

UNE CESSION AVEC CHARGES N'EST PAS NÉCESSAIREMENT UN MARCHÉ PUBLIC !

Posté le 28 juin 2024 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Marchés publics](#)

TA Montreuil ord. 15 mai 2024, SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire, n°2404859

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque l'objet principal d'une cession avec charges est l'obtention d'un prix de la part d'un acquéreur, le contrat n'est pas un marché public. Le juge du référé précontractuel n'est pas compétent quand bien même la personne publique cédante aurait volontairement eu recours à une procédure applicable à l'attribution des marchés publics.

Enseignement n°1 : Une cession avec charges n'est pas un marché si son objet principal est l'obtention d'un prix

D'après l'article L2 du code de la commande publique, les contrats soumis au code sont ceux qui sont conclus à titre onéreux. L'article L.1111-1 dispose plus précisément que le marché public « est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». Toutefois, la mise en avant de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice nuançait déjà largement l'idée qu'un marché impliquait nécessairement le paiement d'un prix en numéraire (CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08).

Le Conseil d'État a de plus consacré la possibilité d'assortir un marché public d'un « prix négatif », prenant la forme d'un abandon de



recettes et notamment de redevances domaniales (CE, 7 mars 2014, n°372897). En parallèle, il a également reconnu que les règles de la propriété publique autorisaient la cession d'un bien du domaine privé pour un prix inférieur à sa valeur réelle du moment que des contreparties suffisantes étaient consenties, ainsi, par exemple, de la réalisation d'équipements publics (CAA Douai, 25 octobre 2012, n°11DA01951). Ce système de vente avec charges pouvant alors prendre les traits d'un marché public de travaux, le juge administratif s'est efforcé de tracer la frontière entre deux à partir du critère de l'influence déterminante du « vendeur » sur les caractéristiques des ouvrages à construire.

Si c'est ce même critère de l'objet principal qui est mis en avant dans l'ordonnance du Tribunal administratif de Montreuil, celui-ci est toutefois présenté sous un autre angle d'attaque. Le TA insiste en particulier sur l'effet du contrat en relevant que celui-ci permet « l'aliénation définitive » du Stade de France, et que cette aliénation n'est pas susceptible d'être remise en cause par le seul effet du contrat (soit le jeu d'une clause de retour en cas de méconnaissance des obligations à la charge de l'acquéreur).

Par ailleurs, l'argumentaire de requérant consistait à dire que la cession avec charges pouvait être requalifiée non plus en marché de travaux mais en marché de services de financement. Là encore, si le TA concède une certaine analogie avec de tels contrats, il rejette l'argumentaire en mettant en avant l'objet principal du contrat : l'obtention d'un prix de la part de l'acquéreur.

Enseignement n°2 : Le choix de recourir volontairement à une procédure applicable aux marchés ne donne pas compétence au juge du référé précontractuel

Dans la mesure où le contrat en cause n'était donc pas un contrat de commande publique, et n'était donc pas soumis à une procédure de mise en concurrence, la question de la compétence du juge du référé précontractuel s'est posée.

De jurisprudence constante, le Conseil d'Etat estime que les personnes publiques qui se soumettent volontairement à des procédures de mise en concurrence facultatives doivent en respecter les prescriptions (v. par ex. CE, 27 mars 2017, Sociétés Procedim et Sinfimmo, n° 390347). En l'espèce, l'État, vendeur, avait souhaité s'astreindre volontairement au respect d'une procédure applicable aux marchés publics.

La compétence du juge du référé précontractuel toutefois ne saurait être considérée comme une prescription de procédure contractuelle. Bien au contraire, les règles de compétences juridictionnelles sont pour la plupart d'ordre public. C'est donc sans surprise que le TA rejette la compétence du juge des référés après avoir conclu à l'exacte qualification de cession domaniale avec charges.

TA Montreuil ord. 15 mai 2024, SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire, n°2404859

Considérant ce qui suit :

1. Par deux avis d'appel public à la concurrence publiés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) le 9 mars 2023 et au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) le 10 mars 2023, l'État a lancé deux procédures d'appel d'offres alternatives relatives, pour la première, DGT-FININFRA-2023-01, à la concession du Stade de France, situé dans le département de la Seine-Saint-Denis, à partir de l'été 2025 et pour la seconde, DGT-FININFRA-2023-02, à la cession du Stade de France avec charges. Le groupement " Le Stade de France - notre Bien commun " constitué de la société ASM Global, du groupe NGE, de la société Dubrac TP et de la société



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

d'exercice libéral par action simplifiée (SELAS) Poulmaire Gestion Fiduciaire, mandataire du groupement, a déposé un dossier de candidature le 27 avril 2023 au titre de la procédure de cession avec charges, laquelle a été acceptée le 5 juillet 2023 et il a été admis à déposer une offre. L'offre initiale de ce groupement a été déposée le 3 janvier 2024 et a été rejetée par une correspondance du 1er février 2024 par le directeur de la mission d'appui au financement des infrastructures Fin Infra, au nom de l'État. Le recours gracieux daté du 7 février 2024 du groupement " Le Stade de France - Notre Bien commun " a été rejeté par une correspondance datée du 11 mars 2024 signée par la même autorité.

2. Par le présent recours, la SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire, agissant en son nom propre en qualité de membre d'un groupement évincé, demande au juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L.551-1 du code de justice administrative, d'annuler les décisions du 1er février 2024 et du 11 mars 2024 et d'enjoindre à l'État de reprendre la procédure de cession avec charges au stade de l'analyse de l'offre initiale.

Sur la compétence de la juridiction administrative :

3. Le contrat par lequel une personne publique cède des biens immobiliers faisant partie de son domaine privé est en principe un contrat de droit privé, sauf si ce contrat a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs (Cf. TC, 4 juillet 2016, n°4052 ; TC, 13 mars 2023, n° 4266).

4. Aux termes des dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques : " Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. ". Et aux termes de l'article L. 3231-1 de ce code : " Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'État. ".

5. Les dispositions de l'article L. 3231-1 du code général de la propriété des personnes publiques, selon lequel les litiges relatifs aux cessions de biens immobiliers de l'État doivent être portés devant la juridiction administrative, ont pour effet de soustraire à la compétence de l'autorité judiciaire ceux relatifs aux contrats de vente de biens immobiliers dépendant du domaine privé de l'État et à leur exécution (Cf. TC, 6 juin 2011, n°3806).

6. Il résulte de l'instruction et plus particulièrement du projet d'acte de concession-vente figurant au dossier de consultation que, si l'État avait prévu, en mars 2023, que serait adoptée, avant l'entrée en jouissance prévue à l'été 2025, un texte de loi relatif à cette cession qui aurait pour objet de déclasser le Stade de France " dans le domaine public de l'État " et d'autoriser sa cession, ce texte n'a pas été adopté à la date de la présente ordonnance et n'est pas en discussion au Parlement. L'impossibilité d'une telle cession en l'absence de déclassement effectif de cet équipement sportif public d'intérêt national ne fait toutefois pas obstacle à la compétence de la juridiction administrative pour connaître de la procédure d'adjudication préalable à cette cession par application des dispositions de l'article L. 3231-1 du code général de la propriété publique.

Sur la compétence au sein de la juridiction administrative :

7. Aux termes, d'une part, de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public () ".

8. Aux termes, d'autre part, de l'article 1582 du code civil : " La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. () ". Aux termes de l'article L. 2 du code de la commande publique : " Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. / Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières. ". Aux termes de l'article L. 1111-1 de ce code portant définition des marchés



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

publics : " Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. ". Et aux termes de l'article L. 1121-1 de ce code portant définition des contrats de concession : " Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. ".

9. Il appartient au juge du référé précontractuel de rechercher si la convention qui fait l'objet d'une procédure de mise en concurrence préalable à sa conclusion peut, compte tenu de son objet et des contreparties prévues, être qualifiée, ainsi que le prévoit l'article L. 551-1 du même code, de " contrat administratif ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique ".

10. En premier lieu, il résulte des mentions de l'avis d'appel à la concurrence n° 23-31140 publié au BOAMP le 9 mars 2023, du règlement de cette consultation, des trois cahiers des charges et du projet d'acte de concession-vente que cette procédure de mise en concurrence portait sur l'aliénation définitive de l'équipement sportif d'intérêt national prévu à l'article 1er de la loi n°93-1435 du 31 décembre 1993 contre le versement d'un prix, cession assortie d'un certain nombre de conditions qui ne modifient pas la nature de cette opération. Il résulte de l'instruction et notamment des échanges à l'audience que le transfert de propriété prévu devait être effectif dès la signature ou l'enregistrement de la convention de cession et qu'il n'existait aucune clause de retour ou de rétrocession à l'État au terme de la période de mise en œuvre des obligations contractuelles dont est assortie cette cession. La seule circonstance que cette opération de vente aurait pu être remise en cause par l'une des parties devant le juge du contrat et que le Stade de France pourrait, par voie de conséquence et dans cette seule éventualité, réintégrer le patrimoine de l'État n'est pas de nature à remettre en cause l'objet de ce contrat et de cette procédure qui tendent à l'aliénation définitive de cet équipement public. Il en est de même des clauses exorbitantes du droit commun prévu dans le " volet concessif ". Cette procédure de consultation ne porte pas, par suite, sur une concession au sens de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique.

11. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que l'objet principal de l'opération d'adjudication en cause porte sur l'obtention d'un prix de la part d'un acquéreur et qu'un tel objet ne correspond pas à la satisfaction de besoins de l'État en matière de travaux, de fournitures ou de services. Si une telle opération peut présenter une analogie avec la satisfaction des besoins en financement d'une personne publique par le recours à des contrats d'emprunts, cette circonstance n'est pas suffisante pour que cette opération soit regardée comme permettant de satisfaire à un besoin de l'État en contrepartie d'une rémunération au sens des dispositions de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique.

12. En dernier lieu, il n'est ni soutenu ni établi que la cession définitive du Stade de France à un opérateur économique constituerait une modalité particulière de délégation d'un service public. Il résulte également de l'instruction qu'aucune disposition législative particulière n'attribue compétence au juge du référé précontractuel des articles L. 551-1 ou L. 551-5 du code de justice administrative pour assurer le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles l'État a entendu se soumettre spontanément pour cette procédure d'adjudication.

13. Il résulte de ce qui a été dit aux points 10 à 12 qu'un tel contrat, qui n'a pour objet ni la délégation d'un service public ni l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'égard desquels le juge du référé précontractuel peut prendre les mesures définies à l'article L. 551-2 de ce code. Dès lors, et alors même que l'État a choisi de se soumettre pour cette opération de vente, sans y être tenu, à la procédure applicable aux marchés publics passés par des pouvoirs adjudicataires, le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour statuer sur la demande présentée par la SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire et sa requête doit, par suite, être rejetée.

Sur les frais de justice :

14. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. "

15. En vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le juge des référés ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge. Les conclusions présentées à ce titre par la SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire doivent, dès lors, être rejetées. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de cette société de somme au titre des frais exposés par l'État et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'État tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SELAS Poulmaire Gestion Fiduciaire et au ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique.

