

Montages aller-retour, des victimes du nouveau droit de la commande publique ?

2017-10-12 13:10:19 JDA

par Mme Michèle **BOUBAY-PAGES**
Maître de conférences en droit public

Université Toulouse 1 Capitole – EA785 – Institut du droit de l'espace, des territoires, de la culture et de la communication (IDETCOM)

Art. 221. Le droit de la commande publique tel qu'il a été modifié par les ordonnances du 23 juillet 2015 (ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics), du 26 janvier 2016 (ordonnance n° 2016-65 relative aux contrats de concession), plus récemment par la loi du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin II », (loi n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique), a étendu ses effets sur la domanialité publique, notamment sur les montages financiers que l'on a coutume de désigner par l'expression « montages aller-retour ». Liés à des autorisations contractuelles ou unilatérales d'occupation privative du domaine public national ou local, ces montages permettant de déroger à la fois aux règles de la domanialité et de la commande publiques, se sont développées, offrant une palette d'instruments formant un ensemble incohérent (I). Le nouveau droit de la commande publique apparaît comme le gage d'un renouveau salutaire de ce maquis normatif (II).

I) Une double stratégie d'évitement

A. Evitement des contraintes de la domanialité publique

Le principe d'inaliénabilité prohibe la constitution de droits réels sur le domaine public, mettant ainsi en péril la « bancabilité » des opérations immobilières faisant l'objet des « montages aller-retour ». Voici en quoi consistent ces montages dont la valorisation du domaine public constitue l'objet commun : une collectivité publique projette une opération immobilière sur son domaine public, à savoir une propriété publique affectée à un usage public, et en confie la réalisation à une personne privée à qui elle délivre pour ce faire un titre d'occupation. L'occupant va ainsi préfinancer et exécuter les travaux en contrepartie du droit d'exploiter temporairement les immeubles qu'il aura érigés ou de recevoir un prix. Au moins une partie des immeubles ainsi édifiés deviendront *in fine* la propriété de la personne publique commanditaire. Pour obtenir les fonds nécessaires, auprès des établissements de crédit, l'occupant devra constituer des garanties, au nombre desquelles figure notamment un droit réel, l'hypothèque auquel le principe d'inaliénabilité fait obstacle.

Les occupations privatives du domaine public constitutives de droits réels permettent de faire exception aux limites ainsi imposées par la domanialité publique, d'hypothéquer les titres d'occupation, les immeubles édifiés en vertu de ces titres, et même, depuis une jurisprudence récente, leur terrain d'assiette (CE, 11 mai 2016, n° 390118).

B. Evitement des contraintes de la commande publique

L'occupant titulaire de droits réels n'est pas choisi à l'issue d'une procédure de mise en concurrence, hormis les cas d'autorisations couplées à un contrat nécessitant une telle formalité et ceux pour lesquels la loi instituant le titre d'occupation l'a prévue. De tels procédés répondent pourtant à la définition des partenariats public/privé de la commande publique, ordinairement soumis à des procédures auxquelles ces occupations domaniales échappent. Ils peuvent d'ailleurs faire l'objet d'un contrat de partenariat (loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat).

Ces titres d'occupation constitutifs de droits réels ont d'abord pris la forme de baux emphytéotiques administratifs (BEA) conçus pour les collectivités territoriales (loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation) puis d'autorisations d'occupation temporaire (AOT) pour le domaine public artificiel de l'Etat (loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public).

Par la suite, faisant montre d'une « créativité débridée » (P. Yolka, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA* 2016, p. 1797) le législateur a créé nombre de BEA tels que les BEA « sécurité », hospitaliers (BEH), cultuels, ou encore les BEA « valorisation » qui n'ont cependant pas englobé l'ensemble de ces baux sectoriels.

A ce paysage complexe s'ajoute l'incertitude quant aux règles présidant au choix de l'occupant.

Incertitude du législateur : certains baux, tels les BEH, prévoient des mesures de publicité et de mise en concurrence, d'autres pas. Tâtonnements du juge : le Conseil d'Etat, dans une célèbre décision, a permis la mise à l'écart des procédures de mise en concurrence (CE sect., 3 décembre 2010, *Association Paris Jean-Bouin* n° 338272), mais le risque de requalification du titre d'occupation du domaine public en marché, concession ou délégation de service public subsiste (cf. par exemple : CAA Bordeaux, 7 mai 2015, *Commune de Rivedoux-Plage*, n° 13BX02005).

Bref, un peu d'ordre et de principes vertueux seraient les bienvenus dans ce contexte chaotique.

Restés à l'écart de la loi « Sapin I » (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques), les montages aller-retour ne sont pas, cette fois, ignorés du nouveau droit de la commande publique ?

II) Le recentrage des occupations privatives du domaine public

A. Des montages interdits en principe...

L'article 101 de l'ordonnance « marchés publics » déclare de façon péremptoire : « Une autorisation d'occupation temporaire ne peut 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. Dans le cas où un titre d'occupation serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine ».

C'est ainsi que nombre de commentaires annoncent la fin des montages aller-retour. Si l'occupation s'accompagne d'un marché de travaux publics, alors elle devra prendre la forme de marché de partenariat (art. 85 et 86 de l'ordonnance « marchés publics »), nouvelle référence commune des partenariats public/privé, ou d'un contrat de concession (art. 50 et 51 de l'ordonnance « contrats de concession »).

Les occupations domaniales ne peuvent plus, désormais, avoir d'autre objet que l'occupation en elle-même.

Mais toute incertitude n'est pas levée pour autant.

B. ... mais tout est question de « dosage »

L'ordonnance « marchés publics » réserve deux hypothèses dans lesquelles l'interdiction posée par l'article 101 de l'ordonnance ne s'applique pas. D'une part, lorsque l'occupation vise une opération d'intérêt général ne comportant pas de commandes au sens de l'article 101 (travaux, fournitures ou services) et, d'autre part, de manière plus délicate à apprécier, lorsque la commande n'est pas l'objet principal du marché mais simplement l'accessoire et si l'accessoire et le principal sont « *objectivement inséparables* » (art. 23-I). Il reviendra alors au juge de déterminer le caractère accessoire ou principal de la commande. Cette appréciation nécessairement subjective laisse la porte ouverte à la conclusion de contrats d'occupation liés à la commande publique, néanmoins l'ordonnance prévoit que s'il « *n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, la présente ordonnance s'applique* » (art. 23-I). En outre, la jurisprudence stricte de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa SRL*, C-458/14 et C-67/15) semble de nature à inciter le juge à apprécier avec circonspection le caractère accessoire de la commande. Enfin, l'habilitation donnée au gouvernement par loi « Sapin II » de fixer, par ordonnance, les obligations de publicité et mise en concurrence, ne concerne que « *certaines autorisations d'occupation* ».

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques vient compléter ce nouvel arsenal textuel. Elle prévoit des mesures de publicité et de mise en concurrence librement organisées par l'autorité compétente pour les occupations accordées en vue d'une exploitation économique du domaine (art. L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)). Pour les titres d'occupation constitutifs de droits réels, les procédures de la commande publique peuvent faire obstacle au transfert du titre d'occupation et s'opposent à la mise en œuvre du rescrit prévu pour la reprise éventuelle du titre par un tiers déterminé (art. L. 2122-7 du CGPPP).

Les vertus attendues du nouveau droit de la commande publique, transparence, égalité, simplification, pour dissiper le brouillard de l'occupation privative du domaine public sont-elles au rendez-vous ? Il reste des zones d'ombre en attendant le juge...

Vous pouvez citer cet article comme suit :

Journal du Droit Administratif (JDA), 2017, Dossier 05 : « La réforme de la commande publique, un an après : un bilan positif ? » (dir. Hœpffner, Sourzat & Friedrich) ; Art. 221.

Partager la publication "Montages aller-retour, des victimes du nouveau droit de la commande publique ?"

- [Facebook](#)
- [Google+](#)
- [LinkedIn](#)
- [Twitter](#)
- [Email](#)
- [Imprimer](#)