

Ventes avec charges, appels à manifestation d'intérêt ou appels à projet : des solutions innovantes à manier avec précaution ?

1. Problématique

Lorsqu'une collectivité souhaite faire réaliser un projet urbain par un tiers, le recours à la concession d'aménagement constitue la solution la plus naturelle. Pour mémoire, l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme dispose que :

«L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation.

L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'une opération d'aménagement est destinée à être réalisée dans une zone d'aménagement concerté, l'attribution de la concession d'aménagement peut intervenir avant la création de la zone, dès lors que la personne publique à l'initiative de la zone d'aménagement concerté a arrêté le bilan de la concertation prévue à l'article L. 300-2 et a délibéré sur les enjeux et l'objectif de l'opération, son périmètre d'intervention, son programme et son bilan financier prévisionnel.

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

Néanmoins, le recours à la formule de la concession d'aménagement peut être jugé inopportun en raison de la nécessité d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, du fait que le contenu de la concession est réglementé par l'article L. 300-5.¹

Dans le cas où la collectivité est d'ores et déjà propriétaire du foncier d'assiette du projet, ou en passe de l'être, existe la tentation de recourir à la formule de la vente avec charge. Il s'agit d'un « *contrat de vente d'immeuble par lequel la collectivité propriétaire d'un terrain d'assiette d'une opération d'aménagement, le cède à un opérateur à la condition que celui-ci réalise les aménagements et équipements même privés imposés par la collectivité* »². Or quoi de plus simple que la vente d'un terrain assortie de quelques obligations de faire à la charge de l'acquéreur ? C'est pour cette raison que certaines collectivités ont pu, sont tentés de privilégier cette voie ou sont même passées à l'acte. Précisons que la vente avec charge peut parfois être qualifiée d'appel à projet, d'appel à manifestation d'intérêt etc...

¹ Disposition à laquelle il faut ajouter l'article L. 1523-2 du code général des collectivités territoriales concernant le contenu des concessions d'aménagement conclues avec des SEM, des SPLA ou des SPL.

² P. Bejjajji, W. Salamand, « Des alternatives à la concession d'aménagement », La lettre du cadre territorial, n°419, 1^{er} avril 2011, p. 52

Rien n'empêche de mettre également en œuvre la solution alors que la collectivité n'est pas encore propriétaire : on peut ainsi imaginer que la collectivité consente la vente sous la condition suspensive de devenir elle-même propriétaire. Le procédé devra toutefois être manié avec précaution. La divulgation de l'accord avec l'opérateur pourrait en effet contribuer à renchérir le coût d'acquisition par la collectivité du terrain concerné.

2. Etat du droit et des pratiques

La simplicité n'est qu'apparente. En tout cas, faute des précautions préalables nécessaires, la solution peut s'avérer dangereuse.

A titre liminaire, il faut rappeler que la liberté de la collectivité sera encadrée lorsqu'elle souhaitera céder dans ce cadre un terrain lui appartenant et préalablement acquis par voie d'expropriation. Selon l'article L.411-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique :

« Peuvent être cédés de gré à gré ou concédés temporairement à des personnes de droit privé ou de droit public, à la condition qu'elles les utilisent aux fins prescrites par le cahier des charges annexé à l'acte de cession ou de concession temporaire :

1° Les immeubles expropriés en vue de la construction d'ensembles immobiliers à usage d'habitation avec leurs installations annexes ou en vue de la création de lotissements destinés à l'habitation ou à l'industrie ;

2° Les immeubles expropriés en vue :

a) De l'aménagement, progressif et conduit suivant des plans d'ensemble, des zones affectées à l'habitation ou à des activités par des projets d'aménagement (...);

b) D'opérations dans les zones d'aménagement concerté prévues à l'article L. 311-1 du code de l'urbanisme (...)

7° Les immeubles expropriés pour la constitution de réserves foncières lorsque la cession ou la concession temporaire de ces immeubles est faite en vue de la réalisation d'opérations pour lesquelles la réserve a été constituée conformément aux dispositions des articles L. 221-1 et L. 221-2 du code de l'urbanisme ».

Des cahiers des charges types définis par décret en Conseil d'Etat précisent les conditions selon lesquelles les cessions sont consenties et sont résolues, en cas d'inexécution des charges. Les actes de vente, de partage ou de location consentis par le bénéficiaire de la cession en méconnaissance des interdictions ou restrictions stipulées par le cahier des charges sont nuls. Cette nullité peut être invoquée pendant cinq ans à compter de l'acte par la personne publique qui a consenti la cession, sans préjudice, le cas échéant, des réparations civiles. Les cahiers des charges annexés aux actes de cession de terrains acquis en application de l'article L.411-1 comportent celles des clauses types figurant aux annexes 1 à 5 du code relatives à l'opération qui fait l'objet de la cession et ces clauses prévoient :

- l'obligation de réaliser le projet prévu selon les prévisions fixées ;
- l'obligation de réaliser des travaux d'équipement ;
- l'obligation de participer financièrement aux travaux d'équipement ;
- des délais de réalisation pour les travaux d'équipement ;
- des délais de réalisation pour les constructions ;

- la résolution de la vente en cas de méconnaissance des délais ;
- un droit de contrôle de l'expropriant sur les ventes ou locations.

Il existe également un droit de priorité au bénéfice des anciens propriétaires expropriés (C. expr., art. L.422-1) et un droit de rétrocession si le terrain n'est pas affectée aux fins de la DUP dans un délai de cinq ans (C. expr., art. L.421-1).

En deuxième lieu, la vente avec charge interroge quand elle met à la charge de l'acquéreur la réalisation d'équipements (VRD) devant être remis à la collectivité. Les questionnements surviennent sur deux terrains.

- Le premier terrain est celui de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985 dont l'article 2 interdit à la collectivité publique de se départir de sa maîtrise d'ouvrage sur les équipements publics. Précisons qu'il existe bien des possibilités de déroger à la loi, mais dans le cadre de contrats prévus par les codes existants (concession de service public, concession d'aménagement) ; lesquels ne mentionnent jamais la cession avec charge. Or on peut s'interroger sur le point de savoir si un contrat, non prévu par les codes en vigueur, et mettant à la charge du cocontractant de la collectivité la réalisation d'équipements publics destinés à être remis à celle-ci ne devrait pas s'analyser comme violant la loi MOP.³
- Le second est celui des règles de la commande publique. En principe, la réglementation des marchés publics ne s'applique pas aux contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles. Ce principe se trouve expressément écrit dans les dispositions des directives européennes (ancienne et nouvelle), du code des marchés publics, de l'ordonnance de 2005 et dans la nouvelle ordonnance de 2015 relative aux marchés publics. Cependant, il reste à combiner avec la notion de marché public de travaux chaque fois qu'un montage immobilier est susceptible de renfermer une « commande publique » et peut se trouver menacé par une requalification juridique. Aux termes de la nouvelle directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relatives aux marchés publics (article 2), sont qualifiés de « marchés publics de travaux » les marchés ayant pour objet « la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. ». Sachant que l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2016) reprend cette définition à l'identique dans la nouvelle réglementation française des marchés publics. Pour sa part, la jurisprudence de la CJUE se montre très attentive **au point de savoir si les immeubles construits l'ont été à l'initiative et pour les besoins du pouvoir adjudicateur ou si, au contraire, ce dernier n'a fait que « profiter » d'une opération initiée et conduite par un opérateur privé.** Dans le premier cas, le montage peut apparaître comme un marché public. Dans le second en revanche, il s'agit d'une acquisition immobilière « simple », qui se trouve exclue du champ d'application du droit des marchés publics **Le juge communautaire a ainsi choisi de faire prévaloir une approche fonctionnelle des montages contractuels : dès lors que les travaux sont exécutés dans l'intérêt économique direct d'un pouvoir adjudicateur, le contrat y**

³ Pour une analyse a contrario, mais dans un cas où il n'était pas attesté que la collectivité deviendrait propriétaire des ouvrages construits : voir: CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, Sté Immobilière Carrefour.

afférant doit être considéré comme un marché public. Tel est l'apport déterminant de l'arrêt Helmut Muller du 25 mars 2010 (CJCE, aff. 451/08, *Helmut Müller*)⁴. Selon cette jurisprudence très remarquée et très commentée, l'intérêt économique direct d'un pouvoir adjudicateur peut être établi :

- lorsqu'il est prévu qu'il deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché ;
- s'il est prévu qu'il disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique ;
- dans les avantages économiques qu'il pourra tirer de l'utilisation ou de la cession future de l'ouvrage,
- dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage.

Ceci peut conduire à une requalification en concession d'aménagement du contrat de vente mettant à la charge de l'acquéreur la réalisation d'équipements devant revenir à la collectivité. Le juge devra alors constater que le contrat n'a pas été conclu au terme de la procédure requise voire qu'il ne contient pas les stipulations requises, à peine de nullité, par l'article L. 300-5, situation aux conséquences dévastatrices tant pour la collectivité que pour l'opérateur.

3. Préconisations

On a pu observer, dans la pratique que pour éviter ce danger, des collectivités choisissaient d'organiser une mise en concurrence, inspirée, par exemple, des règles prévalant pour la passation des concessions. Mais dans ces situations, on ne sait plus trop finalement si le contrat projeté constitue une vente ou une concession ; la collectivité ayant choisi de faire précéder la passation du contrat d'une procédure de publicité et de mise en concurrence identique à celle exigées pour les concessions. D'une part, il y a tout lieu de craindre que le mélange des genres ne conduise le juge à annuler⁵. D'autre part, sur le plan pratique, on voit mal l'intérêt qu'il peut y avoir à éviter la concession d'aménagement si les conditions de passation du contrat la remplaçant sont identiques à celles relatives à une concession !

Il semble que la vente avec charges, l'appel à manifestation d'intérêt doivent trouver toute leur place dans la boîte à outil des collectivités « aménageuses ». Mais pour que ces procédés demeurent juridiquement fiables, il convient de ne pas tenter d'en faire des substituts à la concession d'aménagement. Ils doivent être réservés aux cas où la volonté de la collectivité est simplement de céder un terrain sans que le contrat ne mette à la charge de l'acquéreur la réalisation d'équipements publics. Ainsi, les ventes avec charges et autres AMI trouveront toute leur place, à côtés des contrats publics traditionnels.

⁴ Voir dans le même sens : CAA Lyon, 4 juill. 2013, n° 12LY01556, *Ste Apsys* : *JurisData* n° 2013-019998 ; ou CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, *Cne Rognes* : *AJDA* 2010, p. 1200, concl. F. Dieu : pour conclure qu'un contrat de cession de terrain assorti d'une obligation de construire était soumis aux principes fondamentaux de la commande publique, le juge administratif a relevé que la collectivité publique cédante avait défini de manière précise et détaillée les ouvrages à réaliser, en l'espèce des logements individuels destinés à favoriser l'accession à la propriété des habitants de la commune.

⁵ Sur ce sujet, voir aussi W. Salamand, L'appel à projet d'aménagement, les dangers de l'inexistence juridique, *Contrats Publics*, n°145, juillet-août 2014, p. 32.