

<http://moniteurjuris.fr/document/20-32402347>

Contrats publics

REVUE - n°166 - (DOSSIER)

juin 2016

Le nouvel encadrement des cessions immobilières avec charges d'intérêt général

Nicolas Charrel Et Thomas Gaspar Avocats Cabinet Charrel Et Associés

Par principe, les cessions immobilières demeurent exclues du champ d'application de droit de la commande publique. Néanmoins, elles peuvent être soumises à ce droit suite à une requalification opérée par le juge. En outre, l'ordonnance et le décret relatifs aux marchés publics viennent indirectement encadrer ces cessions, en consacrant notamment une nouvelle définition du marché public de travaux.

Le nouveau droit de la commande publique, résultant aujourd'hui des ordonnances « marchés », « concessions » et de leurs décrets d'application, a notamment eu pour effet de mettre un terme au développement continu des techniques contractuelles de partenariat public-privé (PPP) consistant parfois à utiliser le bail emphytéotique administratif (BEA) ou l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) du domaine public, pour imaginer des montages complexes permettant de trouver une alternative à la loi MOP [1], et/ou aux contraintes des règles de la commande publique, exposant d'ailleurs parfois au risque de requalification[2].

En effet, l'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 modifie un certain nombre de dispositions du CG3P et du CGCT, qui prévoient, désormais, que les contrats domaniaux de type BEA et AOT ne peuvent « avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante ».

Désormais, les BEA comme les AOT ne peuvent plus contenir de clauses d'expression d'un besoin public, et ne pourront finalement être, tout au plus, qu'une condition de mise en œuvre d'un contrat de la commande publique (marché public ou concession), engendrant une forte incertitude pour un grand nombre d'opérations locales pour lesquelles les BEA et les AOT conclus dans le cadre d'appels à projets qui permettaient, par exemple, de céder du foncier avec charges d'intérêt général, surtout pour des opérations de faible montant.

À cette incertitude, s'ajoutent finalement une nouvelle définition du marché public de travaux et une précision relative aux « raisons techniques » justifiant le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable, qui - implicitement - encadrent désormais très clairement ces types de contrats que sont les cessions (ou locations) immobilières avec charges d'intérêt général.

En conséquence, si les cessions immobilières sont évidemment toujours exclues, par principe, du champ d'application de la commande publique et que des risques de requalification existaient déjà, leur encadrement est encore renforcé par la réforme de la commande publique.

Le maintien de l'exclusion de principe des cessions immobilières du champ d'application de la commande publique

Il est constant que le champ d'application de la notion de commande publique, aujourd'hui encore au regard du nouveau bloc législatif résultant des ordonnances « marchés » et « concessions » en vigueur au 1^{er} avril 2016, est plutôt lié à une logique d'achat, de « commande », qu'à une logique de vente. Cela se confirme d'ailleurs par l'utilisation du nouveau terme « d'acheteur » inséré dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

C'est en partie pour cette raison que les actuelles autorisations d'occupation temporaire (ou contrat d'occupation du domaine public), qui ne correspondent pas à une logique d'achat mais plutôt à une logique de valorisation du domaine public, ne sont soumises à aucune procédure particulière de mise en concurrence [3].

Et il est évident que, du moins par principe, une cession de terrain, ou plus largement d'un bien immobilier, correspond plus à une logique de vente que de commande publique au sens strict du terme.

L'article 14-2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 exclut toujours, comme l'ancien article 3-3° du CMP, les contrats ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens ».

La jurisprudence administrative restera probablement constante sur le fait 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 », ni « de faire précéder cette vente de mesures de publicité et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels » [4].

Ce principe affirmé ne s'applique évidemment qu'aux cessions « pures et simples » alors que la diversité des montages contractuels immobiliers, parfois mis en œuvre autour de « contreparties », de « prescriptions particulières » ou encore d'exigences de la personne publique vendeuse, rend une partie d'entre eux largement requalifiables en contrat de la commande publique.

Les risques de requalification des cessions immobilières en contrat de la commande publique

Les risques de requalification de tels contrats, souvent mis en œuvre sous la forme d'appel à projets, existaient déjà à l'aune de la jurisprudence européenne notamment.

En effet, il n'a évidemment jamais suffi de ne pas être expressément qualifié de « marché public » ou de « concession » pour s'en voir appliquer les principes. C'est en réalité plus au regard du contenu du contrat - ou d'un ensemble contractuel complexe - et ses conditions de mise en œuvre, qu'il convient de donner une qualification au(x) contrat(s) afin de savoir s'il(s) entre(nt) dans la catégorie « marchés » ou « concessions » au sens du droit national et/ou

communautaire.

Les promoteurs, ou plus largement les opérateurs économiques, proposent souvent un équipement public (salle, terrain, parc) afin de susciter le « désir », et donc la décision de vendre, intégrée dans un montage juridique comportant une partie en prix, une autre en nature (réalisation de travaux par exemple).

Toutefois, lorsque la cession, de par son contenu et le montage immobilier envisagé autour d'elle, n'est en réalité pas une simple cession mais inclut des « charges d'intérêt général » - notamment la réalisation de travaux répondant à un besoin communal - les risques de requalification étaient bel et bien présents.

Ces risques existaient à travers l'appréciation par la jurisprudence de la CJUE des notions de satisfaction d'un besoin d'une personne soumise aux règles de mise en concurrence et de l'intérêt économique de l'opération, même si la jurisprudence nationale restait semble-t-il, jusque-là, plus souple que celle du juge européen.

La notion de satisfaction d'un besoin public

La notion de « besoin » a toujours été une condition essentielle à la qualification d'un contrat de commande publique.

L'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 maintient d'ailleurs que les marchés publics sont des « contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

C'est sur la base de cette notion, existant déjà sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics et de l'ancienne directive 2004/18/CE [5], appréciée au regard de la part prépondérante de travaux, que la CJUE a rapidement énoncé qu'un contrat mixte (cession de bien et exécution de travaux) pouvait être requalifié en un marché public de travaux [6].

L'arrêt Jean Auroux de la CJUE a, quant à lui, décidé qu'un contrat dont l'objet est la réalisation, dans un quartier à redynamiser, d'un pôle de loisirs était un marché public de travaux parce que, notamment, l'ouvrage global était destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique, et qu'il devait être considéré « dans tous ses éléments, comme répondant aux besoins précisés par la collectivité publique » [7].

La notion de « besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » s'est encore vue fortement étendue par l'arrêt Libert, concernant la recherche de la qualification éventuelle de marché public de travaux pour la réalisation de logements sociaux prévus, suite à un décret de la région flamande qui attache de plein droit, à l'octroi d'un permis de construire ou de lotir relatif à un projet d'une taille minimale, une « charge sociale » consistant à réaliser, à concurrence d'un certain pourcentage du projet, des logements sociaux destinés à être ensuite vendus à des prix plafonnés à des organismes publics [8].

Le droit européen ne prenait donc pas en compte, comme critère d'application, celui de la maîtrise d'ouvrage assurée par le pouvoir adjudicateur, mais appréciait plutôt si ces contrats avaient été choisis par un pouvoir adjudicateur au regard d'un besoin d'intérêt général.

La notion « d'ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » paraissait donc déjà plus extensive que celle de besoin (« direct » ou « prescriptif » pourrait-on dire) du même pouvoir adjudicateur.

Devant cette notion, il ne pouvait être exclu qu'un besoin d'une personne publique, bien que ne

répondant pas à un besoin directement commandé par elle ou qui lui est spécifiquement destiné, mais pour lequel elle avait contribué, permette de retenir une qualification de marché public de travaux au sens des directives communautaires.

L'intérêt économique de l'opération

La qualification de marché public a toujours reposé, pour partie, sur son onérosité.

La caractérisation du critère d'onérosité ne passe pas nécessairement par le paiement d'un prix en contrepartie de la réalisation de travaux ou d'une prestation de service, et peut consister en un abandon de recettes [9] ou en l'exécution d'une obligation fiscale de taxe d'urbanisme pour le compte de la personne publique [10].

Dans un arrêt d'importance, la Cour de justice de l'Union européenne a affirmé la notion d'intérêt économique direct comme critère de qualification du marché public [11].

Un contrat peut ainsi constituer un marché public (de travaux en l'occurrence) et revêtir, par conséquent, un caractère onéreux, alors même que le pouvoir adjudicateur n'engage aucun fond ni aucune autre ressource publique, en échange de la réalisation des travaux.

Il suffit, pour cela, que ces montages contractuels présentent pour lui un intérêt économique direct, ce qui peut résulter notamment [12] :

- du fait que le pouvoir adjudicateur est destiné à en devenir propriétaire ;
- qu'il disposera d'un titre juridique lui en assurant la disponibilité en vue d'une affectation publique ;
- qu'il retirera des avantages économiques de leur utilisation ou de leur cession futures ;
- ou encore, implicitement selon la Cour mais plus explicitement pour l'avocat général ayant conclu sur cette affaire, qu'il en aura simplement défini les caractéristiques.

La jurisprudence nationale longtemps plus souple que celle du juge européen

Le juge administratif français a toujours semblé tenir une position plus souple que celle du juge européen. En effet, sur ce type de montage, il a toujours privilégié la part prépondérante ou non des travaux répondant à un besoin public, pour caractériser ou non une obligation de publicité et de mise en concurrence.

Dans un arrêt remarqué *Commune de Rognes* [13], la cour administrative de Marseille a tout de même 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 du droit de la commande publique ».

En revanche, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que la cession n'entre pas dans le champ de la commande publique lorsque les travaux « ne constituent pas l'objet principal du contrat » [14]. Dans cette affaire, il s'agissait d'une cession de terrains du domaine privé en vue de l'installation d'un hypermarché pour un montant de 656 000 euros H.T., avec obligation, pour l'acquéreur, de réaliser divers travaux de clôture et de remise en état de l'aire de stockage à

hauteur de 165 600 euros HT, en contrepartie d'une diminution du prix de vente initial. Une position similaire avait déjà été retenue par la cour administrative d'appel de Douai à propos d'un contrat de vente de parcelles du domaine privé, en vue de la création d'un centre commercial, et dont l'acquéreur s'engageait à réaliser une voie d'accès et un carrefour giratoire^[15] .

Le nouvel encadrement des cessions immobilières avec charges d'intérêt général par l'ordonnance et le décret relatifs aux marchés publics

La réforme de la commande publique, résultant des directives de 2014 ^[16] désormais transposées en droit national, implique de parfaitement faire la différence entre les montages induisant la passation d'un marché au sens strict et la passation d'une concession.

Le considérant 9, traduit directement au sein de l'article 2 « Définitions » de ladite directive, cristallise désormais, via la notion « d'influence déterminante sur la nature ou la conception », toute la jurisprudence communautaire à ce sujet en énonçant que « la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par un pouvoir adjudicateur requiert que le pouvoir en question ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci. Le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens, ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux ».

Aussi, alors même que le juge administratif français a toujours, semble-t-il, tenu une position plus souple sur ce type de contrat que celle du juge communautaire, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 viennent indirectement les encadrer au travers d'une nouvelle définition du marché public de travaux et d'une précision apportée sur les « raisons techniques » pouvant éventuellement justifier le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

L'élargissement de la notion de marché public de travaux

À la lecture de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, relatif notamment à la définition du marché public de travaux, l'on constate la suppression de la maîtrise d'ouvrage publique comme élément d'identification du marché public de travaux, qui en était pourtant une condition essentielle sous l'ancien Code des marchés publics.

La suppression de cette exigence de la maîtrise d'ouvrage publique des travaux, comme condition de qualification du marché public de travaux, va nécessairement engendrer un risque de requalification pour tous les montages contractuels immobiliers réalisés, certes sous maîtrise d'ouvrage privée, mais dont la conception et la réalisation ont été influencées par l'acheteur par des exigences particulières, directes ou indirectes, diverses et variées.

Puisque, parallèlement à la suppression de l'exigence d'une maîtrise d'ouvrage publique, cette même définition du marché public de travaux ne mentionne plus le terme « ouvrage (...) répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur », qui est désormais remplacé par la notion d'« ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence

déterminante sur sa nature ou sa conception ».

C'est donc la notion de marché public de travaux qui s'en trouve élargie, conformément à la définition européenne, risquant très fortement d'englober un certain nombre de montages contractuels de type cessions (ou locations) immobilières avec charges d'intérêt général.

Les précisions apportées quant aux raisons techniques justifiant le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité

En outre, le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 vient préciser, en son article 30, les conditions dans lesquelles le recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est autorisé.

Dans sa première version, le 8° de l'article 30 du décret envisageait littéralement la possibilité de « passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable [pour] des raisons techniques ».

Toutefois, et cela constitue un ajout audit article après passage en Conseil d'État, ces « raisons techniques », faisant que les prestations ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé, concernent désormais notamment le cas « de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire » à condition qu'il « n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ».

Désormais, à compter du 1er avril 2016, s'il est expressément reconnu la possibilité de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence pour les cessions immobilières assorties d'une obligation de réaliser des travaux répondant aux besoins de l'acheteur, c'est à la condition :

- que ces travaux représentent une partie minoritaire de l'ensemble immobilier ;
- que ces travaux soient indissociables de l'ensemble immobilier ;
- que ces travaux ne puissent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge de la réalisation de l'ensemble immobilier principal ;
- qu'il n'existe aucune solution alternative et que l'absence de mise en concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du contrat.

Si ces dispositions ont le mérite de, finalement, officialiser ce type de montage et d'en rendre possible la conclusion sans publicité ni mise en concurrence, les conditions strictes qui sont requises pour ce faire lui donnent en réalité un effet inverse, en renforçant la présomption d'illégalité lorsque ces mêmes conditions ne seront pas remplies.

Il s'ensuit qu'aujourd'hui, les personnes publiques doivent véritablement faire la distinction entre la cession immobilière « pure et simple » (libre de toutes charges ou conditions d'exécution particulières) et celle comportant des prescriptions ou charges particulières, au surplus lorsque, parfois, les ouvrages doivent lui revenir à court (VEFA) ou long terme (BE ou BEA aller retour). Étant précisé qu'en concluant ce type de contrat sans publicité ni mise en concurrence, les collectivités s'exposent tant à un risque administratif (annulation du contrat) qu'à un risque pénal de délit d'octroi d'avantage injustifié qui n'est, toujours actuellement, pas expressément conditionné à

une intention frauduleuse, la bonne foi ne pouvant malheureusement être invoquée.

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 5 Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 30

Mots clés

Besoin • Intérêt économique direct • Marché public de travaux • Procédure négociée • Requalification

.....
.....
[1] Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée[2] CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, req. n° 141633. [3] CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, Société Paris Tennis, req. n° 338272. [4] CE 26 octobre 1994, Monnier, req. n° 121717 ; CE 8 février 1999, Ville de Lourdes, req. n° 168043. [5] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004. [6] CJCE 19 avril 1994, Gestion Hotelera Internacional, aff. C-331/92. [7] CJCE 18 janvier 2007, Jean Auroux e.a. c/Commune de Roanne, aff. C-220/05. [8] CJUE 8 mai 2013, Eric Libert et a. c/ Gouvernement flamand et All Projects et Developments NV e.a. c/ Vlaamse Regering, aff. C-197/11 et C-203/11. [9] CE Ass., 4 novembre 2005, Société Jean Claude Decaux, req. n° 247298. [10] CJCE 12 juillet 2001, Ordre des architectes de la province de Milan et Lodi, aff. C-399/98. [11] CJCE 25 mars 2010, Helmut Müller, aff. C-451/08, Rec. I-02673. [12] CJUE 15 juillet 2010, Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne, aff. C-271/08 pt 75. [13] CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620. [14] CAA Nantes 19 septembre 2014, Communauté de communes de Vire, req. n° 12NT02593. [15] CAA Douai 25 octobre 2012, Sté immobilière Carrefour, req. n° 11DA01951. [16] Directives 2014/24/UE et 2014/23/UE du 26 février 2014.