

Collectivités territoriales Comment tirer le meilleur parti de son patrimoine public

En ces temps de disette budgétaire, l'utilisation optimale des biens immobiliers permet d'obtenir des recettes, mais aussi des équipements d'intérêt général.

Alexandre Vandepoorter, avocat associé, SCP Seban et associés

La mise à disposition ou la cession d'un bien immobilier par une collectivité territoriale emportent toujours, en principe, une part de valorisation. Non seulement parce qu'elles ont pour objet de donner une nouvelle vie à un bien immobilier dont la collectivité n'a plus l'usage ou qui n'est plus fonctionnel; mais aussi parce que celle-ci va en retirer les fruits, à savoir la redevance due en contrepartie de la mise à disposition ou le prix de la cession. L'opération immobilière peut toutefois poursuivre un objectif plus ambitieux: la personne publique peut chercher à obtenir de l'opérateur qu'il s'engage à réaliser, sur la dépendance domaniale mise à sa disposition, des équipements utiles à la vie de la collectivité. Et c'est naturellement sur ce terrain que se situe tout l'enjeu.

Engagements sur le sort du bien cédé. La cession d'un bien du domaine peut porter cet effort de valorisation. La collectivité territoriale peut, en effet, demander à l'acquéreur de prendre certains engagements sur le sort du bien: il peut ain-

si s'obliger à réaliser sur le terrain cédé tel ou tel équipement utile à la vie de la cité, parce que celui-ci aura pour effet de redynamiser un secteur, ou d'offrir des logements, infrastructures sportives ou espaces culturels dans des quartiers qui en manquaient. Et la valorisation peut aller plus loin encore. Certains équipements réalisés par l'acquéreur pourraient ainsi être remis en pleine propriété à la collectivité: une commune pourrait céder un terrain sur lequel sera édifié un immeuble dont une partie lui sera remise en pleine propriété par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement (Vefa) ou d'une dation en paiement, et ce pour être affectée au service d'une crèche ou d'une administration (1).

Valorisation via une mise à disposition. La collectivité peut aussi valoriser l'opération dans le cadre d'une mise à disposition temporaire du bien immobilier. Il existe ainsi deux types de conventions: les mises à disposition simples du domaine et les mises à disposition constitutives de droits réels.

La mise à disposition domaniale simple

Sur le domaine public, l'autorisation d'occupation temporaire (AOT) simple - parce que non constitutive de droits réels - est un outil contractuel qui préserve l'essentiel des droits et pouvoirs dont les collectivités disposent sur leur patrimoine immobilier. L'autorisation présente un caractère révocable, précaire et temporaire, si bien que la collectivité peut en principe récupérer l'usage de son bien quand bon lui semble.

Sur le domaine privé - ou sur le domaine public déclassé en conséquence de sa désaffectation -, il est aussi des contrats qui sauvegardent sans doute l'essentiel: le contrat de location, la convention précaire de mise à disposition, voire le bail commercial - même si la liberté de la collectivité est alors nettement plus limitée. Il s'agit là d'outils contractuels qui permettent naturellement de valoriser le domaine, ne serait-ce parce que la mise à disposition doit être accordée en contrepartie du paiement d'une redevance ou d'un loyer. Et cette redevance doit tenir compte de la situation économique de l'occupant et des avantages de toute nature qui lui sont procurés (2). Mais ces outils demeurent limités, parce qu'ils n'offrent guère de garantie à l'occupant, et ce à au moins deux égards.

Fonds de commerce consacré... mais précaire. C'est en raison du caractère précaire et personnel de la mise à disposition que le Conseil d'Etat jugeait impossible la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public (3); et ce, contrairement à la Cour de cassation qui n'y voyait aucun obstacle. La loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat dite «Pinel» a tranché le débat. Elle a introduit dans le Code général de la propriété des personnes publiques un article L. 2124-32-1, qui indique qu'«un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre». Pour beaucoup, cette disposition législative, qui n'est toutefois applicable qu'aux autorisations délivrées après l'entrée en vigueur de la loi (4), ouvre ainsi de plus grandes perspectives de valorisation du domaine public. Selon eux, elle devrait neutraliser quelque peu les craintes que les commerçants expriment quant à l'installation d'une activité sur une dépendance du domaine public (5). Mais il est toutefois difficile de percevoir dans quelle mesure cette patrimonialisation du domaine public va réellement bouleverser la situation du commerçant. S'il est vrai que le nouveau dispositif organise les modalités de transmission du fonds à des ayants droit en cas de succession (6), il reste que l'occupation demeure précaire et révocable, si bien que la personne publique peut y mettre un terme à tout moment et pour tout motif d'intérêt général. Le seul élément véritablement de nature à rassurer est que cette reconnaissance législative de la possible constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public permettra «une juste indemnisation de l'occupant en cas de résiliation de son titre», puisqu'elle pourra couvrir la valeur du fonds.

Pas de droits solides sur les ouvrages. Par ailleurs, le principe d'inaliénabilité du domaine public est également souvent perçu comme un frein à l'investissement sur ce domaine. Il ne permet pas, en principe, à l'occupant de disposer de droits solides sur les ouvrages et équipements que celui-ci pourrait réaliser sur la dépendance domaniale. Il ne permet donc pas *a fortiori* à l'occupant de céder à un établissement bancaire une quelconque sûreté en contrepartie d'un emprunt. De ce point

de vue, les autorisations d'occupation domaniale simples n'autorisent pas des investissements trop importants. Il faut alors se tourner vers des conventions de mise à disposition d'une tout autre nature.

La mise à disposition domaniale constitutive de droits réels

Sur le domaine public, le bail emphytéotique administratif (BEA) et l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels sont deux types de contrats qui attribuent au preneur, ou au titulaire, un droit réel sur le bien et/ou à tout le moins sur les ouvrages que ce dernier réalise. Ce droit réel n'est pas fondamentalement autre chose qu'un droit de propriété, mais un droit de propriété «temporaire» sur le bien, puisque limité à la durée du BEA (entre 18 et 99 ans) ou de l'AOT (70 ans maximum) (7).

Sur le domaine privé, il est possible de solliciter - outre le BEA qui peut aussi porter sur le domaine privé - le bail emphytéotique de droit commun (8) et le bail à construction (9). Ces deux outils sont également une forme de cession du bien immobilier donné à bail, parce qu'ils ont aussi pour objet de confier les droits et pouvoirs du propriétaire au preneur pour toute la durée du bail, soit entre 18 et 99 ans. De ce point de vue, ils ouvrent des perspectives d'investissement importantes pour les opérateurs, et donc des perspectives de valorisation certaine.

Montages «aller-retour». Jusqu'ici, la valorisation pouvait prendre des formes diverses et d'importances très inégales. Il a en effet été admis que le preneur à bail peut être chargé de réaliser des équipements qui, une fois achevés, sont immédiatement mis à la disposition de la personne publique pour qu'elle les affecte à des activités de service public ou à tout le moins d'intérêt général; à charge pour la personne publique de verser pendant la durée du bail des loyers qui viendront «rembourser» l'investissement réalisé par l'opérateur (10). Ces montages «aller-retour», qui se sont considérablement développés dans la pratique, ne se distinguent toutefois guère des contrats de

Ce qu'il faut retenir

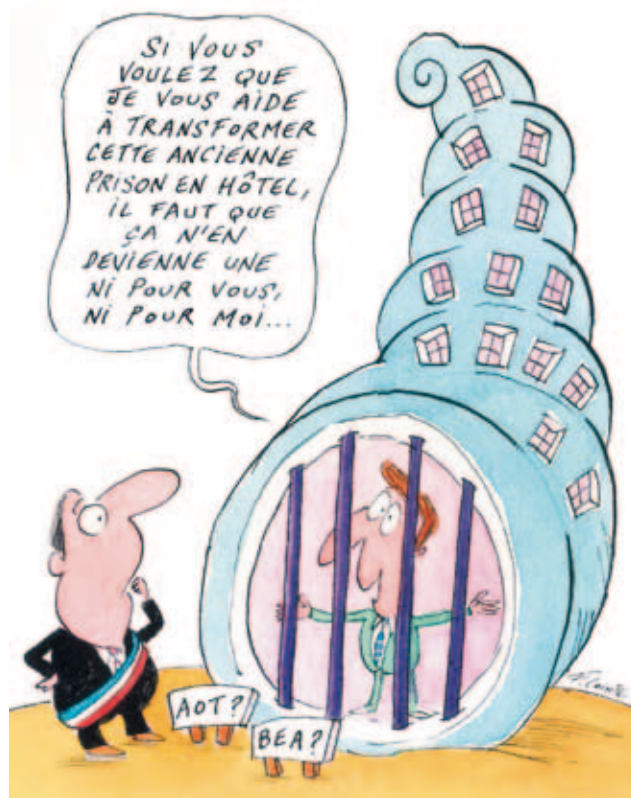
- ▶ A l'heure où les collectivités territoriales sont plus que jamais poussées par des objectifs de performance et de rentabilité, l'enjeu de la valorisation ou de la mise à disposition du patrimoine est capital. Il s'agit pour elles de solliciter de façon optimale la valeur économique qui s'attache à leurs biens immobiliers pour financer des équipements d'intérêt général.
- ▶ Il existe de nombreux outils contractuels à la disposition des personnes publiques, dont différents types de conventions de mise à disposition du domaine privé ou du domaine public.
- ▶ Le choix du montage est gouverné par plusieurs considérations qui s'attachent à la portée des droits que la collectivité entend - ou non - conserver sur le bien concerné par l'opération, et au point d'équilibre qu'elle veut fixer entre les recettes qu'elle souhaite percevoir et l'importance des prescriptions d'intérêt général qu'elle entend faire supporter à l'opérateur.

partenariat et s'éloignent de ce point de vue d'une réelle opération de valorisation. Ils sont, du reste, en voie de disparition. Dans le cadre de la transposition de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, le législateur a en effet décidé de réunir dans un seul et unique outil contractuel - baptisé « marché de partenariat » -, l'ensemble des montages contractuels qui s'appuient sur une occupation du domaine. La loi du 20 décembre 2014 a en effet autorisé le gouvernement à prendre, par ordonnance, toute mesure relevant du domaine de la loi « clarifiant la finalité des autorisations d'occupation des propriétés des personnes publiques et leur rapport avec le droit de la commande publique ». Et c'est ainsi que le projet d'ordonnance de transposition a pour objet de « recentrer les contrats de type BEA et AOT sur leur vocation d'origine » (11) et évacue du droit positif les BEA « aller-retour », les AOT avec convention de location assortie d'une option d'achat et autres montages largement sollicités par les collectivités territoriales pour externaliser la maîtrise d'ouvrage et lisser l'effort d'investissement attaché à des projets publics.

Efficacité du BEA. La valorisation que renferment les baux de longue durée constitutifs de droits réels sera donc recentrée sur ce qui forme l'essentiel : le preneur à bail peut être chargé de réaliser tel ou tel équipement qui, sans être un équipement « public » (parce qu'il ne sera pas remis ou loué à la collectivité), sera toutefois un équipement d'intérêt général, utile à la vie des habitants comme un complexe sportif ou des logements.

Dans ce cadre, le BEA est sans doute le montage le plus efficace en termes de valorisation du domaine. A la différence de ce qu'il advient dans le cadre des baux de droit commun, la personne publique conserve en effet des droits importants sur son bien. Tout d'abord, le BEA est un contrat administratif, si bien que la collectivité territoriale conserve le droit d'y mettre fin unilatéralement à tout moment. Ensuite et surtout, la personne publique peut conserver la maîtrise sur la destination du bien : elle peut imposer la destination précise de certains des biens qui seront réalisés, et/ou interdire tel ou tel type de construction ou d'activité. Et c'est là tout l'intérêt du BEA. Il permet et doit permettre de faire d'une pierre deux coups : retirer au mieux les fruits financiers que renferme une dépendance dont une personne publique n'a plus vraiment besoin, tout en obtenant dans le même temps que cette dépendance demeure utile à la collectivité humaine qu'elle a la charge de servir.

Le recours aux contrats de droit privé. Mais le champ d'application du BEA est limité à des opérations qui présentent pour la collectivité un caractère d'intérêt général suffisamment affirmé. Si la personne publique n'entend pas réellement porter une mission d'intérêt général pour valoriser telle ou telle dépendance dont elle n'a plus l'utilité, elle doit alors se tourner vers des contrats de droit privé. L'opération de valorisation peut alors être nettement plus limitée. Si le bail à construction permet d'imposer au preneur qu'il érige une construction donnée (12), en revanche, le preneur d'un bail emphytéotique de droit commun doit être libre d'utiliser comme il le souhaite le bien immobilier (13). Si bien que, dans ce dernier cas, la collectivité territoriale ne peut pas imposer au preneur des obligations attachées à la destination du bien donné à bail et à celle des ouvrages qu'il pourrait réaliser, ni a fortiori imposer des obligations attachées aux caractéristiques des ouvrages concernés (14).



Sous cette réserve essentielle, les deux catégories de baux peuvent être opportunément retenues lorsque la collectivité territoriale souhaite simplement solliciter des dépendances dont elle n'a plus réellement l'utilité, pour permettre à des opérateurs de développer des activités, qui seront certes des activités purement privées, mais qui peuvent toutefois indirectement profiter à la collectivité parce qu'elles participent à son développement économique, comme la création d'un complexe hôtelier ou la construction de bureaux. ●

(1) Maeva Guillerm et Alexandre Vandepoorter, « Les cessions foncières avec charges », *Contrats publics*, n° 145, 1^{er} janvier 2014.

(2) Art. L. 2125-3 du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

(3) CE, 31 juillet 2009, n° 316534.

(4) CE, 24 novembre 2014, n° 352402.

(5) G. Clamour, « L'instauration législative du fonds de commerce sur le domaine public », *Contrats et marchés publics*, août 2014.

(6) Art. L. 2124-34 du CG3P.

(7) Art. L. 1311-2 et s. du Code général des collectivités territoriales.

(8) Art. L. 451-1 et s. du Code rural et de la pêche maritime.

(9) Art. L. 251-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation.

(10) CE, 25 février 1994, n° 144641.

(11) Fiche d'impact du projet d'ordonnance.

(12) Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, n° 02-16283.

(13) Cass. civ. 3^e, 13 mai 1998, nos 96-13586 et 96-14076.

(14) Cass. civ. 3^e, 7 octobre 1992, n° 89-19227; Cass. civ. 3^e, 3 octobre 1991, n° 90-15889.