

Les contraintes attachées aux cessions domaniales « complexes »

Pour procéder à la cession sur laquelle reposent certaines opérations immobilières « complexes », il faut naturellement satisfaire l'ensemble des exigences qui sont attachées à toute cession d'une propriété publique. Cependant, il existe des contraintes plus spécifiquement attachées à ces cessions « complexes » telles que la désaffectation durable à l'utilité publique et le respect des règles de mise en concurrence.

Le sujet sollicite des montages qui reposent sur des cessions à l'occasion desquelles une personne publique met également à la charge de l'acquéreur une série d'obligations de construire, obligations qui doivent satisfaire l'objectif de valoriser de façon optimale le patrimoine à la propriété duquel elle renonce. Ce faisant, il couvre plusieurs types de montages bien distincts.

Le premier groupe de montages auxquels il faut penser désigne les contrats par la voie desquels une personne publique cède à un opérateur économique un terrain ou un bâtiment qui lui appartient, à charge pour lui de prendre certains engagements sur le sort qu'il réserve aux biens qui lui sont vendus : l'acquéreur peut s'engager à réaliser tels ou tels équipements utiles à la vie de la Cité, parce qu'ils auront pour effet d'offrir des logements, des bureaux ou des infrastructures commerciales et culturelles à des quartiers qui en manquaient. La valorisation est alors double : la personne publique va percevoir le produit de la vente qui viendra immédiatement alimenter son budget et elle va (indirectement) satisfaire un besoin de la communauté humaine qu'elle a la charge de servir. La valorisation portée par la cession peut être plus optimale encore. Il est possible de concevoir que certains des équipements réalisés par l'acquéreur sur les terrains cédés soient remis en pleine propriété à la personne publique elle-même, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement ou d'une dation en paiement. Et les obligations portées à la charge de l'acquéreur peuvent évidemment se conjuguer. Qu'on imagine ainsi le contrat par la voie duquel une commune cède des terrains à un promoteur immobilier, avec une obligation pour lui de réaliser une série d'ouvrages : certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, un hôtel,...) mais pourront déjà tout de même indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils animeront la vie d'un quartier et son développement économique ; tandis que d'autres seront immédiatement remis à la collectivité, puis affectés au service d'une crèche, d'un parc public de stationnement ou à toute autre mission d'intérêt général ou de service public.

Auteur

Alexandre Vandepoorter

avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Mots clés

Cession-bail • Désaffectation • Marché public • Mise en concurrence • Partenariat public-privé

Dans un ordre d'idée semblable, il n'est pas inconcevable non plus qu'une cession de biens immobiliers permette, dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé, d'assurer pour partie le financement d'équipements publics que l'opérateur privé a la charge de construire en application du contrat, et qu'il doit remettre immédiatement ou à terme à la collectivité : il peut être prévu que le partenaire pourra disposer librement de certaines parcelles de terrains, ou de droits à construire, qui lui permettront de réaliser un programme immobilier « privé » (bureaux, commerces,...), dont les fruits viendront en déduction de l'assiette de financement nécessaire à la réalisation de l'équipement public (un stade, une université,...), et qui auront donc pour conséquence de diminuer d'autant le coût du loyer que la collectivité devra acquitter pendant la durée du contrat⁽¹⁾.

Il faut également penser aux contrats par la voie desquels une personne publique cède un immeuble, mais avec une obligation pour l'acquéreur de lui louer tout ou partie de l'immeuble après qu'il a effectué des travaux de rénovation ou de réaménagement ; le cas échéant suivant les prescriptions architecturales et techniques qu'elle lui a spécifiquement fixées pour que le bâtiment puisse accueillir les services qu'elle souhaite (ré)installer. Et le contrat peut alors inclure – c'est aussi l'intérêt du montage – une clause d'option d'achat au profit de la personne publique, clause qui lui permettra de reprendre à terme la pleine propriété du bien, et qui peut revêtir une portée très différente : soit la clause prévoit un rachat du bien au prix du marché, soit elle prévoit un rachat pour un montant symbolique, et les loyers versés par la personne publique ont alors pour objet de couvrir l'investissement réalisé par l'opérateur. Ces montages, dits de « cession-bail » ou de « lease-back », qui peuvent donc prendre des formes différentes, poursuivent un objectif clair : la personne publique satisfait immédiatement un besoin de trésorerie tout en étant assurée de pouvoir continuer à occuper le bien, et de récupérer à terme la propriété d'un bien qui aura été entre-temps rénové ou réaménagé pour les activités qu'elle entend accueillir.

Pour procéder à la cession des biens immobiliers dans le cadre de l'un ou l'autre de ces montages, il faut naturellement satisfaire l'ensemble des exigences qui sont attachées à toute cession d'une propriété publique. Mais il est des contraintes plus spécifiquement attachées à ces cessions « complexes ». Il en est qui peuvent ici tout particulièrement retenir l'attention. Elles posent deux questions auxquelles il faut sans doute répondre le plus souvent par l'affirmative : la cession des biens du domaine public ne peut intervenir que si les biens sont durablement

désaffectés à l'utilité publique et, sous réserve qu'elle ait été précédée d'une mise en concurrence de l'acquéreur.

La désaffectation durable à l'utilité publique

Condition préalable à la cession d'un bien du domaine public par l'effet du principe d'inaliénabilité du domaine public, le déclassement ne peut intervenir qu'en conséquence d'une désaffectation du bien à l'utilité publique et d'une désaffectation qui doit être durable, au risque sinon de méconnaître une exigence de continuité de la domanialité publique.

Une exigence attachée au principe d'inaliénabilité du domaine public

On sait que les biens du domaine public sont inaliénables⁽²⁾, si bien qu'ils ne peuvent être cédés que s'ils intègrent préalablement le domaine privé. Et, à cet effet, ils doivent faire l'objet d'un acte formel de déclassement, lequel ne peut être légalement adopté que si l'immeuble sur lequel il porte n'est plus dans les faits affecté à l'utilité publique, c'est-à-dire que s'il a perdu l'affectation à raison de laquelle il avait pu intégrer le domaine public⁽³⁾.

Le déclassement et, partant, la cession demeurent donc impossibles tant que le bien est affecté à l'usage direct du public (voies, promenades et espaces publics,...) ou affecté à tel ou tel service public pour les besoins duquel il avait été aménagé⁽⁴⁾. Et, en principe, la désaffectation de fait doit être antérieure à la mesure de déclassement ou, à tout le moins, concomitante⁽⁵⁾. Il est toutefois une exception, spécifique aux biens de l'État et de ses établissements publics : le déclassement du bien immobilier affecté à un service public peut être prononcé dès que sa désaffectation a été décidée, et ce alors même que les nécessités du service public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement⁽⁶⁾, délai qui ne peut excéder trois ans⁽⁷⁾. Le dispositif est animé par un objectif clair : il permet à l'État ou à l'un de ses établissements publics de procéder au renouvellement de son parc immobilier sans avoir à supporter le portage financier de l'opération immobilière : il lui offre la possibilité d'assurer le financement de bâtiments neufs par la cession des immeubles dont il veut se défaire, immeubles qu'il pourra tout de même continuer d'occuper jusqu'à la fin des travaux, le cas échéant en versant un loyer au nouvel acquéreur⁽⁸⁾.

(1) Sur ce sujet, v. notamment, P. Delelis, « Les biens édifiés par le titulaire d'un contrat de partenariat », *Contrats et propriétés publiques*, Actes du colloque de Montpellier des 28 et 29 avril 2011, LexisNexis, pp. 225-235 ; G. Berkovicz et C. Lapuelle, « Contrats de partenariat et cession en pleine propriété », *Contrats et Marchés Publics*, avril 2011 ; E. de Fenoyl et A. Maurer, « La valorisation domaniale dans le contrat de partenariat », *BJCP*, n° 76, p. 163 et s. ; F. Tenailleau, « Contrats publics : la valorisation domaniale au grand jour », *Le Moniteur*, 24 avril 2009.

(2) CG3P, art. L. 3111-1.

(3) CG3P, art. L. 2141-1.

(4) CE 22 avril 1977, Michaud, req. n° 95539.

(5) CAA, Versailles 23 mars 2006, Cne du Chesnay, req. n° 05VE00070.

(6) CG3P, art. L. 2141-2.

(7) CG3P, art. D. 2141-1.

(8) Hansen P., *Propriété des personnes publiques en 100 questions*, éd. Le Moniteur, 2012, p. 305.

La désaffectation est donc une condition préalable à la cession, mais dans la mesure où elle est toujours possible (puisqu'affaire de fait et donc de volonté), la cession d'un bien du domaine public qui a perdu son affectation devrait être en principe toujours possible, et ce quel que soit le montage considéré. L'affirmation appelle toutefois une réserve d'importance.

Une exigence attachée au principe de « continuité du domaine public »

Il n'est pas absurde de penser que tel ou tel immeuble ne peut pas être déclassé, s'il a vocation à retrouver son affectation actuelle après une courte période de désaffectation, ou s'il est acquis qu'il sera rapidement affecté à un autre service public. Il faut rappeler que le Conseil d'État, dans sa décision *Préfet de la Meuse*, 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 la nouvelle affectation^[9].

Pour certains, cette décision appartient aujourd'hui au passé, parce qu'elle reposait sur la théorie aujourd'hui disparue de la domanialité publique virtuelle^[10] : si cette théorie a été écartée par l'effet de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 qui a façonné le code général de la propriété des personnes publiques^[11], « il serait logique » que la portée de la décision *Préfet de la Meuse* « *disparaisse* » aussi^[12]. Cette conclusion prête toutefois à discussion.

Il est sans doute possible de donner une autre portée, sinon un autre fondement à la jurisprudence *Préfet de la Meuse* : elle reposerait sur le principe de « continuité de la domanialité publique », laquelle signifierait que « 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 »^[13]. Et tout cela se comprend sans peine : il s'agit de sanctionner toute opération qui a pour objet de soustraire au régime de la domanialité publique un bien qui demeurera (finalement) affecté à l'utilité publique. Et le principe devrait donc s'appliquer indépendamment du critère organique de la domanialité publique : il devrait 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 d'une personne publique. L'essentiel en la matière est d'éviter que les biens qui étaient et seront de nouveau affectés à l'utilité publique puissent être soustraits au régime protecteur de la domanialité publique par le seul effet d'une cession. De ce point de vue, il faut penser qu'une personne publique ne peut pas céder un immeuble qu'elle souhaite tout de même continuer à occuper en qualité de locataire, à tout le moins si elle souhaite continuer à l'occuper sur le long terme pour y maintenir une activité de service public. Les montages de type « cession-bail » évoqués plus haut ne pourraient donc être sollicités que s'ils devaient porter sur des immeubles qui ne sont pas en l'état affectés à un service public ou qui à tout le moins ne le seront durablement plus.

Naturellement, le principe ne trouve pas à s'appliquer lorsque la réaffectation intervient dans le cadre d'une opération immobilière plus vaste et qu'elle ne concerne alors qu'une partie des biens cédés : il est sans doute possible de déclasser et de vendre un ensemble immobilier appartenant au domaine public lorsque, dans le cadre d'une opération d'aménagement plus vaste, seuls certains des ouvrages que l'acquéreur a construits et/ou réaménagés vont être remis en pleine propriété ou louer à la personne publique concernée^[14].

Possible, la cession domaniale soulève alors des questions différentes, qui se posent cette fois sur le terrain de la commande publique et des obligations de mise en concurrence qu'il renferme.

La mise en concurrence préalable de l'acquéreur

Il faut distinguer selon que l'on se place sur le terrain du droit de la propriété des personnes publiques, ou sur le terrain du droit de la commande publique.

Sur le terrain du droit de la propriété publique

Sur ce terrain, la liberté demeure le principe. On sait que « l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'Etat est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable »^[15]. Mais pour le reste, et s'agissant en particulier des biens immobiliers des collectivités territoriales, le code ne comporte pas de dispositions réglementaires de cette nature. Et le Conseil d'État^[16] ainsi que les juridictions administratives du fond^[17] ont eu maintes fois l'occasion de rappeler « qu'aucun

[9] CE 1^{er} février 1995, *Préfet de la Meuse*, req. n° 127969.

[10] CE avis, 31 janvier 1995, n° 356960.

[11] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La lente agonie de la théorie de domanialité publique virtuelle », *Contrats et Marchés publics*, novembre 2013, p. 1.

[12] E. Fatôme, « Désaffectation et déclassement », *JCP N* n° 43, 27 octobre 2006 et, du même auteur, « Les dérogations au principe d'inaliénabilité des biens du domaine public prévues par le Code général de la propriété des personnes publiques », *Cahier de droit de l'intercommunalité*, n° 2, avril 2008, p. 7, et P. Hansen, « La propriété des personnes publiques en 100 questions », *Le Moniteur* éd. 2012, p. 308.

[13] Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. II, LGDJ, 2002, 12^e éd., p. 116.

[14] P. Hansen, « La propriété des personnes publiques en 100 questions », *Le Moniteur* éd. 2012, p. 309.

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

[16] CE 8 février 1999, *Ville de Lourdes*, req. n° 168043.

[17] CAA Nancy 25 mars 2004, *Cne de Corre*, req. n° 99NC01278 ; TA Nîmes 5 avril 2012, *Cne de Langlade*, req. n° 1000792 ; CAA Douai 25 octobre 2012, *Sté immobilière Carrefour*, req. n° 11DA01951.

principe à valeur constitutionnelle »^[18], et « qu'aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne fait obligation à une commune de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant »^[19]. La cession des dépendances domaniales – à l'exception de celles qui appartiennent à l'État – peut donc être effectuée de gré à gré, avec tel ou tel opérateur.

Il est vrai que la question demeure ouverte : nombreux sont ceux qui pensent que le principe d'égalité pourrait incidemment impliquer une obligation de mise en concurrence, à tout le moins lorsque la dépendance domaniale concernée est le siège d'activités économiques qui peuvent intéresser plusieurs opérateurs sur un marché donné^[20]. Il se comprendrait sans peine en effet que le principe d'égalité intervienne comme garant du libre accès de tous les opérateurs économiques à la source de revenus que peut représenter la vente d'un bien immobilier. Mais ce n'est toutefois apparemment pas la direction prise par le Conseil d'État^[21]. En la matière, la mise en concurrence ne s'impose donc pas en l'état, et ne peut donc intervenir que par la volonté d'une personne publique qui serait soucieuse de se préserver de tout risque d'atteinte au droit de la concurrence par l'effet d'une position dominante qui pourrait être donnée à l'acquéreur^[22].

Sur le terrain du droit de la commande publique

Les opérations immobilières des personnes publiques (à l'exception de l'État) ne sont donc pas soumises, en tant que telles, à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables. Mais il est clair 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 »^[23]. 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 »^[24]. Dans ce cas, en effet, la cession peut être requalifiée en un contrat de la commande publique, et peut donc à ce titre être soumise aux mesures de publicité et de mise en concurrence qui encadrent la passation de ce contrat.

On sait en effet que bon nombre d'opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques

peuvent être qualifiées de marché au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, et ce même si le montage repose (formellement) sur la cession d'un bien immobilier. Elles peuvent parfois être qualifiées de marchés de services (financiers) : c'est le cas des contrats de « cession-bail » par la voie desquelles une personne publique rachète sur le long terme un immeuble qu'elle a vendu mais qu'elle n'a jamais cessé d'occuper. Elles peuvent surtout être qualifiées de marchés de travaux^[25].

Elles ne seront pas des marchés de travaux au sens du Code des marchés publics, parce que ce n'est par définition pas la personne publique qui « exerce la maîtrise d'ouvrage », mais l'acquéreur en charge de construire les équipements ou en charge de réaménager le bâtiment cédé^[26]. En la matière, la difficulté est ailleurs : une vente qui emporte (également) pour l'opérateur privé une obligation de réaliser une série d'équipements qui sont dissociables de l'ensemble plus vaste à construire^[27], ou qui sont tous « entièrement »^[28], sinon « dans leur ensemble »^[29] destinés à devenir immédiatement la propriété de la personne publique concernée, pourrait être analysée comme ayant été conclue en méconnaissance des exigences de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public^[30], et donc du Code des marchés publics^[31].

La vente peut être en revanche qualifiée de marchés ou de concessions de travaux au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, dont on sait qu'elle est cette fois indifférente à la notion de maîtrise d'ouvrage publique^[32]. Si le contrat de vente impose à l'acquéreur de réaménager des bâtiments et/ou réaliser des équipements dont la destination est fixée par la collectivité territoriale (un gymnase, une salle de spectacle,...) et dont les caractéristiques sont quelque peu définies par la collectivité (surface, fonctionnalités,...), le contrat peut être analysé comme un contrat qui entend « répondre à un besoin précisé » par la collectivité, et ce *a fortiori* – mais ce n'est donc pas déterminant – si certains des équipements réalisés devaient être loués à la collectivité et/ou lui revenir en pleine propriété^[33]. L'essentiel est de savoir si, au travers de la cession, la

[18] CAA Versailles 2 décembre 2010, M. Caen, req. n° 09VE02711.

[19] CE 26 octobre 1994, Monier, req. n° 121717.

[20] E. Fatôme et P. Terneyre, « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA*, 2009, pp. 1879-1882.

[21] CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272.

[22] Sur ce sujet : Y. Gaudemet, « Dans quelle mesure les opérations immobilières des personnes publiques sont-elles soumises au droit de l'Union européenne ? », *JCPA*, n° 47, 21 novembre 2011, p. 2357.

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

[24] Concl. sur CAA Douai 25 octobre 2012, Sté immobilière Carrefour, req. n° 11DA01951.

[25] Sur ce sujet, E. Fatôme, P. Terneyre, « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA* 2009, pp. 1868 et s.

[26] CE 25 février 1994, Sté Sofap Marignan, req. n° 144641.

[27] CE 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, req. n° 280370, confirmant l'analyse de : CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, req. n° 01BX00788.

[28] CE 11 août 2009, Cne des Vans, req. n° 317516.

[29] CE 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, req. n° 280370.

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

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

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

[33] CJCE 18 janvier 2007, Jean Aurox/Commune de Roanne, aff. C-220/05 ; CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.

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 nécessairement pour son usage propre, mais pour servir un objectif politique qu'elle s'est fixé : redonner vie à un quartier, se doter d'équipements importants pour la vie de la Cité...

Et si la vente devait ne pas répondre pleinement à la définition du marché au sens de la directive 2004/18, il ne faut pas exclure qu'elle soit tout de même soumise à une obligation minimale 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*^[34], 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^[35]. Pour l'heure, cette solution, qui a été reprise depuis^[36], 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 de l'obligation de mise en concurrence des contrats immobiliers complexes. Eclairée par les conclusions du rapporteur public^[37], cette jurisprudence « marseillaise » semble en effet signifier

que la passation des contrats qui, de quelque façon que ce soit, renferment une « commande publique » – parce qu'ils ont pour objet de confier à un opérateur le soin de satisfaire une « prestation » pour le compte d'une personne publique – doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence^[38]. Seraient dès lors *a priori* concernés les montages immobiliers qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive ; soit à raison de leur montant, soit à raison de leur objet, telles les délégations de service public ou les (vraies) concessions d'aménagement, qui sont soumises à des obligations de mise en concurrence, mais seulement au titre du droit national ; soit parce qu'ils satisfont un besoin qui n'est toutefois pas suffisamment précisé par la personne publique ; soit parce qu'ils satisfont une « prestation », mais sans toutefois que la collectivité ne verse à l'opérateur une contrepartie financière, excluant ainsi toute possibilité d'analyser le contrat comme conclu « à titre onéreux », et excluant donc toute possibilité de le qualifier de marché ou de concession de travaux.

Au-delà, seraient étrangères au droit de la commande publique les cessions dont l'objet principal demeure une simple opération immobilière, à l'occasion de laquelle la personne publique n'a pas autrement souhaité satisfaire un besoin, sinon que de solliciter de façon optimale le potentiel économique de son domaine ; et ce même si la dépendance va accueillir un vaste programme immobilier dont la « collectivité publique » pourra se satisfaire ou à la conception duquel elle n'aura pas toujours été totalement étrangère^[39].

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

[35] CAA Marseille 25 février 2010, *Cne de Rognes*, req. n° 07MA03620.

[36] TA Nîmes 5 avril 2012, *Cne de Langlade*, req. n° 1000792 ; et, incidemment, CAA Douai 25 octobre 2012, *Sté Immobilière Carrefour*, req. n° 11DA01951.

[37] Concl. de Frédéric Dieu sur CAA Marseille 25 février 2010, *Cne de Rognes*, précité.

[38] En ce sens, C. Bardon, Y. Simonnet, « *Telaustria* : quel périmètre ? », *DA* n° 1, janvier 2009.

[39] CAA Douai 25 octobre 2012, *Sté Immobilière Carrefour*, req. n° 11DA01951.