

Montages immobiliers et concurrence [1]

La compatibilité des montages avec la loi MOP

- Les montages contractuels sur le domaine peuvent répondre à un « besoin » de la collectivité territoriale concernée : ils renferment, en quelque sorte, une part de « commande publique ».
- Ils posent en conséquence la question de l'existence ou non d'une obligation de les soumettre à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence.

L'AUTEUR



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

Les montages contractuels ont pour objet, soit de mettre une dépendance domaniale à la disposition d'un opérateur, soit de lui céder un terrain, avec dans un cas comme dans l'autre, une obligation à sa charge de réaliser des équipements immobiliers dont certains, le cas échéant, devront faire « retour » à la collectivité territoriale concernée.

Il peut s'agir du contrat par lequel une commune met un terrain à la disposition d'un opérateur, à charge pour lui 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. La mise à disposition de la dépendance domaniale peut être organisée par la voie d'un bail emphytéotique de droit commun (1), d'un bail emphytéotique administratif (2), d'un bail à construction (3) ou d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public, le cas échéant constitutive de droits réels (4). Ce peut être le cas du contrat par lequel une commune cède un terrain à un promoteur immobilier, avec obligation pour lui de réaliser une série d'équipements : certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, un hôtel, des logements, un centre commercial...) mais pourront tout de même indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils dynamiseront la vie d'un quartier et son développement économique ; tandis que d'autres (une salle des fêtes, une crèche, un parc public de stationnement...) seront immédiatement remis à la commune puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Ces montages contractuels répondent à un « besoin » de la collectivité territoriale : ils renferment une part de « commande publique » et posent en conséquence la question de l'existence, ou non, d'une obligation de les soumettre à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence (5). Si la jurisprudence demeure encore très incertaine, l'étude des décisions de juridictions administratives qui ont été récemment rendues à ce sujet permet toutefois de dégager quelques conclusions fiables.

1. Mesures de publicité et respect des principes de libre concurrence

Le problème se présente sous trois angles bien distincts. Apprécier si la conclusion d'un montage contractuel immobilier attaché au domaine d'une collectivité territoriale doit être – ou non – précédée de mesures de publicité et de mise en concurrence impose d'apprécier, en tout premier lieu, si le contrat doit – ou non – être qualifié en un contrat de la commande publique (par nature formellement soumis à des exigences de publicité et de mise en concurrence). S'il constitue un marché de travaux au sens du Code des marchés publics c'est alors, de fait, la question de la conformité du montage aux exigences de la loi MOP qui est immédiatement posée (article I de la série).

S'il s'agit d'un marché ou d'une concession de travaux au sens de la directive communautaire 2004/18 ou de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relatives aux contrats de concession de travaux publics, voire une concession d'aménagement (article II de cette série, à paraître).

A défaut de telle qualification, il faut alors apprécier si, malgré tout, le contrat doit toutefois être précédé d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence et à quel titre exactement (article III de cette série, à paraître).

• Préalable : compatibilité du montage avec la loi MOP

En principe, un montage immobilier construit sur le domaine d'une collectivité territoriale ne devrait pas pouvoir être requalifié en marché de travaux au sens du Code des marchés publics et donc être soumis aux mesures de publicité et de mise en concurrence qu'il renferme, faute pour la collectivité d'exercer la maîtrise d'ouvrage sur les travaux. 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

Dans la même série, à paraître dans « la Gazette » :

- « La qualification du montage immobilier en marché, concession de travaux ou concession d'aménagement ».
- « La mise en concurrence des montages au titre des principes généraux de la commande publique ».

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».

2. Le critère de la réponse à un besoin

Au premier regard, les montages qui nous concernent peuvent répondre à la définition du marché de travaux. 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 (un gymnase, une salle de spectacle...) et dont les caractéristiques sont quelque peu définies par la collectivité (surface, fonctionnalités...), 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 «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 du terrain est inférieur au prix du marché, et ce à hauteur du prix des équipements qui seront remis à la collectivité, 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: 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.

3. « Maîtrise d'ouvrage »

Toutefois, une qualification de marché de travaux au sens du Code des marchés publics devrait être écartée en principe. Si les équipements réalisés par l'opérateur répondent sans doute aux besoins qu'elle a précisés, ce n'est toutefois pas la collectivité qui en «exerce la maîtrise d'ouvrage», mais l'opérateur, preneur à bail ou acquéreur de la dépendance domaniale.

La collectivité ne va pas exercer la maîtrise d'ouvrage sur des équipements qui sont construits sur des terrains qui, par définition, ne lui appartiennent plus et elle ne va pas non plus, en cas de simple mise à disposition du terrain, exercer la maîtrise d'ouvrage sur des équipements dont elle ne sera pleinement propriétaire qu'au terme du bail ou de l'autorisation d'occupation du domaine. C'est ainsi qu'à propos d'un bail emphytéotique administratif qui avait pour objet la

réalisation d'un ensemble immobilier, composé pour partie de bureaux privés et pour une autre partie de locaux dont la ville de Lille ne deviendrait propriétaire qu'aux termes du bail, le Conseil d'Etat a considéré que la ville ne pouvait pas jouer le rôle de maître d'ouvrage, si bien que l'opération ne constituait pas un marché public (6).

Une réserve s'impose cependant 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 en effet s'assurer que la collectivité 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 ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP).

En effet, 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» (7). Et elle doit en conséquence passer un marché public et respecter les mesures de publicité et de mise en concurrence qu'il renferme. Plusieurs situations doivent être envisagées.

• Remise immédiate en pleine propriété de tous les équipements réalisés

Un contrat de cession d'une dépendance domaniale qui emporte également pour l'acquéreur une obligation de réaliser une série d'équipements qui seront tous «entièrement» (8) ou «dans leur ensemble destinés à devenir la propriété» (9) de la collectivité cédante, une fois qu'ils auront été construits, sera analysé comme ayant été conclu en méconnaissance de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et, partant, du Code des marchés publics.

En revanche, lorsque les équipements immédiatement cédés à la collectivité «ne constituent qu'une partie d'un ensemble immobilier» (10), ou s'intègrent dans un «immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires» (11), 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 publics.

La cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi exclu de qualifier en marché de travaux 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 13,800 m² qui devait faire l'objet d'une division en 5 volumes dont l'un seulement, destiné à abriter divers services administratifs de la commune, devait lui revenir sous la forme d'une dation en paiement (12). Dans le même ordre d'idée, le tribunal administratif de Bordeaux a également exclu toute qualification en marché de travaux, à propos d'une opération qui avait pour objet un ensemble immobilier dont un peu plus d'un quart seulement devait être immédiatement remis en pleine propriété à la collectivité (13).

(...)

RÉFÉRENCES

- Code des marchés publics (CMP), art. 1 et 2.
- 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).

(...) ● Remise immédiate en pleine propriété de l'essentiel des équipements réalisés

Il faut toutefois s'assurer que la part des équipements qui font immédiatement retour à la collectivité ne constitue pas, notamment à raison de leur importance, une part essentielle, sinon même l'objet principal du contrat. Au risque, sinon, que le montage ne puisse plus être analysé comme ayant principalement pour objet une vente domaniale, et qu'il soit au contraire considéré comme étant principalement un marché.

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 ». 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 » (14).

● Remise immédiate en pleine propriété d'équipements réalisés dissociables de l'ensemble plus vaste à construire

Par ailleurs, même 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. Le constat est logique : si l'ouvrage est physiquement dissociable de l'ensemble immobilier, s'il est « individualisé par rapport aux constructions voisines » (15), il doit être analysé comme « un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété », au sens de la jurisprudence « Région Midi-Pyrénées ».

Comme le résumait les professeurs Terneyre et Fatôme, lorsque « un ouvrage n'est pas un ouvrage autonome, mais constitue une partie d'un ensemble immobilier dont les autres parties sont destinées à être vendues à des personnes privées, ce contrat est licite au regard des exigences des règles d'origine nationale puisqu'il ne méconnaît pas les dispositions de la loi MOP ».

Et ils précisent que lorsque, dans le cadre d'une vente d'un terrain, seule une partie des ouvrages à réaliser est destinée à la personne publique, « l'élément destiné à la personne publique ne peut pas lui être immédiatement vendu, mais ne peut que lui être loué si cet élément est physiquement distinct des éléments qui sont destinés à des tiers. En revanche, il peut aussi bien lui être vendu que loué, s'il constitue un élément indissociable d'un immeuble dont les

autres éléments sont destinés à des tiers » (16). En conclusion, une collectivité territoriale ne devrait pas pouvoir solliciter, au risque de méconnaître les prescriptions de la loi MOP, et incidemment celles du Code des marchés publics, un montage qui aurait pour objet une cession domaniale avec obligation pour l'acquéreur, soit de réaliser des équipements qui seront, tous ou pour l'essentiel, immédiatement remis en pleine propriété à la collectivité, soit de réaliser des équipements dont certains, physiquement dissociables du reste de l'ensemble à construire, seront immédiatement remis en pleine propriété à la collectivité.

En revanche, les autres montages immobiliers échappent en principe aux exigences de la loi MOP et, donc, à toute requalification en marché de travaux au sens du Code des marchés publics, si bien qu'ils ne sont pas soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence, à ce titre-là. Mais ils peuvent être autrement soumis à des exigences de publicité et de mise en concurrence, au titre de leur requalification en d'autres catégories de contrats, dont la passation est soumise à des procédures formelles de mise en concurrence, cette fois alors même que la collectivité n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage sur les équipements à réaliser (17). C'est alors poser le problème de la requalification des montages immobiliers en marchés ou concessions de travaux au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 ou de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relatives aux contrats de concession de travaux publics, voire en concession d'aménagement.

À RETENIR

➤ **Cession domaniale risquée. Une collectivité territoriale ne devrait pas pouvoir solliciter un montage qui aurait pour objet une cession domaniale avec obligation pour l'acquéreur, soit de réaliser des équipements immédiatement remis en pleine propriété à la collectivité, soit de réaliser des équipements dont certains, physiquement dissociables du reste de l'ensemble à construire, seront immédiatement remis en pleine propriété à la collectivité.**

(1) Code rural et de la pêche maritime, art. L. 451-1 et s.

(2) Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L. 1311-2 et s.

(3) Code de la construction et de l'habitation (CCH) art. L. 251-1 et s.

(4) Code général des collectivités territoriales (CGCT), art. L. 1311-5 et s.

(5) Cette question a fait l'objet d'une étude très complète : « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », Etienne Fatôme et Philippe Terneyre, AJDA, 2009, pp. 1868 et s.

(6) CE 25 févr. 1994, Sté Sofap Marignan, req. n°144641.

(7) CE 8 févr. 1991, Région Midi-Pyrénées, req. n°57679.

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

(9) CE 14 mai 2008, CC Millau-Grands Causses, req. n°280370.

(10) CAA Bordeaux 19 mars 2002, CU Bordeaux, req. n° 97BX01384.

(11) Avis, 31 janvier 1995, Rapp. Conseil d'Etat, 1995, p. 407.

(12) CAA Bordeaux 18 déc. 2003, Cne Arcachon, req. n° 99BX02554

(13) TA Bordeaux 9 mars 2006, Groleau, req. n°0503346.

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

(15) CE 14 mai 2008, CC Millau-Grands Causses, req. n°280370.

(16) « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », Etienne Fatôme et Philippe Terneyre, op.cit., p.1875.

(17) En ce sens, CE, 3 juin 2009, Cne Saint-Germain-en-Laye, req. n°311798.