

Les cessions foncières avec charges

Le site outils de l'aménagement a vocation à présenter de manière synthétique les acteurs, les procédures et les outils de l'aménagement.

La rédaction et l'actualisation de ces fiches sont assurées par le Cerema avec l'appui des ministères chargés du logement, de l'aménagement et de l'environnement.

Lorsqu'une collectivité publique cède un terrain en vue de la réalisation d'un projet urbain par un tiers, elle peut être amenée à imposer des conditions particulières pour s'assurer de son devenir. Il s'agit alors pour elle de passer un contrat de vente d'immeuble par lequel elle le cède à un opérateur contre paiement du prix du terrain et à la condition que celui-ci réalise des aménagements/équipements ou de manière générale des travaux. Ce dispositif, séduisant de prime abord notamment pour les collectivités locales, est cependant à utiliser avec prudence au risque d'être requalifié en contrat de la commande publique.

Définition

La cession avec charges est **un type particulier de contrat de vente d'immeuble** par lequel, en pratique, la collectivité propriétaire d'un terrain d'assiette d'une opération immobilière, le cède à un opérateur contre paiement du prix du terrain et **à la condition que celui-ci réalise les aménagements et équipements** (même privés) imposés par la collectivité au **moyen de clauses résolutoires et de conditions suspensives**.

L'acquéreur peut s'engager à y réaliser différents types d'équipements répondant à l'intérêt général (logements sociaux, surfaces d'activités, bureaux, infrastructures routières, crèches, parking, etc.).

Les cessions avec charges valorisent dans la durée les propriétés publiques, puisque, au-delà d'un apport financier correspondant au prix de la vente, elles permettent à la personne publique de maîtriser la destination des emprises cédées et lui garantissent l'engagement de l'opérateur sur ce qui sera construit.

Appels à manifestation d'intérêt ou appels à projets : un vecteur difficile à manier

Une pratique récente a conduit certaines collectivités publiques à conclure des cessions avec charges en qualifiant ces procédures d'« appels à manifestation d'intérêt » ou encore d'« appel à projets ».

Ces procédures relativement souples en comparaison de celles imposées par le code de la commande publique (CCP) ne sont pas sans risque dans la mesure où elles ne sont pas précisément définies¹.

Si le recours à ce type de procédure n'est pas formellement interdit, des précautions sont à prendre pour échapper à une éventuelle requalification en contrat de la commande publique.

La cession foncière avec charges offre aux collectivités territoriales une véritable souplesse et rapidité en termes d'aménagement des terrains cédés de sorte qu'elles ont pendant longtemps eu recours à ce dispositif. Cependant, il convient d'être très prudent sur les modalités de sa mise en œuvre et notamment au regard du droit de la domanialité publique et de la commande publique, et plus particulièrement, au regard de la nécessité d'une mise en concurrence préalable des opérateurs immobiliers.

Champ d'application

Domanialité : l'obligation d'un classement préalable du bien dans le domaine privé

Les biens du domaine public sont « *inaliénables et imprescriptibles* »², de sorte que pour pouvoir être cédé, le terrain/l'emprise en cause doit appartenir au domaine privé de la personne publique.

Si le bien immobilier fait partie du domaine public, il devra donc nécessairement faire l'objet d'une procédure préalable de désaffectation/déclassement³ pour le « passer » dans le domaine privé. La désaffectation constate l'inutilisation du bien puis la fait cesser. Le déclassement le fait ensuite sortir du domaine public. La procédure de désaffectation/déclassement est du ressort de la puissance publique propriétaire des terrains.

Promesse de vente portant sur le domaine public et vente

En principe le déclassement suit la désaffectation ou est concomitant à cette dernière. Cela étant, l'article L. 2141-2 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) permet à la collectivité publique de prononcer un déclassement anticipé, dès que la désaffectation « *a été décidée alors même que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation ne prenne effet que dans un délai fixé par l'acte de déclassement* », lequel ne peut excéder 3 ans ou 6 ans (« *Lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, restauration ou réaménagement, cette durée est fixée ou peut être prolongée par l'autorité administrative compétente en fonction des caractéristiques de l'opération, dans une limite de six ans à compter de l'acte de déclassement* »).

1. cf. *Procédure d'appel à projets : un régime de semi-liberté*, S. Braconnier et E. Perois, Contrats et Marchés Publics n° 6, juin 2019, 5

2. Article L. 3111-1 CG3P

3. Article L. 2141-1 CG3P.

L'acte de vente doit stipuler que la vente sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans les délais fixés. Il est également prévu que « *pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, l'acte de vente doit, à peine de nullité, comporter une clause organisant les conséquences de la résolution de la vente. Les montants des pénalités inscrites dans la clause résolutoire de l'acte de vente doivent faire l'objet d'une provision selon les modalités définies par le code général des collectivités territoriales* ».

Dans le prolongement des dispositions précitées, l'article L. 3112-4 CG3P prévoit qu'un bien relevant du domaine public peut faire l'objet « *d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil* » dès lors que **la désaffectation du bien concerné est décidée et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse.**

Ces dispositions offrent une souplesse de gestion en permettant largement la conclusion de promesse de vente (ou des baux ne pouvant être conclus que sur le domaine privé), sous condition suspensive de la réalisation des opérations de désaffectation/déclassement⁴.

Maîtrise d'ouvrage : l'ambiguïté entre réalisation d'ouvrage privé et équipements publics

Dans le cadre des cessions avec charges, les contreparties imposées aux acquéreurs par la personne publique peuvent être diverses et variées.

Deux sortes d'obligations sont toutefois susceptibles de poser des difficultés :

- Dans le cadre de la vente, la personne publique met à la charge de l'acquéreur et sous sa maîtrise d'ouvrage la réalisation d'un ouvrage/travaux qui ne reviendra(ont) pas à **la personne publique**

(l'ouvrage sera entièrement privé mais la personne publique aura joué un rôle, d'une manière ou d'une autre, dans sa réalisation)

Il n'en reste pas moins que ce type d'obligations peut répondre aux besoins d'un acheteur au regard des dispositions de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique (CCP). Selon la cour de justice de la commande européenne (CJCE), le caractère de marché de travaux est indépendant du fait que le pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de l'ouvrage⁵.

- Dans le cadre de la vente, la personne publique met à la charge de l'acquéreur et sous sa maîtrise d'ouvrage la réalisation d'un équipement public (qui a vocation à revenir à la personne publique)

Dans cette hypothèse, les risques juridiques sont nombreux notamment au regard des règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et au droit de la commande publique.

Certes, la cession d'un terrain de même que l'acquisition de bâtiments par une personne publique ne sont pas soumises en principe aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par le CCP⁶. Mais, dès lors qu'elles sont couplées à la réalisation de travaux qui, par hypothèse, ne sont pas encore entamés, la tendance du juge européen est de considérer que l'objet principal du contrat réside dans les travaux et non dans la vente⁷, de sorte que la question de la requalification se pose.

4. Cf. déjà en ce sens : CE 23 avril 2003 *Association Vivre à Endoume – Défense et environnement et autre*, req. n° 249918 – CE 15 novembre 2017 *commune d'Aix-en-Provence*, req. n° 409728

5. CJCE 18 janvier 2007 *Jean Auroux c/ commune de Roanne*, aff. C-220/05, point 47 – CJCE 25 mars 2010 *Helmut Muller GmbH*, aff. C-451/08, point 50

6. Article L.2512-5 CCP.

7. En ce sens : CJCE 29 octobre 2009 *Commission c/ RFA*, aff. C-536/07 – CJUE 10 juillet 2014 *Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Comune di Bari*, aff. C-213/13) – cf. également : articles L. 1311-1 et L. 1312-1 du CCP.

L'initiative de la cession du foncier revient à son propriétaire. Elle peut s'effectuer par vente de gré à gré ou par adjudication.

Détermination du prix pour la cession des biens immobiliers des collectivités territoriales

Si les collectivités territoriales « *gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* »⁸, les libéralités des personnes publiques sont de manière générale prohibées⁹ : une personne publique ne peut donc pas disposer, à titre gratuit, de tout ou partie de ses biens ou droits au profit d'une autre personne, sans motif légitime.

La cession du foncier public de l'État

Le CG3P prévoit également certaines hypothèses dans lesquelles la cession peut intervenir à titre gratuit ou à un prix inférieur au marché (cf article L. 3212-1 CG3P ou encore article L. 3211-1 à 7 CG3P permettant à l'Etat de céder des terrains à un prix inférieur à la valeur vénale pour la « *réalisation de programmes comportant majoritairement des logements dont une partie au moins est réalisée en logement social* »).

Ainsi, une personne publique peut céder légalement un terrain à un prix inférieur à sa valeur, à la double condition¹⁰ que :

- la cession soit justifiée par des motifs d'intérêt général, et

- la cession comporte des contreparties suffisantes, c'est-à-dire des avantages effectifs permettant de justifier la différence entre le prix de vente et la valeur réelle du bien.

La cession ne doit pas également « dissimuler » une éventuelle « aide d'Etat » non préalablement notifiée à la commission¹¹.

Enfin, pour les communes, l'article L. 2241-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit que « *toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat* »¹². *Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité* »¹³.

Procédure de publicité et de mise en concurrence

A la différence de l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont pas pour l'heure soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence obligatoire pour la cession de leurs biens immobiliers, sous réserve d'une requalification en contrat de la commande publique.

Quoiqu'il en soit, s'ils choisissent de mettre en œuvre une telle procédure alors que rien ne les y contraint (appel à projets...), ils devront respecter les règles qu'ils se sont eux-mêmes posées, ainsi que le principe d'égalité entre les candidats¹⁴.

8. Article . 2221-1 CG3P

9. (CE 17 mars 1893 Chemins de fer de l'est, D. 1894 p. 119, concl. Romieu – CE 4 mai 2011 *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, req. n° 334280 publié au rec. CE ; voir aussi : CC 26 juin 1986 *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC)

10. CE Sect. 3 novembre 1997 *commune de Fougerolles*, req. n° 169473, dont les principes ont été étendus hors du développement économique : CE 14 octobre 2015 *commune de Châtillon-sur-Seine*, req. 375577.

11. cf. pour les collectivités territoriales : articles L. 1511-1 et s. CGCT - Circulaire du 5 février 2019 relative à l'Application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques

12. Directeur départemental des finances publiques (article R. 2241-2 CGCT).

13. cf. articles L. 3213-2 CGCT pour les départements, L. 4221-4 pour les régions, L. 5211-37 pour les établissements publics de coopération intercommunale ou encore L. 5122-3 pour les syndicats mixtes

14. CE 27 mars 2017 *Procedim et Sinfimmo*, req. n° 390347.

Problématique

En sollicitant/imposant en amont, dans le cadre de la cession d'un de ses biens immobiliers, un certain nombre de prestations/prescriptions en l'occurrence de travaux, la personne publique peut modifier la nature de l'opération qui ne sera plus en conséquence soumise aux seules règles (de droit privé) de la vente, mais à d'autres règles impératives du droit public : la commande publique, les règles de la maîtrise d'ouvrage publique, la domanialité publique.

Points de vigilance

■ Risque de requalification en contrat de la commande publique

De manière générale, les contrats portant sur la vente d'immeubles par une personne publique sont par principe exclus du champ de la commande publique (marché ou concession) dans la mesure où la personne publique agit en tant que vendeur et non en qualité d'acheteur¹⁵.

Mais, il existera un risque de requalification dès lors que le projet/les travaux envisagés révélerai(ent) la réponse à un besoin préalablement déterminé par la collectivité publique¹⁶ et recélant un intérêt économique direct (cf. récemment à cet égard : CE avis 22 janvier 2019 conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, req. n° 396221 : selon lequel il existerait même « une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique » pour les travaux listés au sein de l'annexe 1 du CCP).

La condition de l'onérosité, entendue très largement par la jurisprudence, pourra résulter notamment du paiement du prix des travaux, d'une minoration du prix de cession ou de tout type d'avantage conféré au cocontractant en contrepartie¹⁷.

■ Risque d'atteinte aux règles sur la maîtrise d'ouvrage publique (codifiées au sein du code de la commande publique)

Les règles sur la maîtrise d'ouvrage publique¹⁸ imposent aux maîtres d'ouvrage public un certain nombre d'obligations/attributions¹⁹ dont ils ne peuvent se départir en principe car ils assument, dans ce cas, une fonction d'intérêt général²⁰.

Aussi, une personne publique qui aurait objectivement la qualité de maître d'ouvrage public commettrait une illégalité en faisant réaliser une opération de travaux dans un cadre juridique différent, c'est-à-dire en recourant à un montage « déportant » irrégulièrement²¹ la maîtrise d'ouvrage sur un tiers²².

La question est donc de savoir quand la personne publique doit être maître d'ouvrage. Classiquement, revêt la qualité de maître d'ouvrage, la personne publique qui soit bénéficie de la remise des ouvrages dès leur achèvement (propriété et mise à disposition de l'ouvrage), soit assure la direction technique des opérations de constructions²³.

Ainsi, et notamment, si une cession avec charge prévoit précisément la réalisation d'un équipement public remis dès achèvement à la personne publique, il existe un risque d'atteinte aux règles relatives à la maîtrise d'ouvrage publique.

15. CJUE 25 mars 2010 *Helmut Müller GmbH*, n° C-451/08.

16. Article L. 1111-2 CCP s'agissant des marchés publics de travaux : « ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ». (Cf. également s'agissant des concessions de travaux : article L. 1121-2 CCP).

17. Par exemple, « troc, ou de renonciation entre les parties à des créances réciproques ».

18. Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée codifiée à présent aux articles L. 2410-1 et s. CCP

19. Article L. 2421-1 CCP : La vérification de la « faisabilité et de [l']opportunité [de l'opération en cause] » ; « La détermination de sa localisation ; L'élaboration du programme défini à l'article L. 2421-2 ; La fixation de l'enveloppe financière prévisionnelle ; Le financement de l'opération ; Le choix du processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé ; La conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération (article 2424-1 CCP).

20. Articles L. 2411-1 et s. CCP.

21. Certaines hypothèses permettent un tel « déport » de la maîtrise d'ouvrage (par exemple : Article L. 1112-1 CGPPP qui confie la maîtrise d'ouvrage au titulaire du marché de partenariat).

22. CE 11 août 2009 *commune Les Vans*, req. n° 317516 : Tables Rec. CE.

23. CE Sect. 25 février 1994 *SA Sofap-Marignan Immobilier*, req. n° 144641-145406 : Rec. CE - CE 31 janvier 1995, avis n° 356960 des Sections de l'intérieur et des travaux publics réunies - CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, req. n° 297509 : Rec. CE.

Toutefois, par analogie avec la jurisprudence sur la vente en l'état futur d'achèvement²⁴, la cession avec charge pourrait être envisagée si la collectivité publique ne faisait que profiter d'un projet de réalisation d'un bâtiment initié et conçu par l'acquéreur du terrain en lui imposant (sorte d'effet « d'aubaine ») que lui soit cédé une partie dudit projet (exemple : acquisition du rez-de-chaussée du bâtiment pour y installer une crèche²⁵).

■ Risque lié à la domanialité publique par anticipation/virtuelle

La personne publique doit se montrer vigilante au regard de cette théorie, même si elle a été « resserée » par la jurisprudence, dès lors que l'opération conduit à ce qu'elle récupère la propriété d'un équipement réalisé par son cocontractant.

Selon la jurisprudence, quand une personne publique a pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public et que l'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, eu égard à l'ensemble des circonstances de droit et de fait, telles que, notamment, les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés, ce bien doit être regardé comme une dépendance du domaine public (CE 13 avril 2016 *commune de Baillargues*, req. n° 391431).

La cession, qui ne peut que concerner des biens du domaine privé, pourrait donc être fragilisée en cas d'application de cette théorie.

Préconisations

- Les personnes publiques doivent veiller à ne pas être directement à l'initiative du projet et/ou d'en déterminer, le cas échéant, seulement les grandes lignes/les objectifs à suivre, ce même si le bâtiment/immeuble n'a pas vocation à devenir sa propriété. Dès lors que la personne publique sera regardée comme ayant exercé une « *influence déterminante sur la nature ou la conception* » des travaux et qu'il peut être identifié une contrepartie en faveur de son cocontractant, le risque d'une requalification en contrat de la commande publique est fort.
- Si une procédure de mise en concurrence est mise en œuvre (et ce, alors même qu'elle n'y est pas obligée en cas de simple vente), la personne publique devra la respecter.
- En cas de « doute », la personne publique doit toujours mettre en œuvre la procédure la plus rigoureuse, le plus souvent celle(s) fixées par le CCP (CE 10 juin 2009 *Port autonome de Marseille*, req. n° 317671).

Concrètement, l'hypothèse dans laquelle la cession avec charges est la moins risquée est celle dans laquelle la personne publique se bornerait à profiter d'un projet de bâtiment/immeuble initié et conçu par son cocontractant en acquérant une partie seulement dudit projet (sorte « *d'effet d'aubaine* »).

24. CE 14 mai 2008 communauté de communes de *Millau-Grands Causses*, req. n° 28037..

25. Eventuellement en sollicitant notamment des travaux d'aménagement intérieur (cf. en ce sens article R. 2122-3 CCP). Mais toute demande de travaux devra être nécessairement limitée.

Textes de référence

- Code général de la propriété des personnes publiques : L. 2141-1 et s. – L. 2221-1 CG3P – L. 3111-1 – L. 3112-4 – R. 3211-2.
- Code général des collectivités territoriales : L. 2241-1 (commune) - L. 3213-2 (département) - L. 4221-4 (région), L. 5211-37 (établissements publics de coopération intercommunale) - L. 5122-3 (syndicat mixte).
- Code de la commande publique : Article L. 1111-1 et s. – L. 1311-1 – L. 1312-1 - L. 2410-1 et s.
- CJCE 18 janvier 2007 Jean Auroux c/ commune de Roanne, aff. C-220/05, point 47 – CJUE 25 mars 2010 *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08.
- Circulaire du 5 février 2019 relative à l'Application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques.

+ Pour aller plus loin ●●●

Site outils de l'aménagement :
<http://outil2amenagement.cerema.fr>

Rubrique foncier :
<http://outil2amenagement.cerema.fr/foncier-r7.html>
<http://outil2amenagement.cerema.fr/minorer-le-prix-du-foncier-r326.html>

Fiche «Les cessions à prix minoré des collectivités»

Fiche «La décote du foncier public de l'Etat»

Rubrique aménagement opérationnel
<http://outil2amenagement.cerema.fr/l-appel-a-manifestation-d-interet-ami-r295.html>

✍ Rédacteurs ●●●

Laurent Givord, Adden avocats • Nouvelle-Aquitaine pour le Cerema

✉ Contacts ●●●

Cerema Territoires et Ville :
<http://outil2amenagement.cerema.fr/contact-a642.html>
Sarah Olei, Raphaële Ratto, Guillaume Fauvet
Foncier - Guillaume Fauvet

Maquettage
www.laurentmathieu.fr

Date de publication
Juillet 2020

© 2020 - Cerema
La reproduction totale ou partielle du document doit être soumise à l'accord préalable du Cerema.

Commander ou télécharger nos ouvrages sur
www.cerema.fr

Aménagement et cohésion des territoires - Ville et stratégies urbaines - Transition énergétique et climat - Environnement et ressources naturelles - Prévention des risques - Bien-être et réduction des nuisances - Mobilité et transport - Infrastructures de transport - Habitat et bâtiment