

# Les cessions foncières avec charges

Au regard de leurs caractéristiques, les cessions avec charges soulèvent un certain nombre de questions. Ces cessions sont-elles compatibles avec les exigences du droit de la domanialité publique ainsi que celles de la loi MOP ? En outre, les cessions avec charges ne peuvent-elle pas, dans certains cas, être qualifiées de marchés publics ?

Les cessions foncières avec charges sont sans doute aujourd'hui à la mode, et suscitent en conséquence bon nombre de questions. Elles désignent fondamentalement un dispositif contractuel qui repose sur la cession d'une dépendance publique, à charge toutefois pour l'acquéreur de satisfaire une série d'obligations attachées à la destination des équipements qu'il s'engage à construire<sup>(1)</sup>.

L'intérêt est évident : les cessions permettent à la personne publique de céder des terrains dont elle est propriétaire mais dont elle n'a plus l'usage immédiat – et donc de percevoir le produit de la vente –, tout en faisant peser sur l'acquéreur une série d'engagements sur le sort qu'il pourra donner aux parcelles qui lui sont cédées : l'acquéreur peut s'engager à y réaliser tel ou tel type d'équipements qui satisferont, à tout le moins incidemment, l'intérêt général (logements, surfaces d'activités, bureaux...). De ce point de vue, les cessions avec charges permettent une valorisation optimale et pérenne des propriétés publiques, puisque, au-delà d'un apport financier immédiat correspondant au prix de la vente, elles permettent à la personne publique de conserver une certaine maîtrise de la destination des emprises cédées et lui garantissent que les ouvrages qui y seront construits ne seront pas étrangers à l'intérêt général. Et la portée de la valorisation peut être plus grande encore, lorsque la cession emporte également l'obligation, pour l'acquéreur, de remettre à la personne publique certains des équipements qu'il réalisera, et ce par la voie d'une datation en paiement, d'une vente en l'état futur d'achèvement, ou même d'une simple convention de mise à disposition. Et les cessions avec charges peuvent alors se révéler particulièrement appropriées lorsqu'une personne publique souhaite disposer d'un équipement (un parc de stationnement, une crèche...) sur un terrain qui lui appartient, mais dont elle ne pourrait

## Auteur

**Alexandre Vandepoorter**

Avocat à la Cour, SCP Seban et associés

**Maeva Guillerm**

Avocat à la Cour, SCP Seban et associés

## Mots clés

Cession avec charges • Déclassement • Loi MOP • Marché public • VEFA

[1] Sur ce sujet récemment v. O. Didriche, « Ventes avec charges et mise en concurrence », *AJCT* 2014, p. 98 ; W. Salamand, « Forces et faiblesses des cessions avec charges d'intérêt général », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 138, décembre 2013, p. 4.

pas exploiter l'ensemble du potentiel constructible si elle réalisait l'équipement sous maîtrise d'ouvrage publique. Il faut penser par exemple à l'hypothèse dans laquelle un programme de logements ou de bureaux pourrait être réalisé au-dessus et/ou autour de l'équipement public à construire : un tel programme immobilier ne relève pas de la compétence de la personne publique et ne peut, d'un point de vue technique, sans doute pas être réalisé par un tiers, sauf à ce que celui-ci soit également le maître d'ouvrage de l'équipement public à construire. Dans une telle hypothèse, fréquente en pratique, les cessions avec charges écartent les difficultés qu'une réalisation sous maîtrise d'ouvrage publique pourrait ainsi poser, et constituent une alternative souvent opportune à d'autres montages, de type partenariat public-privé.

Si ces opérations immobilières sont séduisantes à bien des égards, elles commandent toutefois qu'une réflexion approfondie soit menée en amont, au cas par cas, et ce en particulier sur le terrain de leur conformité au droit de la domanialité publique, à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et au droit de la commande publique.

## Sur le terrain de la domanialité publique

Parce qu'elles reposent sur une vente, les cessions avec charges ne peuvent concerner que des parcelles qui relèvent du domaine privé : elles peuvent naturellement être sollicitées sur des biens relevant initialement du domaine public, mais à la condition qu'ils soient préalablement déclassés et donc qu'ils intègrent le domaine privé. Et, dans la mesure où – sauf rares exceptions – seul un bien « qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public »<sup>[2]</sup> peut faire l'objet d'une décision de déclassement, l'emprise foncière à céder devra avant tout être désaffectée.

Au premier regard, parce que la désaffectation matérielle d'un bien puis son déclassement formel sont des prérogatives qui relèvent de la personne publique propriétaire, il devrait toujours être possible pour une personne publique de déclasser les parcelles dont elle souhaite modifier la destination et qu'elle souhaite au-delà céder. Le droit de la domanialité publique ne devrait donc pas s'opposer à ce que des cessions avec charges puissent être sollicitées. Mais la conclusion commande d'être nuancée lorsqu'il est prévu que l'un des équipements à réaliser par l'acquéreur soit remis en pleine propriété ou mis à la disposition de la personne publique concernée.

Il n'est pas absurde de penser en effet qu'il n'est pas possible de procéder au déclassement d'immeubles qui ont vocation à retrouver leur affectation initiale après une courte période de désaffectation, ou qui ont simplement vocation à changer d'affectation. Il faut rappeler en effet que le Conseil d'État a censuré une décision de déclassement au motif que l'immeuble concerné devait être de nouveau affecté à un service public, après que des travaux

de réaménagement ont été réalisés pour les besoins de sa nouvelle affectation<sup>[3]</sup>. Pour certains, cette décision appartient aujourd'hui au passé, parce qu'elle reposait sur la théorie de la domanialité publique virtuelle. Mais il est sans doute possible de donner une autre portée, sinon un autre fondement, à cette jurisprudence, et de considérer qu'elle reposerait bien plus sur le principe de « continuité de la domanialité publique » ; principe selon lequel « la domanialité ne cesse pas quand se succèdent des changements d'affectation et alors même que ces changements d'affectation se traduisent par de nouveaux aménagements qui ne sont pas immédiats »<sup>[4]</sup>. Il s'agirait d'empêcher toute opération qui permettrait de soustraire au régime de la domanialité publique un bien qui a vocation à demeurer affecté à un service public. Dans cette mesure, ce principe pourrait s'appliquer indépendamment du critère organique de la domanialité publique. Il pourrait alors s'appliquer même si les biens immobiliers devaient être cédés à une personne privée et n'avaient pas vocation à réintégrer un jour le patrimoine de la personne publique cédante.

Le droit de la domanialité publique pourrait donc s'opposer aux cessions avec charges qui emportent une obligation pour l'acquéreur de remettre certains équipements entre les mains de la personne publique qui lui a cédé le terrain concerné. Mais il ne faut sans doute pas non plus exagérer la portée du principe de continuité de la domanialité publique, et donc cette limite essentielle. Le principe de continuité ne devrait pas trouver à s'appliquer lorsque les biens remis à la personne publique ne représentent qu'une part modeste des ouvrages qui devront être réalisés dans le cadre d'une vaste opération immobilière, c'est-à-dire « lorsqu'il ne s'agit pas de la réfection et du changement d'affectation d'une dépendance domaniale déterminée mais, au-delà, de la restructuration du foncier dans le cadre d'une opération d'aménagement d'ensemble »<sup>[5]</sup>.

## Sur le terrain de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique

Les exigences de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique peuvent également s'opposer à ce que certains projets puissent être réalisés par la voie d'une cession avec charges.

Il faut rappeler en effet qu'en application de l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, une personne publique doit, en principe, satisfaire elle-même aux obligations de maître d'ouvrage, lorsque « l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement

[2] CG3P, art. L. 2141-1.

[3] CE 1<sup>er</sup> février 1995, Préfet de la Meuse, req. n° 127969.

[4] Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. II, LGDJ, 2014, 15<sup>e</sup> éd., p. 172 et s.

[5] Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. II, LGDJ, 2014, 15<sup>e</sup> éd., p. 173 ; voir également P. Hansen, *La propriété des personnes publiques en 100 questions*, Le Moniteur, éd. 2012, p. 309.

destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres »<sup>[6]</sup>. Partant, lorsque le contrat de vente emporte également une obligation pour l'acquéreur de réaliser une série d'équipements dont la plus grande part est destinée à devenir la propriété de la collectivité cédante, ou si ceux des équipements qui doivent devenir la propriété de la personne publique sont dissociables de l'ensemble plus vaste à construire, le contrat pourra être analysé comme un détournement de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique.

En revanche, lorsqu'aucun ouvrage ne doit être remis en pleine propriété à la collectivité, ou lorsque les équipements qui lui seront immédiatement cédés « ne constituent qu'une partie d'un ensemble immobilier »<sup>[7]</sup>, ou s'intègrent de façon indissociable dans un « immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires »<sup>[8]</sup>, la cession avec charges ne devrait pas figurer dans le champ d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique<sup>[9]</sup>.

## Sur le terrain de la commande publique : la question de la qualification du contrat

Il semble désormais acquis qu'il n'est pas d'obligation pour une personne publique – si ce n'est pour l'État<sup>[10]</sup> – « de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant »<sup>[11]</sup>, si bien que les collectivités territoriales peuvent en principe céder leurs dépendances de gré à gré. Mais il est également acquis que « ce principe de non-publicité et de non-mise en concurrence ne concerne que les contrats dont l'objet est exclusivement de céder un bien du domaine privé »<sup>[12]</sup> et qu'il « en va en revanche autrement si, derrière des apparences purement immobilières, le contrat de vente dissimulait en réalité un contrat de la commande publique »<sup>[13]</sup>. Il est clair en effet que si la cession doit, en réalité, être regardée comme un contrat de la commande publique, elle ne pourra légalement intervenir qu'à l'issue de la mise en œuvre de la procédure de publicité et de mise en concurrence qui s'impose à ce contrat.

S'il ne faut sans doute pas exclure dans l'absolu que la cession avec charges puisse être analysée comme une concession d'aménagement<sup>[14]</sup>, c'est évidemment une qualification en marché public qui vient immédiatement à l'esprit.

Il est entendu que les cessions avec charges, sous réserve qu'elles soient conformes à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique<sup>[15]</sup>, ne devraient pas pouvoir être qualifiées de marché public au sens du Code des marchés publics puisque, par définition, ce n'est pas la personne publique qui exercera la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Mais la cession peut en revanche être qualifiée de marché public au sens de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, laquelle est cette fois indifférente à la notion de maîtrise d'ouvrage publique<sup>[16]</sup>.

Une qualification en marché public s'imposera sans grand doute si le contrat de vente emporte obligation pour l'acquéreur de réaliser un ouvrage dont la destination et les principales caractéristiques sont définies par la collectivité cédante ; ouvrage qui fera retour à la personne publique, en pleine propriété, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement ou d'une dation en paiement, ou en jouissance, par la voie d'une convention de mise à disposition. Dans cette hypothèse en effet, le contrat de cession aura fondamentalement pour objet de confier à un opérateur économique le soin de réaliser un ouvrage qui répond à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur. Et il est difficile de percevoir comment ce contrat pourrait alors être économiquement viable pour l'acquéreur si le prix de vente n'était pas inférieur au prix du marché, ce qui traduirait alors un abandon de recettes ayant pour objet de « rémunérer » l'acquéreur pour la réalisation du bâtiment.

Une qualification en marché ne peut pas non plus être exclue si l'objet principal du contrat de cession n'est pas la réalisation d'un ouvrage « public », parce qu'il demeure accessoire en comparaison de l'ensemble immobilier « privé » à construire par l'acquéreur, ou parce que la cession n'emporte pas l'obligation pour l'acquéreur de remettre un quelconque ouvrage à la personne publique cédante. Il est acquis en effet qu'une convention peut être qualifiée de marché public au sens de la directive « indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage »<sup>[17]</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne l'a rappelé : la notion de marchés de travaux « impose que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, sans que, toutefois, il soit nécessaire que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet

[6] CE 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n° 57679.

[7] CAA Bordeaux 19 mars 2002, Communauté urbaine de Bordeaux, req. n° 97BX01384.

[8] CE Avis, 31 janvier 1995, n° 356960, *Rapport du Conseil d'État*, 1995, p. 407.

[9] CAA Bordeaux 18 décembre 2003, Commune d'Arcachon, req. n° 99BX02554 ; et dans le même sens, TA Bordeaux, 9 mars 2006, Groleau, req. n° 0503346.

[10] CG3P, art. R. 3211-2.

[11] CE 26 octobre 1994, Monier, req. n° 121717 ; CAA Bordeaux, 5 mai 2014, Mme A. B., req. n° 12BX02210.

[12] Concl. de Frédéric Dieu sur CAA Marseille 25 février 2010, Cne de Rognes, req. n° 07MA03620, *AJDA* 2010, p. 1200.

[13] Concl. de David Moreau sur CAA Douai 25 octobre 2012, Sté immobilière Carrefour, req. n° 11DA01951, *AJDA* 2013, p. 32.

[14] Concl. de Frédéric Dieu sur CAA Marseille 25 février 2010, Cne de Rognes, req. n° 07MA03620, *AJDA* 2010, p. 1200.

[15] TA Montpellier 26 juin 2009, Sarran, req. n° 0704910.

[16] CE 3 juin 2009, Commune de Saint-Germain-en-Laye, req. n° 311798.

[17] CJCE 18 janvier 2007, Jean Aurox/Commune de Roanne, aff. C-220/05.

matériel ou physique »<sup>[18]</sup>. Et la cour administrative d'appel de Lyon a récemment pu faire application de cette notion et juger, au sujet d'un contrat de cession faisant suite à un appel à projet, et mettant à la charge de l'acquéreur la réalisation d'un programme immobilier à vocation commerciale, « qu'un tel intérêt ne saurait être caractérisé par sa seule intention de favoriser le développement économique du centre-ville »<sup>[19]</sup>.

L'essentiel en la matière est de savoir si, au travers de la cession, la personne publique entend satisfaire un intérêt public : il s'agit d'apprécier si la cession est un outil qu'elle sollicite opportunément pour faire réaliser des équipements qu'elle juge nécessaires, non pas pour son usage propre, mais pour servir un objectif politique qu'elle s'est fixé : redonner vie à un quartier, le doter de tel ou tel équipement (un cinéma, une salle de sport...). Pour le mesurer, il convient notamment d'apprécier si la personne publique cédante a pris – ou non – l'initiative du projet et si les équipements réalisés par l'opérateur sont – ou non – quelque peu définis par le contrat, notamment en termes d'affectation et d'importance respective des affectations. Naturellement, plus les charges qui pèseront sur l'acquéreur par l'effet du contrat de cession seront conséquentes, plus le contrat pourra être analysé comme répondant à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur. Et si l'on veut bien se projeter dans l'avenir, et anticiper la transposition de la nouvelle directive 2014/24/UE<sup>[20]</sup>, il faut croire que les cessions avec charges pourraient peut-être plus encore être analysées comme des marchés publics au sens du droit européen, tant elles sont bien souvent des contrats par la voie desquels une personne publique entend exercer « une influence déterminante sur la nature ou la conception » du projet porté par l'acquéreur.

Naturellement, le contrat de cession ne pourra être qualifié de marché au sens de la directive que s'il est par ailleurs « conclu à titre onéreux ». Et ce peut être effectivement le cas si la dépendance domaniale concernée est vendue à un prix inférieur à la valeur du marché : l'abandon de recettes ainsi consenti peut s'analyser comme la contrepartie des charges qui accompagnent la cession.

Partant, pour conclure, lorsque par la voie de la cession avec charges une personne publique entend principalement obtenir d'un opérateur qu'il réalise, suivant des prescriptions données et en contrepartie d'un « prix »,

un programme immobilier qui satisfait des intérêts particuliers mais qui est toutefois nécessaire à la collectivité, le contrat conclu à cet effet pourrait être analysé comme ayant pour objet principal, non pas une cession, mais bien plus une commande soumise à des procédures formalisées de publicité et de mise en concurrence. En revanche, l'opération immobilière échappera au champ d'application de la directive 2004/18/CE, si les obligations de travaux qui sont mises à la charge de l'opérateur privé n'apparaissent pas comme la principale considération qui a animé la personne publique lorsqu'elle lui a cédé une dépendance domaniale. L'opération immobilière échappera ainsi au champ d'application de la directive lorsque les obligations de travaux qu'elle renferme demeurent modestes, ou bien lorsqu'elle a essentiellement pour objet la réalisation d'un programme purement « privé », dont la personne publique n'a absolument pas pris l'initiative et/ou pour la réalisation duquel elle n'apporte, en tout état de cause, aucune contrepartie financière.

Dans ce cas, l'opération immobilière pourrait tout de même demeurer dans le champ du droit de la commande publique, mais cette fois en empruntant le terrain des principes généraux de la commande publique.

Si la vente devait ne pas satisfaire à l'ensemble des critères aujourd'hui posés par la directive 2004/18/CE, il ne faut pas exclure en effet qu'elle puisse tout de même devoir être soumise à des obligations minimales de mise en concurrence. Il faut rappeler en effet que la cour administrative d'appel de Marseille, sans doute dans la continuité de la jurisprudence *Telaustria*<sup>[21]</sup>, a considéré, au titre des « principes généraux de la commande publique », que devait être soumise à des mesures de publicité et de mise en concurrence la vente d'un terrain communal qui emportait une obligation pour l'acquéreur de réaliser une cinquantaine de maisons individuelles suivant des prescriptions techniques détaillées<sup>[22]</sup>. Pour l'heure, cette solution, qui a été reprise depuis<sup>[23]</sup>, suscite sans doute plus le débat qu'elle ne pose le droit positif. Mais elle traduit clairement une volonté d'élargir le champ d'application des obligations de publicité et de mise en concurrence aux contrats qui, de quelque façon que ce soit, renferment une « commande publique » et se distinguent donc d'une simple opération immobilière par laquelle la personne publique souhaite seulement valoriser de façon optimale le potentiel de son domaine<sup>[24]</sup>.

[18] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.

[19] CAA Lyon, 4 juillet 2013, Société Apsys/Commune de Moulins, req. n° 12LY01556.

[20] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

[21] CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

[22] CAA Marseille, 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620.

[23] TA Nîmes 5 avril 2012, Commune de Langlade, req. n° 1000792 ; et, incidemment, CAA Douai, 25 octobre 2012, Société Immobilière Carrefour, req. n° 11DA01951.

[24] CAA Douai, 25 octobre 2012, Société Immobilière Carrefour, req. n° 11DA01951.