

Contrat de la commande publique et valorisation immobilière : une cohabitation difficile ?

Le fait pour un propriétaire public de céder ou louer un bien immobilier ou un terrain dont il n'a plus l'usage offre des avantages non négligeables. Cependant, dans quelle mesure le titulaire d'un contrat de la commande publique peut également être en charge de procéder à une opération de valorisation immobilière ? Si une opération de valorisation immobilière peut être immédiatement intégrée dans un marché de partenariat ou une concession, une telle intégration ne semble pas possible dans un autre type de marché public.

La cohabitation entre les opérations de valorisation immobilière et la commande publique est un sujet qui n'est certes pas nouveau, mais l'enjeu qui l'entoure est sans doute chaque jour un peu plus essentiel. L'opération qui consiste pour un propriétaire public à céder ou louer un bien immobilier ou un terrain dont il n'a plus l'usage offre en effet des opportunités évidentes. Déjà, elle rapporte des recettes qui peuvent être autrement injectées dans des projets d'intérêt général. Ensuite, la mise à disposition ou la cession d'une dépendance publique peut (également) permettre au propriétaire public de mettre à la charge d'un opérateur privé le soin de construire des bâtiments ou autres équipements utiles à la vie de la Cité : on sait que le propriétaire public peut subordonner la cession de son bien, l'autorisation d'occupation de son domaine ou un bail emphytéotique qu'il entend accorder sur son terrain d'une série de prescriptions constructives, fonctionnelles ou de destination, de sorte qu'il puisse garder un droit de regard sur la « nouvelle vie » de « son » bien.

En droit, le sujet peut être appréhendé sous deux angles bien distincts, même s'ils ne sont pas non plus pleinement imperméables. Le premier sujet est bien connu. Beaucoup d'encre a coulé et coule encore sur le risque de requalification des contrats de valorisation du domaine public ou privé, en contrats de la commande publique : il est aujourd'hui entendu que lorsque les prescriptions qui sont attachées à une vente domaniale, à un bail emphytéotique administratif ou à une convention d'occupation temporaire du domaine public sont par trop importantes, le contrat doit être analysé comme un contrat de la commande publique⁽¹⁾.

Auteur

Gaëlle Collin
Avocate à la Cour
Seban & Associés

(1) Voir notamment dans ce dossier, les articles de Boullault (A.), « Recours à la cession foncière avec charges : quel risque de requalification ? » et Goachet (V.), « Montages immobiliers qualifiés de marchés de travaux : dans quel cas ? ».

Mais c'est sous un autre angle que le sujet sera ici abordé. Il tient dans l'énoncé d'une question simple : dans quelle mesure le titulaire d'un contrat de la commande publique peut également être en charge de procéder à une opération de valorisation immobilière : dans quelle mesure l'entreprise en charge de construire et/ou d'exploiter une piscine communale par la voie d'un marché ou d'une concession, peut être également chargé de valoriser les parcelles de terrain qui entourent immédiatement cet équipement ?

La portée du dispositif est évidemment très élastique. Il peut s'agir d'autoriser le titulaire d'une concession ou d'un marché à conclure des baux « simples » ou de « petites » autorisations d'occupation temporaire du domaine public, pour qu'il installe, au sein d'un équipement qu'il aura réalisé, une buvette, des panneaux photovoltaïques sur le toit, ou encore qu'il y organise des événements privés⁽²⁾... La valorisation peut également prendre des formes plus conséquentes et engageantes, lorsqu'elle porte sur des contrats de longue durée (des baux emphytéotiques administratifs ou des autorisations d'occupation temporaires constitutives de droits réels), voire des contrats de cession des droits à construire qui entourent l'équipement public. Qu'on pense au marché de partenariat qui a pour objet la construction d'un stade de football et qui confie également au titulaire du contrat, sur les parcelles alentours, le droit d'accorder des baux à construction, de construire lui-même des ensembles immobiliers de bureaux, de commerces... et/ou de les commercialiser ensuite *via* des baux commerciaux, ou même des ventes en l'état futur d'achèvement.

Sous cet angle, l'enjeu du sujet couvre ici aussi deux facettes opportunes pour l'acheteur/propriétaire public : l'opération de valorisation domaniale viendra diminuer pour l'acheteur public le coût de l'équipement qu'il a commandé et le propriétaire public pourra quelque peu diriger ce qu'il adviendra de sa dépendance offerte à la valorisation. Autrement dit, et c'est ici le cœur du sujet : est-ce qu'il est possible pour un acheteur public de prescrire à un seul et même opérateur la charge de lui réaliser un ouvrage et, dans le même temps, de le rémunérer, pour tout ou partie, non pas par un prix ou par le droit d'exploiter l'ouvrage, mais par les recettes qu'il pourra tirer de son droit de valoriser les dépendances qui entourent l'ouvrage ?

En l'état du droit, la réponse commande de distinguer selon la nature du contrat de la commande publique concerné : une opération de valorisation immobilière peut être immédiatement intégrée dans un marché de partenariat ou une concession, mais ne peut sans doute pas l'être dans un (autre type de) marché public.

(2) X. Mouriessé, « Valorisation immobilière et délégation de service public », *CP-ACCP*, n° 89, juin 2009.

L'intégration immédiate d'une valorisation immobilière à un marché de partenariat ou à une concession

Deux contrats de la commande publique permettent immédiatement à un acheteur public de confier au titulaire du contrat la charge de valoriser certaines de ses dépendances : le marché de partenariat et le contrat de concession.

On sait en effet que le titulaire d'un marché de partenariat est chargé d'une mission globale, qui comprend tout à la fois des missions principales obligatoires – « la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement »⁽³⁾ – et d'autres missions complémentaires (la conception, la maintenance, l'exploitation de ces ouvrages...) ⁽⁴⁾. Et il est également autorisé, en plus de ces missions, à exercer des activités annexes et/ou à valoriser le domaine ; activités dont il est prévu que les revenus « viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur »⁽⁵⁾.

Le Code de la commande publique renferme ainsi des dispositions spécifiques à la valorisation du domaine que son titulaire peut mettre en œuvre, de manière accessoire à l'objet du marché de partenariat : il peut être autorisé (i) à accorder des titres d'occupation du domaine public, (ii) à conclure des baux de droit privé (qui peuvent être constitutifs de droits réels pour une durée limitée) ou (iii) à procéder à la cession « en cascade »⁽⁶⁾ de dépendances que la personne publique lui aura cédées⁽⁷⁾.

Pour les contrats de concession, le Code de la commande publique ne règle pas le sujet aussi frontalement. Mais il prévoit bien tout de même que le titulaire peut être autorisé « à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession », qui « constituent des accessoires au contrat de concession »⁽⁸⁾. Cette possibilité déroge donc fondamentalement au « principe de spécialité » qui entoure le contrat de concession⁽⁹⁾. Elle est interprétée comme permettant

(3) CCP, art. L. 1112-1.

(4) L'article L. 2213-1 du Code de la commande publique prévoit en effet que « Le marché de partenariat comprend les missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de L. 1112-1 et, le cas échéant, tout ou partie des missions complémentaires mentionnées du 1° au 3° du même article ».

(5) CCP, art. L. 2213-9.

(6) F. Tenailleau et S. Weill, « Les marchés de partenariat », *JCP A* n° 41, 12 octobre 2015, p. 2292.

(7) CCP, art. L. 2233-1.

(8) CCP, art. L. 3132-3.

(9) L'article L. 3114-1 du Code de la commande publique prévoit que « Le contrat de concession est conclu par écrit. Il ne peut contenir de clauses par lesquelles le concessionnaire prend à sa charge l'exécution de services, de travaux ou de paiements étrangers à l'objet de la concession ».

au concessionnaire, de conclure, mais à titre accessoire, des titres d'occupation qui permettront par exemple la construction/l'exploitation de bureaux, logements, commerces⁽¹⁰⁾... autour de l'équipement qui forme l'objet principal de la concession.

En revanche, à la différence du marché de partenariat, la valorisation dans le cadre d'une concession ne semble pas pouvoir aller jusqu'à la vente même de dépendances : le code est silencieux sur ce point et prévoit par ailleurs que les différents contrats conclus par le concessionnaire devront être retransférés à la personne publique à l'issue du contrat⁽¹¹⁾.

Dans un cas comme dans l'autre, cette possibilité d'intégration immédiate présente plusieurs avantages certains pour l'acheteur public.

Le premier est évidemment financier, en marché de partenariat comme en concession. En marché de partenariat, le montant de valorisation sur lequel le titulaire se sera engagé va venir réduire le montant des « rémunérations » dues par la personne publique à partir de la mise à disposition de l'ouvrage commandé par l'acheteur public⁽¹²⁾. Et il y a tout lieu de penser que les parties peuvent librement déterminer les modalités précises de cette compensation. Le montant de la valorisation peut prendre la forme d'une sorte de « soulte forfaitaire » qui sera due en début du contrat, à tout le moins avant la mise à disposition de l'ouvrage, c'est-à-dire avant la phase « exploitation » : cette soulte vient alors diminuer le montant à financer des ouvrages, et donc la portée du financement long terme, et donc le montant des rémunérations dues par l'acheteur durant la phase d'exploitation de l'ouvrage. Le montant de la valorisation peut aussi être « reversé » à l'acheteur public pendant la phase d'exploitation, au fur et à mesure de la valorisation, c'est-à-dire de la commercialisation des équipements réalisés au titre de la valorisation. Quel que soit le dispositif, il renferme évidemment ses écueils, à tout le moins au premier regard. Il est évident que le volume de cette soulte est largement fonction de la réussite de la valorisation ; mais il est entendu également que l'acheteur public ne peut pas se contenter de « belles promesses » et que, ne serait-ce qu'au titre de la comparabilité des offres, il doit obtenir des candidats à la passation du marché de partenariat une part d'engagement ferme en la matière. Il est donc un risque bien connu : le marché de partenariat sera signé sur un volume de soulte, sur lequel le titulaire a certes pris un risque, mais qui pourra s'avérer par trop modeste par rapport à la réussite finale de la valorisation. Mais le développement souligne un avantage à cette intégration de la valorisation immobilière dans le contrat de la commande publique : parce que c'est le même opérateur qui a la charge de la commande et de la valorisation, on peut

lui faire plus efficacement supporter un risque global, un risque sur le coût de l'ouvrage commandé et sur la réfaction apportée à ce coût en raison de la valorisation.

En contrat de concession, le sujet se présente évidemment quelque peu différemment. C'est l'équilibre économique du contrat qui sera façonné en considération des recettes issues de la valorisation. Mais il est entendu que l'autorité concédante en profitera : le fruit de la valorisation viendra impacter les grands paramètres de la concession. La durée pourra être plus courte parce que les investissements auront été amortis plus rapidement en conséquence ; les prix proposés aux usagers pourront être moins élevés ; l'autorité concédante pourrait ne pas être appelée à verser un prix⁽¹³⁾, ou à verser un prix plus faible que ce qu'il aurait été sinon⁽¹⁴⁾...

Avantage financier évident, mais pas seulement : la circonstance que la personne publique bénéficie d'un interlocuteur unique, tant pour son ouvrage que pour les espaces à valoriser ouvre nettement plus le champ des possibles. C'est évident sur le terrain des interfaces entre partie valorisée et partie commande publique. Mais pas seulement. Elle lui permettra sans doute plus facilement de s'assurer d'une certaine cohérence dans la réalisation des ouvrages, *a fortiori* s'ils devaient être imbriqués ou à tout le moins construits dans le même temps rapproché et dans des espaces contigus. Il sera par exemple nettement plus aisé d'envisager une continuité architecturale, programmatique ou fonctionnelle au sein du projet, en prévoyant notamment des ensembles dans lesquels la valorisation foncière serait imbriquée à l'équipement objet du contrat. Et, sur le plan calendaire, on retrouve aussi les mêmes bénéfices : le titulaire de l'ensemble contractuel s'engage sur un calendrier global, sans risque de disposer certes d'un ouvrage, mais d'un ouvrage entouré de zones de chantier sans fin annoncées.

Indépendamment de ces deux contrats spécifiques (le marché de partenariat et la concession), le sujet se présente sous un angle différent et nettement plus compliqué, sinon incertain.

L'intégration de la valorisation immobilière dans les (autres) marchés publics ?

Pour les autres contrats de la commande publique, c'est-à-dire les marchés, il ne semble pas possible d'intégrer immédiatement une partie valorisation au contrat.

La question s'est notamment posée pour les marchés globaux, parce que, comme pour les marchés de partenariat, ils permettent de confier au titulaire une mission globale, regroupant les études et les travaux dans les

(10) R. Barbier, J-M Peyricat et P. Cailloce, « La valorisation domaniale dans le cadre des contrats complexes de la commande publique », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 215, décembre 2020.

(11) CCP, art. L. 3132-3.

(12) CCP, art. L. 2213-9, R. 2213-1 et R. 2213-2.

(13) CCP, art. L. 1121-1.

(14) R. Barbier, J-M Peyricat et P. Cailloce, « La valorisation domaniale dans le cadre des contrats complexes de la commande publique », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 215, décembre 2020.

marchés de conception-réalisation^[15], ou toutes les missions allant de la conception à la maintenance et à l'exploitation pour les marchés globaux de performance et les autres marchés globaux sectoriels^[16]. On aurait donc pu imaginer que la valorisation de dépendances immobilières puisse être, ici aussi, annexée, aux missions que la personne publique peut confier au titulaire du marché global.

Mais contrairement à ce qu'il advient (expressément) des marchés de partenariat et (plus implicitement) des contrats de concession, les dispositions du Code de la commande publique ne prévoient pas cette possibilité pour le titulaire d'un des différents types de marchés globaux^[17]. Il est une exception toutefois, mais une exception bien spécifique : les titulaires des marchés publics globaux sectoriels passés par la Société du Grand Paris peuvent désormais se voir confier « une mission globale portant sur tout ou partie de la conception, de la construction et de l'aménagement des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris (...), sur les opérations de construction et de valorisation immobilière non directement liées aux infrastructures précitées qui relèvent de sa compétence »^[18]. Il s'agit très concrètement, de permettre aux titulaires des marchés globaux conclus par la Société du Grand Paris pour la rénovation des gares de valoriser des ouvrages connexes (et possiblement imbriqués) à ces équipements^[19].

Pour certains auteurs, cette disposition témoigne de ce que les titulaires des autres marchés globaux qui ne relèvent pas de cet article ne peuvent pas, de la même manière, se voir confier une mission globale qui comprendrait notamment une partie valorisation^[20]. Et elle serait justifiée par la circonstance que, parce que les marchés publics globaux dérogent déjà, par nature, au principe d'allotissement, la liste des prestations qui peuvent être intégrées dans la mission globale du titulaire doit être interprétée strictement, et ne pas aller au-delà de la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance^[21].

On pourrait toutefois être tenté de soutenir que même si la valorisation ne fait pas partie des missions « autorisées » dans le cadre d'un marché public global, et *a fortiori* dans le cadre d'un marché « classique », elle

pourrait autrement être confiée au titulaire d'un marché, dans le cadre d'un contrat mixte.

En effet, le Code de la commande publique s'accommode parfaitement des contrats qui renferment tout à la fois un objet « commande publique » et un objet extérieur^[22] : il se conçoit donc sans peine, au premier regard, qu'un acheteur public puisse conclure un contrat qui renfermerait un marché public et qui imposerait une valorisation domaniale au titulaire. Il est vrai, à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017^[23], et sinon au titre de la directive Services^[24], que les contrats emportant d'occupation du domaine (AOT, BEA...) et supports de la valorisation, doivent être précédés d'une procédure de publicité et de sélection préalable quand ils sont accordées « en vue d'une exploitation économique »^[25]. Mais on sait, à tout le moins au titre du droit national appliqué au domaine public, que ce n'est pas le cas « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection »^[26]. Bref, rien ne semble s'opposer à ce qu'un contrat mixte marché/valorisation puisse faire l'objet d'une seule procédure de passation, c'est-à-dire celle qui est attachée à la commande publique^[27].

Séduisant, le raisonnement demeure fragile. Outre les textes, qui militent dans le sens inverse, il est plus fondamentalement un risque que ce scénario d'une procédure unique, justifiée par le recours à un contrat mixte, vienne quelque peu artificiellement restreindre la concurrence : ce faisant, l'acheteur public limiterait nécessairement l'identité de ceux (des candidats) capables de répondre à ce contrat mixte, puisqu'il leur faudrait non pas seulement être en capacité de pouvoir construire un équipement public, puis, le cas échéant, d'assurer sa maintenance et son exploitation, mais également d'être en mesure de commercialiser des équipements privés. Or, il s'agit d'exercer un métier différent, le « métier » de promoteur/investisseur.

Du reste, le scénario interroge au-delà, mais c'est en partie lié, sur l'évaluation qu'il conviendrait alors de faire du volet « valorisation ». Contrairement à ce qu'il advient dans le cadre d'un contrat unique (concession ou marché de partenariat), il n'est en effet pas certain qu'il soit possible d'intégrer dans le jugement des offres d'un marché « classique » des critères qui ne seraient pas attachés à la construction de l'équipement public, mais aussi à une valorisation immobilière : un critère

[15] CCP, art. L. 2171-2.

[16] CCP, art. L. 2171-3 et L. 2171-4.

[17] CCP, art. L. 2171-1.

[18] CCP, art. L. 2171-6 introduit par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

[19] T. Rouveyran et C. Farineau, « Les marchés globaux – état des lieux », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 222, juillet 2021.

[20] O. Ortega et B. Louis, « Marché global de performance énergétique et marché de partenariat de performance énergétique : comment les différencier ? », *Contrats Publics – Le Moniteur*, n° 222, juillet 2021 et J. Pentecoste, « Marché public global et valorisation foncière : trésor caché ou miroir aux alouettes ? », *Le Moniteur*, 4 juin 2021.

[21] J. Pentecoste, « Marché public global et valorisation foncière : trésor caché ou miroir aux alouettes ? », *Le Moniteur*, 4 juin 2021.

[22] CCP, art. L. 1300-1 et s.

[23] Ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques.

[24] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

[25] CG3P, art. L. 2122-1-1 ; pour l'application de cette obligation aux dépendances du domaine privé, voir CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14.

[26] CG3P, art. L. 2122-1-2.

[27] CCP, art. L. 1311-1 et L. 1312-1.

sur le projet de valorisation (affectation, architecture...), un critère sur l'incidence financière de la valorisation (montant de la redevance et/ou de la soulte...).

Partant, lorsqu'un acheteur public ne souhaite ou ne peut ni recourir à un marché de partenariat, ni à un contrat de concession, mais dispose d'un foncier nettement plus grand que ce dont il a besoin pour faire construire « sa » commande, il lui est seulement possible de conclure deux contrats distincts.

Mais on retombe dans le droit commun, et les écueils qu'il emporte. La personne publique devra porter l'organisation de deux procédures distinctes, puis supporter les contraintes liées aux interfaces entre les contrats, aux différences de phasages et de calendriers entre la réalisation d'un ouvrage et la mise en œuvre du programme de valorisation. Et elle devra surtout assurer l'intégralité du portage financier de la partie « marché » en attendant de percevoir les recettes tirées de la commercialisation/valorisation du domaine, qui n'interviendront pas nécessairement en même temps^[28]. Enfin

[28] J. Pentecoste, « Marché public global et valorisation foncière : trésor caché ou miroir aux alouettes ? », *Le Moniteur*, 4 juin 2021.

et dans ce cas, il semble évidemment compliqué voire impossible, sur un plan technique, d'envisager que les deux volets (commande et valorisation) puissent être imbriqués dans un même ensemble immobilier ; sauf à croire dans le groupement de commandes ou à se perdre dans la co-maîtrise d'ouvrage, on n'imagine guère un opérateur en charge de réaliser un gymnase communal et un autre opérateur en charge de réaliser un étage de bureaux et de logements au-dessus du gymnase...

Pour conclure, la question placée au cœur du sujet appelle une réponse tranchée pour une bonne part, qui suit sans doute une certaine logique. Une réponse tranchée : il est sans doute possible, pour un acheteur public, de prescrire à un seul et même opérateur la charge de lui réaliser un ouvrage et, dans le même temps, de le rémunérer, pour tout ou partie, par les recettes qu'il pourra tirer de son droit à une valorisation, mais que s'il mobilise un contrat de concession ou un marché de partenariat. Il ne faut pas pour autant être surpris par cette réponse, si on veut bien ne pas oublier qu'il s'agit de contrats non seulement globaux, mais des contrats qui par définition doivent faire porter le risque sur le maître d'ouvrage privé. Et, du reste, la valorisation immobilière ne pourra sans doute jamais être aussi optimale dans une concession que dans le cadre d'un marché de partenariat.