

Immobilier

36 MONTAGES IMMOBILIERS ET DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article rédigé par :

Alexandre VANDEPOORTER,

avocat, Seban & Associés



Dans quelle mesure les opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent relever du droit de la commande publique et doivent en conséquence être soumises à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence ? Pour répondre à la question posée, il faut présenter les montages qui sont étrangers au champ de la commande publique, ceux qui peuvent recevoir la qualification d'un contrat de la commande publique, tel un marché ou une concession de travaux et, enfin, ceux qui s'inscrivent dans le champ des principes généraux de la commande publique.

Le sujet tient dans l'énoncé d'une question simple : dans quelle mesure les opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent relever du droit de la commande publique et doivent en conséquence être soumises à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence ?

Le sujet sollicite des montages qui ont pour objet des opérations immobilières (des ventes ou des locations de biens immobiliers) à l'occasion desquelles une personne publique (l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics) met des obligations de travaux à la charge de celui auquel appartient le bien immobilier, ou auquel le bien va être cédé ou loué.

Le premier groupe de montages auxquels il faut penser couvre des contrats par la voie desquels une personne publique s'engage à acheter ou à louer un bien en l'état futur d'achèvement pour y installer des services publics : elle s'engage à louer, ou à acheter l'immeuble qu'un opérateur s'est (préalablement) engagé à construire, ou à réaménager, le cas échéant suivant les prescriptions architecturales et techniques qu'elle lui a spécifiquement fixées pour que l'immeuble puisse accueillir les services qu'elle souhaite installer.

Le second groupe de montages désigne des contrats par la voie desquels une personne publique cède, ou met une dépendance domaniale à la disposition d'un opérateur, à charge pour lui de réaliser des équipements immobiliers dont certains, le cas échéant, devront faire « retour » à la personne publique concernée ; la mise à disposition de la dépendance domaniale pouvant être organisée par la voie d'un bail emphytéotique de droit commun, d'un bail à construction, d'un bail emphytéotique administratif, d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive – ou non – de droits réels.

Qu'on pense au contrat par lequel une commune met un terrain à la disposition d'un opérateur, et lui confie également le soin de réaliser des équipements spécifiques qui reviendront en pleine propriété à la collectivité au terme du bail ou de l'autorisation, et qui pourront, tous ou pour certains seulement, lui être loués pendant la durée du contrat. Qu'on imagine autrement le contrat par lequel une communauté d'agglomération cède 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 dynamise-

ront 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 communauté d'agglomération, puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Bien souvent, ces montages poursuivent un objectif de valorisation du domaine public ou du domaine privé, dont l'enjeu est certain : il s'agit d'apprécier comment les personnes publiques peuvent solliciter de façon optimale la valeur économique qui s'attache aux biens immobiliers qui leur appartiennent. La question se pose chaque jour avec un peu plus d'acuité, non seulement parce que les personnes publiques sont sûrement plus que par le passé poussées par des objectifs de performance et de rentabilité, mais aussi parce que les outils juridiques qui leur sont offerts pour satisfaire ces objectifs se sont multipliés¹, parfois sans réel esprit de cohérence². Et la réponse repose sur plusieurs considérations qui, pour l'essentiel et fort heureusement, s'attachent à ce que la personne publique concernée souhaite précisément retirer de l'opération de valorisation ; et qui s'attachent donc aussi pour partie à la portée des droits qu'elle entend – ou non – conserver sur le bien concerné par l'opération de valorisation.

Ce n'est pas dire pour autant que seules les personnes publiques sont à l'initiative des opérations que portent ces montages contractuels. La pratique en témoigne. Il n'est pas rare que des promoteurs lancés dans la construction d'un vaste complexe immobilier proposent à telle ou telle commune, dont ils connaissent les besoins, d'acheter certains volumes en l'état futur d'achèvement. Et ce sont parfois même des projets « clé en main » qui sont présentés aux collectivités territoriales : une société se propose de racheter une dépendance communale désaffectée et d'y construire un ensemble d'équipements dont certains pourront indirectement satisfaire l'intérêt général, parce qu'ils manquaient à la vie de la Cité (un cinéma, un centre de loisirs, un parc de stationnement, des surfaces tertiaires,...).

Il est évident que les montages contractuels de cette nature répondent, à tout le moins dans les faits et peut-être uniquement pour partie, à un « besoin » de la personne publique concernée : ils renferment en quelque sorte une part de « commande publique » ; et ils posent en conséquence une question, celle de l'existence ou non d'une obligation de les soumettre à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence, au titre du droit de la commande publique.

La question n'est évidemment pas nouvelle, mais elle se présente toutefois chaque jour avec un peu plus d'insistance, tant la pratique se développe en la matière, et tant le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence ne cesse de s'élargir dans le même temps³.

1. V. J.-M. Sauvé, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques : Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*, 6 juill. 2011.

2. En ce sens, P. Delvolvé, *Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence* : RFDA 2011, p. 1125.

3. V. sur ce sujet, E. Fatôme et Ph. 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. ; G. Eckert, *Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété*

Pour répondre à la question posée, il faut présenter les montages qui sont étrangers au champ de la commande publique (1), ceux qui peuvent recevoir la qualification d'un contrat de la commande publique, tel un marché ou une concession de travaux (2) et, enfin, ceux qui s'inscrivent dans le champ des principes généraux de la commande publique (3).

1. Les montages placés en dehors du champ de la commande publique

En tant que telles, l'acquisition et la location d'un bien immobilier par une personne publique ne relèvent pas du droit de la commande publique (A), et la cession et la mise à disposition d'une dépendance domaniale, non plus (B).

A. - L'acquisition et la location d'un bien immobilier par une personne publique

Il est acquis que les personnes publiques peuvent librement acquérir ou louer auprès de tiers des biens immobiliers pour les besoins des activités d'intérêt général dont elles ont la charge, et il est acquis, *a fortiori*, qu'elles ne sont pas tenues de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalable, au titre du droit de la commande publique. Le Code des marchés publics (CMP, art. 3) et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004⁴ excluent en effet de leur champ d'application les marchés de services qui ont « pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ». Et c'est le bon sens qui commande cette exclusion : il n'est le plus souvent pas possible d'imposer aux personnes publiques de mettre en concurrence des agences immobilières ou des propriétaires, sauf à les priver du droit de choisir l'endroit précis où elles veulent s'installer. Comme le précise la directive, « les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics »⁵.

B. - La cession et la mise à disposition d'une dépendance domaniale

Par exception à ce qu'il advient sinon, l'État est tenu de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il souhaite céder un bien immobilier qui lui appartient. L'article R. 3211-2 du Code général de la propriété des personnes publiques pose en effet le principe : « l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable ».

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, le principe d'une mise en concurrence préalable à la cession de leurs biens ayant

publique : *Contrats et propriété publics, Actes du Colloque de Montpellier*, 28 et 29 avr. 2011 : LexisNexis, 2011, p. 53.

4. PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, art. 16.

5. PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, consid. 24.

été abandonné par le législateur en 1982 dans le cadre de la décentralisation. Et le Conseil d'État⁶, ainsi que les juridictions administratives du fond⁷, ont eu maintes fois l'occasion de rappeler « qu'aucun principe à valeur constitutionnelle »⁸, 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 »⁹. 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.

“ Sur le principe, les opérations immobilières des personnes publiques ne sont pas soumises (...) à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables ”

La même liberté entoure la mise à disposition des dépendances domaniales, et ce, cette fois, même lorsqu'il s'agit de dépendances qui appartiennent à l'État. Le Conseil d'État a en effet jugé « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public »¹⁰.

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 des conventions d'occupation du domaine, à tout le moins lorsqu'elles sont le siège d'activités économiques qui peuvent intéresser plusieurs opérateurs sur un marché donné¹¹. 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 un contrat d'occupation du domaine. Mais ce n'est toutefois apparemment pas la direction prise par le Conseil d'État, lequel a pris soin en effet de souligner que la liberté des personnes publiques en la matière était vérifiée, « même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel »¹². Et il est vrai, d'un autre côté, qu'une obligation systématique de mise en concurrence pourrait décourager toute initiative extérieure, et priver ainsi

les personnes publiques d'une marge de manœuvre nécessaire pour valoriser efficacement leur domaine.

Sur le principe, les opérations immobilières des personnes publiques 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 »¹³, ou qui ont « pour seul objet » l'occupation du domaine¹⁴. 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 »¹⁵. Dans ce cas, en effet, l'opération immobilière peut être requalifiée en un contrat de la commande publique. Certains textes anticipent d'ailleurs cette conclusion évidente (V. au sujet des baux emphytéotiques administratifs, *CGCT, art. R. 1311-2*).

2. Les montages qualifiés de contrats de la commande publique

Pour s'en tenir à l'essentiel, une opération immobilière à laquelle est associée une obligation de construire pourrait être qualifiée, soit de marché de travaux au sens du Code des marchés publics et c'est alors, de fait, la question de la conformité du montage aux exigences de la loi *MOP* qui est immédiatement posée (A) ; soit de marché ou de concession de travaux au sens de la directive communautaire 2004/18/CE ou de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (B).

A. - La qualification en marché au sens du Code des marchés publics : la compatibilité du montage avec les exigences de la loi *MOP*

Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, les marchés de travaux « 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 ».

Au premier regard, certains montages immobiliers peuvent répondre à la définition du marché de travaux. C'est évidemment le cas des contrats par lesquels une personne publique achète un bien immobilier en l'état futur d'achèvement. Mais c'est vrai aussi des contrats qui ont pour objet de céder, ou de donner à bail une dépendance du domaine au profit d'un opérateur privé. Si le contrat de vente, ou le bail, impose à l'acquéreur ou au preneur de 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, fonctionnali-

6. CE, 8 févr. 1999, n° 168043, Ville Lourdes.

7. CAA Nancy, 25 mars 2004, n° 99NC01278, Cne Corre. – TA Nîmes, 5 avr. 2012, n° 1000792, Cne Langlade. – CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, Sté immobilière Carrefour : *JurisData* n° 2012-035203.

8. CAA Versailles, 2 déc. 2010, n° 09VE02711, M. Caen : *JurisData* n° 2010-026512.

9. CE, 26 oct. 1994, n° 121717, Monier : *JurisData* n° 1994-048724.

10. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris : *JurisData* n° 2010-022712.

11. E. Fatôme et Ph. Terneyre, *À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux*, op. cit., p. 1879.

12. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, préc.

13. Conclusions de F. Dieu sur CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, Cne Rognes.

14. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, préc.

15. Conclusions sur CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, Sté immobilière Carrefour : *JurisData* n° 2012-035203.

tés,...), le contrat peut être analysé comme un contrat qui entend « répondre à un besoin précisé » par la collectivité. Et il le serait *a fortiori* plus encore si certains des équipements devaient être immédiatement mis à la disposition de la collectivité et/ou lui revenir en pleine propriété. Satisfaisant ainsi les besoins de la collectivité, le contrat 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'opérateur emportent une contrepartie. Dans le cadre de la vente d'une dépendance domaniale, la contrepartie peut être constituée par la circonstance que le prix de vente de la dépendance est inférieur au prix du marché, et ce à hauteur du prix des ouvrages qui seront remis à la collectivité territoriale, la contrepartie étant ainsi constituée par une dation en paiement. Et, dans le cadre d'une mise à disposition d'une dépendance domaniale, la contrepartie peut être constituée par les loyers que la collectivité versera pendant toute la durée du bail à l'opérateur pour pouvoir occuper les équipements qu'il aura réalisés sur la dépendance : les loyers peuvent être analysés comme constituant le prix versé au fur à mesure par la collectivité pour l'achat des équipements qui lui seront effectivement remis au terme du bail.

Toutefois, une qualification de marché de travaux au sens du Code des marchés publics devra le plus souvent être écartée : si les équipements réalisés par l'opérateur répondent sans doute aux besoins qu'elle a précisés, ce n'est toutefois pas la personne publique qui en « exerce la maîtrise d'ouvrage », mais bien l'opérateur en charge de construire les équipements¹⁶.

Il est cependant une réserve qui s'impose, lorsqu'il est prévu que les équipements qui seront réalisés par l'opérateur seront immédiatement, une fois construits, remis en pleine propriété à la collectivité, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement. Il faut alors s'assurer que la collectivité territoriale ne s'est pas libérée de son obligation d'assurer la maîtrise d'ouvrage, en méconnaissance des exigences de la loi n° 85-704 du 12 juillet 2005 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP). Il faut rappeler en effet qu'en application de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985, une collectivité territoriale 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* »¹⁷. Et elle doit en conséquence passer un marché public et respecter les mesures de publicité et de mise en concurrence qu'il renferme.

Partant, un contrat qui emporte (également) pour l'opérateur privé une obligation de réaliser une série d'équipements qui seront tous « entièrement »¹⁸, sinon « dans leur ensemble

destinés à devenir la propriété »¹⁹ de la personne publique concernée, pourrait être analysé comme ayant été conclu en méconnaissance de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ; à tout le moins s'il apparaît par ailleurs que la personne publique est à l'initiative de l'opération et qu'elle a fixé la destination et les caractéristiques des équipements. Et c'est sans doute vrai aussi lorsque la part des équipements qui font ainsi immédiatement « retour » à la personne publique représentent, non pas le tout, mais tout de même une part essentielle de l'opération immobilière. 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 1 300 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 »²⁰.

En revanche, lorsque les équipements immédiatement cédés à la personne publique « ne constituent qu'une partie d'un ensemble immobilier »²¹, ou s'intègrent dans un « immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires »²², le montage ne figurera pas dans le champ d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et, donc, dans celui du Code des marchés publics²³. Mais il est toutefois là encore une nuance naturelle : si les équipements qui sont immédiatement remis à la collectivité territoriale constituent une part seulement accessoire de l'ensemble à construire, ils ne doivent toutefois pas être physiquement dissociables de l'ensemble plus vaste à construire. Le constat est logique : si l'ouvrage est physiquement dissociable de l'ensemble immobilier à construire, « individualisé par rapport aux constructions voisines »²⁴, il doit être analysé comme « un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété », au sens de la jurisprudence *Région Midi Pyrénées*.

À l'exception de ceux qui ont pour objet principal la vente en l'état futur d'achèvement d'une série d'équipements qui ont été conçus à l'initiative et suivant les prescriptions données par une personne publique, les contrats immobiliers sollicités par les personnes publiques ne peuvent donc pas être qualifiés de marchés au sens du Code des marchés publics, parce qu'elles n'exercent légalement pas – par définition – un rôle de maître d'ouvrage.

16. CE, 25 févr. 1994, n° 144641, *Sté Sofap Marignan* : *JurisData* n° 1994-040511.

17. CE, 8 févr. 1991, n° 57679, *Région Midi-Pyrénées* : *JurisData* n° 1991-040060.

18. CE, 11 août 2009, n° 317516, *Cne des Vans* : *JurisData* n° 2009-007566.

19. CE, 14 mai 2008, n° 280370, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses* : *JurisData* n° 2008-073548.

20. TA Montpellier, 26 juin 2009, n° 0704910, *Sarran*.

21. CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 97BX01384, *Communauté urbaine de Bordeaux* : *JurisData* n° 2002-177448.

22. Avis, 31 janv. 1995, *Rapport du Conseil d'État*, 1995, p. 407.

23. CAA Bordeaux, 18 déc. 2003, n° 99BX02554, *Cne Arcachon*. – TA Bordeaux, 9 mars 2006, n° 0503346, *Groleau*.

24. CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, préc., confirmant l'analyse de CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, n° 01BX00788, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses* : *JurisData* n° 2005-275428.

B. - La qualification en marché ou en concession de travaux au sens de la directive 2004/18/CE

Les montages immobiliers qui échappent ainsi à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique peuvent alors toutefois être qualifiés de marchés ou de concessions de travaux, mais cette fois au sens de la directive 2004/18/CE, laquelle est en effet indifférente à la notion de maîtrise d'ouvrage publique²⁵.

Selon l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, les marchés publics de travaux sont en effet « *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* ». Et 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* ».

« Certains montages immobiliers peuvent répondre à la définition du marché de travaux »

Suivant cette définition, bon nombre d'opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent être qualifiées de marché au sens de la directive, et ce même si le montage repose (formellement) sur la cession ou la location d'un bien immobilier. L'essentiel en la matière est en effet d'apprécier ce qu'est l'objet principal du contrat, et ce en considération de plusieurs facteurs, tels les obligations réciproques des parties, la nature et le volume des travaux à réaliser, le contexte qui entoure l'opération, et notamment l'identité de celui qui en a pris l'initiative (la personne publique ou l'opérateur privé). Il faut ainsi déterminer si le contrat a – ou non – principalement pour objet des travaux qui entendent satisfaire un « besoin » de la personne publique concernée, ou si l'essentiel réside dans la location ou la vente d'un bien. Ensuite, il faut apprécier si la personne publique a « précisé » le besoin, en fixant la destination et les principales caractéristiques des ouvrages à construire. Et il reste enfin à déterminer si la personne publique rémunère d'une façon ou d'une autre les travaux ainsi réalisés pour satisfaire son besoin. C'est donc naturellement affaire d'espèce. Mais on peut toutefois essayer d'illustrer schématiquement les cas dans lesquels une opération immobilière pourra être requalifiée en marché ou concession de travaux.

Lorsqu'une opération immobilière renferme aussi la réalisation d'un ou plusieurs ouvrages qui seront tous, ou presque, immédiatement mis à la disposition d'une personne publique,

il y a tout lieu de penser que la construction du ou des ouvrages constitue l'objet principal du contrat, et que ce qui l'emporte n'est pas la vente ou la location du terrain sur lequel les ouvrages sont construits. Il peut évidemment en aller ainsi d'un contrat de location en l'état futur d'achèvement conclu au profit d'une personne publique²⁶. Mais c'est vrai aussi lorsqu'une personne publique donne à bail un terrain à un opérateur, à charge pour lui de réaliser une série d'équipements : le contrat pourra être analysé comme étant principalement un marché de travaux, et non pas un bail, si les biens immobiliers réalisés par l'acquéreur en application du contrat ont été définis par la personne publique, et lui sont immédiatement loués pendant toute la durée du contrat : le montage aura fondamentalement pour objet principal de confier à un opérateur économique le soin de réaliser des équipements qui répondent à un « besoin précisé » par une personne publique²⁷. Et le montant global des loyers qui seront versés par cette personne publique pendant toute la durée du bail pourrait être analysé comme « le prix » correspondant à la valeur des équipements qui lui feront retour gratuitement au terme du contrat.

Le tribunal administratif de Bordeaux a ainsi considéré, au sujet d'un bail emphytéotique administratif qui avait pour objet la construction d'un immeuble de bureaux destinés à accueillir différents services de la collectivité, que « le contrat ainsi envisagé dans son ensemble indissociable a, eu égard notamment à son objet portant principalement sur la construction d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par la communauté urbaine de Bordeaux, et au mode de rémunération sous la forme d'un loyer selon les modalités qui ne peuvent être regardés comme transférant à l'opérateur le risque économique de l'opération, le caractère d'un marché public au sens de la directive 2004/18 »²⁸. Le tribunal administratif de Nice s'est prononcé dans le même sens à propos d'un bail emphytéotique dont l'objet était assez semblable²⁹.

Il ne faut pas exclure non plus une qualification en marché ou en concession de travaux lorsque les ouvrages, définis par la personne publique, ne sont pas immédiatement mis à sa disposition, mais sont tout de même affectés à une activité publique dont elle a la charge. Le montage peut alors tout de même être analysé comme un marché ou une concession de travaux au sens du droit communautaire, puisque l'exploitation des ouvrages satisfait une activité d'intérêt général et donc un besoin de la personne publique concernée.

Le contrat pourra être qualifié de concession de travaux, si la rémunération de l'opérateur est substantiellement liée aux recettes qu'il tire de l'exploitation des ouvrages qu'il a réalisés, et si l'opérateur supporte – en conséquence – le risque économique de l'opération. C'est ainsi que le tribunal administratif de Paris a qualifié de concession de travaux un bail emphytéo-

25. CE, 3 juin 2009, n° 311798, *Cne Saint-Germain-en-Laye* : *JurisData* n° 2009-009904 ; *JCP A* 2010, 2056.

26. CJCE, 29 oct. 2009, *aff. C-536/07, Commission c/ République fédérale d'Allemagne*.

27. CJUE, 12 juill. 2001, *aff. C-399/98, Ordre des architectes de la province de Milan*.

28. TA Bordeaux, ord. 26 nov. 2007, n° 0704671, *Sté Norbail-Immobilier*.

29. TA Nice, ord., 6 déc. 2006, n° 0605880, *Sté Cirmad Grand Sud*.

tique administratif qui avait pour objet de confier au preneur le soin de réhabiliter la piscine Molitor suivant un cahier des charges fixé par la ville de Paris, et d'exploiter ensuite la piscine pendant toute la durée du bail. Le tribunal a relevé que le « preneur s'engage à respecter un programme de travaux annexé au contrat », et souligné « l'intérêt de la ville de permettre l'accès des bassins au grand public, aux scolaires et aux associations sportives » et le « souci de la ville de conférer au site le caractère d'une vitrine remarquable et exemplaire »³⁰.

Et si l'opérateur ne supporte pas le risque économique de l'opération, le contrat peut alors être qualifié de marché de travaux. C'est sans doute en ce sens qu'il faut lire une décision du Conseil d'État rendue à propos d'un bail emphytéotique qui avait pour objet de confier au titulaire le droit d'occuper un ensemble de terrains et d'exploiter une carrière située sur une partie de ces terrains, en contrepartie de l'obligation de réaliser certains travaux de dépollution sur les terrains. Il a jugé que le contrat « avait pour objet de répondre, par les travaux demandés au titulaire, à un besoin de la commune en matière de dépollution et d'aménagement des parcelles en cause », si bien que « ce contrat administratif devait être regardé comme un marché public de travaux au sens de l'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 », dès lors que « la rémunération du titulaire du marché était en l'espèce assurée par l'exploitation de la carrière »³¹.

Lorsque ce ne sont certes pas tous, mais tout de même l'essentiel des ouvrages qui sont remis à la disposition de la collectivité, ou qui sont exploités par l'opérateur en vue de satisfaire une mission d'intérêt général, rien ne saurait justifier une conclusion différente des précédentes : le contrat qui porte le projet pourrait de la même façon être qualifié de marché ou de concession de travaux, puisqu'il sera tout aussi possible de considérer que l'opération a essentiellement pour objet une « commande », et non pas seulement une cession ou une mise à disposition domaniale.

Si, maintenant, l'objet principal du contrat n'est pas la construction d'ouvrages « publics », parce qu'ils demeurent accessoires en comparaison de l'ensemble immobilier à réaliser par l'opérateur, il faut s'intéresser aux autres constructions qui seront réalisées à l'occasion de l'opération immobilière. Une qualification en marché ou en concession de travaux n'est pas à exclure en effet. Il faut rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié de marché public un contrat qui avait pour objet la réalisation, dans un quartier à redynamiser, d'un pôle de loisirs comprenant un cinéma multiplexe, un parc de stationnement, un hôtel, ... dont l'un seulement – le parc de stationnement – devait revenir à la collectivité, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement. La Cour de justice a en effet jugé que le projet était destiné à remplir par lui-même une fonction économique et qu'il devait être considéré « dans tous ses éléments comme répondant aux besoins précisés par la collectivité publique » parce qu'il apparaissait à la lecture « de plusieurs dispositions de la convention que, par la réalisation

du pôle de loisirs dans son ensemble, la commune de Roanne cherche à repositionner et à redynamiser le quartier de la gare ».

En conséquence, comme l'a indiqué la Cour de justice, 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 »³². 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 »³³.

Il faut ainsi comprendre que lorsqu'un contrat a pour objet de confier la réalisation d'un ensemble immobilier qui, pour l'essentiel, ne fera pas « retour » à la personne publique, mais qui est toutefois le fruit de son initiative et qui est exécuté dans l'intérêt économique direct de la collectivité (redynamiser la vie sociale, culturelle et/ou économique d'un quartier, satisfaire un besoin en logements, ...), il peut être soumis à la directive 2004/18/CE, à tout le moins si les ouvrages construits par l'opérateur ont été quelque peu définis par le contrat, notamment en termes d'affectations (un cinéma, une brasserie, un hôtel, ...) et d'importances respectives des affectations. Il sera un marché de travaux ou bien une concession de travaux, selon que l'opérateur est – ou non – principalement rémunéré par la commercialisation du programme privé et supporte – ainsi – le risque économique de l'opération.

Fondamentalement, l'essentiel en la matière est donc de savoir si, au travers de la cession ou de la mise à disposition de son domaine, 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.

En revanche, l'opération immobilière échappera au champ d'application de la directive 2004/18/CE, si les obligations de travaux qui sont mises à la charge de l'opérateur privé n'apparaissent pas comme la principale considération qui a animé la personne publique lorsqu'elle lui a cédé ou loué une dépendance domaniale. L'opération immobilière échappera ainsi au champ d'application de la directive lorsque les obligations de travaux qu'elle renferme demeurent modestes, ou bien lorsqu'elle a essentiellement pour objet la réalisation d'un programme purement « privé », dont la personne publique n'a absolument pas pris l'initiative et/ou pour la réalisation duquel elle n'apporte, en tout état de cause, aucune contrepartie financière³⁴.

30. TA Paris, 3 févr. 2009, n° 0900393, Sté Ken Club.

31. CE, 3 juin 2009, n° 311798, Cne Saint-Germain-en-Laye : *JurisData* n° 2009-009904.

32. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, J. Auroux c/ Cne Roanne.

33. CJCE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller GmbH.

34. CAA Nancy, 11 oct. 2007, n° 06NCX00733, Assoc. Aubette Demain.

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

3. Les montages inscrits dans le champ d'application des principes généraux de la commande publique

Le champ d'application du droit de la commande publique ne se limite sans doute pas (ou sans doute plus) uniquement aux contrats dont la passation est formellement encadrée par des règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence (les marchés, les concessions de travaux, les contrats de partenariat, les délégations de service public,...)³⁵. La question est à tout le moins posée, et ce tant sur le plan communautaire (A) que sur le plan national (B).

A. - Sur le plan communautaire

Il faut rappeler que dans une décision *Telaustria*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, à propos d'une concession de service public, que les pouvoirs adjudicateurs qui concluent des contrats qui ne sont pas soumis à des procédures de publicité et de mise en concurrence en vertu de la directive 2004/18/CE « sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », et que « ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ». Et la Cour a précisé que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication », et soumis « notamment, à une obligation de transparence » qui « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »³⁶. Dans cet esprit, la Commission européenne indiquait que « tout acte contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et des principes découlant du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services, ces principes incluant notamment les principes de transparence (publicité), d'égalité de traitement (mise en concurrence) de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle »³⁷.

Certaines juridictions administratives du fond ont fait application de cette décision : le tribunal administratif de Paris

a par exemple jugé, à propos de la passation d'un bail emphytéotique administratif qui avait pour objet la rénovation et l'exploitation de logements appartenant à la Ville de Paris, « qu'il résulte des règles et principes découlant du traité instituant la Communauté européenne, que tout acte par lequel un pouvoir adjudicateur confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des principes de publicité et de mise en concurrence, dès lors que ce tiers peut être regardé comme étant un opérateur économique engagé sur le marché »³⁸. De même, le tribunal administratif de Nîmes a jugé, à propos d'une autorisation d'occupation du domaine public qui avait pour objet l'exploitation de petits trains touristiques, « qu'une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats »³⁹. Plus récemment, la cour administrative d'appel de Versailles a incidemment admis de faire application de ces principes, à propos de la cession d'un immeuble communal⁴⁰.

Pour une part de la doctrine, confortée par ces décisions, il faudrait comprendre qu'en application des principes généraux du Traité européen, et de la jurisprudence *Telaustria* qui les applique, toute convention qui a pour objet de céder ou de mettre une dépendance du domaine à la disposition d'un tiers doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, à tout le moins si la dépendance peut être le siège d'une activité économique qui pourrait intéresser plusieurs opérateurs sur le marché⁴¹.

Le Conseil d'État a toutefois incidemment condamné cette interprétation extensive des principes du droit européen, puisqu'il a considéré, on le disait, qu'il n'y avait pas d'obligations de mise en concurrence « même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel », et ce alors que le rapporteur public avait explicitement évoqué dans ses conclusions la jurisprudence *Telaustria*⁴².

La question réapparaît toutefois autrement, mais cette fois sur le plan national.

B. - Sur le plan national

Sans doute dans la continuité de la jurisprudence *Telaustria*, c'est cette fois en effet 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

35. Sur ce sujet, V. Y. Gaudemet, *Dans quelle mesure les opérations immobilières des personnes publiques sont-elles soumises au droit de l'Union européenne ?* : JCP A 2011, 2357.

36. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*.

37. Livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, avr. 2004.

38. TA Paris, 30 mai 2007, n° 0516131, *Préfet de Paris*.

39. TA Nîmes, 24 janv. 2008, n° 0620809, *Sté des trains touristiques Eisenreich*.

40. CAA Versailles, 2 déc. 2010, M. Caen, *préc.*

41. L. Givord, L. Ayache, *La mise en concurrence des titres d'occupation domaniale : une évolution achevée ?* : *Contrats publics*, n° 83, déc. 2008, p. 74.

42. CE, 3 déc. 2010, *Ville Paris*, *préc.*

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 »⁴³. Cette solution a été reprise récemment par le tribunal administratif de Nîmes⁴⁴. Et la cour administrative d'appel de Douai ne semble pas exclure non plus de pouvoir faire application de ces principes généraux de la commande publique⁴⁵.

Si, pour l'heure, cette jurisprudence « marseillaise » suscite plus le débat qu'elle ne pose le droit positif, il n'est toutefois pas absurde de penser qu'elle traduit un mouvement des juridictions administratives vers un élargissement du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence des contrats immobiliers complexes ; mais un élargissement qui n'irait toutefois pas jusqu'à couvrir la portée qui, on le disait, a été donnée à la jurisprudence *Telaustria* par une part de la doctrine et certaines juridictions administratives.

La décision de la cour administrative d'appel de Marseille, éclairée par les conclusions du rapporteur public⁴⁶, semble en effet signifier, plus restrictivement, 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 concurrence⁴⁷. 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 2004/18/CE, 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 (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.

En revanche, 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 ; et ce même si la dépendance va accueillir un vaste programme immobilier dont la « collectivité publique » pourra se satisfaire⁴⁸ ou à la conception duquel elle n'aura pas toujours été totalement étrangère⁴⁹.

43. CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, Cne Rognes.

44. TA Nîmes, 5 avr. 2012, n° 1000792, Cne Langlade.

45. CAA Douai, 25 oct. 2012, Sté Immobilière Carrefour, préc.

46. Conclusions F. Dieu sur CAA, Marseille, 25 févr. 2010, Cne Rognes, préc.

47. En ce sens, C. Bardon, Y. Simonnet, *Telaustria : quel périmètre ?* : Dr. adm. 2009, étude 2.

48. CAA Douai, 25 oct. 2012, Sté Immobilière Carrefour, préc.

49. CAA Nancy, 29 nov. 2007, n° 06NC01189, Sté ATAC.