Quels droits pour les cessions immobilières avec charge

▶ Etienne **COLSON**,
avocat au barreau de Lille
(contact@colson-avocat.fr)

Quand une collectivité territoriale vend une parcelle de son domaine à un opérateur économique, le droit de la commande publique ne la regarde pas : ni publicité ni mise en concurrence préalables ne sont requises. Le choix de l'administration se porte sur qui lui plaît. Mais il peut en être autrement si la cession est assortie d'une "charge", c'est-à-dire une obligation de construire exigée de l'acquéreur, en sus du paiement du prix. L'opération est alors susceptible d'être requalifiée en marché ou en concession de travaux au sens du droit de l'Union européenne.

A l'inverse de notre droit national, le droit de l'Union est indifférent à la maîtrise d'ouvrage publique. Pour être soumis au droit communautaire, donc à l'exigence d'une consultation, il faut et il suffit que le contrat comporte en contrepartie, même partielle, de la cession du terrain la satisfaction d'un "intérêt économique direct" pour la collectivité territoriale. Peu importe que l'ouvrage en cause soit destiné ou non à celle-ci. L'essentiel est de savoir si, *via* la cession, la personne publique entend satisfaire un intérêt public. Tel sera le cas si la collectivité a pris l'initiative du projet ou l'a, fût-ce partiellement, financé. De même, quand elle aura précisément défini les caractéristiques de l'ouvrage. Le juge conclut alors que, sous couleur de cession d'un terrain, la collectivité a entendu satisfaire un besoin propre qui aurait dû susciter une consultation.

Tendance favorable aux collectivités territoriales. En la matière, deux récents arrêts révèlent une tendance favorable aux collectivités territoriales. Dans le premier, une commune avait vendu des parcelles de son domaine à une société pour permettre à cette dernière d'y édifier un centre commercial. Toutefois, cette vente était subordonnée à l'obligation pour cette société de réaliser les ouvrages routiers nécessaires à la desserte de ce centre. La Cour n'y débusque aucune commande publique cachée, et ce, pour deux motifs : les ouvrages envisagés ne faisaient l'objet d'aucune spécification précise; Et bien que revêtant *"un intérêt économique direct pour la commune"*, ces mêmes ouvrages sont jugés comme servant avant tout les intérêts de la société (CAA Douai, 25 octobre 2012, n°11DA01951). La Cour en conclut que l'objet principal du contrat n'était pas la construction des ouvrages routiers – ce qui aurait nécessité une consultation – mais l'aliénation du terrain communal.

Le second arrêt est empreint d'une souplesse accrue. A le lire, on comprend qu'une commune vendait une partie de son marché couvert à condition que son acquéreur réalise *"un projet immobilier à vocation commerciale aux caractéristiques prédéfinies"* par la commune. Ce faisant, celle-ci visait expressément à favoriser le développement économique du centre-ville. Le juge n'y trouve rien à redire, considérant que la seule intention de la collectivité de favoriser un tel développement ne présentait pas pour elle un intérêt économique direct. Autrement dit, aucun besoin propre de la commune n'était prioritairement satisfait par un tel montage (CAA Lyon, 4 juillet 2013, n°12LY01556).

Les collectivités locales se féliciteront sans doute du regard bienveillant de ces deux cours sur de tels projets. Cependant, la prudence s'impose pour trois raisons. D'abord, la jurisprudence communautaire a une conception extensive des marchés de travaux. En effet, aux yeux de la Cour de justice de l'Union européenne, l'intérêt économique direct de la collectivité publique dans le cadre d'une cession avec charge se déduit, par exemple, de l'objectif politique qu'elle s'est fixé à travers ce montage : redynamisation d'un quartier, création d'équipements jugés importants pour la vie de la cité (logements, salles de sport, cinémas…). Autant d'ouvrages sources de recettes fiscales pour la collectivité. La cour de Marseille en a jugé ainsi à propos d'un contrat par lequel une commune cédait son terrain à un opérateur économique en lui imposant de construire des maisons d'habitation individuelles destinées à être revendues à des tiers. Selon le juge, cette opération s'inscrivait dans une politique locale de l'habitat en *"favorisant l'accession à la propriété des habitants de la commune, répondant, ainsi, au besoin exprimé par la collectivité de maintenir et de développer son offre et son attractivité immobilières"* (CAA Marseille, 25 février 2010, n°07MA03620). En outre, tant que le Conseil d'Etat, par un arrêt de principe, n'aura pas figé la jurisprudence en la matière, il sera téméraire d'exprimer un point de vue tranché quant à la soumission des cessions avec charge au droit de la commande publique. Quelque édifiants qu'ils soient, ces arrêts ne jugent que de cas d'espèce dont, par essence, ne s'extrait aucune règle générale. Enfin, et on l'oublie trop souvent, chaque fois qu'une opération immobilière intervient sur un marché lui-même ouvert à la concurrence communautaire, le droit de la concurrence – national et communautaire – impose, lui aussi, publicité et mise en concurrence. Et ce, en dehors même de toute opération de commande publique.

Concrètement, une procédure adaptée propre à assurer une concurrence équitable et soucieuse du principe d'égalité entre les concurrents devrait être lancée dès qu'une cession avec charge est susceptible d'affecter le jeu de la concurrence. Ce qui est le cas quand l'opération est susceptible d'intéresser plusieurs candidats. ■