

Les cessions domaniales avec charges dans le cadre du Code de la commande publique

L'ordonnance du 23 juillet 2015 avait suscité l'émotion en intégrant, de manière incidente, certaines cessions domaniales dans le champ de la commande publique. Le Code de la commande publique a-t-il opéré des modifications sur ce point ? Dans quelle mesure les ventes domaniales avec charges peuvent-elles être qualifiées de marchés publics de travaux ?

L'objet du sujet est maintenant bien connu : les cessions domaniales avec charges désignent les montages par la voie desquels une personne publique cède une dépendance de son domaine, à charge toutefois pour l'acquéreur de réaliser sur cette dépendance des équipements immobiliers préalablement définis et dont certains, le cas échéant, devront faire « retour » à la personne publique. Qu'on pense à l'opération par laquelle une région cède un hôtel particulier qu'elle ne souhaite plus occuper parce que trop peu fonctionnel, mais que le nouveau propriétaire s'est engagé à réaménager en résidence de charme. Qu'on imagine autrement – et en plus grand – le montage par lequel une ville vend un terrain à un promoteur immobilier, avec une obligation pour lui de réaliser une série d'équipements : certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, un hôtel, des logements, un centre commercial,...) mais pourront tout de même indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils dynamiseront la vie d'un quartier et son développement économique ; tandis que d'autres (une salle des fêtes, une crèche, un parc public de stationnement,...) seront immédiatement remis à la commune, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement ou d'une dation en paiement, puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Le contexte qui entoure le sujet se mesure également sans peine : l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a suscité quelque peu l'émotion parce qu'elle a supprimé, dans la qualification du marché public, l'exigence attachée à la maîtrise d'ouvrage publique, si bien qu'elle a, ce faisant, placé certaines

Auteur

Alexandre Vandepoorter

Avocat associé
Seban et associés

Mots clés

Allotissement • Contrats mixte • Équipements publics • Marché public de travaux • VEFA



cessions domaniales dans le champ de la commande publique. L'émotion ne tient pas tant à la circonstance que les cessions concernées sont en conséquence soumises à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence : elles l'étaient en tout état de cause au titre du droit européen, qui ignore le concept français de maîtrise d'ouvrage publique. La préoccupation repose surtout sur la circonstance que les ventes avec charges sont en conséquence maintenant soumises au régime d'exécution des marchés publics, dont certaines exigences qu'il renferme, purement nationales cette fois (obligation d'allotir, interdiction du paiement partiel définitif...), peuvent paraître peu compatibles avec des contrats de travaux fatalement globaux et par définition réalisés sous maîtrise d'ouvrage privée. Et de nombreux auteurs et praticiens se sont donc effectivement émus des incertitudes qu'introduisait ainsi l'ordonnance dans le droit des affaires, et ont appelé de leurs vœux une clarification en la matière.

Le sujet est à première vue ici : est-ce que le nouveau Code de la commande publique a apporté un éclairage sur la mesure avec laquelle les cessions avec charges peuvent épouser les exigences du droit des marchés publics ? La réponse n'appelle toutefois pas de longs développements : sur ce terrain bien spécifique, il n'a rien fait ou presque. Mais il faut peut-être y voir là une certaine forme de « clarification » incidente : le code n'introduit pas de modifications spécifiques à certaines formes de ventes de propriétés publiques, peut-être bien parce qu'il n'était pas nécessaire d'en introduire, et ce peut-être bien parce que les incertitudes signalées par certains n'étaient qu'apparentes.

L'enjeu fondamental est peut-être bien en effet toujours le même en pratique, et ce qu'il s'agisse du droit européen, de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ou du Code de la commande publique : il faut apprécier dans quelle mesure les ventes domaniales avec charges peuvent être qualifiées de marchés publics de travaux. Le sujet est évidemment bien trop vaste pour être pleinement embrassé en quelques lignes. Si l'on veut bien faire ici abstraction de considérations relativement bien acquises, il faut s'arrêter sur celles des incertitudes qui, en pratique, retiennent tout particulièrement l'attention. Et il faut alors sans doute distinguer deux formes de cessions avec charges : les ventes qui mettent à la charge de l'acquéreur une obligation de réaliser un ouvrage qui ne sera toutefois pas, même pour partie, remis à la personne publique, et les montages par la voie desquels l'acquéreur s'engage à réaliser un ensemble immobilier dont, cette fois, une partie sera (re)mise à la disposition de l'ancien propriétaire public. Si le sujet sollicite logiquement les mêmes dispositions légales, sa portée diffère en effet selon qu'il s'agit d'une cession avec charges de réaliser un ouvrage purement privé ou au contraire d'une cession avec charges de livrer pour partie un équipement « public ».

La cession avec charges de réaliser un ouvrage purement privé

Une cession de cette nature est sans doute bien un contrat mixte, au sens des articles L. 1300-1 et suivants du Code de la commande publique : le contrat couvre tout à la fois la cession d'un bien immobilier d'une personne publique et une obligation pour l'acheteur de réaliser des travaux. Le premier objet (la vente) est étranger à la commande publique⁽¹⁾, mais le second (les travaux à réaliser) peut en revanche relever de la commande publique.

La satisfaction d'une commande publique

On sait, en effet, que des travaux de construction d'un ouvrage peuvent répondre aux besoins d'un acheteur public, au sens de l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique, « indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que » l'acheteur « soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage »⁽²⁾ : il importe simplement que le contrat « impose que les travaux 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 matériel ou physique »⁽³⁾. Il faut ainsi comprendre que lorsqu'une personne publique impose à un acquéreur de réaliser, sur le terrain qu'elle lui a cédé, un ouvrage déterminé qui, certes ne lui sera pas loué ou vendu, mais qui va clairement satisfaire les attentes de la collectivité, le contrat peut tout de même répondre à son besoin de travaux, parce qu'il sert en quelque sorte une utilité publique. Il est vrai que l'énoncé demeure toutefois très lâche, et ne permet donc pas d'appréhender le sujet sereinement. Sans surprise, les juridictions nationales sont donc restées très exigeantes sur cette façon de voir⁽⁴⁾. Pour se fixer plus sûrement, il importe alors et surtout d'apprécier si l'ouvrage « répond aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception », pour reprendre la formule aujourd'hui codifiée à l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique, qui définit ce qu'est précisément un marché de travaux. L'essentiel est d'identifier si le propriétaire public a « pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci »⁽⁵⁾, de sorte qu'il apparait clairement que l'ouvrage « fait l'objet d'une description suffisamment détaillée de sa part » et fait donc « suite à une demande »⁽⁶⁾.

(1) CE 26 octobre 1994, Monier, req. n° 121717.

(2) CJCE 18 janvier 2007, Jean Auroux/Commune de Roanne, aff. C-220/05.

(3) CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.

(4) CAA Lyon 4 juillet 2013, Société Apsys, req. n° 12LY01556 ; Cass. comm. 23 Juin 2015, Société Passenaud recyclage c./ SNCF, n° 14-12.419 et CAA Bordeaux 18 juillet 2016, Société Lory, req. n° 15BX00192.

(5) CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, aff. C-451/08.

(6) CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620, concl. F. Dieu, AJDA 2010, p. 1200 et s.



Un contrat mixte

Dans ce cas de figure, le contrat de vente est sans doute bien un contrat mixte, puisqu'il couvre pour une part seulement une commande publique. Et il faut alors faire application de l'article L. 1312-1 du Code de la commande publique, aux termes duquel « lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés [...] et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal ». Le caractère indissociable des deux objets du contrat (la vente et les travaux) est fatalement vérifié d'un certain point de vue. À tout le moins, c'est la recherche de l'objet principal du contrat qui est déterminant dans ce cas de figure. De deux choses l'une en effet. Soit la personne publique a cédé son bien pour valoriser un patrimoine dont elle n'avait plus réellement l'utilité, mais a toutefois tenu à s'assurer que le bien cédé sera utilisé dans un sens qui lui convient, en fixant à cet effet quelques prescriptions « négatives » à la charge de l'acquéreur. Soit elle a sollicité son patrimoine surtout pour obtenir d'un opérateur économique qu'il réalise des équipements qu'elle ne peut pas réaliser elle-même, parce que ce n'est pas son « métier » et/ou parce qu'elle n'est pas capable de supporter l'investissement qu'ils impliquent. Et la bascule vers l'une plutôt que l'autre de ces deux considérations s'apprécie en considération du contexte qui entoure la vente, mais aussi en considération de l'importance des prescriptions que la collectivité fait peser sur l'acquéreur : si la personne publique ne se contente pas d'interdire certaines destinations que l'acquéreur pourrait donner au bien cédé, mais fixe bien au contraire la destination de l'essentiel des équipements qu'il doit réaliser, et dessine également les caractères précis de ces équipements, il est raisonnable de penser que l'essentiel du contrat n'est pas tant la vente, mais bien les constructions que l'acquéreur doit réaliser. La cession traduit alors principalement une commande, et sera analysée dans son ensemble comme un marché de travaux si par ailleurs le bien immobilier est cédé à un prix inférieur à sa « valeur de marché » : le propriétaire public procède alors à un abandon de recettes, dont on sait qu'il caractérise le caractère onéreux du contrat⁽⁷⁾ et ce même si cette rémunération n'est que pour une part seulement la contrepartie des contraintes qui sont imposées à l'acquéreur⁽⁸⁾. Et, parce que tout est lié dans une certaine mesure, on sait que plus les exigences mises à la charge de l'acquéreur sont importantes, plus il est probable que le bien immobilier sera cédé à un prix en deçà de celui auquel il aurait pu être cédé si l'acquéreur avait été libre de faire ce qu'il veut du bien.

En prenant quelque peu du recul, il s'agit donc d'apprécier si la cession est un outil que le propriétaire public

sollicite opportunément pour faire réaliser des équipements qu'il juge nécessaires, non pas pour son usage propre, mais pour servir un objectif politique qu'il s'est fixé, et sur la conception desquels il entend en conséquence exercer une influence déterminante⁽⁹⁾. Dans ce cas, la cession avec charges est un marché de travaux. À l'inverse, il faudrait exclure du droit de la commande publique les montages immobiliers 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. L'opération immobilière échappera au droit de la commande publique, si l'opération 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⁽¹⁰⁾ ; ou bien encore si les obligations de travaux qu'elle renferme demeurent modestes et les orientations que la personne publique a fixées par trop générales⁽¹¹⁾.

La cession avec charges de réaliser pour partie un équipement « public »

Sous cette seconde forme, la cession avec charges est cette fois bien souvent composée de deux corps contractuels distincts, à tout le moins sur le plan formel : le contrat de vente du bien public en lui-même, mais également le contrat de location ou de vente en l'état futur d'achèvement par la voie duquel l'acquéreur remettra à l'ancien propriétaire public une partie de l'ensemble immobilier qu'il s'est engagé à construire (un gymnase en rez-de-chaussée, un étage de bureaux ou de logements...). Et le sujet est alors d'identifier s'il faut, en droit de la commande publique, tenir les deux ensembles comme formant un tout unique. Dans ce cas, et sous réserve évidemment que le reste des ouvrages réalisés par l'acquéreur ne répond pas autrement à une commande publique parce qu'il satisfait une utilité publique (supra), la cession avec charges ne sera soumise à des obligations préalables de publicité et de mise en concurrence, que si l'équipement « public » à remettre constitue l'objet principal de l'opération.

Des besoins parfois indissociables

Le sujet est sûrement encore très incertain en l'état. Mais il faut observer que, fondamentalement, la validité des deux corps contractuels est intrinsèquement associée : la cession de la dépendance sera affligée de

(7) CJCE 12 juillet 2001, Ordre des architectes de la province de Milan, aff. C-399/98.

(8) CJUE 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti & C. Spa c/ Comune di Bari, aff. C-213/13.

(9) E. Fatôme, Ph. Terneyre, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », *AJDA* 2009, p. 1868.

(10) CAA Nancy, 11 octobre 2007, Association Aubette Demain, req. n° 06NCX00733.

(11) CAA Bordeaux 18 juillet 2016, Société Lory, req. n° 15BX00192 ; CAA Lyon 4 juillet 2013, Société Apsys, req. n° 12LY01556.



conditions suspensives et/ou résolutoires attachées à la remise effective de ou des équipements « publics » ; et réciproquement, la vente ou la location de ces équipements sera subordonnée à la cession préalable de la dépendance domaniale. Il ne serait donc peut-être pas absurde de penser que, ce faisant, « les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables », pour reprendre les termes de l'article 23 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui définit le contrat mixte. Mais ce n'est sans doute pas suffisant pour y voir un contrat qui renferme des « besoins objectivement indissociables », pour reprendre cette fois les termes de l'article L. 1312-1 du Code de la commande publique, termes sans doute nettement plus resserrés et avec lesquels il faudra donc maintenant composer. Le sujet demeure ouvert toutefois lorsque le ou les équipements « publics » sont imbriqués dans l'ensemble immobilier plus vaste que l'acquéreur s'est engagé à construire. C'est vrai à tout le moins lorsque cette imbrication est techniquement incontournable et qu'aucun autre dispositif juridique ne permet sérieusement à la personne publique de faire ainsi d'une « pierre deux coups » : vendre une dépendance dont elle n'a principalement plus l'utilité, mais obtenir tout de même de l'acquéreur qu'il lui « réserve » une petite partie de l'ensemble immobilier qu'il va construire sur la dépendance. Qu'on pense à l'opération par laquelle une ville vend un ensemble de bâtiments qui lui appartiennent mais dont elle n'a plus l'usage, à l'exception toutefois d'une petite crèche municipale que l'acquéreur devra autrement « maintenir » dans l'un des bâtiments une fois qu'il les aura réhabilités et/ou transformés pour les besoins de ses activités de promotion. Sauf à imaginer que la ville puisse se faire elle-même « promoteur » immobilier et puisse réhabiliter elle-même l'ensemble des bâtiments et non pas seulement « sa » crèche, elle doit fatalement envisager de procéder autrement. Et le droit public ne lui offre pas toujours une multitude de solutions. La co-maîtrise d'ouvrage, le groupement de commandes, la division en volume sont bien souvent des dispositifs qui ne fonctionnent pas ou trop peu, et ce tant pour des raisons techniques que juridiques.

Dans une telle situation, rien ne s'oppose à ce que la personne publique sollicite effectivement deux contrats dont la validité de l'un est liée à celle de l'autre. Et ce montage contractuel peut alors être analysé comme un contrat mixte au sens de l'article L. 1312-1 du Code de la commande publique, puisqu'il renferme des besoins de travaux indissociables de la vente à laquelle ils sont subordonnés. Si cette façon de voir est exacte, on retrouve alors les considérations évoquées plus haut concernant l'identification de l'objet principal du contrat mixte. En considération du contexte et des volumes considérés, il faut apprécier si l'équipement qui est remis à la collectivité par le nouvel acquéreur est uniquement un accessoire de l'opération immobilière qu'elle a engagée, ou pas. Il va sans dire que le montage sera principalement un marché de travaux, si une part significative des ouvrages construits par l'acquéreur/promoteur devait être immédiatement, une fois achevée, louée ou vendue à la collectivité, et ce même si le reste des ouvrages devaient être étranger à toute idée de commande.

À l'inverse, et pour reprendre l'exemple de la petite crèche municipale qui doit être autrement « reconstituée » dans un grand ensemble immobilier que l'acquéreur va sinon librement réhabiliter, il est en revanche possible d'y voir seulement ici une forme d'« accident » : l'objectif de la ville n'est pas d'obtenir d'un opérateur économique qu'il reconstruise ou rénove sa crèche, mais bien surtout de vendre un vaste ensemble immobilier qu'elle n'utilise plus et qui pèse pourtant sur ses charges de fonctionnement. L'objet principal sera ici la valorisation immobilière, et ce même si elle englobe une petite part de commande publique. Analysés comme formant un tout indissociable, ce sont alors les deux corps contractuels qui échappent au droit de la commande publique, et donc à toute obligation de mise en concurrence.

Une obligation de mise en concurrence relative

Très incertaine, la solution semble toutefois logique, et a du reste peut-être bien trouvé quelques échos devant les juridictions administratives^[12]. À tout le moins, il faut observer que les personnes publiques se trouveraient parfois dans une impasse, s'il fallait raisonner autrement. Si le contrat de location ou de vente en l'état futur d'achèvement de l'équipement « public » devait être analysé de façon isolée, indépendamment de la vente domaniale, il faudrait en conclure en effet que ce contrat est un marché de travaux. Il est acquis en effet que les contrats de locations ou de ventes en l'état futur d'achèvement sont eux-mêmes analysés comme des contrats mixtes dont l'objet principal est constitué des travaux, et non pas de la location ou de la vente^[13]. Il faudrait donc en conclure que le contrat de vente/location en l'état futur d'achèvement est un contrat qui doit faire l'objet de mesures de publicité et de mise en concurrence préalables ; ce qui n'est par définition pas envisageable, puisque seul l'acquéreur peut effectivement concevoir et construire cet accessoire qui est imbriqué dans l'ensemble immobilier plus vaste qu'il va réaliser sur la dépendance acquise. Et l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016^[14] n'est ici d'aucun secours ; et ce précisément parce que la remise de l'équipement public s'inscrit dans un montage plus global. On sait qu'en application de l'article 30 du décret, « les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables » pour des « raisons techniques ». « Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ». Et on sait que cette exception à la mise en concurrence des marchés publics vise très clairement

[12] TA Montpellier 21 septembre 2017, req. n° 1600753

[13] CJUE 10 juillet 2014, Commune di Bari, aff. C-213/13.

[14] CCP, art. R. 2122-3.



les locations ou ventes en l'état futur d'achèvement⁽¹⁵⁾. Mais il ne faut pas oublier que l'article 30 du décret précise plus loin que « les raisons » techniques considérées « ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ». Or, dans le cadre d'une cession avec charges de construire un équipement à remettre en vente en l'état futur d'achèvement, il sera toujours difficile de soutenir qu'il n'existe aucune solution alternative. D'un certain point de vue, c'est en effet l'acheteur public qui s'est volontairement placé dans la situation de l'article 30 du décret, en cédant préalablement le terrain sur lequel l'équipement « public » est construit. Et on observera que le préambule de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics insiste, au sujet de cette exception à la mise en concurrence, sur la circonstance que « le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une situation d'exclusivité objective, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché »⁽¹⁶⁾.

Pour conclure, les cessions avec charges peuvent donc renfermer une part de commande publique qui, si elle traduit l'objet principal de l'ensemble contractuel, implique de composer avec le régime des marchés de travaux. Mais il ne faut peut-être pas s'en émouvoir pour autant. L'obligation de mise en concurrence n'est pas en soi un obstacle, au contraire : la compétition est de nature à susciter l'inventivité et à optimiser le potentiel de valorisation qui s'attache à la cession d'une dépendance du domaine. La difficulté en la matière est sans doute ailleurs. Pour beaucoup, elle repose sur la circonstance qu'il est certaines règles d'exécution des marchés de travaux qui ne paraissent à première vue guère com-

patibles avec les cessions avec charges. Mais le sujet n'est peut-être bien qu'apparent, même si, ici aussi, il faut sûrement ne pas s'enfermer dans des convictions trop rapides. Le principe de l'allotissement illustre bien le sujet⁽¹⁷⁾. On sait qu'en application de l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique, « les marchés publics sont passés en lots séparés ». Or, une cession domaniale avec charges implique que l'acquéreur va exercer une mission globale de travaux : il va concevoir et construire de bout en bout le bâtiment qui sert une utilité publique, et dont une petite partie pourrait le cas échéant être « rétrocédée » à la collectivité. Mais la difficulté devrait toutefois pouvoir être neutralisée. L'article L. 2113-11 du code précise en effet immédiatement : « sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes ». Or, il n'est pas absurde de penser que dans le cadre d'une cession avec charges, les travaux sont réalisés par définition sous maîtrise d'ouvrage privée et ne peuvent donc être « distingués » que par le constructeur/acquéreur et non pas par l'acheteur/ancien propriétaire public⁽¹⁸⁾. Du reste, si le montage devait relever du champ de l'obligation d'allotir, il est sans doute bien des exceptions à l'obligation d'allotir qui pourraient être sollicitées, ne serait-ce qu'en égard à la circonstance qu'un allotissement « risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations »⁽¹⁹⁾.

Ces quelques lignes sont souvent conjuguées au conditionnel parce qu'assurément exposées au doute et en appât de clarifications à venir ; non pas tant des textes, mais bien plutôt des juridictions administratives invitées à confirmer ou infirmer la lecture que l'on peut en faire.

(15) E. Fatôme, Ph. Terneyre, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *AJDA* 2015, p. 1577. Voir également F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « le sort des VEFA après le décret du 25 mars 2016 », *Contrats et Marchés publics*, 2016, n° 5.

(16) Considérant n° 50 du préambule.

(17) N. Dourlens et R. de Moustier, « Le recours aux contrats de promotion immobilière par les opérateurs publics », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2018, étude ; M. Raunet et R. Leonetti, « le retour des VEFA publiques », *BJCP - Le blog du droit des contrats publics*, 1^{er} août 2018 ; X. Mouriesse et L. Bahougne « vente en l'état futur d'achèvement », fascicule 79-46, novembre 2016.

(18) F. Tenailleau, « Les contrats globaux après l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics », *RDI* 2016, p. 15.

(19) E. Fatôme et L. Richer, « VEFA et marché public de travaux : le nouvel état de droit », *Contrats et marchés publics*, 2016, n° 8-9, Étude 6.