

# La place du contrat dans le droit public des constructions

**Etienne Poltier**, *docteur en droit, professeur à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne*

- I. Introduction**
- II. Les formes d'actions dans le droit de l'aménagement du territoire et des constructions**
  - A Remarques liminaires
  - B Le plan d'affectation
  - C L'octroi du permis de construire
  - D Le contrat
- III. Le contrat, spécialement le contrat de droit administratif, dans le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions**
  - A Principe de la légalité et contrat de droit administratif
    - 1. La légalité du procédé contractuel
    - 2. La base légale des obligations imposées à l'administré
  - B Illustrations
    - 1. Equipement
    - 2. Les aspects fonciers
    - 3. Obligations positives diverses à charge des administrés
    - 4. Obligations parafiscales
    - 5. Divers ; contrats combinés
    - 6. La transaction
  - C Le choix entre la voie du contrat de droit administratif et d'autres instruments
- IV. La qualification de l'acte**
  - A Décision, contrat de droit administratif ou contrat de droit privé
    - 1. Généralités
    - 2. Décision ou contrat ?
    - 3. Contrat de droit administratif ou de droit privé ?
  - B Les contrats d'équipement constituent-ils des marchés publics ?
    - 1. La notion de marché public
    - 2. Le cas des contrats d'équipement
- V. Le régime du contrat de droit administratif**
  - A Généralités
  - B Le contrat vicié
- VI. L'articulation entre le contrat de droit administratif et d'autres actes**
  - A Préambule
  - B Quelques configurations typiques
    - 1. La validité du contrat subordonnée à une condition suspensive
    - 2. L'approbation du contrat
  - C Actes détachables du contrat ?
- VII. Le contentieux**
  - A Généralités
  - B Arbitrage
- VIII. Conclusion**

## I. Introduction

Le thème de cette contribution peut surprendre. En effet, le statut du sol est arrêté de manière contraignante dans le cadre du plan d'affectation (art. 14 ss LAT), qui constitue un acte juridique unilatéral et dont le statut s'apparente à la fois à celui de la décision et à celui de la norme. La réalisation proprement dite d'une construction exige ensuite l'octroi d'un permis de construire (art. 22 LAT), soit le prononcé d'une décision administrative au sens classique du terme ; là encore, il s'agit d'un acte unilatéral, fondé sur le droit public (voir d'ailleurs art. 5 PA, qui donne la définition de la notion de décision en droit fédéral ; les éléments de cette définition se retrouvent dans une large mesure en droit cantonal). Cependant, l'utilisation de ces instruments unilatéraux a intégré depuis fort longtemps des éléments de négociation et de concertation entre les acteurs concernés, en particulier entre les collectivités publiques compétentes pour statuer et les administrés directement intéressés ; on pense ici au premier chef aux propriétaires privés et plus précisément aux promoteurs immobiliers. Les règles de procédure administrative, applicables en matière de plans d'affectation ou de décisions administratives, permettent en effet dans une certaine mesure la tenue de pourparlers entre ces deux groupes d'acteurs. Ainsi, l'apparition de processus consensuels n'implique pas encore de mettre au rebus les instruments unilatéraux classiques, pour leur préférer des outils de nature contractuelle. On doit plutôt faire le constat inverse, quand bien même les praticiens de l'aménagement du territoire et une partie de la doctrine plaident pour une place accrue du contrat en droit de l'aménagement du territoire et des constructions<sup>1</sup>. Néanmoins, la pratique du droit de l'aménagement du territoire offre un certain nombre d'exemples dans lesquels le procédé contractuel a été utilisé pour résoudre des problèmes concrets, dans le but de mettre en œuvre certains éléments du plan, voire afin de compléter des décisions administratives<sup>2</sup>. Son rôle, à lire le message du Conseil fédéral relatif à la révision en cours de la LAT, devrait s'accroître encore, notamment pour assurer la bonne application des nouvelles dispositions<sup>3</sup>. Il est donc approprié de s'interroger aujourd'hui de manière plus approfondie sur la pertinence de cet instrument.

Dans cette contribution, on dressera en premier lieu un état de la situation actuelle : quelle est aujourd'hui la place du contrat (spécialement du contrat de droit administratif) en droit de l'aménagement et des constructions (III) ? De tels contrats soulèvent – comme on le verra ensuite (IV à VII) – des problèmes juridiques délicats ; c'est sur la base d'une vision claire de ces difficultés que l'on pourra tenter de répondre à l'appel des praticiens en faveur de l'instrument du contrat dans ce domaine.

On se permettra ici quelques délimitations, avant de poursuivre. La présente contribution ne traitera pas des conventions passées entre des collectivités publiques dans le domaine de l'aménagement du territoire ; seuls seront donc abordés les contrats liant des collectivités publiques, d'une part, et des administrés, d'autre part. En outre, de telles conventions peuvent avoir pour objet l'adoption d'une réglementation liant les groupements privés parties à l'acte (conventions réglementaires ; elles sont nombreuses dans le domaine de la protection de l'environnement, spécialement dans le domaine du recyclage des déchets) ; d'autres ont trait à des plans d'intention. On n'abordera pas ici ce type d'instruments ; l'examen qui suit porte ainsi

<sup>1</sup> TRANDA-PITTION Michèle, La prise en compte de l'incertitude dans la planification spatiale : les attentes des praticiens et des usagers, in : Le contenu des plans d'urbanisme et d'aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest – Colloque biennal de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU) – Genève-Lausanne 23-24 septembre 2005, *Les Cahiers du GRIDAUH*, Paris 2006, p. 9 ss ; RUCH Alexander, in : Aemisegger/Kuttler/Moor/Tschannen (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire / Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung*, Zurich 1999-2010 (cité : *Commentaire LAT*), Introduction, N. 78.

<sup>2</sup> MOOR Pierre, *Commentaire LAT*, Introduction, N. 144 ss et réf. notes 164 s.

<sup>3</sup> Message du 20 janvier 2010 relatif à une révision partielle de la loi sur l'aménagement du territoire (ci-après : Message Rév-LAT), FF 2010 959 ss, spéc. p. 983-986, en relation avec les art. 15 et 15a du projet.

exclusivement sur des contrats qui tendent à régler de manière obligatoire une situation individuelle et concrète et qui, par conséquent, constituent une alternative à la voie de la décision.

## II. Les formes d'actions dans le droit de l'aménagement du territoire et des constructions

### A Remarques liminaires

Le plan d'affectation est un *acte juridique unilatéral* ; il en va de même du permis de construire. Cela paraît évident, quand bien même ces actes sont précédés fréquemment de négociations entre la collectivité compétente et leurs destinataires. Cependant, on reprendra ici de plus près l'analyse de ces actes, dans le cas particulier où ils sont le fruit de pourparlers ; on se demandera également s'ils peuvent en définitive revêtir dans ce cas une forme contractuelle. Dans l'hypothèse (vraisemblable) d'une réponse négative à cette question, il resterait à vérifier la place que laisse le droit positif au contrat de droit administratif dans ce domaine.

### B Le plan d'affectation

Le plan d'affectation a pour objet de définir, de manière contraignante tant pour la collectivité que pour les administrés, les usages possibles du sol. Il se présente sous la forme d'un document cartographique, accompagné d'une réglementation, regroupant les normes applicables dans les différentes zones définies par le plan. Il est adopté après une procédure d'enquête publique, généralement par l'organe législatif de la commune<sup>4</sup>. Dès lors, même s'il a pu y avoir des négociations au cours de l'élaboration du plan, cette procédure quasi législative (impliquant parfois même la voie du référendum) apparaît comme *incompatible avec la voie du contrat*. Sur ce point, la jurisprudence a d'ailleurs pris une position tranchée : elle a posé que la définition des affectations ne pouvait pas résulter d'un contrat<sup>5</sup>. Il n'en reste pas moins que la procédure d'enquête publique permet aux intéressés d'exercer très largement leur droit d'être entendu, voire de négocier le contenu futur du plan. De même, le droit positif prévoit généralement la possibilité pour les propriétaires concernés de prendre eux-mêmes l'initiative d'une procédure de plan de quartier (ou de plan de détail) et d'exercer de la sorte un rôle moteur dans l'élaboration de tels plans ; l'affectation définitive ne saurait toutefois résulter d'un document de nature contractuel. En revanche, comme on le verra plus loin, des conventions peuvent être passées pour la mise en œuvre de ces plans (III ci-après).

### C L'octroi du permis de construire

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

Sans doute, le permis de construire suppose-t-il le dépôt d'une demande de l'intéressé, ce qui implique son consentement. Il reste que la demande de l'administré implique son accord avec l'ouverture d'une procédure de permis de construire, mais ce consentement ne constitue pas en lui-même le fondement de la décision à rendre, laquelle s'appuie sur la loi<sup>6</sup>. On voit bien ici clairement la différence entre décision et contrat ; dans le contrat en effet, les droits et

<sup>4</sup> Voir par l'organe législatif cantonal, comme à Genève. On laissera de côté ici le cas des plans cantonaux, adoptés en droit vaudois par une autorité administrative, ou la solution fribourgeoise (la compétence d'adoption des plans d'affectation appartient ici à l'exécutif communal).

<sup>5</sup> ATF 122 I 328, consid. 4a, p. 334.

<sup>6</sup> RHINOW René A., Verfügung, Verwaltungsvertrag und Privatrechtlicher Vertrag, in : *Privatrecht. Öffentliches Recht. Strarecht. – Grenzen und Grenzüberschreitungen. – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle/Francfort s.M. 1985, p. 295 ss.

obligations des parties trouvent précisément leur fondement dans le consentement réciproque de celles-ci.

La décision de permis de construire peut comporter, pour le bénéficiaire, des obligations accessoires, par le jeu de *charges*, voire de conditions. Lorsque le projet à autoriser doit respecter des dispositions légales ou réglementaires précises (correspondant à des compétences liées), l'administré peut prétendre un droit à l'octroi du permis ; dans cette hypothèse, sauf base légale particulière, le permis doit lui être accordé de manière pure et simple, sans obligation accessoire. Il est possible en revanche que le projet soit régi par des dispositions à caractère discrétionnaire (notions juridiques indéterminées et surtout liberté d'appréciation), auquel cas l'octroi du permis de construire peut être assorti d'obligations accessoires sous forme de charges. Une base légale particulière n'est pas nécessaire à cet égard ; en revanche, il doit exister un lien raisonnable entre la relation juridique de base à régler (ici l'autorisation de construire) et la clause accessoire<sup>7</sup>. Ainsi, lorsqu'un projet de construction respecte une règle de distance à la limite, l'autorité ne peut pas monnayer son accord en imposant au constructeur des clauses accessoires supplémentaires. En revanche, l'octroi d'une dérogation, qui repose le plus souvent sur une disposition conférant à l'autorité une liberté d'appréciation (on parle de *Kannvorschrift*), peut être assorti de charges ; mais ces dernières doivent répondre à un intérêt public en relation avec la disposition écartée et respecter le principe de proportionnalité. Là aussi, la collectivité ne peut donc pas monnayer l'octroi d'une autorisation exceptionnelle en se faisant promettre par l'administré des avantages exorbitants. On notera ici que l'octroi d'une dérogation intervient souvent sur demande de l'administré et donc avec son consentement ; ce dernier englobe parfois même les charges accessoires, ne serait-ce que par le jeu d'une renonciation à recourir contre celles-ci. Malgré l'importance du consentement dans un tel cas (et le risque de pressions de l'autorité compétente), l'acte ici en cause conserve un caractère exclusivement unilatéral et ne revêt donc pas de caractère contractuel.

Il arrive tout au plus quelquefois que de telles décisions doivent être suivies de la conclusion d'un contrat pour être pleinement mises en œuvre. Ainsi, un projet de construction peut être établi sur une surface recouvrant deux parcelles distinctes ; le permis de construire peut alors être accordé à la condition que les deux parcelles soient réunies ; une telle réunion n'est généralement possible que sur la base d'un contrat entre les propriétaires de ces biens-fonds (ici un contrat passé entre particuliers, relevant du droit privé). Il est arrivé également qu'une collectivité accorde un permis de construire en exigeant, à charge du bénéficiaire, le transfert d'une bande de terrain. A supposer que le procédé soit admissible, l'exécution d'une telle charge suppose également un transfert de terrain, en l'occurrence en faveur de la collectivité concernée<sup>8</sup>.

## D Le contrat

En droit de l'aménagement du territoire et des constructions, les étapes-clés – affectation et autorisation de bâtir – sont donc réglées par voie de décisions ; le contrat se trouve en quelque sorte rejeté à la périphérie de ces opérations, par exemple pour assurer la mise en œuvre du plan ou du permis de construire. A première vue, sa place est donc secondaire, sinon congrue. C'est ce qu'il convient de vérifier maintenant (III ci-après).

On notera encore que le consentement de l'administré peut jouer un rôle important dans un cadre unilatéral également. Lorsqu'il porte sur des clauses accessoires et notamment sur des charges liées à des dérogations, il permet d'aboutir à des résultats très proches de ceux qui peuvent être obtenus dans un cadre contractuel.

<sup>7</sup> MOOR Pierre, *Droit administratif – Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2002, p. 79 s. (cité : *Droit administratif II*)

<sup>8</sup> Sur ce type de configuration, voir la sentence arbitrale du 26 juin 2007, RDAF 2008 I 361, consid. 4/c/cc, p. 378 ss et les références.

### III. Le contrat, spécialement le contrat de droit administratif, dans le domaine de l'aménagement du territoire et des constructions

#### A Principe de la légalité et contrat de droit administratif

##### 1. La légalité du procédé contractuel

Après avoir marqué une certaine hostilité à la formule du contrat de droit administratif, la jurisprudence s'est assouplie ; elle a retenu en substance que le procédé contractuel était admissible là où la loi ne l'excluait pas<sup>9</sup>. Cependant, il s'agit d'interpréter le texte légal et il peut alors en découler que le sens ou le but de la loi s'opposent à la voie du contrat<sup>10</sup>.

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

Il va tout d'abord de soi que le contrat ne saurait imposer à la partie privée des obligations qui s'avèreraient contraires à la loi ; c'est ici une conséquence du principe de la suprématie de la loi. Par ailleurs, on admet généralement que le principe de la base légale s'applique également à de telles obligations ; dans le même temps, la conclusion d'un contrat, supposant le consentement de l'administré, doit précisément permettre de mettre à sa charge des obligations que les textes légaux ou réglementaires ne prévoient pas ou, tout au moins, lorsqu'ils ne le font pas avec précision. En d'autres termes, le principe de la réserve de la loi continue ici de s'appliquer, mais de manière fortement assouplie<sup>11</sup>.

On reviendra sur ces deux questions à l'occasion de la présentation ci-après de quelques catégories de contrats.

#### B Illustrations

##### 1. Equipement

La réalisation de l'équipement constitue une étape préliminaire à la construction d'un terrain situé en zone à bâtir ; la question est abordée aux art. 19 LAT, mais l'équipement est également mentionné aux art. 15 (il s'agit d'anticiper le problème au stade de l'adoption du plan d'affectation) et 22 al. 2 LAT (dans la phase d'octroi du permis de construire, l'autorité doit vérifier que le terrain est effectivement équipé). Lorsqu'un terrain est équipé, celui-ci est considéré (sous réserve d'une situation adéquate sur le plan foncier : voir ci-après ch. 2 et art. 20 LAT) comme prêt à la construction (*baureif*). Selon l'art. 19 al. 2 LAT, la réalisation de l'équipement incombe à la collectivité (le canton et, le plus souvent, sur la base de délégations, les communes territoriales).

Les infrastructures publiques doivent sans doute faire l'objet d'une planification et d'une autorisation de construire (routes, conduites d'amenée et d'évacuation d'eau, lignes électriques) ; cela suppose donc l'adoption de plans ou le prononcé de décisions, comme on l'a vu plus haut. Cependant, de tels équipements doivent encore et surtout être effectivement réalisés ; il s'agit-là, lorsque la collectivité assume cette tâche, d'une activité matérielle de l'Etat. Rien, dans le droit positif, ne permet d'exclure que cette activité fasse l'objet d'un contrat entre la collectivité et les administrés, par exemple les propriétaires directement intéressés. L'art. 19 al. 3 LAT prévoit d'ailleurs que la réalisation des équipements peut être assumée, à certaines conditions, par les propriétaires fonciers. Ainsi, non seulement le *procédé contractuel* est ici *admissible*, mais en outre le droit positif contient la base légale nécessaire pour imposer à

<sup>9</sup> ATF 105 Ia 207, consid. 2a, p. 209 ; 103 Ia 505, consid. 3, p. 512.

<sup>10</sup> MOOR, *Droit administratif II*, p. 384 s.

<sup>11</sup> MÜLLER Georg, *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in : Häner/Waldmann (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich 2007, p. 25 ss.

l'administré, par voie conventionnelle, la tâche de réaliser l'équipement. La même solution découle de l'art. 5 al. 2 LCAP<sup>12</sup>, applicable aux zones à bâtir destinées à la réalisation de logements (art. 2 LCAP). Quant aux dispositions cantonales ou communales, elles n'empêchent généralement pas non plus le recours au procédé contractuel. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé la licéité de cette solution à de nombreuses reprises<sup>13</sup>.

Les remarques qui précèdent valent pour l'*équipement au sens technique*, tel que défini à l'art. 19 al. 1 LAT. La solution vaut non seulement pour le cas où le propriétaire foncier assume la réalisation de l'équipement, mais également dans l'hypothèse où la collectivité conserve cette tâche à sa charge, mais l'assume selon des modalités particulière (par exemple une réalisation anticipée des infrastructures nécessaires)<sup>14</sup>. La voie conventionnelle apparaît ici pleinement adéquate, dans la mesure où elle permet de lier les parties sur une base durable et de prévoir des obligations réciproques de manière plus fine et plus détaillée que dans un cadre décisionnel.

Rien n'empêche en outre d'étendre la portée de ce procédé à d'*autres équipements* (parfois qualifiés de socioculturels); de tels équipements peuvent en effet être érigés en tâches publiques, sans que le droit positif impose une régulation sous forme d'actes unilatéraux. On pense ici à des aménagements en relation avec les transports publics, la réalisation d'une infrastructure de chauffage à distance ou l'installation d'un réseau de radio-télévision par câble<sup>15</sup>.

Dans la pratique, c'est bien dans le domaine de l'équipement, au sens large, que l'on rencontre les contrats de droit administratif les plus fréquents. Tel est le cas en particulier dans le canton de Vaud, où de tels contrats sont fréquemment signés parallèlement à des procédures de planification de détail. Concrètement, le promoteur qui requiert l'adoption d'un plan de quartier s'engage à réaliser toutes les infrastructures nécessaires à la viabilisation du périmètre concerné, puis à les céder à la collectivité publique, qui les transfère alors au domaine public. En contrepartie, la collectivité consent fréquemment à renoncer au prélèvement des contributions d'équipement (normalement destinées à financer la réalisation des voies publiques, ainsi que des canalisations d'eau). On le voit d'emblée ici, de telles conventions comportent des prestations et des contreprestations, qui leur donnent un caractère bilatéral onéreux. Le même modèle est adopté lorsque le contrat porte sur d'autres équipements (au sens non technique du terme)<sup>16</sup>. Cette pratique est d'ailleurs si répandue qu'elle supplante très largement l'application de régimes unilatéraux, pourtant prévue par la loi<sup>17</sup>.

## 2. Les aspects fonciers

On peut d'emblée distinguer ici deux aspects. Le premier s'inscrit dans le prolongement du thème de l'équipement; lorsque la collectivité souhaite réaliser des infrastructures, elle a généralement besoin d'acquérir les terrains nécessaires ou, à tout le moins, des droits réels restreints sur les parcelles empruntées par les équipements (ci-après a). Le second concerne le

<sup>12</sup> RS 843.

<sup>13</sup> HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, n° 1082 et les réf.

<sup>14</sup> ATF 105 Ia 207.

<sup>15</sup> Voir aussi l'exemple du contrat traité dans la sentence arbitrale déjà citée, RDAF 2008 I 361, spécialement p. 368, qui prévoyait la réalisation à la charge du promoteur immobilier d'une garderie dans le périmètre du plan de quartier concerné. Il n'y a pas d'obstacle non plus à ce que le propriétaire s'engage, par voie contractuelle, à construire des ouvrages nécessaires pour sécuriser un terrain, menacé par des dangers naturels, ou des parois anti-bruit.

<sup>16</sup> Sur la pratique vaudoise, voir notamment BONNARD Alexandre, L'équipement, in : Zürcher François (édit.) : *L'aménagement du territoire en droit fédéral et cantonal*, Lausanne 1990, p. 118 ss.

<sup>17</sup> Ainsi, les art. 125 ss de la loi vaudoise du 25 novembre 1974 sur l'expropriation (RSV 710.01) prévoient un régime de contributions de plus-values à l'occasion de la réalisation d'ouvrages d'intérêt public, tels que des voies publiques, afin d'en couvrir le coût de réalisation; ces dispositions ne sont en pratique guère appliquées.

découpage proprement dit des biens-fonds, qui est parfois inadapté à la mise en œuvre des constructions prévues par le plan d'affectation ; cet obstacle peut généralement être surmonté par le biais du remembrement prévu à l'art. 20 LAT. C'est ici une autre opération, parfois nécessaire, afin que le terrain soit prêt à la construction (*baureif*, ci-après b).

#### a) L'acquisition de terrains par la collectivité

Il est admis en droit suisse que la collectivité publique a toute latitude pour se procurer de gré à gré les terrains nécessaires à l'exécution de ses tâches ; il s'agit alors d'un *contrat de vente* immobilière, régi par le *droit privé*<sup>18</sup>. Lorsque la collectivité publique se heurte à un refus du propriétaire concerné, elle peut procéder par la voie de l'expropriation, ce qui correspond à une acquisition forcée, dans les cas prévus par la loi<sup>19</sup>. Elle peut procéder également, lorsqu'une base légale le prévoit, à un remaniement parcellaire, imposé aux propriétaires concernés, dont les biens-fonds se situent sur le tracé ou à proximité de l'ouvrage concerné.

La procédure d'*expropriation* pourrait apparaître comme le modèle extrême de l'acte unilatéral, imposé de manière contraignante à l'administré ; et tel est bien le cas sur le principe même de l'expropriation, qui vise précisément à franchir l'obstacle découlant du refus du propriétaire de transférer son immeuble. Néanmoins, la voie du contrat, plus précisément celle du *contrat de droit administratif*, n'est pas inconnue dans ce domaine. Ainsi, lorsque la procédure d'expropriation a été engagée, les parties peuvent, d'entente entre elles, arrêter le montant de l'indemnité d'expropriation due aux propriétaires concernés<sup>20</sup>. De tels contrats mettent d'ailleurs fin à la procédure judiciaire d'expropriation et, à ce titre, peuvent être assimilés à une transaction (sur la transaction en droit administratif, cf. 6 ci-après).

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

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

Le découpage des biens-fonds empêche dans certains cas la réalisation des constructions prévues au plan d'affectation (par exemple un plan de quartier). Dans cette hypothèse, certaines législations prévoient la possibilité d'une expropriation<sup>21</sup>. Dans une telle hypothèse, l'art. 20 LAT, complété par les art. 7 ss LCAP, ainsi que le droit cantonal d'exécution, prévoit la possibilité d'un remaniement parcellaire ; là aussi l'opération est conduite par un syndicat d'améliorations foncières, qui statue par voie de décisions. Une procédure de rectification de limites – simplifiée par rapport à celle du remaniement parcellaire – peut également être engagée en application de l'art. 10 LCAP (et des règles cantonales d'exécution) ; elle débouche dans la règle également sur le prononcé de décisions. Toutefois, des accords entre propriétaires, impliquant de modestes échanges de terrains, voire la création de droits réels restreints

<sup>18</sup> Même si cela peut paraître discutable : RHINOW, p. 304 ss. Cette qualification n'a au surplus pas été remise en cause : MÄCHLER August, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*, Zurich 2005, p. 315 ss et les réf.

<sup>19</sup> Le droit positif prévoit par exemple la possibilité de l'expropriation aux fins de réaliser des voies publiques.

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

<sup>21</sup> En droit vaudois, cette possibilité n'est prévue que de manière extrêmement restrictive dans le cadre de l'art. 76a LATC, pour la réalisation d'aires d'activités économiques comprises à l'intérieur du périmètre d'un pôle de développement économique cantonal.

(servitudes de passage), paraissent envisageables également. Une solution contractuelle n'est donc possible<sup>22</sup> et elle relève du droit privé.

### 3. Obligations positives diverses à charge des administrés

#### a) Préambule

Dans la règle, le plan d'affectation ne comporte pas d'obligations positives à charge des propriétaires touchés. En particulier, il permet la réalisation de constructions en zones à bâtir, en prévoyant d'ailleurs certaines limites à cet effet, mais il ne comporte pas d'obligation de bâtir<sup>23</sup>. En revanche, la réglementation qui accompagne le plan peut prévoir, lors de l'octroi du permis de construire, que des charges soient imposées aux bénéficiaires de celui-ci. Une décision, fondée sur une disposition conférant à l'autorité une liberté d'appréciation, peut également comporter des obligations accessoires de faire.

Il va de soi qu'un promoteur peut accepter, par voie de contrat, d'assumer des obligations positives analogues à celles qui peuvent prendre place dans une décision de permis de construire. Ainsi, par exemple, la réglementation prévoit parfois l'obligation pour le constructeur de réaliser des places de jeu pour enfants (on peut parler à cet égard d'équipements de nature privée) ; une telle disposition constitue la base légale nécessaire permettant d'imposer aux constructeurs la réalisation de tels équipements dans un cadre contractuel, et cela dans une mesure dépassant le minimum exigé par la réglementation<sup>24</sup>. Avant de traiter de l'obligation de construire (e), telle que délimitée ci-dessus, on abordera brièvement le modèle du contrat de subventionnement, qui est susceptible de trouver application dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'environnement, pris dans un sens large (b).

#### b) Le modèle du contrat de subventionnement

L'octroi d'une subvention peut être prononcé par voie de décision ; celle-ci est alors accompagnée de charges, qui définissent la prestation positive attendue de l'administré. Toutefois, les subventions sont fréquemment allouées sur une base contractuelle ; cette formule rend alors mieux compte de l'équilibre des prestations des parties, l'aide financière de l'Etat, d'une part, la prestation de l'administré fournie dans un but d'intérêt public, d'autre part<sup>25</sup>. En outre, le contrat de subventionnement se justifie particulièrement lorsque les parties souhaitent se lier durablement<sup>26</sup>. A ce stade, on peut d'ores et déjà constater que le procédé contractuel est ici admis par la loi (ainsi en droit fédéral : art. 16 al. 2 LSu ; les droits cantonaux comportent fréquemment une disposition similaire). La seconde question, qui a trait à l'exigence d'une base légale pour fonder les obligations mises à la charge des administrés, est quant à elle plus délicate, mais elle trouve généralement une réponse positive.

On peut tout d'abord prendre l'exemple de subventions versées en matière de protection des monuments historiques ; il n'y a pas de difficulté à admettre, malgré l'imprécision de la base légale, que le contrat de subventionnement mette à la charge du propriétaire d'un monument une obligation d'entretien de celui-ci, détaillée dans le contrat<sup>27</sup>. Il n'y a guère d'hésitation non plus à retenir que les administrés (propriétaires fonciers ou exploitants) soient astreints à des obligations positives d'entretien de biotopes dans le cadre de contrats fondés sur

<sup>22</sup> Message Rév-LAT, FF 2010 985.

<sup>23</sup> Sur le thème de l'obligation de bâtir, voir l'ouvrage de ANTONIAZZA Yannick, *Die Baupflicht*, Zurich 2008.

<sup>24</sup> Au surplus, l'obligation d'équiper qu'assume le promoteur dans le contexte évoqué au ch. 1 ci-dessus, peut être aussi considérée comme une obligation positive.

<sup>25</sup> Voir à ce propos POLTIER Etienne, Les subventions, in : Lienhard Andreas (édit.), *Finanzrecht*, SBVR X, Bâle 2010, p. 409 ss.

<sup>26</sup> Voir d'ailleurs art. 16 al. 2 de la LF du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités ou loi sur les subventions (RS 616.1 ; LSu).

<sup>27</sup> MOOR, *Droit administratif II*, p. 387 s. ; ZBl 1973, 195, consid. 6, p. 198.

l'art. 18c LPN<sup>28</sup>. En contrepartie de la prestation positive fournie, l'administré reçoit une juste indemnité (art. 18c al. 2 LPN ; une telle indemnité étant régie par la LSu).

Par ailleurs, les pouvoirs publics mènent fréquemment une politique active en matière de construction de logements d'utilité publique. Ils versent par exemple des subventions pour faciliter la réalisation de tels investissements, cela souvent sous une forme contractuelle. Dans une tel cas, l'obligation de construire prévue sur une base conventionnelle repose sur une base légale évidente. Il doit en aller de même dans l'hypothèse où la collectivité concernée cède le terrain nécessaire à un prix avantageux au maître de l'ouvrage<sup>29</sup>. La solution n'est pas différente dans le domaine de la promotion économique, ainsi dans l'exemple d'un terrain cédé à un prix favorable à une entreprise qui s'engage à créer des emplois et donc aussi à construire les bâtiments nécessaires à son exploitation.

### c) Opérations d'assainissements en droit de l'environnement (pour mémoire)

Il est également fréquent que le détenteur d'un site pollué (parfois conjointement avec des tiers) assume son obligation d'assainir sur la base d'une convention ; dans la mesure où cette obligation pourrait être imposée par voie de décision sur la base de l'art. 32c LPE, il s'agit-là d'un contrat de droit administratif<sup>30</sup>.

### d) Contrats comportant l'octroi d'un bonus d'utilisation

Le mécanisme est ici proche de celui des contrats de subventionnement. La collectivité, par le biais du bonus, accorde à l'administré un avantage appréciable en argent. Cette prestation, dans un cadre contractuel, peut être la « cause » d'une contre-prestation mise à la charge du constructeur, par exemple sous la forme d'une obligation de construire. Le droit vaudois (art. 47 al. 2 ch. 10 LATC) prévoit plus généralement l'octroi de tels bonus « en compensation de prestations d'intérêt public en rapport avec l'aménagement du territoire ». Cette disposition peut déboucher sur la conclusion d'un contrat, mais elle peut aussi être appliquée par le biais d'une décision, assortie de charges. On trouve d'ailleurs d'autres exemples de bonus d'utilisation dans la législation cantonale ou communale ; tel est le cas pour promouvoir la construction de logements d'utilité publique<sup>31</sup> ou les économies d'énergie. Ce mécanisme peut être appliqué là aussi dans un cadre décisionnel ou contractuel.

### e) L'obligation de bâtir

A l'heure actuelle prévaut le constat, en Suisse, d'un surdimensionnement de la zone à bâtir ; or, dans le même temps, il est fréquent que le propriétaire d'un terrain affecté dans une telle zone le conserve à long terme sans y réaliser de construction : c'est le problème de la *thésaurisation* des terrains à bâtir. Il résulte de ce que le droit positif prévoit généralement des règles permettant la construction (en zone à bâtir), mais non une obligation pour les propriétaires concernés d'utiliser les potentiels constructibles. L'absence de réalisation effective de constructions apparaît particulièrement regrettable s'agissant de nouvelles zones à bâtir et, plus encore,

<sup>28</sup> ATF 135 II 328, consid. 2.2, p. 333. Voir aussi MOOR, *Commentaire LAT*, Art. 17 LAT, N. 90 ss. Voir également les indemnités allouées aux agriculteurs en application de l'art. 62a LEaux, généralement sur la base de contrats ; les intéressés s'engagent dans ce cadre à renoncer à épandre des engrais sur les sols qu'ils exploitent, voire à prendre d'autres mesures.

<sup>29</sup> Voir à ce sujet, SPORI Niklaus / BÜHLMANN Lukas, Promouvoir la construction de logements d'utilité publique, *Territoire & Environnement* 2010, ASPAN, où des instruments contractuels sont évoqués en p. 19 et 22 notamment. Voir également BELLANGER François, Le droit de superficie en droit public, in : Bénédicte Foex (édit.), *Journées du droit de la propriété* 2010, p. 67 ss.

<sup>30</sup> Pour des exemples, voir ETTLER Peter, *Verwaltungsrechtliche Verträge im Planungs- und Umweltrecht – Anmerkungen aus dem Workshop*, in : Häner/Waldmann (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich 2007, p. 109 ss, spécialement annexe 1 et les commentaires de cet exemple de contrat.

<sup>31</sup> SPORI/BÜHLMANN, p. 10.

lorsque ces dernières sont équipées, voire ont fait l'objet d'un remaniement parcellaire pour faciliter les constructions.

Ce problème peut être résolu par l'adoption de dispositions légales prévoyant une obligation de bâtir. On en trouve d'ailleurs quelques exemples en droit cantonal<sup>32</sup>. De telles règles soulèvent cependant de nombreuses difficultés, spécialement s'agissant des sanctions à mettre en place en cas de violation d'une telle obligation de bâtir. L'une d'entre elles, appliquée en tant qu'*ultima ratio* (soit après l'échéance d'un délai raisonnable pour mettre en œuvre cette obligation, puis mise en demeure du propriétaire défaillant), consiste dans l'expropriation des parcelles non bâties. Après cette opération, la collectivité publique doit remettre le bien-fonds en question dans le marché privé à un acteur qui s'engage à son tour à construire. On rencontre également une telle obligation de bâtir à l'art. 9 LCAP ; celle-ci s'applique lorsque les biens-fonds de la zone ont fait l'objet d'un remaniement pour rendre possible la construction conforme au plan d'affectation. Cette disposition laisse le soin au droit cantonal de prévoir les sanctions à une éventuelle violation de l'obligation<sup>33</sup>.

Les textes légaux évoqués plus haut laissent place à un *aménagement contractuel* de cette obligation de bâtir ; en outre, l'obligation elle-même, imposée aux propriétaires fonciers, repose sur une base légale. Il n'y a dès lors pas d'obstacle à la conclusion de contrats mettant en œuvre une telle obligation de bâtir dans la durée et en l'assortissant de sanctions adéquates. On peut imaginer à cet égard que la convention confère à la collectivité un droit d'emption sur les terrains qui resteraient non bâtis à l'échéance d'un certain délai ou réserve des peines conventionnelles<sup>34</sup>.

Un contrat peut-il prévoir par ailleurs une obligation de construire, alors même qu'*aucune base légale* ne le prévoit ? Ainsi, par convention, la commune s'engage pour sa part à réaliser de manière anticipée l'équipement d'un secteur de la zone à bâtir ; de son côté, le promoteur promet de réaliser des logements d'utilité publique à cet emplacement. Cela est-il possible ? Une telle situation s'apparente dans une certaine mesure à celle réglée à l'art. 9 LCAP ; il serait dès lors souhaitable et conforme à l'intérêt public qu'une telle obligation puisse être imposée dans un tel cas. On pourrait tenter de soutenir également que la démarche de la commune (réalisation anticipée de l'équipement) constitue un avantage appréciable en argent et donc une subvention, permettant d'exiger une contrepartie du promoteur. Quoiqu'il en soit, les réponses données à cet égard par la doctrine sont négatives ou, au mieux, hésitantes<sup>35</sup>. Il apparaît ainsi préférable d'ancrer dans une base légale formelle (cantonale ou communale) une telle obligation de bâtir, même si elle doit être concrétisée dans un cadre contractuel<sup>36</sup>. On peut d'ailleurs imaginer sans doute que l'obligation de bâtir soit intégrée dans la réglementation accompagnant un plan de quartier ; et le contrat qui précise cette obligation peut – voire, sur le plan pratique, doit – être passé avant même l'entrée en vigueur de ce plan<sup>37</sup>. Au surplus, si l'on doit retenir que

<sup>32</sup> ANTONIAZZA, p. 35 ss ; le canton de Neuchâtel (art. 86 à 88 LAT-NE) a par exemple adopté une réglementation qui, à cet égard, s'inspire dans une large mesure d'une solution retenue dans une version antérieure de la LAT, rejetée en votation populaire. Sur la thésaurisation et les remèdes qui peuvent être envisagés, FLÜCKIGER Alexandre / GRODECKI Stéphane, *Commentaire LAT*, Art. 15, N. 134 ss et 138, à propos de l'obligation de construire.

<sup>33</sup> Voir à ce propos ANTONIAZZA, p. 42 ss. Voir aussi Message Rév-LAT, FF 2010 986, à propos de l'art. 15a al. 2 du projet de révision de la LAT.

<sup>34</sup> Sur la solution d'un droit d'emption, voir SPORI/BÜHLMANN, p. 19 s. et 22 s.

<sup>35</sup> ANTONIAZZA, p. 186 s.

<sup>36</sup> Pour un exemple, ANTONIAZZA, p. 45, l'auteur cite ici une disposition communale lucernoise.

<sup>37</sup> Après l'entrée en vigueur du plan, le promoteur qui détient les fonds situés dans le plan de quartier n'a en effet plus aucun intérêt à conclure un tel contrat. Par ailleurs, l'ATF 136 I 142, consid. 4.3, p. 148, admet que le contrat – portant en l'occurrence sur une taxe d'orientation visant à contenir la construction de résidences secondaires – puisse être conclu avant même l'entrée en vigueur de la réglementation qui lui servira de base légale. On signale encore ici l'ATF 1P.360/2006 du 15 janvier 2007 (Soleure), qui avait traité à une convention imposant au promoteur une obligation de bâtir, ainsi qu'une peine conventionnelle en cas de non-respect de celle-ci ; le

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

#### 4. Obligations parafiscales

##### a) Généralités

Dans le domaine des impôts, on admet que la loi, même si elle ne le dit pas expressément, exclut le procédé contractuel ; il n'est dès lors pas possible de régler par voie d'accord entre l'administration et le contribuable l'étendue de l'obligation fiscale, sous réserve d'une disposition légale l'autorisant expressément<sup>38</sup>.

La perception de *contributions parafiscales* (taxes, charges de préférence ou taxes de remplacement) repose sur des textes légaux relativement précis, qui ne confèrent guère de compétences discrétionnaires aux autorités qui les appliquent. Néanmoins, la jurisprudence a admis que ces réglementations laissent place à la *conclusion de contrats* arrêtant l'étendue de ces obligations parafiscales<sup>39</sup>.

Il y a sans doute une part de pragmatisme dans cette solution. On a vu ci-dessus que les questions d'équipement pouvaient être réglées par voie de contrat (1) ; l'obligation parafiscale constitue ici la contrepartie usuelle de la prestation publique d'équipement. Il est dès lors logique de l'inclure également dans un règlement contractuel, couvrant toutes ces questions. D'ailleurs, qui dit contributions causales – ce dont il est question ici – dit également que l'administration et l'administré se trouvent dans une relation de prestation et de contre-prestation (le prix versé par l'une des parties est en effet lié à une cause, soit une prestation de l'autre partie). Une telle construction correspond précisément à celle – classique – du contrat bilatéral onéreux ; il est alors assez naturel de recourir à la voie contractuelle en lieu et place de celle d'une décision. Il y a donc de bons motifs de se rallier à la solution de la jurisprudence ici et d'admettre le procédé contractuel en matière de contributions causales prélevées en contrepartie de prestations d'équipement.

Pour le surplus, l'obligation parafiscale elle-même est généralement prévue dans un texte légal ; rien n'empêche qu'elle soit aménagée dans une certaine mesure dans un cadre contractuel<sup>40</sup>. On peut également imaginer que le propriétaire foncier concerné soit dispensé de cette obligation lorsqu'il fournit lui-même la prestation d'équipement. De même, il peut arriver qu'il s'acquitte de son obligation en nature, par le biais d'une cession « gratuite » d'un terrain à la collectivité.

##### b) La contribution de plus-value prévue à l'art. 5 al. 1 LAT

Cette disposition prévoit que le droit cantonal établit un régime de compensation des plus-values liées aux avantages majeurs résultant des mesures d'aménagement ; un tel prélèvement pourrait ainsi intervenir dans le cas où une parcelle, précédemment en zone agricole, est désormais affectée en zone à bâtir (de même en cas d'augmentation importante du coefficient d'utilisation). Les cantons qui ont mis en œuvre ce mandat sont relativement rares (on peut citer ici notamment le cas du canton de Neuchâtel). La doctrine s'est dès lors demandée si un tel prélèvement pouvait intervenir dans un cadre contractuel.

---

Tribunal fédéral a confirmé la peine conventionnelle, en estimant qu'il n'avait pas à résoudre la question de savoir si l'obligation de bâtir – convenue par contrat – reposait sur une base légale suffisante.

<sup>38</sup> C'est rarissime. Par exemple, les forfaits fiscaux accordés à de riches contribuables étrangers résultent du prononcé de décisions et non de contrats.

<sup>39</sup> ATF 103 Ia 505, consid. 3, p. 512 et 105 Ia 207, consid. 2, p. 209.

<sup>40</sup> ATF 103 Ia 505, consid. 3, p. 512.

Au préalable, il faut préciser qu'une telle mesure, au même titre que l'obligation de bâtir (3/d ci-dessus), permet de lutter contre la thésaurisation des terrains à bâtir (certes ici de manière indirecte). Il s'agit par ailleurs d'une contribution de nature causale ; la collectivité, par le biais de mesures d'aménagement, génère un avantage en faveur des propriétaires concernés, et cela justifie, en équité, un tel prélèvement. Cependant, contrairement à d'autres contributions causales (taxes, charges de préférence), un tel prélèvement ne saurait être lié au coût occasionné à la collectivité par l'opération (la plus-value foncière générée est en effet sans commune mesure avec le coût de l'élaboration du plan). En outre, dans le contexte de l'art. 5 al. 1 LAT, on ne peut construire, en l'état de la jurisprudence, un contrat synallagmatique (ou bilatéral parfait) ; la « prestation » de la collectivité consiste dans l'adoption de la mesure de planification et, comme on l'a vu plus haut, elle ne peut être intégrée au contrat<sup>41</sup>. Seule la contreprestation, soit en l'occurrence la contribution de plus-value, peut être réglée par voie contractuelle. Une telle convention n'a dès lors plus rien de bilatéral onéreux, selon le modèle contractuel classique. Rien n'empêche, il est vrai, la conclusion d'un contrat comportant uniquement des obligations unilatérales, mais la formule – rare endroit privé – ne présente pas, en droit public, des avantages manifestes par rapport à un modèle décisionnel.

Quoi qu'il en soit, il est évident que le procédé contractuel doit ici être admis lorsque la loi le prévoit expressément (comme l'art. 142 LATC-BE)<sup>42</sup>. Cela suffit-il ? En effet, se pose en outre la question de la base légale (ainsi que de la densité normative de celle-ci) de l'obligation imposée à l'administré. Ainsi, en l'absence de précision dans la loi sur le taux du prélèvement, on peut craindre de très grandes disparités dans les contributions de plus-values perçues sur une base conventionnelle à la charge de propriétaires distincts d'une même commune et, à plus forte raison, de communes différentes. Aux yeux d'une partie de la doctrine, de tels éléments doivent donc également figurer dans une base légale (par exemple communale)<sup>43</sup>. Un projet de loi, allant dans ce sens, est actuellement en discussion devant le parlement vaudois.

On peut se demander en définitive si le recours au procédé contractuel est possible sans autorisation légale expresse. Une partie de la doctrine y est favorable, alors que d'autres auteurs se prononcent négativement, de même qu'une sentence arbitrale récente<sup>44</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'adoption ici d'un régime contractuel apparaît discutable au regard des principes généraux de l'aménagement du territoire. On peut craindre en effet que la commune, qui entend étendre sa zone à bâtir et qui dispose à cet égard de plusieurs possibilités, ne choisisse une variante qu'en fonction du consentement du propriétaire à verser une contribution de plus-value ; l'affectation serait alors décidée, non pas tant en fonction d'une meilleure aptitude d'un secteur à la construction, mais bien plutôt en raison d'une prestation financière attendue d'un propriétaire<sup>45</sup>.

## 5. Divers ; contrats combinés

Les remarques qui suivent ne se veulent en rien exhaustives ; elles visent à montrer surtout qu'il existe d'autres types de contrats encore dans l'orbite de l'aménagement du territoire et de l'environnement.

<sup>41</sup> ATF 122 I 328, consid. 4a, p. 334.

<sup>42</sup> Sur cette disposition, voir ZAUGG Aldo / LUDWIG Peter, *Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 – Kommentar*, vol. II, Berne 2010. Voir également art. 19 LATC-GR.

<sup>43</sup> MÜLLER, p. 31 ss ; sur la pratique bernoise, voir aussi EYMANN Urs, *Die Praxis der Mehrwertausgleichsverträge im Kanton Bern*, in : Häner/Waldmann (édit.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich 2007, p. 133 ss.

<sup>44</sup> RDAF 2008 I 361, consid. 5c, p. 376 ss, avec réf. à la doctrine.

<sup>45</sup> Sur ce type de problèmes, MÜLLER, p. 33 s., et EYMANN. Voir aussi les débats au Conseil des Etats relatifs à la révision de la LAT en cours (évoquée en note 3), spécialement à propos des art. 5b et 38b proposés par la commission de ce conseil, BOCE 2010, 889 ss et intervention Luginbühl, p. 895 s.

On peut mentionner ici tout d'abord les *concessions* ; qu'il s'agisse de concessions de service public ou d'usage privatif du domaine public, on admet généralement que de tels actes présentent une nature mixte, à la fois décisionnelle et contractuelle. Or, dans le domaine de l'équipement au sens large, de telles concessions apparaissent souvent indispensables. On peut penser par exemple à la réalisation du réseau électrique, qui implique l'octroi de droits d'usage du domaine public. Il en va de même de la réalisation des réseaux de fibres optiques, par Swisscom ou d'autres opérateurs. Des conventions ont d'ailleurs effectivement été conclues dans ce but<sup>46</sup>. Sur le principe, le procédé contractuel apparaît comme admissible, notamment dans le cadre bien connu des concessions. Par ailleurs, les obligations mises à la charge du concessionnaire – en particulier la réalisation même de l'infrastructure pour laquelle la concession est accordée – paraissent également reposer sur une base légale suffisante. Ces concessions mériteraient au demeurant une étude particulière (eu égard notamment aux conséquences découlant de l'art. 2 al. 7 LMI).

On a par ailleurs déjà évoqué des exemples de conventions regroupant plusieurs types de prestations à charge de l'administré ; on peut parler ici de contrats combinés. Par exemple, une convention peut avoir trait à des prestations d'équipement, à des concessions ou à des regroupements de terrains et porter en outre sur des prestations financières de nature parafiscale. Cela peut déboucher sur des instruments contractuels très complexes, dont l'économie peut s'avérer difficile à percer<sup>47</sup>. Il arrive parfois également que l'édifice contractuel lui-même se subdivise en divers éléments : convention générale, convention d'exécution, convention relative à la mise en place de garanties, notamment.

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral<sup>48</sup> exclut en l'état que la collectivité compétente s'engage, par contrat, à adopter un plan d'affectation. On peut se demander si cette approche tient suffisamment compte de la réalité économique. Il est par exemple artificiel d'admettre que le promoteur immobilier, dans la perspective de l'adoption d'un plan de quartier qui lui est favorable, s'engage par un contrat unilatéral (dont le modèle en droit privé est la donation) à payer une contribution de plus-value conforme à l'art. 5 al. 1 LAT ; on se trouve bien plutôt ici en présence d'une convention à caractère synallagmatique, groupant des prestations de la collectivité (elle s'engage à adopter le plan) et des contreprestations du propriétaire privé.

## 6. La transaction

### a) Généralités

La transaction est un contrat par lequel les parties mettent fin à un différend ou lèvent une incertitude touchant à un rapport de droit, cela grâce à des concessions réciproques<sup>49</sup>. Pour bien en comprendre l'économie, il convient d'en distinguer les différents éléments. La transaction comporte tout d'abord un volet de nature procédurale ; les parties mettent fin à un litige ou renoncent à saisir la voie contentieuse. Elle inclut ensuite un accord sur des points de droit matériel (la solution résulte souvent de concessions réciproques). Ces deux éléments sont d'ailleurs fréquemment liés dans une relation de prestation à contreprestation.

Il a paru utile d'aborder ici ce type très particulier de contrats, dans la mesure où les litiges sont nombreux en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement et où ceux-ci prennent fin – souvent – par la voie de transactions. Il arrive parfois que la loi prévoie expressément cette possibilité de règlement des différends ; le procédé contractuel est alors possible à tout le moins dans son principe (art. 53 LEx ; 55c LPE). A vrai dire, ces règles visent essentiellement

<sup>46</sup> A titre d'exemple, ATF 2A.414/2006, du 19 mars 2008.

<sup>47</sup> Voir l'exemple traité dans la *RDAF* 2008 I 361 ss.

<sup>48</sup> ATF 122 I 328, consid. 4a, p. 334.

<sup>49</sup> AUBRY GIRARDIN Florence, in : Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, *Commentaire de la LTF*, Berne 2009, n° 21 ad art. 32 LTF et les réf.

l'élément procédural de la transaction, sans guère déployer de portée sur le volet matériel d'un tel accord.

On peut tout d'abord distinguer la transaction du *retrait d'un recours* ou d'une opposition. Il s'agit-là d'une déclaration unilatérale d'une partie adressée à l'autorité et mettant fin à un litige (ou à un litige potentiel). Cette déclaration intervient parfois dans un cadre contractuel, par exemple dans l'hypothèse où l'auteur du retrait se fait promettre une indemnité à charge de sa partie adverse, par exemple un promoteur immobilier. De tels contrats relèvent du droit privé ; la jurisprudence les tient pour licites dans l'hypothèse où le voisin obtient par ce biais une indemnité couvrant le dommage potentiel que pourrait lui occasionner la construction projetée<sup>50</sup>. L'acte conserve également sa nature de droit privé si le retrait s'accompagne d'un accord entre les parties portant sur la question des frais et dépens.

Au contraire d'un simple retrait de recours, la *transaction* comporte aussi un aspect de droit matériel, puisque, dans ce cas, les parties conviennent de régler l'objet du litige d'une manière déterminée (et cela souvent différemment de ce que fait la décision contestée)<sup>51</sup>. Parfois, seules les parties privées au litige prennent des engagements réciproques dans le but d'y mettre fin ; là encore, il s'agit d'un contrat de nature exclusivement privée. La transaction peut toutefois lier non seulement les parties privées, mais encore l'autorité elle-même ; par exemple, pour mettre fin à un procès, les parties (privées) et la collectivité conviennent d'une réalisation échelonnée et d'une répartition des frais d'équipement ; il s'agit-là d'une transaction qui porte sur une tâche publique et qui constitue dès lors un contrat de droit administratif<sup>52</sup>. Lorsque le volet matériel de la transaction relève du droit public, il faut se poser les mêmes questions que pour les contrats de droit administratif ordinaires. En premier lieu, le procédé contractuel est-il admissible pour la prestation convenue ? En second lieu, l'obligation mise à la charge de l'administré repose-t-elle sur une base légale ? Sur ces deux points, on peut donc renvoyer aux rubriques précédentes (1 à 4), à tout le moins lorsque les prestations visées se rapportent à de tels objets (équipement, obligation positive ou parafiscale, etc.).

Par ailleurs, même si la portée du mécanisme de la transaction est relativement restreinte en droit public, on admet qu'elle est possible dans les cas où les prétentions de l'administré sont régies par le principe de libre disposition. Il en va ainsi des droits que les administrés tirent de contrats de droit administratifs, mais aussi de ceux qu'ils font valoir pour obtenir une indemnisation de l'Etat, par exemple à raison d'un acte illicite. Dans la mesure où l'objet de la transaction est régi par le droit public, cette dernière constitue un contrat de droit administratif<sup>53</sup>.

## b) Examen de quelques dispositions expresses de droit public

A ce stade, il convient de prendre garde à la terminologie utilisée par les textes, fluctuante, voire même trompeuse. Ainsi, lorsqu'une disposition prévoit la voie d'un accord amiable (ou d'un règlement amiable du litige), cela n'implique pas encore la conclusion d'une véritable transaction (impliquant un contrat de droit administratif). Ainsi, l'*art. 33b PA* prévoit bien une procédure de médiation ; celle-ci vise à arrêter, sur une base commune, le contenu futur d'une décision. Il reste qu'il s'agit exclusivement ici d'un acte préparatoire, absorbé en quelque sorte par la décision administrative qui clôt la procédure. On ne saurait donc voir dans l'« accord

<sup>50</sup> Sur ces questions, ATF 123 III 102 ; 115 II 232 ; voir également LUSTENBERGER Erik, *Die Verichtsvereinbarung im öffentlichen Bauverfahren*, Zurich 2008.

<sup>51</sup> Sur la double nature de la transaction, relevant à la fois du droit procédural et du droit matériel, voir MÄCHLER, p. 288.

<sup>52</sup> MÄCHLER, p. 311 ss.

<sup>53</sup> Sur ces points, MÄCHLER, p. 278 ss. Il en va de même lorsque c'est l'administré qui est recherché en responsabilité sur la base d'une disposition de droit public, ainsi en matière d'assainissement de sites pollués.

amiable » évoqué par cette disposition un acte juridique distinct, susceptible de constituer un contrat<sup>54</sup>.

En revanche, les art. 53 s. LEx prévoient bien, dans le cadre de la procédure de conciliation ouverte devant les commissions d'estimation, la possibilité d'un accord entre les parties sur les indemnités dues aux propriétaires expropriés. L'accord porte ici à la fois sur le montant de l'indemnité, soit un objet régi par la LEx et donc soumis au droit public, et la liquidation de l'opposition (objet procédural). Il ne soulève d'ailleurs pas de difficulté particulière<sup>55</sup>.

Les art. 12d LPN et 55c LPE comportent une réglementation en tout point semblable, qui concerne les accords conclus par les organisations de protection de la nature et de l'environnement à propos de projets régis par ces législations. De tels accords visent un règlement amiable des litiges, impliquant la renonciation au droit de recours ou le retrait d'un tel acte. De tels accords peuvent contenir des éléments de droit privé et porter, par exemple, sur le règlement des frais, voire des dépens liés à une telle procédure. Sur le plan du droit public, l'accord, selon le texte légal, n'a que la valeur d'une proposition commune à l'endroit de l'autorité ; et celle-ci examine – apparemment librement (soit même en opportunité) – s'il y a lieu de la reprendre dans sa décision<sup>56</sup>. On peut dès lors se demander si l'accord dont il est question ici constitue un véritable contrat de droit administratif, dans la mesure où il ne déploie pas d'effet juridique obligatoire pour les parties ; seule la décision est à même de le faire et elle peut s'écarter peu ou prou de l'accord des parties<sup>57</sup>. Les deux dispositions déterminent en outre divers cas dans lesquels le contenu de tels accords apparaît comme illicite, ainsi dans l'hypothèse d'une indemnisation de la renonciation à un recours (voir par exemple art. 12d al. 2 let. c LPN). La règle présente en outre l'intérêt de préciser qu'un accord est illicite lorsqu'il comporte des mesures qui ne sont pas prévues par la loi ; à supposer dès lors que l'on se trouve dans le cas d'un contrat de droit administratif, il découle de cette disposition que les obligations imposées aux administrés doivent reposer sur une base légale. Cependant, le principe de la réserve de la loi devrait s'appliquer avec beaucoup de souplesse, puisque l'on se trouve dans un contexte contractuel<sup>58</sup>. Qu'en est-il en définitive lorsque les éléments de droit public de l'accord sont intégrés dans la décision de l'autorité administrative, par hypothèse entrée en force ? On devra alors retenir la présomption de validité et donc de légalité de la décision, qui ne pourra plus guère être renversée sous la réserve exceptionnelle de sa nullité ; on peut néanmoins imaginer encore la possibilité d'une révocation de cette décision. Quoi qu'il en soit, il faut constater que les éléments – potentiellement illicites – d'un accord intégré à la décision ne déploient plus aucun effet une fois celle-ci entrée en force.

En résumé, les accords amiables passés dans le cadre des art. 33b PA, 12d LPN et 55c LPE ne doivent (sans doute) pas être qualifiés de contrats de droit administratif ; à supposer qu'ils le soient, la portée de ces contrats, une fois repris dans une décision administrative, apparaît très faible.

<sup>54</sup> PFISTERER Thomas, Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33b VwVG, in : Häner/Waldmann (édit.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zurich 2008, p. 109.

<sup>55</sup> Voir au surplus HESS/WEIBEL pour un commentaire de ces dispositions. ATF 102 Ia 553, p. 559.

<sup>56</sup> L'examen en opportunité apparaît en effet possible, vu le renvoi de ces dispositions à l'art. 49 PA.

<sup>57</sup> Dans ce cas, puisque l'accord n'est pas repris, les parties recouvrent leur droit de recourir et notamment de contester la décision dans la mesure où elle n'intègre pas l'accord. Sur cette analyse, LUSTENBERGER, p. 55 ss. A ce propos, voir également FAVRE Anne-Christine, Les nouvelles dispositions sur le droit de recours des organisations à but idéal, in Tappy/Kahil-Wolff/Bruchez (édit.) : *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, Zurich 2010, p. 136 s., qui analyse ces accords comme de véritables contrats de droit administratif.

<sup>58</sup> Dans ce sens, LUSTENBERGER, p. 58 ss ; FAVRE, p. 136 ss.

## C Le choix entre la voie du contrat de droit administratif et d'autres instruments

La jurisprudence la plus récente, suivant en cela la doctrine, admet en réalité le recours au procédé contractuel à deux conditions. On a évoqué la première, selon laquelle la loi doit le prévoir ou à tout le moins laisser la place à cette formule ; en second lieu, le contrat, suivant le sens et le but de la réglementation applicable, concrétisée dans le cas concret, doit apparaître comme une forme d'action plus appropriée que la décision<sup>59</sup>. En réalité, on peut se demander si cette seconde condition n'est pas superflue, dans la mesure où le recours au procédé du contrat de droit administratif est déjà admis restrictivement ; le Tribunal fédéral ne paraît d'ailleurs pas avoir condamné un contrat pour ce motif.

Quoi qu'il en soit, le propos des remarques qui suivent est avant tout d'évoquer quelques *critères* qui, en opportunité, suggèrent de préférer la voie du *contrat de droit administratif* à celle de la *décision*. Les exemples que l'on a examinés plus haut sont d'ailleurs illustratifs à cet égard. Le contrat paraît particulièrement indiqué lorsqu'il s'agit d'obliger l'une et l'autre des parties à l'acte de manière stable ; il en va de même lorsque l'on entend obtenir de l'administré qu'il fournisse une prestation à laquelle il n'est légalement pas tenu. En d'autres termes, le contrat présente, par rapport à la décision, l'avantage de la souplesse dans la définition des obligations réciproques et plus spécialement dans celles qui peuvent être imposées à l'administré ; cela découle du fait que le contrat ne trouve pas son fondement dans la loi, mais bien plutôt dans les engagements réciproques des parties. Par ailleurs, le contrat présente, dans la durée, une plus grande stabilité (on pourrait même parler de rigidité) ; on admet en effet qu'il confère à l'administré des droits acquis, qui ne sont pas susceptibles de modifications unilatérales, contrairement à la décision, dont on sait qu'elle peut être révoquée<sup>60</sup>.

Le choix en opportunité de la forme adéquate, décision ou contrat, doit cependant prendre en compte un élément ; il s'agit de l'incertitude qui plane dans une certaine mesure sur le régime applicable aux contrats de droit administratifs ; on aura l'occasion d'y revenir dans les passages qui suivent. Cela est dû à la reconnaissance relativement tardive de cet instrument comme forme d'accomplissement des tâches publiques.

On notera enfin qu'il n'y a pas de véritable choix entre la formule du contrat de droit administratif et celle du *contrat de droit privé*. En droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement, ainsi qu'en droit public des constructions, l'on a affaire à l'exécution de tâches publiques ; dès lors, on voit mal que la collectivité puisse faire usage en cette matière du contrat de droit privé (sauf disposition légale contraire). Dans la pratique toutefois – ce qui est d'ailleurs discutable –, la collectivité publique utilise souvent la forme du contrat de droit privé dans tous les cas où le contrat a pour objet un transfert immobilier ; l'idée sous-jacente est ici que le droit public ne comporte pas les règles indispensables pour ce type de transaction et qu'il convient dès lors d'appliquer les dispositions du Code civil. On pourrait considérer toutefois que de tels actes, lorsqu'ils ont un lien étroit avec l'accomplissement d'une tâche publique, relèvent du droit public, étant précisé en revanche que l'application par analogie des dispositions du droit civil devraient être largement retenues<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> ATF 136 I 142, consid. 4.1, p. 147.

<sup>60</sup> ZBI 2010, 56, consid. 5, p. 61.

<sup>61</sup> Dans ce sens, RHINOW, p. 304 ss ; en sens contraire, BELLANGER, p. 67 ss ; pour l'approche pragmatique, MÄCHLER, p. 317 s. ; ce dernier auteur souligne d'ailleurs les difficultés en présence d'actes comportant des éléments de droit public et d'autres, à ses yeux, du droit privé. Sur ces questions, voir ATF 112 II 107 (110) ; 103 II 314 (318) ; 102 II 55. On peut mentionner ici les possibilités évoquées par l'art. 18 al. 2, lit. e ORF, qui réserve les cas où la loi autorise une autre forme pour l'acte de transfert immobilier que l'acte authentique ; ainsi dans le contexte d'une expropriation, après l'ouverture de la procédure : pour un exemple, ATF 102 Ia 553 (559).

## IV. La qualification de l'acte

### A Décision, contrat de droit administratif ou contrat de droit privé

#### 1. Généralités

Avant d'examiner le régime juridique applicable à un acte déterminé, il est indispensable de procéder à sa qualification. Deux distinctions sont évoquées implicitement dans le titre de cette rubrique : il s'agit d'abord d'opposer les actes unilatéraux (décisions, voire plans) et bilatéraux (contrat) ; dans un second temps, il y a lieu de faire le départ entre contrat de droit administratif et de droit privé. L'une et l'autre de ces distinctions, même si elles apparaissent à première vue claires, soulèvent parfois des difficultés importantes. Compte tenu de l'objet même de cette contribution, il ne sera pas surprenant de constater que la plupart des actes étudiés ici vont relever de la notion de contrat de droit administratif et donc qu'il s'agit d'actes bilatéraux, relevant du droit public. Ce sont d'ailleurs les problèmes résultant d'une telle qualification qui seront examinés de manière plus spécifique (V).

#### 2. Décision ou contrat ?

La distinction entre ces deux types d'actes apparaît limpide : la décision présente en effet un caractère unilatéral, alors que le contrat, quant à lui, est bilatéral. Plus précisément, les effets juridiques de la décision trouvent leur fondement dans la loi ; au contraire, ceux-ci découlent, dans le contrat, du consentement réciproque des parties. L'application même de ces critères ne va pas sans soulever parfois des difficultés ; ainsi, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence toute récente, s'est abstenu de qualifier la relation entre l'Etat et l'expert judiciaire<sup>62</sup>.

Dans le domaine examiné ici, ce premier aspect de la qualification de l'acte ne suscite guère de problème. Le plan d'affectation et le permis de construire constituent clairement des actes unilatéraux (et pour le second une décision administrative) ; peu importe, à cet égard, que la décision puisse être accompagnée de charges imposant des obligations positives au constructeur, ceci avec son consentement. Dans d'autres phases du processus urbanistique, on peut rencontrer des formules unilatérales (la collectivité réalise elle-même l'équipement nécessaire sur la base de plans, voire de décisions ; elle fait supporter le financement de l'opération aux administrés en fixant des contributions causales) ; à titre d'alternatives, toutefois, la collectivité conclut fréquemment avec les administrés, notamment les promoteurs de projets immobiliers, des contrats, dans lesquels les obligations des parties ne reposent pas tant sur la loi que sur leur consentement réciproque. On a donc clairement affaire, dans ce dernier cas, à des contrats. On peut tout au plus relever que, dans certains actes de nature contractuelle, les obligations prévues reposent de très près sur un texte légal ou réglementaire ; on peut alors se demander si l'on n'a pas affaire en réalité à une décision déguisée en contrat<sup>63</sup>.

On peut signaler ici également le cas de la concession (de service public ou d'usage privatif du domaine public) ; la solution usuelle retenue à ce propos, qui relève du compromis, consiste à qualifier celle-ci d'acte mixte, groupant des éléments unilatéraux et bilatéraux<sup>64</sup>. Pour le surplus, la difficulté paraît particulièrement coriace dans le contexte de transactions (ci-dessus III/B/6a) ; on ne s'arrêtera pas à cette question, qui mériterait une étude particulière.

<sup>62</sup> ATF 134 I 159, spécialement consid. 3, p. 163, résumé *RDAF* 2009 I 432 et note Etienne Poltier.

<sup>63</sup> La question est sous-jacente dans l'ATF 135 II 328, consid. 2.2, p. 333, relatif au « contrat nature ». On peut se demander aussi si la « convention de précarité » réservée à l'art. 82 LATC-VD ne doit pas être requalifiée, pour être considérée non comme un contrat, mais comme une simple charge accompagnant une décision administrative autorisant une dérogation.

<sup>64</sup> ATF 130 II 18, consid. 3.1, p. 21.

### 3. Contrat de droit administratif ou de droit privé ?

La distinction s'oriente ici autour du *critère de l'intérêt public* ; plus précisément, il s'agit d'examiner l'objet, soit la prestation caractéristique convenue, et de vérifier si celle-ci est régie par le droit public ou non ; dans l'affirmative, l'on serait en présence d'un contrat de droit administratif. Par prestation caractéristique, il faut entendre, par exemple, la prestation que l'administré fournit pour contribuer à l'accomplissement d'une tâche publique (par opposition à la rémunération qu'il reçoit en contrepartie de la collectivité)<sup>65</sup>. Cette solution paraît relativement claire, même si elle ne résout pas toute difficulté<sup>66</sup>. Au surplus, il arrive que le législateur lui-même tranche la question expressément, ainsi s'agissant des contrats de subventionnement<sup>67</sup>.

La qualification des contrats examinée plus haut (III) ne fait guère problème, sous certaines réserves. Tel est en particulier le cas des contrats d'équipement, puisque cette activité constitue une tâche publique (art. 19 LAT) qui se trouve ainsi transférée, par exemple, à un promoteur. La nature de la convention ne change pas si, en contrepartie, l'administré est dispensé du paiement de contributions causales<sup>68</sup>. Il en va de même des diverses obligations positives qui peuvent faire l'objet alternativement de décisions assorties de charges ou de contrats ; l'exécution de l'obligation par l'administré répond à un intérêt public, voire permet l'accomplissement d'une véritable tâche publique.

Les rares difficultés de qualification en cette matière ont trait aux contrats portant sur des *transferts immobiliers*. L'opération simple d'acquisition d'une parcelle par une collectivité publique, cela de gré à gré, est qualifiée, de pratique constante, d'acte de droit privé, régi par les dispositions du Code civil. On assimile ainsi une telle acquisition aux contrats passés par l'administration pour se procurer sur le marché les biens et les services nécessaires (indirectement) à l'exécution de ces tâches (*Hilfstätigkeit*), qui sont eux aussi rattachés au droit privé. Cependant, la question de la qualification de l'acte est d'emblée plus délicate lorsque le transfert immobilier s'inscrit dans une opération plus large, voire plus complexe. Tel est le cas lorsque la collectivité cède un terrain à des conditions avantageuses pour faciliter la réalisation de logements sociaux ou dans un but de promotion économique et de création d'emplois ; analysé comme subvention, un tel acte devrait être rattaché au droit public. De même, les contrats d'équipement prévoient fréquemment, une fois achevée la réalisation des infrastructures, un transfert de celles-ci aux pouvoirs publics ; cette acquisition immobilière prend ainsi place dans un ensemble – le contrat d'équipement – qui relève du droit public. Rien ne s'oppose, en définitive, à appliquer le droit public à de tels contrats combinés, tout en ayant recours, si nécessaire, aux dispositions du droit civil à titre supplétif et par analogie<sup>69</sup>. Cette solution présente l'avantage d'attribuer à une autorité unique l'ensemble du contentieux pouvant découler d'une telle convention<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Sur ces différents points, MOOR, *Droit administratif II*, p. 363 ss ; on applique ici un critère de nature fonctionnelle, lié à l'existence ou non d'une tâche publique.

<sup>66</sup> Voir à cet égard ATF 134 II 297, consid. 3.3, p. 303, où la question de la qualification du contrat (qui avait trait au ramassage et au transport des déchets ménagers) n'est pas tranchée de manière ferme.

<sup>67</sup> A tout le moins pour le droit fédéral : art. 16 al. 2 LSu ; la jurisprudence a retenu la même solution pour les subventions cantonales : ATF 105 Ia 392, consid. 3, p. 394.

<sup>68</sup> La nature de la convention reste de droit public lorsqu'elle porte uniquement – ce qui est rare – sur ces contributions. Il va de soi en effet qu'un accord fiscal – qui écarte l'application normale de la loi – relève du droit public ; il ne peut en aller différemment d'une convention portant sur des contributions causales.

<sup>69</sup> Il est judicieux notamment de prévoir que le transfert immobilier a lieu par acte authentique.

<sup>70</sup> En l'état, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas retenu cette voie ; voir à ce propos ci-dessus III C et MOOR, *Droit administratif II*, p. 367 et références citées.

## B Les contrats d'équipement constituent-ils des marchés publics ?

### 1. La notion de marché public

Dans un ATF 125 I 209 (consid. 6b, p. 213), le Tribunal fédéral a donné une première définition de cette notion. Par marché public, on désigne ainsi « *l'ensemble des contrats passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services. L'adjectif « public » fait ici référence à la personnalité de l'acquéreur de la prestation et non pas au régime juridique applicable à ces contrats : en Suisse, ceux-ci restent soumis au droit privé [...]. On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que demandeur [...], acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est « consommatrice » [...] de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le « fournisseur » [...] » Cette définition s'applique sans difficulté aux opérations relativement simples ; elle vise alors des contrats, de nature bilatérale et onéreuse, où la collectivité apparaît comme l'acquéreur de la prestation. Cela exclut d'emblée les hypothèses où la relation nouée par l'Etat s'inscrit dans un cadre décisionnel<sup>71</sup>.*

L'ATF 135 II 49 marque à cet égard une évolution ; le Tribunal fédéral y retient désormais une définition plus large de cette notion. En substance, la collectivité publique n'a plus à apparaître comme le destinataire direct de la prestation fournie par l'entreprise privée ; de même, le caractère onéreux de l'acte est admis lorsque la collectivité publique fournit une contreprestation en nature et non plus seulement en argent (en l'occurrence par le biais de l'octroi d'une concession) ; enfin, le contrat conclu avec le fournisseur n'a plus nécessairement à relever du droit privé, mais pourrait être soumis également au droit public<sup>72</sup>.

### 2. Le cas des contrats d'équipement

L'hypothèse visée ici est celle de contrats dans lesquels le promoteur privé s'engage à réaliser les infrastructures publiques nécessaires à la viabilisation d'un quartier (les voies publiques notamment) ; il accepte généralement aussi de transférer celles-ci à la collectivité publique à l'achèvement des travaux. En contrepartie, il est dispensé du paiement des contributions d'équipement. La question se pose d'un assujettissement de tels montages complexes au droit des marchés publics. Au vu de la jurisprudence la plus récente, il apparaît que de telles conventions sont désormais régies par la législation sur les marchés publics<sup>73</sup>. On se trouve tout d'abord clairement en présence d'un contrat (la question a déjà été tranchée plus haut) de nature bilatérale et onéreuse. Certes, la collectivité ne verse pas, à proprement parler, un prix en contrepartie de l'équipement ; cependant, la valeur économique de la prestation du promoteur privé est en quelque sorte déduite ou portée en compensation du montant des contributions d'équipement, normalement dues<sup>74</sup>. Par ailleurs, il est vrai que, lors de la réalisation des travaux, le promoteur privé se trouve être propriétaire des terrains ; il n'en reste pas moins qu'il réalise des travaux d'infrastructure, conformément aux plans et aux décisions de l'autorité, soit pour

<sup>71</sup> Ainsi, dans l'hypothèse où l'expert judiciaire est désigné par voie de décision, cela exclut d'emblée l'application de la législation sur les marchés publics, faute de contrat.

<sup>72</sup> ATF 135 II 49 précité, consid. 4.3, 4.4 et 5, p. 53 ss.

<sup>73</sup> Dans ce sens déjà, BEYELER Martin, *Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts*, in : Zufferey/Stöckli, *Marchés publics 2008*, Zurich 2008, p. 124 ; *contra* MARANTELLI-SONANINI Vera, *Vorgaben des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes betreffend die Pflichten des Gemeinwesens und die Möglichkeiten Privater*, Berne 1997, p. 138.

<sup>74</sup> Voir d'ailleurs arrêt de la Cour de justice européenne du 12 juillet 2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano et Lodi*, spécialement n<sup>os</sup> 76 ss.

satisfaire des besoins publics. Une telle opération doit ainsi être qualifiée de marché de travaux au sens du droit des marchés publics<sup>75</sup>.

A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu à trancher ce type de problèmes. Enfin, n'apparaît pas déterminant désormais le fait que le contrat d'équipement doive être qualifié de contrat de droit public. Cependant, il faut bien admettre que la solution préconisée ici, soit celle de l'application du droit des marchés publics, fait peser une contrainte supplémentaire importante sur la faisabilité des contrats d'équipement ; la difficulté est ici similaire à celle que l'on rencontre par exemple dans le domaine des PPP (ou *Public-Private-Partnerships*).

On a rencontré plus haut (III/B/4) des contrats qui mettent à la charge des administrés des obligations positives (assainissement d'une décharge ; obligation de construire un immeuble de logement social ou une usine). L'existence d'un marché public devrait pouvoir néanmoins être exclue dans ce type d'hypothèses, souvent en l'absence de caractère onéreux du contrat (dans l'exemple de l'assainissement précité). Par ailleurs, l'administré accomplira son obligation généralement en satisfaisant ses propres besoins et non conformément aux vœux de la collectivité (le constructeur exploite ensuite l'immeuble accueillant des logements sociaux ; l'industriel exploite lui-même son usine)<sup>76</sup>.

## V. Le régime du contrat de droit administratif<sup>77</sup>

### A Généralités

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

Dans la mesure où le droit privé fournit un système élaboré et complet applicable aux obligations contractuelles, la tendance naturelle est de s'y référer ; face à une difficulté, il y aura donc lieu souvent d'appliquer, par analogie, les dispositions de la partie générale, voire de la partie spéciale du Code des obligations<sup>78</sup>.

Quoi qu'il en soit, il n'est guère possible de présenter ici en détail le régime juridique du contrat de droit administratif, afin de vérifier dans quelle mesure les solutions retenues en droit privé lui sont transposables. On se bornera à aborder le thème du contrat vicié ; dans ce contexte, on verra en effet que le régime du contrat de droit administratif se rapproche, selon la jurisprudence actuelle et la doctrine majoritaire, du régime applicable à la décision administrative.

<sup>75</sup> La jurisprudence européenne va dans le même sens : arrêt C-399/98 précité, confirmé par la suite. On observera encore que les ATF 125 et 135 cités plus haut comportent des éléments susceptibles d'être inclus dans des contrats d'équipement au sens large. En effet, dans l'ATF 125, tout d'abord, la concession d'affichage mettait à la charge du concessionnaire la réalisation d'éléments de mobilier urbain, correspondant à l'aménagement d'abris de transports publics. De même, dans l'ATF 135, le concessionnaire devait mettre en place les éléments nécessaires à l'exploitation d'un réseau de vélos en libre service.

<sup>76</sup> La jurisprudence européenne paraît d'ailleurs également aller dans ce sens : arrêt de la Cour de justice européenne du 25 mars 2010, C-451/08, *Helmut Müller GmbH*. Dans cette affaire, une collectivité publique avait transféré un terrain, en donnant la préférence à un promoteur, dont le projet lui paraissait mieux convenir à ses objectifs d'aménagement que celui d'un autre, écarté ; dans ce cas, la Cour a estimé que le droit des marchés publics ne s'appliquait pas à une telle opération.

<sup>77</sup> Sur ce qui suit, voir entre autres MOOR, *Droit administratif II*, p. p. 352 ss et 388 ss.

<sup>78</sup> ATF 132 II 161, consid. 3, p. 163 : application de l'art. 23 CO, relatif à l'erreur essentielle, au contrat d'engagement d'un agent public. Lorsque la subvention consiste en un prêt, il est assez logique d'appliquer par analogie les règles du CO portant sur ce type de contrats.

## B Le contrat vicié

Il faut tout d'abord distinguer deux situations : en effet, le vice qui affecte le contrat peut être présent dès l'origine (il est par exemple contraire à la loi), mais il peut également apparaître après coup.

Dans la première situation, on pourrait envisager l'application de l'art. 20 CO, par analogie, ce qui conduirait à la nullité du contrat. Mais la solution ne paraissait pas convaincante : en effet, la nullité des décisions administratives n'est admise qu'à titre exceptionnel, les vices qui les affectent n'entraînant dans la règle que leur annulabilité. Il serait dès lors peu cohérent d'admettre la nullité en matière de contrats de droit administratif plus largement que s'agissant des décisions ; l'administré, partie à l'acte, doit en effet pouvoir compter sur sa conformité à la loi. La jurisprudence a dès lors retenu une solution inspirée du régime de la décision et qui consiste à admettre la « *révocation* » du *contrat de droit administratif* dans les mêmes conditions que la révocation des décisions (soit notamment à l'issue d'une balance des intérêts en présence)<sup>79</sup>. Comme on le voit, la solution est complexe<sup>80</sup> ; elle est de surcroît contestée en doctrine<sup>81</sup>.

La jurisprudence a confirmé cette solution<sup>82</sup> ; mais son application ne conduit pas à des solutions très fermes. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral avait à connaître d'une convention relative à l'installation de fibres optiques dans des canalisations empruntant pour partie le domaine public ; elle groupait un échange complexe de prestations et contreprestations. Peu après sa conclusion, l'entreprise privée l'a contestée en ouvrant action devant le Tribunal administratif du canton de Bâle-Ville ; l'affaire a ensuite été portée devant le Tribunal fédéral. L'arrêt constate en particulier que les premiers juges n'ont pas opéré une estimation des prestations réciproques, ce qui exclut de s'assurer que les contributions mises à la charge de la recourante respectent le principe de l'équivalence, prévalant en matière de contributions causales. A supposer qu'une violation de ce principe soit établie, un tel vice ne conduirait pas nécessairement à l'invalidité du contrat ; tel n'est le cas que si une balance d'intérêts doit conduire à cette conclusion. En l'espèce, compte tenu des circonstances (notamment la pression du temps subie par la recourante à la veille de la signature du contrat), rien n'exclut que sa validité soit remise en cause ; en particulier, on ne saurait admettre que la recourante ferait preuve de mauvaise foi en contestant désormais les prestations auxquelles elle a souscrit par contrat<sup>83</sup>. Dans un autre arrêt, déjà cité, était en cause une convention qui prévoyait une obligation de bâtir à charge d'un promoteur, assortie d'une clause pénale. Ce dernier contestait la peine conventionnelle résultant de cette clause, en faisant valoir que l'obligation de bâtir ne reposait pas sur une base légale suffisante, l'arrêt retient ici au contraire que le recourant, dans la mesure où il avait souscrit un engagement dans ce sens, ne pourrait se dérober à son obligation, sans égard à l'existence d'une norme la fondant<sup>84</sup>. La solution est alors rigoureuse pour l'administré partie au contrat. On trouve cependant également dans la jurisprudence des cas où la solution retenue leur est plus favorable<sup>85</sup>. En définitive, il y a donc une incertitude assez marquée quant au principe même de la sanction à retenir en présence d'un contrat de droit administratif vicié dès l'origine, ainsi que dans l'application du régime retenu.

<sup>79</sup> ATF 105 Ia 207, consid. 2b, p. 210 ; 103 Ia 505, consid. 4a, p. 514. MOOR, *Droit administratif II*, p. 593.

<sup>80</sup> Pour un autre exemple, voir sentence arbitrale déjà citée, *RDAF* 2008 I 361, consid. 8, p. 388.

<sup>81</sup> VOGEL Stefan, Die « *clausula rebus sic stantibus* » als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen, *ZBI* 2008, p. 300 s.

<sup>82</sup> ATF 2A.414/2006, du 19 mars 2008.

<sup>83</sup> Consid. 11 de l'arrêt précité.

<sup>84</sup> ATF 1P.360/2006, du 15 janvier 2007, consid. 4 ; le raisonnement n'est pas entièrement convaincant : voir, en droit privé, ATF 126 III 337 (344). Voir également la sentence arbitrale citée plus haut.

<sup>85</sup> Voir à ce propos ATF 1C-53/2010, du 15 avril 2010, qui confirme un arrêt vaudois (AC.2009.0067), lequel avait admis une contestation d'un contrat pour erreur essentielle, en l'occurrence une erreur de droit portant sur la légalité de la contribution mise à leur charge.

Lorsque le contrat, régulier au départ, devient illégal par la suite seulement (par le jeu d'une évolution de la situation de fait ou de droit), les choses sont plus claires. Il y a lieu d'appliquer ici le principe « *pacta sunt servanda* » ; en d'autres termes, le contrat, qui confère des droits acquis aux parties, doit être respecté, malgré une modification de la loi, par exemple<sup>86</sup>.

## VI. L'articulation entre le contrat de droit administratif et d'autres actes

### A Préambule

L'aménagement du territoire se conçoit comme un processus où diverses étapes se déroulent de manière échelonnée ; l'adoption du plan d'affectation et l'octroi du permis de construire en constituent des moments-clés. On a vu que la conclusion de contrats de droit administratif pouvait y prendre place ; tel est le cas des contrats d'équipement. Une des questions qui se posent ici est de savoir comment s'établit la relation entre ces différents actes. Concrètement, on rencontre fréquemment des contrats d'équipement, conclus avant l'entrée en force du plan de quartier : le contrat est alors assorti d'une condition suspensive liée à l'entrée en vigueur du plan (sur ce thème B).

Un autre problème est de savoir si l'autorité, une fois le contrat conclu, est ou non habilitée à trancher certains points par la voie de décisions administratives, soit par le biais d'actes prenant pourtant place dans un cadre bilatéral (C).

### B Quelques configurations typiques

#### 1. La validité du contrat subordonnée à une condition suspensive

Le contrat, on l'a vu, ne saurait avoir pour objet le zonage. En d'autres termes, une collectivité publique ne saurait s'engager par contrat à affecter un terrain dans une zone déterminée ; elle ne peut pas non plus s'engager à maintenir dans la durée une affectation favorable à son cocontractant. D'un autre côté, il va de soi également que le propriétaire privé ne saurait s'engager à réaliser des prestations d'équipement (par exemple), si le secteur concerné n'est en définitive pas classé en zone à bâtir. Cela implique en conséquence qu'un tel contrat peut comporter valablement une condition suspensive, en sorte qu'il ne déploie ses effets qu'avec l'entrée en vigueur du plan<sup>87</sup>. Cette solution vaut à plus forte raison s'il s'agit d'assurer l'articulation entre une décision (par exemple de permis de construire) et une convention (comportant par exemple un transfert de terrain à la collectivité).

En revanche, on imagine mal le modèle inverse : celui dans lequel la validité d'un plan serait subordonnée à la conclusion d'un contrat de droit administratif (ou de droit privé). En effet, l'adoption d'un plan, acte de souveraineté, s'accommode mal avec le mécanisme de la condition, à tout le moins si elle se rapporte à un acte qui dépend du bon vouloir de particuliers<sup>88</sup>. On pourrait craindre également que, en établissant un tel lien, l'autorité use de ses prérogatives de puissance publique pour obtenir de l'administré des avantages contractuels

<sup>86</sup> Voir à ce propos MOOR, *Droit administratif II*, p. 398 ss, avec des nuances. Voir aussi ZBI 2010, 56, consid. 5, p. 61.

<sup>87</sup> Dans ce sens ATF 122 I 328, consid. 4f, p. 336 ; critiqué ci-dessus, ch. III B 5.

<sup>88</sup> Voir à ce propos TA VD arrêt du 23 janvier 1997, AC.1995.0312 ; dans cette affaire, l'autorité communale soutenait que l'affectation en zone à bâtir avait été adoptée à la condition que les parcelles en question soient transférées à la commune. L'arrêt retient toutefois que le plan et son règlement ne pouvaient pas être interprétés dans ce sens. Plus généralement, sur le caractère inadmissible en principe d'un classement conditionnel en zone à bâtir, voir FLÜCKIGER/GRODECKI, Art. 15 LAT, N. 51 ss.

(peut-être même sur le terrain du droit privé)<sup>89</sup>. Au surplus, il est possible néanmoins de subordonner l'entrée en vigueur d'un plan d'affectation à l'aboutissement d'une autre procédure de droit public, par exemple celle visant un remaniement parcellaire nécessaire à la mise en œuvre du plan<sup>90</sup> ; cela se justifie dans un but de coordination.

## 2. L'approbation du contrat

Il est fréquent que le contrat de droit administratif conclu par une collectivité soit soumis à l'approbation d'une autorité de surveillance. Tel peut être le cas de concessions<sup>91</sup> ou d'autres contrats prévoyant une délégation de tâches publiques à des organismes privés<sup>92</sup>. Dans de telles hypothèses, l'approbation a valeur constitutive ; à défaut, le contrat ne déploie aucun effet. Dans d'autres situations, certains contrats, négociés par le pouvoir exécutif, sont sujets à approbation de l'autorité législative, et la décision de ce dernier peut parfois faire l'objet d'un référendum<sup>93</sup>. Concrètement, cela signifie que les contrats d'équipement, s'ils impliquent un transfert immobilier, doivent être soumis à la censure du pouvoir législatif. Par ailleurs, il est fréquent que le droit positif prévoit une sanction de la transaction sous la forme d'une décision administrative ou une ratification judiciaire. On renvoie à ce propos aux développements concernant les art. 12d LPN et 55c LPE (III/B/6). On a déjà relevé que, dans le domaine du droit administratif, la relation entre l'accord passé par les parties et la décision ou le prononcé judiciaire d'approbation méritait une étude particulière ; on ne s'y arrêtera donc pas ici.

## C Actes détachables du contrat ?

On se réfère ici à une approche retenue en droit français. Dans ce cadre, l'autorité bénéficie de la faculté, quand bien même elle est par ailleurs liée par un contrat de droit administratif, de rendre des décisions à caractère contraignant pour le cocontractant<sup>94</sup>. L'adoption de la théorie des actes détachables conduit à « un mélange des genres », en l'occurrence des actes unilatéraux et bilatéraux. La jurisprudence ne l'a jusqu'ici pas reconnu, et bon nombre d'auteurs y sont hostiles, car ils estiment que le principe de l'égalité des parties est essentiel en droit des contrats et que celui-ci est battu en brèche par l'attribution à l'autorité d'un pouvoir de décision unilatéral. Selon ces auteurs, les parties doivent alors vider leurs conflits en saisissant le juge (tel est d'ailleurs le modèle retenu en droit fédéral à l'art. 35 let. a LTAF ; l'art. 36 de la même loi réserve toutefois des dispositions légales contraires). Quoi qu'il en soit, la consécration du modèle des actes détachable ne peut guère résulter que de la législation spéciale<sup>95</sup>, ce qui est relativement rare en droit suisse<sup>96</sup>. En dehors de ces hypothèses, certains auteurs, que la jurisprudence n'a jusqu'ici pas suivis, proposent d'admettre dans quelques cas un pouvoir unilatéral de décision dans le cadre du contrat de droit administratif : ainsi s'agissant de l'acte par lequel l'autorité met fin unilatéralement au contrat<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> Situation évoquée dans un autre arrêt du TA VD, *RDAF* 1996, 476, consid. 3b, p. 482. En l'occurrence, il ne s'agissait pas de l'adoption d'un plan, mais d'une décision qui visait à engager une procédure de révision du plan existant.

<sup>90</sup> Voir par exemple art. 55 LATC-VD.

<sup>91</sup> ATF 130 II 18 ; la concession délivrée par la commune doit être approuvée par l'autorité cantonale.

<sup>92</sup> Voir par exemple art. 3a de la loi vaudoise du 28 février 1956 sur les communes (RSV 175.11) ; approbation nécessaire du Conseil d'Etat.

<sup>93</sup> Voir à ce propos art. 4 al. 1 ch. 6 de la loi vaudoise sur les communes, déjà citée. Cette disposition prévoit en effet un vote du législatif communal sur l'acquisition ou l'aliénation d'immeubles par la commune.

<sup>94</sup> On connaît en droit allemand la théorie des deux niveaux, dont l'application conduit à des résultats proches. Elle consiste, en quelque sorte dans un premier niveau, à isoler un acte de nature unilatérale, consistant dans le choix du cocontractant, qualifié de décision ; cet acte est susceptible de recours. Ce n'est qu'ensuite – et c'est là le second niveau – que le contrat est conclu (acte bilatéral).

<sup>95</sup> Art. 19 LSu ; art. 34 LPers.

<sup>96</sup> Pour un état de la question, MOOR, *Droit administratif II*, p. 376 ss.

<sup>97</sup> Dans ce sens, MOOR, *Droit administratif II*, p. 408.

Les remarques qui précèdent visaient à montrer l'imbrication étroite (possible) entre contrat de droit administratif et décision ; elles permettent simultanément d'introduire le thème du contentieux.

## VII. Le contentieux

### A Généralités

On peut distinguer d'emblée le contentieux lié à la conclusion du contrat et le contentieux subséquent.

S'agissant du premier, la question surgit d'une comparaison avec le régime applicable à la décision administrative. Celle-ci constitue en effet un acte susceptible de recours, la question est donc de savoir si le choix d'un régime contractuel laisse encore place à un recours ou au contraire s'il l'exclut. On admet en règle générale, en droit suisse, que le contrat de droit administratif ne constitue pas un acte attaquant par le biais d'un recours ; cette solution vaut aussi bien pour le cocontractant de la collectivité que pour les tiers éventuels. En d'autres termes, si l'on admet que la collectivité a le choix entre la voie de la décision et celle du contrat pour régler une situation individuelle et concrète relevant du droit public, la solution apparaît regrettable ; en effet, le choix de la voie contractuelle a alors pour effet indirect d'exclure les tiers de l'accès à la juridiction administrative. S'agissant du cocontractant, la solution paraît admissible puisqu'il a tout de même la faculté de refuser son consentement au contrat ; en outre, la jurisprudence connaît quelques exemples dans lesquels ce dernier a ouvert action pour contester la légalité des obligations que lui imposait le contrat<sup>98</sup>. Quoi qu'il en soit, le législateur a prévu expressément, dans quelques cas, que l'acte portant sélection du cocontractant constituait une décision sujette à recours ; l'objection évoquée plus haut est alors levée. Tel est le cas dans le domaine des contrats de subventionnement, que l'on a rencontré à plusieurs reprises dans cette contribution (voir, en droit fédéral, art. 19 LSu).

Un contentieux peut surgir par la suite entre les parties au contrat. Le différend doit alors être soumis, en règle générale, au juge par la voie de l'action, le Tribunal administratif fédéral, en droit fédéral, le tribunal administratif, voire le juge civil ordinaire, en droit cantonal<sup>99</sup>. Il faut tout au plus réserver ici l'hypothèse dans laquelle le législateur (par exemple une loi cantonale spéciale) aurait repris la théorie française des actes détachables ; tel ne paraît cependant pas avoir été le cas dans les domaines liés au droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement<sup>100</sup>.

### B Arbitrage

L'admissibilité du contrat de droit administratif suppose que l'objet de l'acte soit à la libre disposition des parties. Si tel est le cas, elles peuvent donc non seulement convenir de leurs obligations réciproques sur le plan matériel, mais peuvent également mettre en place un mode conventionnel de règlement des conflits : elles le feront dans une convention d'arbitrage. A l'inverse, si l'objet de l'acte, de par la loi, ne peut donner lieu qu'à une décision (ou à un autre acte unilatéral : un plan), cela exclut également la possibilité d'un arbitrage<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> ATF 2A.414/2006, déjà cité.

<sup>99</sup> Pour un exemple, *RDAF* 2000 I 417.

<sup>100</sup> Pour un exemple fondé sur l'art. 34 LPers, ATF 132 II 161.

<sup>101</sup> Voir à ce propos TANQUEREL Thierry / MCGREGOR Eleanor, *L'arbitrage en droit public suisse*, in : Renders/Delvolvé/Tanquerel (édit.), *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles 2010, p. 237 ss. Pour un exemple d'arbitrage dans ce domaine, *RDAF* 2008 I 361, consid. 1, p. 365.

## VIII. Conclusion

On rappellera d'abord les éléments d'opportunité déjà évoqués plus haut qui pourraient plaider pour le choix d'un contrat de droit administratif en lieu et place d'une décision (III/C) :

- il peut offrir plus de souplesse et de précision dans la définition des obligations réciproques de la collectivité et de l'administré, parties à l'acte ;
- il offre au surplus une plus grande stabilité dans la durée à la relation qui les lie.

Au-delà de ces avantages (auxquels sont parfois liés certains inconvénients), il faut néanmoins évoquer aussi les incertitudes juridiques qui peuvent surgir à tout instant, tant le régime juridique du contrat de droit administratif est aujourd'hui encore peu balisé ; cela peut s'avérer critique dans l'hypothèse d'un litige entre les parties.

