stratégie mise en place par le candidat pour atteindre les objectifs fixés par le concédant, notamment en terme de qualité environnementale, de mixité sociale et de commercialisation de l'opération ;

- compréhension du projet ÉcoQuartier et préconisations en matière de développement durable en termes d'équipements, de construction et de chantier ;
- les moyens humains, qualifications et références requises pour mener à bien l'opération ;
- une liste de références correspondant à des opérations similaires, d'une complexité équivalente et réalisées au cours des trois dernières années détaillant la nature et les caractéristiques principales de l'opération, sa superficie, la programmation, la SHON cédée ou à céder, la complexité des montages juridiques, la nature des prestations, le coût global ;
- les références en conduite d'opération impliquant la mise en œuvre des principes de développement durable et des critères de qualité environnementale.

Il est important que le concédant laisse aux candidats une certaine capacité à apporter des adaptations par rapport aux éléments figurant dans le dossier de consultation. Un dossier trop figé limitera la capacité des candidats à faire des propositions qui pourraient néanmoins s'avérer opportunes. Il s'agit ici de garder la possibilité aux candidats d'exprimer leur plus-value pour la réalisation de l'opération d'aménagement concédée. C'est le cœur de métier de l'aménageur.

■ Avis de la commission

Les candidatures et propositions sont analysées par la commission ; **l'avis de la commission** doit intervenir impérativement préalablement à l'engagement des discussions.

L'avis de la commission doit porter sur toutes les propositions transmises par des candidats dont la candidature est objectivement recevable

Il n'est pas envisageable à ce stade de sélectionner des candidats.

L'avis de la commission peut ensuite être sollicité à tout moment de la procédure ; il ne s'agit toutefois là que d'une possibilité laissée au représentant de la collectivité, nullement d'une obligation.

À chaque fois qu'elle se réunit, la commission doit être convoquée, dans les conditions définies lors de sa constitution, et un compte-rendu doit être établi et signé par ses membres.

L'avis de la commission n'est qu'un avis purement consultatif.

La personne habilitée par l'organe délibérant du concédant à négocier décide librement du choix du ou des candidats avec lesquels il négocie

Cette liberté de choix est toutefois encadrée : le concédant ne peut engager des négociations qu'avec les candidats dont la candidature remplit les conditions fixées par l'avis d'appel public à concurrence.

■ Négociation

Le concédant à **l'obligation de négocier**. Il doit pouvoir prouver avoir pris l'initiative de l'ouverture de négociations avec un ou plusieurs candidats, et cela même s'il n'y a qu'un seul candidat :

- l'absence d'une telle initiative ne saurait rester sans incidences, quand bien même n'en résulterait aucune atteinte au principe d'égalité entre les candidats ;
- dans le cas d'absence d'initiative de la collectivité en faveur de l'ouverture d'une vraie négociation, les candidats ne peuvent pas remettre de façon spontanée une proposition modifiée.

Par ailleurs, il faut distinguer, d'une part, la simple demande de précision ou de compléments d'informations et, d'autre part, l'invitation faite aux candidats de faire toute proposition (d'ordre technique, juridique, économique ou financier) permettant, le cas échéant, d'améliorer leur proposition par rapport à leur première proposition. Seule l'existence de cette dernière invitation permet à la collectivité de justifier du respect de ses obligations de mise en concurrence.

La négociation ne constitue pas une étape purement formelle ; le contrat tel qu'il résulte de cette négociation peut présenter certaines différences par rapport au projet de contrat remis aux différents candidats. Cette possibilité se trouve toutefois subordonnée au fait que l'ensemble des candidats soit mis en position de présenter une proposition prenant en considération ces évolutions. En effet, le juge ne censure pas systématiquement l'évolution de certaines des conditions initiales de la mise en concurrence, mais bien le fait que l'ensemble des candidats n'ait pas été en mesure de formuler une nouvelle proposition tenant compte des modifications apportées aux conditions d'exécution du contrat.

Par opposition, on peut considérer que des adaptations de portée limitée n'ont pas à être mises à la connaissance de l'ensemble des candidats, dès lors que ces adaptations sont mineures. Le concédant ne dispose toutefois pas d'une totale latitude dans la nature et l'importance des modifications des éléments faisant l'objet de la mise en concurrence. En effet, en dépit de la liberté de négociation prévue, la modification des conditions de mise en concurrence en cours de passation reste encadrée.

Les évolutions ne doivent pas avoir pour but d'avantager des candidats en présence, ne sauraient bouleverser l'économie générale du contrat, et enfin ne doivent pas présenter entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire.

Ce qui doit donc être visé en l'espèce, c'est l'égalité de traitement des candidats, et ce conformément à une jurisprudence constante en matière de contrats publics (v. not. CE, 21 mars 1890, Caillette). C'est d'ailleurs le sens de la communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000, dans laquelle la Commission européenne insiste sur le fait que le principe d'égalité de traitement implique que « les règles du jeu doivent être connues de tous les concessionnaires potentiels et doivent s'appliquer à tous de la même manière (...) ».

Les négociations pourront porter notamment sur les aspects suivants :

- définition des missions de l'aménageur ;
- répartition du risque entre le concédant et l'aménageur ;
- modalités de désignation du maître d'œuvre et des autres intervenants ;
- conditions de choix des acquéreurs ;
- contrôle de la collectivité (au sens d'articulation entre les problématiques du concédant et du concessionnaire) ;
- montant de la participation ;
- conditions d'évolution du contrat.

■ Les clauses permettant l'évolution du contrat

La concession d'aménagement doit intégrer des clauses permettant son évolution pour tenir compte de l'évolution inéluctable de l'opération d'aménagement pendant sa réalisation. La jurisprudence encadre la passation des avenants au contrat, qui ne peuvent ni modifier l'objet du contrat, ni modifier de façon substantielle l'un des éléments essentiels de la concession, tels que résultant de la mise en concurrence :

- l'objet du contrat est la réalisation de l'opération d'aménagement telle qu'elle aura été définie préalablement. Ainsi, le contrat pourra évoluer par avenant dès lors que les nouveaux éléments intégrés dans la concession d'aménagement s'inscrivent objectivement dans cet objet ;
- parmi les éléments essentiels du contrat, et par parallèle avec la jurisprudence en matière de délégation de service public (CAA Paris du 17 avril 2007, n° 06PA02278, Sté Kéolis ; CAA Marseille, 7 Avril 2008 n°05MA01756) figure la répartition du risque entre la collectivité et l'aménageur.

La question de l'évolution de la participation du concédant à l'opération est traditionnellement la plus délicate. Il convient toutefois de distinguer l'actualisation du montant de la participation de son évolution. Le montant de la participation pourra évoluer - à la hausse ou à la baisse - dans l'hypothèse où les principes de la répartition du risque entre le concédant et son aménageur ne sont pas modifiés de façon substantielle. Ce qui importe, c'est que les avenants ne réduisent pas de manière importante le risque encouru par le concessionnaire, en procédant notamment à d'importants transferts de charge entre les parties.

Cette évolution n'est pas exclusive et doit être distinguée d'une indexation du montant de la participation. Cette indexation devra être prévue sur la base d'un indice objectif lié directement à l'objet de la participation.

En tout état de cause, la légalité d'un avenant doit être analysée au regard des éléments de la consultation.

Approbation et conclusion du contrat

Au terme de la phase de négociation, l'organe délibérant du concédant choisit le concessionnaire sur proposition de la personne habilitée à mener les discussions, au vu du ou des avis émis par la commission en prenant notamment en compte :

- les capacités techniques et financières des candidats,
- leur aptitude à conduire l'opération d'aménagement projetée.

L'organe délibérant est libre de choisir le candidat sans nécessairement tenir compte de l'avis de la commission

Si une telle hypothèse devait survenir, le choix de l'aménageur devrait faire l'objet d'une motivation particulière.

■ Notification du rejet

Le concédant doit ensuite notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de celui-ci. Cette notification précise également le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature. Le manquement aux obligations affectant la possibilité pour les candidats d'exercer le référé pré-contractuel est sanctionnable par le juge du référé contractuel.

La motivation du choix du candidat retenu et des candidats dont la proposition n'est pas retenue doit se fonder sur les critères définis par la collectivité.

Un délai d'au moins seize jours doit ensuite être respecté entre la date d'envoi de la notification de rejet des candidatures et la date de conclusion de la concession d'aménagement (onze jours si transmission électronique) de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. Dans ce délai, le juge administratif pourra être saisi dans le cadre du référé précontractuel. À défaut, ce recours sera forclus.

La notification de l'attribution du contrat comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le concédant s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences des documents de la consultation.

■ Délibération

La concession ne peut être signée par le concédant qu'une fois que la délibération désignant l'aménageur et autorisant l'exécutif du concédant à signer le contrat est devenue exécutoire (transmission au contrôle de légalité et affichage au siège du concédant) ; le non respect de cette disposition conduit à l'inexistence du contrat. Cette date est le point de départ du délai de recours pour excès de pouvoir de 2 mois ouvert à l'encontre de la délibération.

Tant au stade de son approbation, qu'au moment de sa transmission au contrôle de légalité, la délibération approuvant la concession doit être accompagnée du projet de contrat.

■ Signature du contrat

Le contrat signé entre le concédant et le concessionnaire doit lui être notifié. C'est cette notification qui lui confère son caractère exécutoire à l'égard du concessionnaire. Par contre, contrairement aux contrats de délégations de service public, la concession une fois signée n'a pas à être transmise à nouveau au contrôle de légalité (CGCT, art. L. 1411-9).

■ Avis d'attribution et publication

Dans un délai de 30 jours à compter du choix du concessionnaire, le concédant adresse pour publication un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par les autorités européennes, au JOUE et aux organes de publication qui ont publié l'avis d'appel public à candidature dans le cadre du référé contractuel, la saisine du juge doit intervenir 31 jours au plus tard suivant la publication de l'avis d'attribution du contrat. En l'absence de publication de l'avis, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

Par ailleurs, il apparaît important que la « décision de signer » soit formalisée et affichée au siège du concédant afin de faire courir le délai de recours contre cet acte. Le juge administratif considère en effet que la « décision de signer » la concession constitue un acte détachable susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les délais de recours ne courent pas en l'absence de cet affichage (CAA Versailles, 12 mars 2009, commune de Clichy-la-Garenne).

■ Procédure infructueuse

Dans l'hypothèse où les propositions faites par les candidats ne répondraient pas aux objectifs poursuivis par la collectivité, celle-ci serait tenue de déclarer la procédure infructueuse. Contrairement aux procédures applicables aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés de travaux, aucune procédure négociée n'est possible. Sauf si elle décide de réaliser en régie l'opération d'aménagement, la collectivité sera donc tenue de relancer la procédure de passation. Elle devra au préalable s'interroger sur les raisons de l'échec de la procédure.

Fiche 4.3 - Procédure simplifiée

Pour le choix de la procédure, v. Étape 3, § 3.3

Les différences essentielles entre cette procédure évoquée à l'article R 300-11 du code de l'urbanisme, et celle précédemment exposée résident en :

- l'absence de production d'un document programme,
- l'absence de constitution d'une commission « aménagement ».

La procédure est donc organisée sur la base seulement de l'avis d'appel public à concurrence.

En outre, les différents avis de publicité doivent rappeler, outre le recours à la procédure simplifiée de choix des candidats, les conditions du recours à cette procédure simplifiée, à savoir pour mémoire :

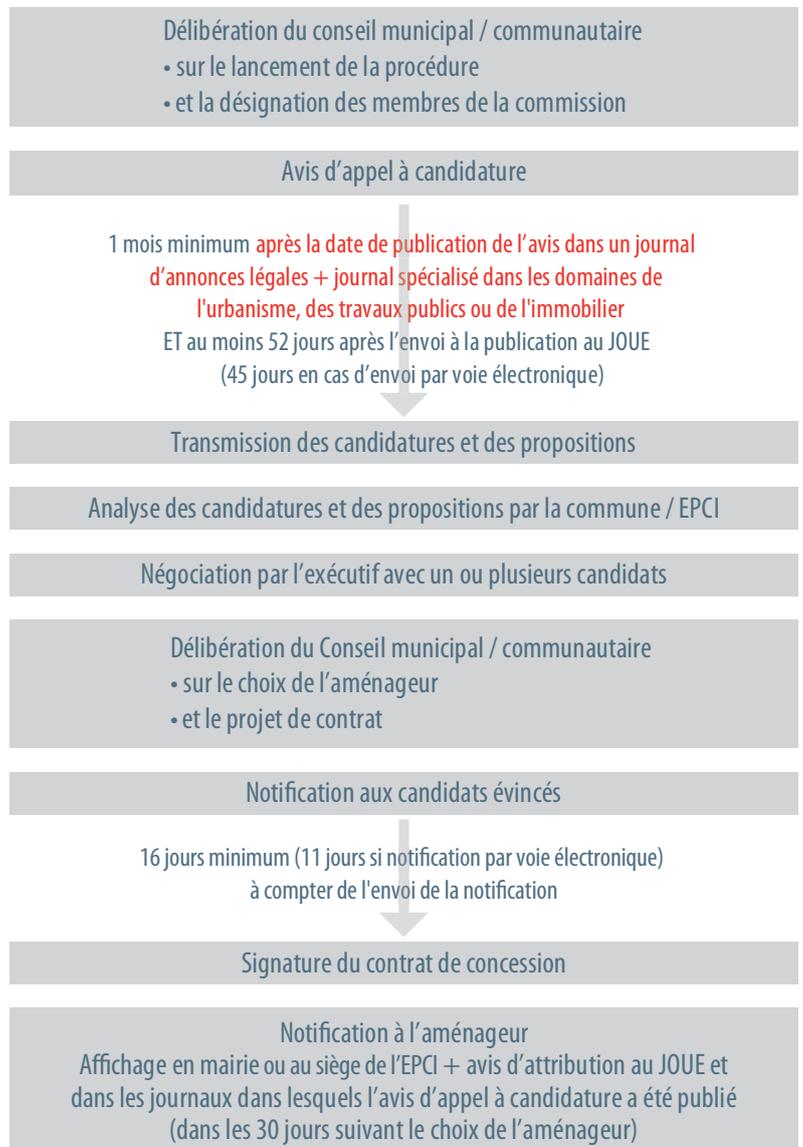
- la participation prévisionnelle totale du concédant et des autres personnes publiques est globalement inférieure à 135 000 € HT,
- ET les terrains devant être acquis auprès du concédant, expropriés ou préemptés représentent moins de 10 % des emprises de terrains comprises dans le périmètre de l'opération concédée.

Par participation prévisionnelle totale, il faut entendre tout versement en numéraire par la collectivité et tout apport de terrain pour une valeur inférieure à l'évaluation de France Domaine, et cela sur toute la durée de la concession. Par ailleurs, cette procédure suppose que la maîtrise foncière soit assurée en amont pour au moins 90 % de la superficie des terrains nécessaires à la réalisation de l'opération.

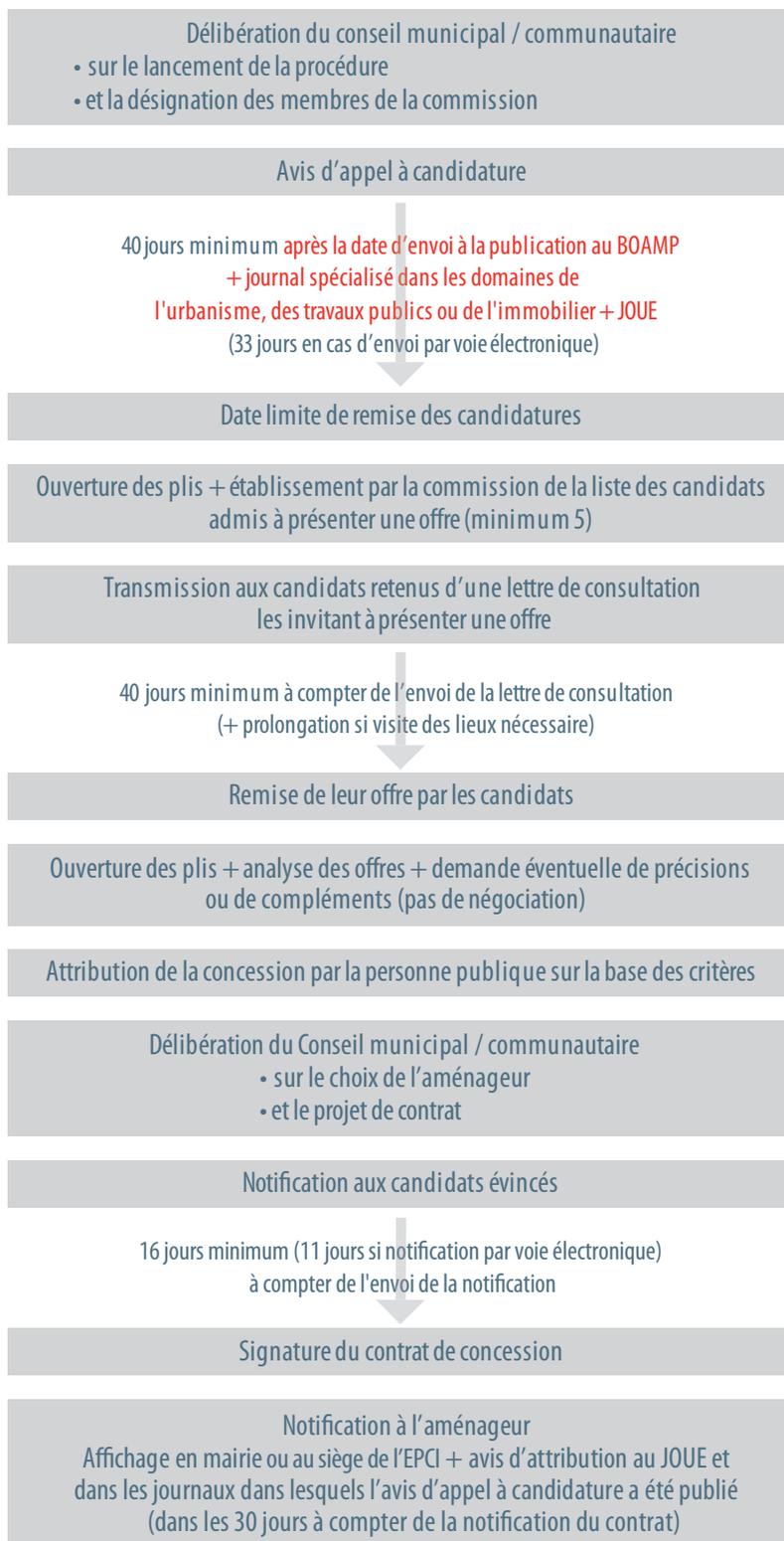
La collectivité doit veiller à rédiger l'avis d'appel public à concurrence avec le plus grand soin afin de pouvoir mener les négociations dans le souci du respect de l'égalité des candidats.

Les négociations doivent être menées par la personne habilitée par l'organe délibérant du concédant.

Les négociations, l'approbation du contrat et sa notification au candidat désigné ainsi que les notifications aux candidats non retenus ne présentent pas de spécificités par rapport à la procédure « normale ».



Fiche 4.4 - Procédure d'appel d'offre



Lancement de la procédure et sélection des candidats admis à présenter une offre

Contrairement à la procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions, la procédure se déroule ici en deux temps :

- 1- sélection des candidats admis à présenter une offre
- 2- sélection de l'offre

■ Délégation

Le lancement de la procédure de mise en concurrence nécessite une **délégation de l'organe délibérant de la personne publique concédante** sur :

- le lancement de la procédure,
- sur la personne habilitée à analyser les offres.

Il est préférable de soumettre à l'approbation de l'organe délibérant le projet de délibération établi en corrélation avec le projet d'avis d'appel public à concurrence et le projet de la lettre de consultation, afin de disposer dès ce stade d'une vision précise et globale du contenu et du déroulement de la procédure

Cette délibération doit être préparée avec beaucoup de soin dans la mesure où elle constituera la feuille de route de l'exécutif dans la conduite de la procédure. Il s'agit par ailleurs d'un acte préparatoire insusceptible de recours, sauf pour vice propre. Une illégalité éventuelle de cette délibération pourra toutefois être invoquée à l'occasion d'un recours contre la délibération désignant le concessionnaire d'aménagement et approuvant la concession.

La composition de la commission et les modalités de désignation de ses membres sont identiques à celles prévues pour les concessions soumises au droit communautaire des concessions (v. Étape 4, fiche 4.2).

■ Avis d'appel public à concurrence

L'avis d'appel public à concurrence doit être publié :

- au BOAMP
- au JOUE
- dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier

La personne publique peut choisir de faire paraître, en plus de ces trois avis, un avis d'appel public à concurrence dans une autre publication.

La publication des avis au BOAMP et, le cas échéant, sur tout autre support publicitaire ne peut pas intervenir avant l'envoi de l'avis d'appel public à concurrence au JOUE. Les avis destinés au BOAMP sont envoyés par téléprocédure.

La publication des avis au BOAMP et, le cas échéant, sur tout autre support publicitaire ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis au JOUE. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis au JOUE.

C'est l'envoi de l'avis d'appel public à concurrence à la publication - et non la date de publication effective - qui déclenche le délai engendré par l'avis pour la réception des candidatures (CGCT, art. L. 1414-6).

L'**avis d'appel public à la concurrence** doit comporter (CGCT, art. L. 1414-6) :

- la date limite de réception des candidatures,
- les critères de sélection des candidats.

Les critères de sélection des candidats doivent être liés (CGCT, art. D. 1414-2) :

- à l'objet du contrat,
- aux capacités techniques et financières des candidats.

Les capacités professionnelles d'autres personnes peuvent être prises en compte, à la demande du candidat, pour justifier des capacités requises, à condition d'apporter la preuve que le candidat en disposera pour l'exécution du contrat.

Les critères de sélection des offres n'ont pas obligatoirement à figurer dans l'avis d'appel public à concurrence, mais rien n'interdit qu'ils y soient.

Un délai d'au moins 40 jours entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de réception des candidatures doit être respecté (délai pouvant être réduit de 7 jours lorsque l'avis d'appel public à concurrence est envoyé par voie électronique).

■ Candidature

Les **pièces que doivent fournir les candidats** sont définies par l'avis d'appel public à concurrence de l'intérieur de la liste donnée à l'article D. 1414-2 du CGCT. Cette liste devra être adaptée dans la mesure où tous les éléments cités ne sont pas nécessairement appropriés à la réalisation d'une opération d'aménagement.

Pièces pouvant être demandées aux candidats :

- la déclaration concernant le chiffre d'affaires global concernant les prestations auxquelles se réfère le contrat, réalisées au cours des trois derniers exercices,
- une déclaration appropriée de banque ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels,
- des bilans ou extraits de bilans concernant les trois dernières années,
- une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années,
- une présentation des principales opérations d'aménagement réalisées ou en cours de réalisation au cours des cinq dernières années, appuyée d'attestations de bonne exécution pour les opérations les plus importantes,
- l'indication des titres d'études et professionnels de l'aménageur ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables d'opération,
- les certificats de qualifications professionnelles.

Certains **cas d'exclusion** sont prévus. Ne peuvent pas se porter candidates :

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le 2^e alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le 2^e alinéa de l'article 433-2, par le 8^e alinéa de l'article 434-9, par le 2^e alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par l'article 445-1 et par l'article 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du CGI ;
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1 et L. 8251-1 du code du travail ;
- les personnes en état de liquidation judiciaire, admises à une procédure de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;



- les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date ;
- les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal.

Ces dispositions sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates, ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.

Les candidats doivent produire des déclarations sur l'honneur qu'ils ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres prestataires, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces prestataires et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces prestataires et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. Il faut noter que ne sont pas visés ici les prestataires dont l'intervention est nécessaire à la réalisation de l'opération d'aménagement (maître d'œuvre, géomètre, ...) et que le concessionnaire ne désignera qu'après l'attribution de la concession, mais les ressources dont dispose l'aménageur pour lui-même (adhésion à un réseau, ...).

Les modalités de transmission des candidatures doivent être précisées dans l'avis d'appel public à concurrence. Il appartient au concédant d'en définir les modalités, dès lors qu'elles permettent de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Une transmission par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre décharge sont à même d'assurer les meilleures garanties de bonne fin.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le concédant, s'il constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus au I de l'article D. 1414-2 du CGCT et demandés par la personne publique, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par celle-ci.

■ Choix des candidats

La **liste des candidats admis à présenter une offre** est établie par la commission, composée conformément à l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme (v. [Étape 4, fiche 4.2](#)).

La commission procède à la sélection des candidats en appliquant aux candidatures des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à concurrence.

La commission ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistre le contenu.

La commission doit être régulièrement convoquée, selon les modalités qui auront été définies lors de sa création, et un compte-rendu doit être établi et signé par ses membres.

Le nombre de ces candidats ne peut être inférieur à 5 si au moins 5 candidatures recevables ont été déposées.

Si les candidats rejetés en font la demande, le concédant doit leur communiquer les motifs du rejet de leur candidature.

Analyse des offres et sélection de l'aménageur

Le concédant adresse aux candidats retenus une lettre de consultation qui comporte (CGCT, art. L. 1414-8) :

- la date limite de réception des offres, l'adresse de réception et l'obligation de rédaction en langue française,
- la référence de l'avis d'appel public à candidature,
- les modalités de procuration du cahier des charges.

Par simplicité, il est préférable que la lettre de consultation contienne l'ensemble des éléments du cahier des charges. Le contenu de ce cahier des charges peut reprendre la trame du règlement de la consultation des concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions de travaux.

Dans la mesure où il ne peut pas y avoir négociation des offres remises par les candidats admis à présenter une offre ni d'audition des candidats, le cahier des charges doit être suffisamment cadré pour que le concédant dispose dans les offres de l'ensemble des éléments nécessaires à leur analyse.

Le **délai de réception des offres** ne peut être inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation. L'article L. 1414-8 du CGCT dispose qu'en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, le délai de réception des offres peut être ramené à 15 jours. Il est toutefois difficile de concevoir que cette notion d'urgence soit applicable aux concessions d'aménagement.

Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du contrat ou après consultation sur place de documents complémentaires au cahier des charges, les délais sont prolongés en conséquence.

Les renseignements complémentaires éventuels sur les cahiers des charges sont communiqués par la personne publique 6 jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres.

Les **offres sont transmises** par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité (lettre recommandée avec accusé de réception ou remise contre décharge).

La séance d'ouverture des plis contenant les offres n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date limite qui a été annoncée dans la lettre de consultation.

La procédure d'appel d'offre interdit l'audition des candidats et toute négociation

Le concédant peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. Ces précisions et compléments seront nécessairement limités et ne devront avoir pour objet que de permettre une meilleure analyse de l'offre par le concédant, nullement une évolution de ladite offre.

La procédure retenue a pour objet de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cette évaluation se fait en principe par des critères pondérés, ou, lorsque la pondération n'est objectivement pas possible, hiérarchisés. La collectivité devra notamment prendre en compte :

- le coût global de l'opération par rapport au bilan prévisionnel intégrant la totalité des recettes et des dépenses
- le respect de l'exigence liée au développement durable, notamment :
 - la qualité architecturale,
 - les performances environnementales,
 - la mixité sociale,
 - la diversité des fonctions urbaines.

■ Critères

Mais il appartiendra à la personne publique concédante de définir en outre des critères adaptés aux objectifs qu'elle poursuit et aux caractéristiques de l'opération d'aménagement concédée.

Les critères prévus pour les concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions de travaux peuvent être retenus. Par ailleurs, obligation supplémentaire, la notion de coût global impose que le concédant analyse les offres tant au regard du coût d'investissement pour la collectivité, qu'au regard des coûts de fonctionnement. (v. Étape 3, § 3.4)

Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés. Ce cas de figure d'une pondération objectivement impossible sera vraisemblablement rare pour les concessions d'aménagement soumises à une procédure d'appel d'offre.

■ Attribution du contrat

L'analyse des offres est faite par la seule personne habilitée à mener la procédure. La commission n'a pas à se prononcer sur ces offres.

Le concédant établit une liste classant les candidats ayant présenté une offre sur la base des critères préalablement définis.

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat produit :

- le bulletin n° 2 de son casier judiciaire ;
- les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail : ces pièces sont à produire tous les 6 mois jusqu'à la fin de l'exécution du contrat ;
- les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

Le contrat ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les documents prévus ci-avant.

S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents et attestations nécessaires avant que le contrat ne lui soit attribué.

Si les documents fournis par un candidat ne sont pas rédigés en langue française, la personne publique peut exiger que ces documents soient accompagnés d'une traduction en français certifiée conforme à l'original par un traducteur assermenté.

Approbation et conclusion du contrat

L'approbation de la concession nécessite une délibération de l'organe délibérant du concédant.

■ Délibération

Le projet de délibération comprend :

- le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour le concédant,
- l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle du concédant mesurée par le ratio suivant : coût moyen annuel du contrat/recettes réelles de fonctionnement.

Le coût moyen annuel du contrat prend en compte la totalité des coûts « facturés » par le concessionnaire au concédant dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute sa durée. Dans la mesure où il n'y a pas à proprement parler de facturation du concessionnaire au concédant en matière de concession d'aménagement, il s'agit du montant de la participation versée par le concédant au bilan de l'opération.

L'organe délibérant ne dispose pas de la capacité de modifier le classement des candidats établi par la personne habilitée à mener la procédure

Les recettes réelles de fonctionnement sont celles définies au 5^e alinéa de l'article R. 2313-2 du CGCT. Elles sont déterminées sur une base annuelle à partir de la moyenne du montant des recettes réelles de fonctionnement constatées dans les derniers comptes administratifs du concédant.

■ Notification du rejet

Le concédant doit ensuite **notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature** ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature.

Un délai d'au moins 16 jours doit ensuite être respecté entre la date d'envoi de la notification de rejet des candidatures et la date de conclusion de la concession d'aménagement (11 jours si transmission électronique).

La notification de l'attribution du contrat comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le concédant s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences des documents de la consultation.

■ Signature du contrat

La concession ne peut être signée par le concédant qu'après que la délibération désignant l'aménageur et autorisant l'exécutif du concédant à signer le contrat est devenue exécutoire (transmission au contrôle de légalité et affichage au siège du concédant) ; le non respect de cette disposition conduit à l'inexistence du contrat.

Tant au stade de son approbation, qu'au moment de sa transmission au contrôle de légalité, la délibération approuvant la concession doit être accompagnée du projet de contrat.

Le contrat signé entre le concédant et le concessionnaire doit être notifié à ce dernier. C'est cette notification qui lui confère son caractère exécutoire. Par contre, contrairement aux contrats de délégations de service public, la concession une fois signée n'a pas à être transmise à nouveau au contrôle de légalité.

■ Avis d'attribution et publication

Dans un délai de 30 jours à compter du choix du concessionnaire, le concédant adresse pour publication un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par les autorités européennes, au JOUE et aux organes de publication qui ont publié l'avis d'appel public à candidature.

Par ailleurs, il apparaît important que la « décision de signer » soit formalisée et affichée au siège du concédant afin de faire courir le délai de recours contre cet acte. Le juge administratif considère en effet que la « décision de signer » la concession constitue un acte détachable susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les délais de recours ne courent pas en l'absence de cet affichage (CAA Versailles, 12 mars 2009, commune de Clichy-la-Garenne).

■ Procédure infructueuse

Si aucun candidat ne remet d'offre, ou si aucune offre ne répond aux critères définis par la collectivité, celle-ci a la capacité de déclarer la procédure infructueuse et de mettre en œuvre une procédure négociée.

La décision de recourir à la procédure négociée doit toutefois résulter d'une analyse fine et objective des raisons de l'échec de la procédure. La collectivité doit identifier si l'échec résulte d'une inadéquation entre ses attentes et la réalité économique de l'opération (par exemple, absence de participation pour une opération d'aménagement par nature déficitaire compte tenu des prescriptions imposées). Dans une telle hypothèse, le projet devra être substantiellement modifié, ce qui exclura le recours à la procédure négociée.

Fiche 4.5 - Procédure de dialogue compétitif

Lancement de la procédure et sélection des candidats admis à dialoguer

La procédure se déroule en trois temps :

- 1- sélection des candidats admis à dialoguer
- 2- dialogue
- 3- sélection de l'offre

■ Délibération

Le lancement de la procédure de mise en concurrence nécessite une **délibération de l'organe délibérant de la personne publique concédante** sur :

- le lancement de la procédure,
- sur la personne habilitée à engager la discussion et signer la convention.

Cette délibération doit être préparée avec beaucoup de soin dans la mesure où elle constituera la feuille de route de l'exécutif dans la conduite de la procédure. La délibération constitue un acte préparatoire insusceptible de recours, sauf pour vice propre.

La composition de la **commission** et les modalités de désignation de ses membres sont identiques à celles prévues pour les concessions soumises au droit communautaire des concessions (v. Étape 4, fiche 4.2).

■ Avis d'appel public à concurrence

L'avis d'appel public à concurrence doit être publié :

- au BOAMP
- au JOUE
- dans une publication spécialisée dans les domaines de l'urbanisme, des travaux publics ou de l'immobilier

La personne publique peut choisir de faire paraître, en plus de ces trois avis, un avis d'appel public à concurrence dans une autre publication.

La publication des avis au BOAMP et, le cas échéant, sur tout autre support publicitaire ne peut pas intervenir avant l'envoi de l'avis d'appel public à concurrence au JOUE. Les avis destinés au BOAMP sont envoyés par téléprocédure.

La publication des avis au BOAMP et, le cas échéant, sur tout autre support publicitaire ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis au JOUE. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis au JOUE.

C'est l'envoi de l'avis d'appel public à concurrence à la publication - et non la date de publication effective - qui déclenche le délai engendré par l'avis (CGCT, art. L. 1414-6).





L'avis d'appel public à la concurrence doit comporter (CGCT, art. L. 1414-6) :

- la date limite de réception des candidatures,
- les critères de sélection.

Les critères de sélection des candidats doivent être liés (CGCT, art. D. 1414-2) :

- à l'objet du contrat,
- aux capacités techniques et financières de candidats.

Les capacités professionnelles d'autres personnes peuvent être prises en compte, à la demande du candidat, pour justifier des capacités requises, à condition d'apporter la preuve que le candidat en disposera pour l'exécution du contrat.

Les critères de sélection des offres n'ont pas obligatoirement à figurer dans l'avis d'appel public à concurrence, mais rien n'interdit qu'ils y soient.

L'avis doit en outre préciser si la procédure est ou non divisée en phases et exclure des candidats au fur et à mesure du dialogue (CGCT, art. L. 1414-7).

Un délai d'au moins 40 jours entre la date d'envoi de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de réception des candidatures doit être respecté (délai pouvant être réduit de 7 jours lorsque l'avis d'appel public à concurrence est envoyé par voie électronique).

■ Candidature

Les pièces que doivent fournir les candidats sont définies par l'avis d'appel public à concurrence à l'intérieur de la liste donnée à l'article D. 1414-2 du CGCT. Cette liste devra être adaptée dans la mesure où tous les éléments cités ne sont pas nécessairement appropriés à la réalisation d'une opération d'aménagement.

Pièces pouvant être demandées aux candidats :

- la déclaration concernant le chiffre d'affaires global concernant les prestations auxquelles se réfère le contrat, réalisées au cours des trois derniers exercices,
- une déclaration appropriée de banque ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels,
- des bilans ou extraits de bilans concernant les trois dernières années,
- une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et l'importance du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années,
- une présentation des principales opérations d'aménagement réalisées ou en cours de réalisation au cours des cinq dernières années, appuyée d'attestations de bonne exécution pour les opérations les plus importantes,
- l'indication des titres d'études et professionnels de l'aménageur ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables d'opération,
- les certificats de qualifications professionnelles.

Certains **cas d'exclusion** sont prévus. Ne peuvent pas se porter candidates :

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le 2^e alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le 2^e alinéa de l'article 433-2, par le 8^e alinéa de l'article 434-9, par le 2^e alinéa de l'article 434-9-1, par les articles 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, par les 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9, par l'article 445-1 et par l'article 450-1 du code pénal et par l'article 1741 du CGI ;
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de 5 ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 8221-1, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8231-1, L. 8241-1 et L. 8251-1 du code du travail ;

- les personnes en état de liquidation judiciaire, admises à une procédure de redressement judiciaire ou ayant fait l'objet de procédures équivalentes régies par un droit étranger ;
- les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date ;
- les personnes condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal.

Ces dispositions sont applicables aux personnes morales qui se portent candidates, ainsi qu'à celles qui sont membres d'un groupement candidat.

Les candidats doivent produire des déclarations sur l'honneur qu'ils ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres prestataires, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces prestataires et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces prestataires et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. Il faut noter que ne sont pas visés ici les prestataires dont l'intervention est nécessaire à la réalisation de l'opération d'aménagement (maître d'œuvre, géomètre, ...) et que le concessionnaire ne désignera qu'après l'attribution de la concession, mais les ressources dont dispose l'aménageur pour lui-même (adhésion à un réseau, ...).

Les **modalités de transmission des candidatures** doivent être précisées dans l'avis d'appel public à concurrence. Il appartient au concédant d'en définir les modalités, dès lors qu'elles permettent de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité. Une transmission par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre décharge semble pertinente.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, la personne publique concédante, si elle constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai.

Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus au I de l'article D. 1414-2 du CGCT et demandés par la personne publique, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par celle-ci.

■ Choix des candidats

La **liste des candidats admis à dialoguer** est établie par la commission, composée conformément à l'article R. 300-9 du code de l'urbanisme.

La commission procède à la **sélection des candidats** en appliquant aux candidatures des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du contrat relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence.

L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à concurrence.

La personne publique ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et en enregistre le contenu.

La commission doit être régulièrement convoquée, et un compte-rendu doit être établi et signé par ses membres.

Les **critères de sélection** des candidats doivent être liés (CGCT, art. D. 1414-2 et § 3.4) :

- à l'objet du contrat,
- aux capacités techniques et financières de candidats.

Les capacités professionnelles d'autres personnes peuvent être prises en compte, à la demande du candidat, pour justifier des capacités requises, à condition d'apporter la preuve que le candidat en disposera pour l'exécution du contrat.

Le nombre de ces candidats ne peut être inférieur à 3 si au moins 3 candidatures recevables ont été déposées.

Si les candidats rejetés en font la demande, le concédant doit leur communiquer les motifs du rejet de leur candidature.

Transmission du programme fonctionnel et dialogue

L'objet du dialogue compétitif est de permettre à la collectivité concédante de définir les moyens techniques et le montage financier et juridique les mieux à même de répondre à ses besoins (CGCT, art. L. 1414-7). Cet objet est toutefois précisé par l'article R. 300-11-3 du code de l'urbanisme en ces termes « *définir et identifier les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique en ce qui concerne la réalisation de l'opération d'aménagement dont elle définit les caractéristiques* ».

■ Contenu du programme fonctionnel

Pour les candidats, il est établi un **programme fonctionnel** comportant, en application de l'article R 300-11-2 du code de l'urbanisme :

- les caractéristiques essentielles du contrat,
- le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés,
- les conditions de mise en œuvre de l'opération.

Le programme fonctionnel sera proche du règlement de la consultation prévu en matière de concession d'aménagement soumise aux droit communautaire des concessions de travaux (v. **Étape 4, fiche 4.2**). Il contiendra donc *a minima* :

- les éléments figurant dans le dossier de création de la ZAC ou dans le programme de l'opération d'aménagement, avec un programme d'équipement étayé ; le programme devrait comprendre :
 - la SHON constructible, densité des constructions, règles de construction, obligations en matière d'énergies renouvelables, etc.
 - le programme des équipements publics prévisionnels (équipements primaires réalisés par la collectivité, équipements secondaires, voire tertiaires, bien que pour cette dernière catégorie, il soit possible de se contenter d'une phrase indiquant que l'aménageur aura la charge des équipements de desserte internes aux secteurs) ; il faut noter également que le choix du maître d'œuvre incombant à l'aménageur après sa désignation, il n'est pas requis que des avant-projets soient établis à ce stade ;
- les principaux éléments de la concession envisagés (modalités de contrôle de la collectivité, modalités d'acquisitions des biens, cessions, ...schématiquement, l'ensemble des éléments qui figurent dans les concessions d'aménagement).

■ Dialogue

Au cours du dialogue, le pouvoir adjudicateur peut discuter tous les aspects du marchés avec les candidats sélectionnés.

Le dialogue peut porter non seulement sur les aspects techniques, mais également sur les aspects économiques ou juridiques

Cette liberté se trouve toutefois encadrée, d'une part, par l'obligation de respecter le principe d'égalité entre les candidats, d'autre part, par l'interdiction de modifier de façon substantielle les éléments initiaux de la consultation.

Conformément aux principes généraux de la commande publique, chaque candidat est entendu dans des conditions d'égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations

susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

Le concédant poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Le concédant peut également prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le programme fonctionnel. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

Offre finale et attribution du contrat

Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique concédante :

- en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la consultation,
- invite les candidats à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois,
- précise les critères d'attribution,
- définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant,
- s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.

L'offre remise par les candidats doit comprendre tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

Aucun délai n'est prévu pour la remise des offres finales. Un délai d'au moins un mois apparaît nécessaire. Ce délai doit être indiqué dans l'avis de fin de dialogue.

■ Analyse des offres

Après l'**analyse des offres**, la personne publique concédante peut demander en application de l'article L. 1414-7 du CGCT :

- des clarifications,
- des précisions,
- des compléments,
- ou des perfectionnements concernant les offres déposées,
- ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent.



Ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

L'analyse des offres est faite par la seule personne habilitée à mener la procédure, et non par la commission

L'offre retenue doit être celle économiquement la plus avantageuse (C. urb., art. R. 300-11-3), ce qui ne correspond pas nécessairement à la « moins-disante ». Il conviendra d'être sur ce point vigilant afin de veiller à ce que les modalités d'imputation des charges de l'aménageur et du montant de la participation de la collectivité à l'opération ne soient pas systématiquement les critères principaux. (v. Étape 3, § 3.4).

Dans le cadre d'un dialogue compétitif, lorsque sont demandés des investissements importants aux candidats, le concédant doit les **dédommager par une prime**. Lorsque ces investissements ne sont pas significatifs, l'octroi de prime reste une faculté (CGCT, art. L. 1414-7).

■ Attribution du contrat

Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer la concession d'aménagement doit fournir des déclarations sur l'honneur à la place des justificatifs administratifs demandés afin de compléter leur dossier (CGCT, art. D. 1414-3) :

- B2 du casier judiciaire,
- les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du CGCT,
- les attestations délivrées par les administrations et organismes prouvant que le candidat a satisfait à ses obligations fiscales et sociales,
- une attestation que le candidat n'est pas concerné par les cas d'exclusions de l'article L. 1414-4 du CGCT (notamment personnes en état de liquidation judiciaire, admises à une procédure de redressement judiciaire, personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date, personnes ayant fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour certaines infractions, ...).

Le contrat ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti ces documents. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé. Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents et attestations nécessaires avant que la concession d'aménagement ne lui soit attribuée.

Approbation et conclusion du contrat

L'approbation de la concession nécessite une **délibération de l'organe délibérant du concédant**.

■ Contenu de la délibération

Le projet de délibération comprend :

- le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour le concédant,
- l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle du concédant mesurée par le ratio suivant : coût moyen annuel du contrat/recettes réelles de fonctionnement.

Le coût moyen annuel du contrat prend en compte la totalité des coûts « facturés » par le concessionnaire au concédant dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute sa durée. Dans la mesure où il n'y a pas à proprement parler de facturation du concessionnaire au concédant en matière de concession d'aménagement, il s'agit du montant de la participation versée par le concédant au bilan de l'opération.

Les recettes réelles de fonctionnement sont celles définies au 5^e alinéa de l'article R. 2313-2 du CGCT. Elles sont déterminées sur une base annuelle à partir de la moyenne du montant des recettes réelles de fonctionnement constatées dans les derniers comptes administratifs du concédant.

■ Notification du rejet

Le concédant doit ensuite notifier à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature.

L'organe délibérant ne dispose pas de la capacité de modifier le classement des candidats établi par la personne habilitée à mener la procédure

Un délai d'au moins 16 jours doit ensuite être respecté entre la date d'envoi de la notification de rejet des candidatures et la date de conclusion de la concession d'aménagement (11 jours si transmission électronique).

La notification de l'attribution du contrat comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le concédant s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu.

Le respect de ces délais n'est pas exigé lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences des documents de la consultation.

■ Signature du contrat

La concession ne peut être signée par le concédant qu'après que la délibération désignant l'aménageur et autorisant l'exécutif du concédant à signer le contrat est devenue exécutoire (transmission au contrôle de légalité et affichage au siège du concédant) ; le non respect de cette disposition conduit à l'inexistence du contrat.

Tant au stade de son approbation, qu'au moment de sa transmission au contrôle de légalité, la délibération approuvant la concession doit être accompagnée du projet de contrat.

Le contrat signé entre le concédant et le concessionnaire doit être notifié à ce dernier. C'est cette notification qui lui confère son caractère exécutoire. Par contre, contrairement aux contrats de délégations de service public, la concession une fois signée n'a pas à être transmise à nouveau au contrôle de légalité.

■ Avis d'attribution et publication

Dans un délai de 30 jours à compter du choix du concessionnaire, le concédant adresse pour publication un avis d'attribution, conforme au modèle fixé par les autorités européennes, au JOUE et aux organes de publication qui ont publié l'avis d'appel public à candidature.

Par ailleurs, il apparaît important que la « décision de signer » soit formalisée et affichée au siège du concédant afin de faire courir le délai de recours contre cet acte. Le juge administratif considère en effet que la « décision de signer » la concession constitue un acte détachable susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Les délais de recours ne courent pas en l'absence de cet affichage (CAA Versailles, 12 mars 2009, commune de Clichy-la-Garenne).

■ Procédure infructueuse

Si aucun candidat ne remet d'offre, ou si aucune offre ne répond aux critères définis par la collectivité, celle-ci a la capacité de déclarer la procédure infructueuse et de mettre en œuvre une procédure négociée.

La décision de recourir à la procédure négociée doit toutefois résulter d'une analyse fine et objective des raisons de l'échec de la procédure. La collectivité doit identifier si l'échec résulte d'une inadéquation entre ses attentes et la réalité économique de l'opération (par exemple, absence de participation pour une opération d'aménagement par nature déficitaire compte tenu des prescriptions imposées).

4.6 - Procédure négociée

Lorsque le marché est infructueux en raison de l'absence de dépôt d'offres, de l'irrégularité des offres déposées ou de leur caractère inacceptable, la collectivité peut recourir à une procédure négociée, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées (C. urb., art. R. 300-11-4).

La collectivité dispose de deux possibilités :

- soit elle inclut dans la procédure négociée le ou les candidats, et eux seuls, qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation, auquel cas aucun avis de publicité n'est nécessaire,
- soit elle souhaite élargir le champ des candidats potentiels, et doit alors publier un avis.

Dans la mesure où il s'agit d'une procédure dérogatoire, la procédure négociée ne devrait être mise en œuvre que de façon marginale. À titre d'exemple, devront notamment être considérées comme irrégulières ou inacceptables les offres remises ne comprenant pas les éléments de réponse aux attentes de la collectivité, par exemple en ce qui concerne le montant de la participation, le phasage de la réalisation des travaux, ... Il convient avant tout de s'interroger, en cas de marché infructueux, sur la détermination des besoins du concédant et sur les caractéristiques de l'opération d'aménagement elle-même.

S'il apparaît après cette analyse que ces caractéristiques restent pertinentes, le recours à la procédure négociée peut être opportun, notamment lorsqu'aucun des candidats n'a apporté de réponse satisfaisante aux caractéristiques de l'ÉcoQuartier.



Légendes des illustrations :

- Couverture : Mayenne / Capucins, un projet d'aménagement durable sur 20 ans pour l'agglomération d'Angers © SARA
- p.20 : Quartier durable des Rives de la Haute Deûle - Euratechnologies à Lille, une opération de la SORELI © Atelier de Paysages Bruel-Delmar
- p.27 : ZAC des Berges de Seine © SEMERCLI
- p.28 : Plan masse du projet Lyon Confluence © Asylum - SPLA Lyon Confluence
- p.30 : Aménagement du centre ville de Châlons-en-Champagne © SEMCHA
- p.36 : L'écoquartier des Docks de Saint-Ouen © Séquano Aménagement
- p.43 : Plan masse du projet des plateaux de la Mayenne et des Capucins à Angers © SARA
- p.44 : Recomposition du centre ville autour du pôle gare © Givros Développement
- p.46 : Rénovation du centre ancien de Carpentras © Citadis
- p.48 : Résidentialisation et rénovation des espaces publics à la Roseraie (Angers) © SARA - Anne Landais
- p.50 : Espace public - Opération Bottière-Chénaie à Nantes © Nantes Métropole Aménagement
- p.54 : Montpellier : la nouvelle ligne de tramway, vecteur de développement urbain © TAM
- p.56 : Rénovation du centre ancien de Perpignan © SAFU
- p.60 : Le projet du pôle gare de Mulhouse, réalisé par la SERM 68 © Seura
- p.65 : Parc technologique de Lyon - Saint Priest © SERL
- p.67 : Quartier durable des Terres Neuves à Bègles, réalisé par la SAEMCIB © Dubus-Richez
- p.70 : Gare de Poitiers © SEP
- p.73 : Les jardins de la Moskowa (Paris 18e), réhabilités dans le cadre d'une opération de renouvellement urbain © SEMAVIP
- p.75 : Perspective générale du projet Lyon Confluence depuis l'ouest © Depaule - PAD - Asylum pour la SPLA Lyon Confluence
- p.79 : Quartier des Deux Lions à Tours : la coulée verte © SET
- p.83 : ZAC Gare Centre ville © Amiens Aménagement
- p.87 : Le nouveau centre commercial de la Porte Jeune, réalisé dans le cadre d'une opération de restructuration urbaine à Mulhouse © SERM 68
- p.94 : Projet du Quartier de la Création sur l'Île-de-Nantes © SAMOA
- p.98 : ZAC de la Duchère © SERL-Asylum
- p.101 : La dalle Kennedy à Rennes, une opération de restructuration commerciale © Territoires & Développement
- p.103 : Le futur quartier du Parc Marianne, poumon vert du nouveau centre ville de Montpellier © SERM 34

Le présent document a été élaboré par la direction générale de l'Aménagement, du Logement et de la Nature, direction de l'Habitat, de l'Urbanisme et des Paysages, sous la direction de :

- Dominique OUDOT-SAINTGERY
- Erwin RICLET

La conception de ce document a été confiée à la SCET :

- Xavier COUTON, responsable de projet
- Dominique AUBERGER, directeur de projet
- Olivier MARTIN
- Laetitia SANTONI
- Dominique VERSINI

Sa mise en forme a été réalisée par :

- Christophe PORLIER (Missions-Cadres)

Le document a été réalisé sous l'égide d'un comité de pilotage, présidé par Stéphanie DUPUY-LYON (DGALN) et composé des membres suivants :

- Frédéric AMICEL (Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Ecologie)
- Sergio AURAS (Lille Métropole Communauté Urbaine)
- Jean-Marie BERNARD (Fédération des Entreprises Publiques Locales)
- Anne BLOCH-LAINE (Agence foncière et technique de la région parisienne)
- Ronan CARIOU (CETE de l'Ouest)

- Rachel CHANE-SEE-CHU (DGALN)
- Juliette CHAULIAC (Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Economie)
- Audrey DALLERY-VANHERSECKE (Direction générale des Collectivités locales)
- Benoît DINGREMONT (Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Economie)
- Geneviève DUBOURDIEU (Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Ecologie)
- Gaëlle FABRE (Ordre des Géomètres-experts)
- Christophe FRADIER (CETE de Lyon)
- Bérengère JOLY (Fédération des Promoteurs immobiliers de France)
- Pascal LEBRETON (CETE Nord-Picardie)
- Yann LE CORFEC (Syndicat national des Aménageurs Lotisseurs)
- Aline LEGILLON (Lille Métropole Communauté Urbaine)
- Mathieu MASCOT (CETE Nord-Picardie)
- Bernard MASSABO (Nice Côte d'Azur Métropole)
- Suzanne NANOT (DGALN)
- Jean NIKA (Union sociale pour l'habitat)
- Claire POUMAREDE (CETE du Sud-Ouest)
- Sandra TELHEIRO-BOURGAU (Direction générale des Finances publiques)
- Alain VANDERVORST (DGALN)

Qu'ils en soient tous remerciés, ainsi que l'ensemble des personnes qui ont apporté, à des titres divers, leurs concours à la réalisation de ce document.

Ressources, territoires, habitats et logement
Énergies et climat Développement durable
Prévention des risques Infrastructures, transports et mer

**Présent
pour
l'avenir**

Ministère de l'Écologie,
du Développement durable,
des Transports et du Logement
Arche sud 92055 La Défense cedex
Tél : 01 40 81 21 22