

Montages immobiliers et concurrence [3]

Les « principes généraux de la commande publique »

Les contrats qui présentent un intérêt certain pour plusieurs opérateurs économiques, sans pouvoir être qualifiés de marchés ou concessions de travaux, pourraient être soumis à un minimum de mise en concurrence, même s'il n'est pas de textes qui soumettent formellement leur passation à des mesures de publicité et de mise en concurrence.

L'AUTEUR



ALEXANDRE VANDEPOORTER,
avocat à la cour,
SCP Seban et associés

A la suite des deux articles publiés dans « La Gazette » (1), il fallait conclure que bon nombre des montages immobiliers « construits » sur le domaine des collectivités territoriales peuvent être qualifiés de marchés ou de concessions de travaux, formellement soumis à une obligation préalable de mise en concurrence au titre de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 ou de l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 relatives aux contrats de concession de travaux publics. Mais il était entendu aussi qu'ils ne le sont toutefois pas tous pour autant : un montage contractuel devrait échapper à toute qualification s'il a essentiellement pour objet la réalisation d'un programme purement « privé », dont la collectivité 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. Est-ce que, dans ce cas, la passation du contrat peut être librement passée par la collectivité territoriale ou est-ce qu'il doit tout de même faire l'objet d'un minimum de publicité et de mise en concurrence ?

S'il n'est pas de textes qui soumettent formellement leur passation à des mesures de publicité et de mise en concurrence (lire I), les contrats qui, sans pouvoir être qualifiés de marchés ou concessions de travaux, présentent un intérêt économique certain pour plusieurs opérateurs économiques pourraient être soumis à un minimum de mise en concurrence, au titre des principes généraux du traité européen (lire II) et, sur le plan national, des « principes généraux de la commande publique » (lire III), voire au titre du principe d'égalité (lire IV).

1. Absence d'obligation formelle de mise en concurrence

« 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 » (2), comme le Conseil d'Etat (3) et les ju-

ridictions administratives du fond (4) ont eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises.

Le législateur a explicitement prévu que « l'aliénation d'un immeuble de l'Etat a lieu avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication, soit à l'amiable » (5), il n'a, en revanche, sans doute pas souhaité imposer cette exigence aux collectivités territoriales (6).

Et, concernant cette fois les contrats qui emportent une mise à disposition d'une dépendance domaniale, il est entendu

À NOTER

« 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 ».

également « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent 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 », comme le Conseil d'Etat l'a tout récemment rappelé

dans sa décision relative au stade Jean Bouin (7).

Toutefois, 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 » (8), ou ne concerne que les contrats qui ont « pour seul objet » l'occupation du domaine (9).

2. Mise en concurrence au titre des principes du traité européen

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 « 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,

Dans la même série, à lire dans « La Gazette » :

- « La compatibilité des montages avec la loi MOP », « La Gazette » n° 2083, daté du 20 juin 2011, p. 58.
- « Montages immobiliers et concurrence : la délicate question de la qualification du contrat », « La Gazette » n° 2084, daté du 27 juin 2011, p. 54.

une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté». 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» (10).

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» (11).

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» (12).

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» (13).

3. Mise en concurrence au titre des principes de la commande publique

La toute récente décision «Commune de Rognes» de la cour administrative d'appel de Marseille s'inscrit, mais au plan national cette fois, dans la continuité de la jurisprudence «Telaustria» (14). 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, 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 collectivité,

À NOTER

Si le contrat n'a pas d'autre objet que de valoriser le domaine de la collectivité, le contrat ne pourra pas être analysé comme un contrat de la commande publique.

est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux de la commande publique».

Vient dans la continuité de cette décision, une toute récente ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nîmes, lequel a considéré que des contrats, qui avaient pour objet de confier à un opérateur le soin d'installer et d'exploiter une centrale photovoltaïque sur des bâtiments publics, relevaient du champ d'application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, c'est-à-dire des contrats dont la passation est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Le juge du référé précisait notamment à cet effet que «de tels (••)

RÉFÉRENCES

- Directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

VOTRE AVIS NOUS INTERESSE!

La Gazette fait partie de votre univers professionnel ?

Vous recevez son Quotidien en ligne, lisez l'Hebdomadaire, consultez son site, utilisez ses services ?

Pour répondre encore plus efficacement à vos attentes et mieux vous connaître, nous avons besoin de votre avis.

Inscrivez-vous au Panel Gazette sur www.lagazette.fr

(•••) contrats ont pour objet non seulement de permettre l'occupation du domaine public, en contrepartie d'une redevance versée par le bénéficiaire, mais également de prévoir l'exécution par le bénéficiaire de travaux d'installation de matériel photovoltaïque et de travaux d'entretien des toitures des bâtiments concernés, en contrepartie desquels le bénéficiaire se voit reconnaître par le département, le droit d'exploiter les équipements» (15).

La jurisprudence semble donc signifier que la passation des contrats qui, de quelque façon que ce soit, renferment une « commande publique » – parce qu'ils ont pour objet de confier à un opérateur le soin de satisfaire une « prestation » pour le compte d'une personne publique – doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence (16).

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/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 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 (17).

Seraient ainsi subordonnée à des obligations minimales de publicité et de mise en concurrence, la passation des contrats par lesquels l'acquéreur, le preneur à bail ou le titulaire de l'autorisation d'occupation du domaine est tenu d'assurer seul la rentabilité d'une opération immobilière qui doit satisfaire un objectif d'intérêt général (un complexe hôtelier, un centre commercial...).

A l'inverse, si le contrat n'a pas, pour la collectivité, d'autre objet que de valoriser son domaine, le contrat ne pourra pas être analysé comme un contrat de la commande publique et devrait échapper à la jurisprudence « Telaustria » et aux principes généraux de la commande publique qui la traduisent en droit national. Et ce sans doute même s'il est quelques prescriptions techniques qui sont imposées à l'opérateur pour garantir l'intégrité et/ou la destination du domaine (18).

4. Une mise en concurrence au titre du principe d'égalité ?

Est-ce que le contrat est alors exclu de toute exigence de mise en concurrence ? La question demeure sans doute ouverte. Au titre du droit de la concurrence, et suivant les exigences posées par le Conseil d'Etat en la matière (19), il y a tout lieu de penser qu'une cession ou une mise à disposition domaniale devrait être soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, si elle devait conduire l'opérateur à abuser de la position dominante dont il bénéficie par l'effet même de l'acquisition ou de la mise à disposition (20). Mais sinon ?

Il est vrai que, d'un côté, le principe d'égalité de traitement entre les administrés voudrait que la cession ou la mise à disposition soit précédée d'un minimum de publicité, lorsqu'elle peut présenter un intérêt pour plusieurs opérateurs placés sur un marché concurrentiel (21). Mais ce n'est toutefois apparemment pas la direction prise par le Conseil d'Etat, lequel a tout récemment pris soin de souligner que la liberté des collectivités territoriales en la matière était vérifiée, « même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel » (22). 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 collectivités territoriales d'une marge de manœuvre nécessaire pour valoriser efficacement leur domaine.

À RETENIR

➤ **La « commande publique » comme critère.**
La passation des contrats qui renferment une « commande publique » doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence.
A l'inverse, si le contrat n'a pas d'autre objet que de valoriser son domaine, il échappera aux principes généraux de la commande publique.

(1) « La compatibilité des montages avec la loi MOP », « La Gazette » n°2083, daté du 20 juin 2011, p.58 ; « Montages immobiliers et concurrence : la délicate question de la qualification du contrat », « La Gazette » n°2084, daté du 27 juin 2011, p.54.

(2) CE 26 oct. 1994, Monier, req. n°121717.

(3) CE 8 févr. 1999, Ville de Lourdes, req. n°168043.

(4) CAA Nancy, 25 mars 2004, Cne Corre, req. n°99NC01278.

(5) Art. 1^{er} du décret n°2004-1175 du 4 nov. 2004 relatif aux modalités d'aliénation du domaine privé immobilier de l'Etat, pris en application de l'article L. 3211-1 CGCT.

(6) En ce sens, conclusions de Frédéric Dieu sur CAA Marseille 25 févr. 2010, Cne Rognes, req. n°07MA03620, AJDA juin 2010, p.1200.

(7) CE 3 déc. 2010, Ville de Paris, req. n°338272.

(8) Concl. Frédéric Dieu sur CAA Marseille 25 févr. 2010, Cne Rognes préc.

(9) CE 3 déc. 2010, Assoc. Paris-Jean Bouin, req. n°338272.

(10) CJCE 7 déc. 2000, Telaustria, C-324/98.

(11) Livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, avril 2004.

(12) TA Paris 30 mai 2007, préfet de Paris, req. n°0516131.

(13) TA Nîmes 24 janv.2008, Sté trains touristiques Eisenreich, req. n°0620809.

(14) CAA Marseille 25 févr. 2010, Cne Rognes, req. n°07MA03620.

(15) TA Nîmes 4 oct. 2010, Sté Fonroche Investissements, req. n°1002266.

(16) En ce sens, « Telaustria : quel périmètre ? », Bardou C., Simonnet Y., Droit administratif, n°1, janvier 2009 ; et, pour une analyse donnant un champ plus large à la jurisprudence Telaustria : « La mise en concurrence des titres d'occupation domaniale : une évolution achevée ? », Givord L., Ayache L., Contrats publics, n°83, décembre 2008, p.74.

(17) « Montages immobiliers et concurrence : la délicate question de la qualification du contrat », « La Gazette » n°2084, daté du 27 juin 2011, p.54.

(18) CAA Nancy 29 nov. 2007, Sté ATAC, req. n°06NC01189.

(19) CE 26 mars 1999, Sté EDA, req. n°202260.

(20) En ce sens, conclusions précitées de Frédéric Dieu, sur l'arrêt Commune de Rognes.

(21) « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », Fatôme E. et Terneyre Ph., op. cit., pp. 1879-1882.

(22) CE 3 déc. 2010, Assoc. Paris-Jean Bouin, req. n°338272.