

Mise en concurrence et cession domaniale « complexe »

- En principe, la cession des biens immobiliers de l'État et des collectivités territoriales n'est pas soumise – ou alors a minima – à des mesures préalables de mise en concurrence.
- Dans certains cas cependant, de telles cessions peuvent être intégrées dans des montages complexes et renfermer une part de « commande publique ».

Auteur

Alexandre Vandepoorter, avocat à la Cour, SCP Seban et associés

Mots clés

Cession domaniale • Concession de travaux • Marché public • Principes généraux de la commande publique •

La partie réglementaire du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) ne modifie pas l'état du droit sur le sujet : la cession des biens immobiliers de l'État doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, tandis que celle des collectivités territoriales est libre.

Reprenant pour l'essentiel les dispositions du décret n° 2004-1175 du 4 novembre 2004, les articles R. 3211-2 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques rappellent en effet que, sauf exception, l'aliénation des biens immobiliers de l'État ou de ses établissements publics est consentie suivant un dispositif – léger – de publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable. En revanche, s'agissant des biens immobiliers des collectivités territoriales, le code ne comporte pas de dispositions réglementaires de cette nature, le principe d'une mise en concurrence préalable à la cession de leurs biens immobiliers ayant été abandonné par le législateur en 1982 dans le cadre de la décentralisation.

Le constat (les collectivités territoriales sont libres tandis que l'État est contraint par un minimum) demeure toutefois naturellement très incomplet : au-delà des principes qui ont immédiatement pour objet d'encadrer le sort de la propriété des personnes publiques, la cession des biens immobiliers de l'État, comme ceux des collectivités territoriales, peut être soumise à des mesures préalables de mise en concurrence à bien d'autres titres, notamment au titre des prescriptions et principes qui encadrent la « commande publique ». Il va sans dire en effet que la cession d'un bien immobilier peut être un outil par la voie duquel une personne publique peut satisfaire un « besoin » d'intérêt général dont elle a la charge⁽¹⁾. Il faut penser à ces opérations immobilières, familiales, sinon même à la mode

(1) Cette question a fait l'objet d'une étude très complète, rédigée par les professeurs Étienne Fatôme et Philippe Terneyre, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », AJDA 2009, p. 1868 et s.

aujourd'hui, par la voie desquelles une collectivité territoriale cède un terrain à un opérateur, avec toutefois à la charge de cet opérateur une obligation de réaliser une série d'équipements dont certains, le cas échéant, devront être mis à la disposition ou remis en pleine propriété à la collectivité. Qu'on imagine ces montages « complexes » par lesquels une commune cède un terrain à un promoteur, avec 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, 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 crèche, un centre de loisirs...) seront immédiatement remis à la commune puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Evidemment, la cession domaniale renferme alors une part de « commande publique » et le contrat qui la porte pourrait donc être soumis à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence, soit au titre d'une qualification de marché ou de concession de travaux (I), soit au titre des « principes généraux de la commande publique » (II).

I. Une mise en concurrence au titre d'une qualification de marché ou de concession de travaux ?

A) Un marché au sens du code des marchés publics ?

Au premier regard, la question n'est pas absurde. Rappelons que les marchés de travaux au sens du code des marchés publics « sont les contrats conclus à titre onéreux » qui « ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage ». Une cession immobilière « complexe » pourrait donc être qualifiée de marché de travaux. Si la vente d'une dépendance domaniale est subordonnée à l'obligation pour l'acquéreur de réaliser des équipements dont la destination (un centre de loisirs, une salle de spectacle...) et les caractéristiques (surfaces...) sont, même pour une part seulement, préalablement fixées par la collectivité territoriale qui cède la dépendance, le contrat peut être analysé comme un contrat qui entend « répondre à un besoin précisé » par cette collectivité ; et il le serait *a fortiori* plus encore si certains de ces équipements devaient être immédiatement loués à la collectivité et/ou lui revenir en pleine propriété. Il pourrait être par ailleurs analysé comme un contrat « conclu à titre onéreux », s'il apparaissait que, d'une façon ou d'une autre, les obligations de construction qui sont ainsi imposées à l'acquéreur emportent une contrepartie, laquelle peut être constituée par la circonstance que le prix de vente du terrain est inférieur au prix du marché et ce, soit à hauteur du prix correspondant à la mise à disposition des équipements, soit à hauteur du prix des équipements remis à la personne publique (dation en paiement). Toutefois, si l'on porte le regard plus loin, il faut conclure qu'une cession de cette nature, par définition, ne peut pas être qualifiée de marché public de travaux, parce que la personne publique, par définition, ne va pas exercer la maîtrise d'ouvrage sur les bâtiments qui seront mis à sa disposition en retour : elle ne va pas exercer la maîtrise d'ouvrage sur des équipements qui sont

construits sur des terrains qui ne lui appartiennent plus – par définition.

Fondamentalement, poser la question d'une requalification d'une vente domaniale en un marché au sens du code des marchés publics, c'est envisager les cas dans lesquelles la vente est prohibée. Rappelons en effet qu'en application de l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 2005 relative à la maîtrise d'ouvrage public et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), 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 destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres »⁽²⁾. Et elle doit en conséquence passer un marché public et respecter les mesures de publicité et de mise en concurrence qu'il renferme. Partant, lorsque le contrat de vente emporte également pour l'acquéreur une obligation de réaliser une série d'équipements qui seront tous ou presque, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement, « entièrement »⁽³⁾ ou « dans leur ensemble destinés à devenir la propriété »⁽⁴⁾ de la collectivité cédante, une fois qu'ils auront été construits, le contrat sera analysé comme un détournement de la loi sur la maîtrise d'ouvrage public, et donc incidemment du code des marchés publics. Et si les équipements qui sont immédiatement remis à la collectivité constituent une part seulement accessoire de l'ensemble immobilier, ils ne doivent toutefois pas être physiquement dissociables de l'ensemble plus vaste à construire : si l'ouvrage vendu à la personne publique est « individualisé par rapport aux constructions voisines »⁽⁵⁾, il doit être analysé comme « un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété », au sens de la jurisprudence Région Midi-Pyrénées (précité). En conséquence, il entre dans le champ d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage public. En ce sens, le Tribunal administratif de Montpellier a jugé irrégulière la vente de deux parcelles communales d'une surface de 1200 et 1100 m² chacune, dont le règlement devait être constitué par le versement d'une somme d'argent « et, pour le solde, par dation en paiement d'un immeuble construit, clos et ouvert, de 1300 m² de surface hors œuvre nette » au profit de la commune. Il a considéré qu'elle reposait sur une « modalité de paiement » qui « a été fixée en méconnaissance des dispositions de l'article 1^{er} du code des marchés publics »⁽⁶⁾.

En revanche, lorsque les équipements immédiatement cédés à la collectivité « ne constituent qu'une partie d'un ensemble immobilier »⁽⁷⁾, ou s'intègrent dans un « immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires »⁽⁸⁾, le montage ne devrait pas figurer pas dans le champ d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique. En ce sens, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a, par exemple, admis la validité d'un contrat de cession de droits à construire attachés aux terrains appartenant à une commune, et qui prévoyait la construction d'un ensemble immobilier de 13800 m² qui devait faire l'objet d'une division en cinq volumes dont l'un seulement, destiné à

(2) CE 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n°57679.

(3) CE 11 août 2009, Cne des Vans, req. n°317516.

(4) CE 14 mai 2008, Cte de cnes de Millau-Grands Causses, req. n°280370.

(5) Ibid.

(6) TA Montpellier 26 juin 2009, Sarran, req. n°0704910.

(7) CAA Bordeaux 19 mars 2002, Cte urbaine de Bordeaux, req. n°97BX01384.

(8) CE avis 31 janvier 1995, Rapport du Conseil d'État, 1995, p. 407.

abriter divers services administratifs de la commune, devait lui revenir sous la forme d'une dation en paiement⁽⁹⁾.

Lorsqu'une cession impose à l'acquéreur de réaliser des équipements qui ne seront pas tous – ou pour l'essentiel – remis immédiatement en pleine propriété à la collectivité territoriale, et qui ne seront pas non plus dissociables du reste de l'ensemble plus vaste à construire, elle ne pourra donc pas être requalifiée en marché de travaux au sens du code des marchés publics, et en conséquence ne sera pas soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence que ce code renferme, et ce parce que la collectivité ne va pas exercer la maîtrise d'ouvrage sur les travaux concernés.

B) Un marché ou une concession de travaux au sens de la directive 2004/18 ?

La cession domaniale pourrait alors être qualifiée en marché ou concession de travaux au sens de la directive n° 2004/18 ou de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009, dont on sait que les définitions sont cette fois indifférentes à la maîtrise d'ouvrage publique⁽¹⁰⁾. Rappelons que selon l'article 1^{er} de la directive n° 2004/18 du 31 mars 2004, les marchés publics de travaux sont « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet [...] la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ». En outre, selon cette directive et l'ordonnance du 15 juillet 2009 relatives aux contrats de concession de travaux publics, la « concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

Une qualification en marché ou concession de travaux s'imposera sans grand doute si la cession domaniale s'accompagne d'une obligation de réaliser des équipements principalement « publics », parce que devant faire immédiatement retour à la collectivité publique cédante. Si la cession impose à l'acquéreur de réaliser ou de réhabiliter des bâtiments dont la destination et les caractéristiques sont quelque peu définies par la collectivité cédante, et si les bâtiments sont ensuite immédiatement – pour la plupart – loués à la collectivité, voir pour certains cédés, le montage aura fondamentalement pour objet de confier à un opérateur économique le soin de réaliser des équipements qui répondent à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur. Et si par ailleurs le prix de vente du terrain et/ou des bâtiments à réhabiliter est inférieur au prix du marché, il y aura tout lieu de penser que cet abandon de recettes a pour objet de « rémunérer » l'acquéreur pour la réalisation des bâtiments.

Si, maintenant, l'objet principal de la cession n'est pas la construction d'ouvrages « publics », parce qu'ils demeurent accessoires en comparaison de l'ensemble immobilier à réaliser par l'acquéreur, ou parce qu'il n'y a tout simplement pas d'ouvrages remis à la disposition de la personne publique cédante, il faut s'intéresser aux autres constructions qui devront être réalisées. Une qualification en marché ou concession de travaux n'est en effet pas à exclure.

Comme l'a indiqué la Cour de justice de l'Union européenne, 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 »⁽¹¹⁾. Elle l'a récemment rappelé au sujet d'une convention par laquelle une personne publique entendait céder un ensemble immobilier à un opérateur, considérant que la notion de marchés de travaux au sens de la directive « 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 matériel ou physique »⁽¹²⁾.

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, se doter d'équipements jugés importants pour la vie de la cité (des logements, un cinéma, une salle de sport...). Et, pour le mesurer, il convient 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. Dans ce cas, le contrat pourrait être analysé comme répondant à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur. Et le contrat pourra être par ailleurs considéré comme « conclu à titre onéreux », si la dépendance domaniale concernée est vendue à l'opérateur à un prix inférieur à la valeur du marché : l'abandon de recettes ainsi consenti pouvant être analysé comme la contrepartie des obligations qui sont portées à la charge de l'opérateur. Le montage immobilier pourrait être alors qualifié de marché ou de concession de travaux, selon que le risque économique de l'opération porte ou non sur l'opérateur. En revanche, si la vente est effectuée dans les conditions du marché, la collectivité n'abandonne aucune recette et le contrat ne devrait donc pas pouvoir être analysé comme « conclu à titre onéreux », si bien qu'il ne devrait pas être qualifié de marché ou de concession de travaux au sens du droit communautaire et ne devrait pas être soumis à des mesures préalables de mise en concurrence.

II. Une mise en concurrence au titre des « principes généraux de la commande publique » ?

Est-ce que, dans ce cas, la passation de la cession domaniale peut être librement passée par la personne publique ou est-ce qu'elle doit tout de même faire l'objet d'un minimum de publicité et de mise en concurrence ? Pour l'État, on le disait, il est des dispositions réglementaires qui soumettent en principe toute cession, quelle qu'elle soit, à une mise en concurrence. Mais pour les collectivités territoriales ? Il est vrai « qu'aucun principe à valeur constitutionnelle »⁽¹³⁾, et « qu'aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne fait obligation à une commune de recourir à l'adjudication préalablement à

(9) CAA Bordeaux 18 décembre 2003, Cne d'Arcachon, req. n°99BX02554 – TA Bordeaux 9 mars 2006, Groleau, req. n° 0503346.

(10) CE 3 juin 2009, Cne de Saint-Germain-en-Laye, req. n° 311798.

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

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

(13) CAA Versailles 2 décembre 2010, M. Caen, req. n°09VE02711.

la cession d'un bien immobilier lui appartenant»⁽¹⁴⁾. Mais il y a tout lieu de penser 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»⁽¹⁵⁾, et non pas les opérations qui poursuivent d'autres objectifs que la seule cession d'une dépendance du domaine.

A) Sur le plan communautaire

Il n'est pas absurde en effet de penser, suivant les enseignements de la jurisprudence *Telaustria* de la Cour de justice⁽¹⁶⁾, que les cessions domaniales «complexes» doivent respecter les «règles fondamentales» du traité de l'Union européenne, et les principes de transparence et d'égalité de traitement qu'elles animent. C'est ce que la Cour administrative d'appel de Versailles a incidemment admis à propos de la vente d'un immeuble communal⁽¹⁷⁾.

Il faudrait comprendre que les cessions domaniales qui, de quelque façon que ce soit, renferment une «commande publique» – parce qu'elles ont pour objet de confier à un opérateur le soin de satisfaire une «prestation» pour le compte d'une personne publique – doivent être précédées d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence⁽¹⁸⁾. Seraient dès lors a priori concernés les montages immobiliers qui peuvent être requalifiés de marchés ou de concessions de travaux au sens de la directive n° 2004/18, mais qui sont en dessous des seuils de passation. Le seraient également ceux qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive; soit à raison de leur objet, telles les délégations de service public ou les 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 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.

B) Sur le plan national

Sans doute dans la continuité de la jurisprudence *Telaustria*, c'est cette fois au titre des «principes généraux de la commande publique» que la Cour administrative d'appel de Marseille a récemment considéré 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. Tandis que le rapporteur public soulignait que le contrat concerné ne pouvait pas être qualifié de marché ou de concession de travaux, faute de «rémunération» versée par la ville, et donc de caractère «onéreux» qui puisse être donné au contrat, la cour a jugé que «la conclusion par ces personnes publiques de contrats emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par lesdites personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux de la commande publique»⁽¹⁹⁾.

Pour le reste, si la cession n'a pas, pour la collectivité, d'autre objet que de se séparer d'un bien pour en tirer des fruits qui seront utiles ailleurs, elle ne devrait pas pouvoir être analysée comme un contrat de la commande publique et devrait donc échapper à la jurisprudence *Telaustria* et aux principes généraux de la commande publique qui la traduisent en droit national.

Est-ce qu'elle est alors exclue de toute exigence de mise en concurrence? Si la vente est de nature à froisser le libre jeu de la concurrence parce qu'elle intervient sur un marché ouvert à la concurrence, il se comprendrait sans peine qu'elle soit soumise à des exigences préalables de transparence et de mise en concurrence⁽²⁰⁾. Mais on quitte alors le terrain de la commande publique, pour gagner ceux du droit de la concurrence et du principe d'égalité qui l'anime. ■

(14) CE 26 octobre 1994, *Monier*, req. n°121717 – CE 8 février 1999, *Ville de Lourdes*, req. n°168043 – CAA Nancy, 25 mars 2004, *Cne de Corre*, req. n°99NC01278.

(15) *Concl. de F. Dieu sur l'arrêt Cne de Rognes (CAA Marseille 25 février 2010, Cne de Rognes, req. n° 07MA03620)* : AJDA 2010, p. 1200.

(16) CJCE 7 décembre 2000, *aff. C-324/98*.

(17) CAA Versailles 2 décembre 2010, *M. Caen*, req. n° 09VE02711.

(18) *En ce sens, C. Bardon et Y. Simonnet, « Telaustria : quel périmètre ? », Dr. adm., n° 1, janvier 2009 ; pour une analyse donnant un champ plus large à la jurisprudence Telaustria : L. Givord et L. Ayache, « La mise en concurrence des titres d'occupation domaniale : une évolution achevée ? », CP-ACCP, n° 83, décembre 2008, p. 74.*

(19) CAA Marseille 25 février 2010, *Cne de Rognes*, req. n°07MA03620.

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