GT 2 " Evolution des modèles contractuels de l'aménagement "

Séance du 25 juin 2015 : retour sur les propositions de l'AFTRP relatives au statut de « l'aménageur de second rang »

1. PROBLEMATIQUE

La question posée par l'AFTRP est celle des conditions juridiques d'organisation d'un partenariat entre l'aménageur, titulaire d'une concession d'aménagement, et un autre aménageur réalisant dans la même opération l'aménagement d'un « macro-lots ». Cet autre aménageur, dit « aménageur de second rang » prend un risque, lié à l'aménagement du macro lot en question. D'une certaine façon, il y a donc bien un partage » du risque.

La présente note revient sur les propositions de l'AFTRP. Elle expose à titre principal que :

- La transposition de la directive pourrait être l'occasion de consacrer la notion de « sous-concession », qui existe en pratique, dans d'autres secteurs que l'aménagement et d'en préciser le régime juridique
- Pour faciliter la production de macros-lots par ce sous concessionnaire, l'encadrement de la commercialisation des lots en permis d'aménager pourrait être réservé aux seuls cas dans lesquels l'acquéreur poursuit la réalisation d'une maison individuelle, de telle façon que le caractère consumériste de la réglementation des lotissements soit conservé tout en facilitant la tâche des opérateurs économiques
- Dans le même objectif, pourrait être étudiée la possibilité de ne plus soumettre à l'avis des colotis, la modification du plan de division, source de complexité quand il s'agit de subdiviser pour permettre la commercialisation.

2. PRATIQUES JURIDIQUES ACTUELLES

2.1. Sur le groupement d'aménageur

La directive Concession permet explicitement l'attribution d'une concession à un groupement d'opérateurs.

L'article 26.2 dispose ainsi que « les groupement d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures d'attribution de concession. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent exiger qu'ils aient une forme juridique particulière pour présenter une offre ou une demande de participation ». La directive ne va pas au-delà. Elle laisse les opérateurs libres de définir entre eux les conditions dans lesquels ils se

partageront le risque d'exploitation. Par contre, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les groupements d'opérateurs adoptent une forme juridique déterminée lorsque le contrat leur a été attribué dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution du contrat. Reste que l'article 26.2 concerne la situation dans laquelle plusieurs opérateurs s'accordent, dès la publication de l'avis d'appel public à candidature, pour nouer un partenariat les plaçant sur un pied d'égalité dans leur relation avec la collectivité.

Demeure la question de la possibilité de ce partenariat quand un seul opérateur a été désigné par la collectivité.

2.1.1 Exclusion de la cession partielle de la concession d'aménagement

L'AFTRP évoque rapidement la possibilité d'une cession partielle du contrat ; la solution étant d'emblée repoussée en raison de sa fragilité juridique. L'analyse emporte l'adhésion. En effet, la directive Concession se montre plus restrictive que le droit français concernant la circulation du contrat. Le remplacement du concessionnaire par un autre est qualifié par l'article 43.4 de « modification substantielle » requérant une nouvelle mise en concurrence du contrat initial, hors le cas des situations, particulières visées à l'article 43.1 d).

2.1.2. Pertinence de la notion de sous-traitance ?

On peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas possible de recourir à la notion de sous –traitance.

Si l'on se réfère à la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975, la sous-traitance est :

> *« l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».*

Il faut relever que la définition ne permet, ou en tout cas n'envisage la sous-traitance que dans le cadre d'un contrat d'entreprise ; ce que n'est pas la concession puisqu'elle transfère la maitrise d'ouvrage.

Mais la directive Concession adopte une attitude plus ouverte. L'article 42 « Sous-traitance » institue, discrètement, une différence en « concessionnaire principal », qui ne saurait être dégagé de toute responsabilité, et ses sous-traitants.

Dit autrement, en droit européen, et sous réserve de respecter les règles de la directive concernant les obligations sociales du pouvoir adjudicateur et du concessionnaire « principal », la sous-traitance ne semble pas étrangère au contrat de concession.

Néanmoins, la directive est totalement muette sur le régime du contrat dit de sous-traitance.

Dans ces conditions, il conviendrait peut être de considérer que la Directive Concession utilise la notion de sous-traitance comme un terme générique, qui pourrait être équivalente à celle de « sous concession ».

Cette notion est connue du droit national, par exemple en matière portuaire, aéroportuaire, autoroutière voire d'exploitation de plages.

La jurisprudence a confirmé que, en raison des principes du Traité d'Union Européenne, lorsque le concessionnaire principal octroyant cette sous-concession est un pouvoir adjudicateur, la sous-concession doit être conclue au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence[1].

On pourrait imaginer que la transposition de la directive Concession soit l'occasion de consacrer cette notion de sous-concession et d'en préciser le régime.

La consécration textuelle aurait l'avantage de se prémunir contre un débat relatif à la possibilité d'un tiers – le sous-concessionnaire, de réaliser des équipements publics nonobstant la loi relative à la maitrise d'ouvrage publique. Le sous-concessionnaire pourrait voir son régime fiscal aligné sur celui du concessionnaire principal.

Toutefois, la consécration de la notion de sous-concession rendrait nécessaire la résolution des questions relatives au partage des responsabilités entre le concessionnaire principal et le sous concessionnaire :

- Bénéfice de la DUP,
- Délégation du droit de préemption,
- Obligation de rendre compte à la collectivité,
- Modalité de remise des équipements publics etc.

La nécessité de maintenir un pouvoir effectif de contrôle et de direction de la collectivité sur les conditions de réalisation de l'opération conduit à privilégier la solution consistant à laisser entre les seules mains de l'aménageur principal ces droits et obligations, le laissant organiser conventionnellement la « sous-traitance ».

2.2. L'ADAPTATION DU REGIME JURIDIQUE DES PERMIS D'AMENAGER

Le macro-lot sera le plus souvent réalisé dans le cadre d'un permis valant division (PCVD). Ce permis est l'autorisation principalement mise en œuvre par les promoteurs et constitue même le permis des opérations complexes. Cette importance pratique doit être mise en relation avec le fait que le code ne lui accorde qu'une place très limitée, dans un article relatif à la composition du dossier de demande de permis de construire ![2] On pourrait

[1] *Cons. d'Et, avis, n°366305, 16 mai 2002, EDCE 2003, p. 201 – CAA Paris, 12 maris 2012, n°09PA00320, Sté Sonotel SA contre Sté des autoroutes de Paris Normandie*

[2] *Article R*431-24 : « Lorsque les travaux projetés portent sur la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprenant une ou plusieurs unités foncières contiguës, doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance avant l'achèvement de l'ensemble du projet, le dossier présenté à l'appui de la demande est complété par un plan de division et, lorsque des voies ou espaces communs sont prévus, le projet de constitution d'une association syndicale des acquéreurs à laquelle seront dévolus la propriété, la gestion et l'entretien de ces voies et espaces communs à moins que l'ensemble soit soumis au statut de la copropriété ou que le demandeur justifie de la conclusion avec la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale compétent d'une convention prévoyant le transfert dans leur domaine de la totalité des voies et espaces communs une fois les travaux achevés ».*

s'interroger sur l'opportunité de donner au PCVD une place au sein du code à la hauteur de son intérêt pratique. Mais l'intérêt de la mesure serait très symbolique.

Mais il peut arriver que l'aménageur du macro-lot se positionne comme lotisseur, titulaire d'un permis d'aménager. Dans ce cas, il est soumis au régime, contraignant, du lotissement :

- Plafonnement des subdivisions,
- Encadrement des conditions de commercialisation.

Ce régime pouvant constituer une entrave à la réalisation du macro-lot ou le rendre plus onéreux, l'AFTRP propose quelques assouplissements.

2.1 Sur l'encadrement de la commercialisation

2.1.1 La question de la production des garanties financières

L'article R. 442-13 du code de l'urbanisme encadre la commercialisation des lots par le lotisseur. L'origine de cette réglementation, ancienne, est la prévention des « lotissements défectueux » : un lotisseur cédait à un particulier un lot en s'engageant à l'équiper et in fine le lotisseur n'accomplissait pas ses obligations laissant le constructeur est situation difficile pour obtenir son permis. Pour éviter ces situations, l'article R. 442-13 indique que :

> *« Le permis d'aménager ou un arrêté ultérieur pris par l'autorité compétente pour délivrer le permis autorise sur sa demande le lotisseur à procéder à la vente ou à la location des lots avant l'exécution de tout ou partie des travaux prescrits, dans l'une ou l'autre des hypothèses suivantes :*
>
> *a) Le demandeur sollicite l'autorisation de différer, en vue d'éviter la dégradation des voies pendant la construction des bâtiments, la réalisation du revêtement définitif de ces voies, l'aménagement des trottoirs, la pose de leurs bordures, la mise en place des équipements dépendant de ces trottoirs ainsi que les plantations prescrites ;*
> *Dans ce cas, cette autorisation est subordonnée à l'engagement du demandeur de terminer les travaux dans les délais que fixe l'arrêté et, si le lotisseur n'est pas une collectivité publique, à la consignation à cette fin, en compte bloqué, d'une somme équivalente à leur coût, fixé par ledit arrêté, ou à la production d'une garantie d'achèvement desdits travaux établie conformément à l'article R. 442-14 ; le déblocage de la somme représentative du montant des travaux peut être autorisé en fonction de leur degré d'avancement par l'autorité qui a accordé l'autorisation de lotir ;*
>
> *b) Le lotisseur justifie d'une garantie d'achèvement des travaux établie conformément à l'article R. 442-14.*
> *Dans ce cas, l'arrêté fixe la date à laquelle l'organisme garant prévu à l'article R. 442-14 devra mettre les sommes nécessaires au financement des travaux à la disposition de l'une des personnes visées à l'article R. 442-15. »*

Il en ressort que :

1. Le principe retenu par le code est la commercialisation du lotissement une fois les équipements prévus au permis d'aménager réalisés. Ainsi le constructeur acquéreur de lot est totalement protégé. **Mais ce principe est aux antipodes de la réalité économique**. Aucun lotisseur n'est en capacité d'assumer le « choc de trésorerie » induit par ce décalage entre la réalisation des équipements et la cession ;

2. Il est possible de déroger à la règle moyennant l'obtention d'une autorisation expresse délivrée par le PA ou un PA modificatif ; autorisation dont la délivrance sera subordonnée à la production par le lotisseur d' une garantie financière d'achèvement dont le montant variera selon les équipements dont il est prévu de garantir la réalisation.

- S'il s'agit de garantir la réalisation des travaux de finition, le temps de la construction par les colotis de leurs bâtiments : dans cas l'autorisation de commercialiser est subordonnée à un engagement de réalisation dans un certain délai ET à la production d'une GFA ou à la consignation d'une somme en compte bloqué. On relèvera que les collectivités publiques échappent à l'obligation.
- Soit il s'agit de garantir le tout et dans ce cas, le lotisseur doit produire une GFA ; la possibilité de consigner les fonds n'étant pas ouverte et ce sans que le code n'opère de distinction selon que le lotisseur est ou non une collectivité publique.

Plusieurs remarques et propositions :

- Il serait possible de desserrer les contraintes pesant sur le concessionnaire d'aménagement titulaire d'un permis d'aménager. A minima, il pourrait bénéficier de la même dispense que les collectivités publiques s'agissant de la production d'une garantie d'achèvement des travaux de finition. En effet, il est déjà engagé contractuellement à l'égard de la collectivité, sans compter qu'il arrive que celle-ci demande au stade de la mise en concurrence une garantie d'achèvement.
- La suppression totale de l'exigence de garantie, dans le cas où c'est la totalité des travaux dont la réalisation est reportée, pourrait s'entendre dans le cas où l'aménageur aurait déjà produit, dans le cadre de la mise en concurrence, une garantie financière auprès de la collectivité.
- S'agissant de la levée des obligations de garantie à la charge de l'aménageur de second rang, elle ne semble défendable **que dans le cas où celui-ci serait bien un sous concessionnaire, désigné comme tel par le concessionnaire principal et dès lors que ce dernier aurait lui-même garantit la collectivité sur l'achèvement du programme de l'opération**. Ceci renvoie à l'intérêt de la création au sein du code de la catégorie du sous-concessionnaire.

2.1.2 La question du régime des promesses de vente

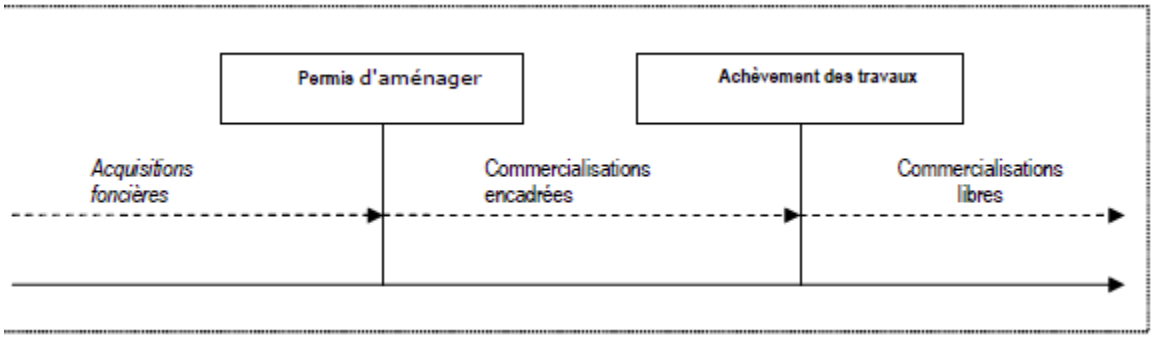
Le tableau ci après (source : Guide des Lotissements, SCET, 2012) synthétise les possibilités offertes par les textes en matière de passation d'avant-contrats de vente immobilière en lotissement.

		Publicité	Vente	Promesse unilatérale de vente	Promesse unilatérale d'achat	Promesse synallagmatique de vente
Avant obtention du permis d'aménager		Oui (1)	Non	Non	Non	Non
Entre l'obtention du permis d'aménager et l'achèvement des travaux prescrits	**Absence de garantie d'achèvement**	Oui	Non	Oui (2)	Non	Non
	Fourniture d'une garantie d'achèvement et autorisation administrative	Oui	Oui	Oui	Oui (3)	Oui
Après achèvement des travaux prescrits		Oui	Oui	Oui	Oui	Oui
(1) La publicité doit toutefois indiquer que l'autorisation de lotir n'est pas encore obtenue(2) L'option ne doit toutefois pas être levée avant soit la délivrance du certificat d'achèvement, soit l'autorisation de vendre par anticipation ou de différer les travaux de finition(3) sous réserve de l'absence de tout versement de l'article 1589-1 du Code civil						

Il révèle que :

- La commercialisation est très contrainte. Le lotisseur ne disposant de la liberté de contracter, pleine et entière soit quand il a réalisé le programme de travaux soit quand il a été autorisé à commercialiser par anticipation (cf supra sur la question des garanties)
- Tant que le lotisseur n'a pas été autorisé à commercialiser par anticipation, dans les conditions ci-avant décrites, il ne peut conclure que des promesses unilatérales de ventes, qui par définition n'engagent pas le promettant, (l'acquéreur potentiel), ce qui à l'égard des financeurs constitue par principe un aléa. Ce à quoi il faut ajouter que l'acompte versé par l'acquéreur est limité à 5% du prix de vente[3], étant précisé que l'article L. 442-8 oblige à le consigner en compte bloqué, et qualifie d'indisponible, incessible et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente).
- Il semble illusoire de vouloir réformer complétement ce régime, d'essence consumériste. **Par contre, il pourrait être assoupli quand il est avéré que l'acquéreur n'est pas un simple particulier, réputé vulnérable**. D'ailleurs cette dualité (d'un côté l'acquéreur professionnel, de l'autre l'acquéreur simple particulier) est déjà reconnue par le code de l'urbanisme. L'article R. 442-1 du code de l'urbanisme exclut ainsi du champ d'application du lotissement les divisions primaires dès lors que le permis de construire permettant de contrôler la division à intervenir vise « la création d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation ». Il serait logique de réserver les contraintes précitées aux seuls cas dans lesquels le lotisseur projette de céder à des constructeurs de maison individuelle. Se poserait toutefois la question du contrôle. Mais la question n'est pas plus simple aujourd'hui. Dans la réalité, c'est le Notariat qui assure le contrôle du respect du régime juridique des ventes.

[3] *C.urb, art. R. 442-12*



2.2 Sur la question des subdivisions de lots

L'article R. 442-21 permet les subdivisions de lots, et donc l'adaptation du projet au marché, notamment *« lorsque ces subdivisions interviennent dans la limite du nombre maximum de lots autorisés, et résultent d'une déclaration préalable, d'un permis d'aménager, d'un permis valant division ou d'une division réalisée en application du a de l'article R. 442-1 dès lors que le lotisseur atteste de son accord sur cette opération par la délivrance d'une attestation »*

Elles sont donc possibles mais dans la limite du nombre de lot initialement autorisé.

Au-delà un PA obtenu après accord des colotis se prononçant à l'une des majorités qualifiées de l'article L. 442-10 est requis[4].

Cette disposition est également problématique en ce qu'elle ouvre le risque le premier arrivé soit le premier servi…Une idée pourrait être de considérer qu'en ZAC, le lotisseur peut faire évoluer librement le nombre de lot dès lors que le plan de division modificatif recueille l'accord de l'aménageur de la ZAC, au travers d'un avenant au CCCT. La solution est néanmoins critiquable car limitant l'assouplissement aux seuls cas dans lesquels le terrain a été cédé par le concessionnaire principal mais cette limite constitue une garantie contre des dérives. Par ailleurs, elle pose problème dans la mesure où elle reviendrait à confier à un opérateur de droit privé le soin de contrôler les conditions d'évolution d'une autorisation administrative. A bien y réfléchir, le plus simple serait de maintenir l'obligation de recueillir un accord de l'autorité administrative compétente, via un PA modificatif, quand le lotisseur projette de modifier le plan de division mais en l'exonérant de la nécessité de recueillir l'accord des colotis, qui est le point véritablement problématique et sources de contentieux possibles, et dont la justification n'apparait plus très clairement.

[4] *« Lorsque la moitié des propriétaires détenant ensemble les deux tiers au moins de la superficie d'un lotissement ou les deux tiers des propriétaires détenant au moins la moitié de cette superficie le demandent ou l'acceptent, l'autorité compétente peut prononcer la modification de tout ou partie des documents du lotissement, notamment le règlement, le cahier des charges s'il a été approuvé ou les clauses de nature réglementaire du cahier des charges s'il n'a pas été approuvé. Cette modification doit être compatible avec la réglementation d'urbanisme applicable. »*

3. LES ÉVOLUTIONS VERS LESQUELLES ALLER

Il résulte des développements précédents que pourraient être mis en œuvre les points d'amélioration suivants : :

- desserrer les contraintes pesant sur le concessionnaire d'aménagement titulaire d'un permis d'aménager. A minima, il pourrait bénéficier de la même dispense que les collectivités publiques s'agissant de la production d'une garantie d'achèvement des travaux de finition (modification de la partie réglementaire du code de l'urbanisme)

- La suppression totale de l'exigence de garantie, dans le cas où c'est la totalité des travaux dont la réalisation est reportée, pourrait s'entendre dans le cas où l'aménageur aurait déjà produit, dans le cadre de la mise en concurrence, une garantie financière auprès de la collectivité (modification de la partie réglementaire du code de l'urbanisme)

- Cantonner l'obligation faite au titulaire du permis d'aménagement de ne conclure que des promesses unilaterales de vente tant qu'il n'a pas obtenu l'autorisation de de commercialiser par anticipation aux seuls cas dans lesquels l'acquéreur est un particulier. A l'appui de cette proposition on peut relever que le code distingue déjà l'acquéreur professionnel de l'acquéreur simple particulier. L'article R. 442-1 du code de l'urbanisme exclut ainsi du champ d'application du lotissement les divisions primaires dès lors que le permis de construire permettant de contrôler la division à intervenir vise « la création d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation ».