

IMMOBILIER

Les outils des collectivités pour valoriser leur domaine

- La cession est un mode de valorisation intéressant, mais elle ne s'inscrit pas dans le long terme. La « simple » mise à disposition n'offre guère de garantie aux opérateurs et ne leur permet donc pas de s'engager dans des investissements trop importants.
- Le bail emphytéotique de droit commun comme le bail à construction sont pertinents lorsque la collectivité souhaite solliciter des dépendances dont elle n'a plus l'utilité, pour permettre à des opérateurs de développer des activités privées.
- Le bail emphytéotique administratif et l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels permettent à un opérateur privé de financer et de réaliser des équipements « publics », mais ils présentent toutefois des différences notables.

L'enjeu du sujet tient dans l'énoncé d'une question simple : comment les collectivités territoriales peuvent-elles capitaliser de façon optimale la valeur économique qui s'attache aux biens immobiliers qui leur appartiennent ?

La question n'est sans doute pas nouvelle, mais elle se pose chaque jour avec un peu plus d'acuité, non seulement parce que les collectivités territoriales sont sûrement plus que par le passé poussées par des objectifs de performance et de rentabilité, mais aussi parce que les outils juridiques qui leur sont offerts pour satisfaire ces objectifs se sont multipliés, parfois sans réel esprit de cohérence.

Le sujet pose lui-même une question simple : quel est l'outil juridique qu'une collectivité territoriale peut retenir pour « valoriser » au mieux telle ou telle dépendance domaniale ? La réponse repose sur plusieurs considérations qui, pour l'essentiel – et fort heureusement –, s'attachent à ce que la collectivité territoriale souhaite précisément retirer de l'opération de valorisation, et donc pour partie à la portée des droits que la collectivité entend – ou non – conserver sur le bien concerné par l'opération de valorisation.

De ce dernier point de vue, il faut envisager, dans l'ordre croissant des droits et pouvoirs que les collectivités conservent sur le bien immobilier concerné, la cession (I), le bail emphytéotique de droit commun et le bail à construction (II), le bail emphytéotique administratif et l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droit réel (III) et, enfin, la mise à disposition « simple » (IV).

I. La cession

Il est clair que la cession d'un bien est déjà une forme de « valorisation » : le produit de la vente traduit – et doit traduire – la valeur économique du bien cédé. Mais la cession peut servir un objectif de valorisation plus

large encore. La collectivité peut en effet obtenir également de l'acquéreur qu'il prenne certains engagements sur le sort qu'il réserve au bien qu'il entend acquérir : l'opérateur peut s'engager à réaliser sur un terrain cédé par la collectivité tels ou tels équipements utiles à la vie de la cité, parce qu'ils auront pour effet de redynamiser un secteur ou pour effet d'offrir des logements, des infrastructures sportives ou des espaces culturels dans des quartiers qui en manquaient.

La valorisation est alors double : la collectivité va percevoir le produit de la vente qui viendra alimenter son budget et elle va (indirectement) satisfaire un besoin de la communauté humaine qu'elle a la charge de servir. Et, dans l'absolu, la valorisation peut être plus optimale encore. Il est possible en effet de concevoir que certains des équipements réalisés par l'acquéreur puissent être remis en pleine propriété à la collectivité elle-même par la voie d'une dation en paiement : une ville 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, et ce pour être immédiatement affecté au service d'une crèche, d'un commissariat ou autre équipement de même nature.

A NOTER

Sous réserve que certaines précautions essentielles soient prises, ces montages « complexes » sont juridiquement concevables. Seulement, la cession peut alors être requalifiée en marché ou concession de travaux, et devra donc être précédée des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence qui sont attachées à ce contrat. Et, au-delà, faute de satisfaire pleinement à la définition du marché ou de la concession, il ne peut être exclu qu'elle soit alors soumise à un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, au titre des principes généraux de la commande publique et/ou du traité communautaire.

Dans un ordre d'idées semblable, il n'est pas inconcevable non plus qu'une cession de biens immobiliers permette, dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé, d'assurer pour partie le financement [...]

RÉFÉRENCES

- Code général des collectivités territoriales
- Code général de la propriété des personnes publiques
- Décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs (JO du 31 décembre 2011, p. 23003)

Immobilier: les outils des collectivités pour valoriser leur domaine

[...] d'équipement(s) public(s) que l'opérateur privé a la charge de construire en application du contrat, et qu'il doit remettre immédiatement ou à terme à la collectivité. Dans le cadre du contrat de partenariat, il peut être prévu en effet que le partenaire pourra disposer librement de certaines parcelles de terrains, ou de droits à construire, qui lui permettront de réaliser un programme immobilier « privé » (logements, bureaux, commerces...), dont les fruits viendront en déduction de l'assiette de financement nécessaire à la réalisation de l'équipement public (un stade, un palais des congrès, une université...), et qui auront donc pour conséquence de diminuer d'autant le coût du loyer financier que la collectivité devra acquitter pendant la durée du contrat.

Si la cession « simple » ou « complexe » d'un bien immobilier est donc juridiquement possible sur le principe pour satisfaire une opération de valorisation, elle est toutefois subordonnée à une condition: il faut naturellement que la collectivité puisse se défaire définitivement de la propriété du bien concerné.

Et il faut rappeler qu'elle ne pourra se défaire d'un droit de propriété sur le bien que s'il appartient déjà à son domaine privé ou, dans le cas contraire, que s'il peut être formellement déclassé du domaine public, c'est-à-dire s'il n'est pas – ou s'il peut ne plus être – affecté à l'usage direct du public ou à l'exercice d'une mission de service public.

À NOTER

La cession est donc un mode de valorisation intéressant, mais elle emporte un inconvénient évident. La valorisation ne s'inscrit pas, si l'on peut dire, dans le long terme: la collectivité territoriale perçoit certes immédiatement l'ensemble des fruits qui sont attachés à son bien, mais elle renonce aux fruits qu'il pourrait produire à l'avenir et, au-delà, elle réduit en tout état de cause son patrimoine immobilier, ce qui n'est pas toujours un bon parti. D'autres outils de valorisation permettent d'éviter cet écueil.

II. Le bail emphytéotique de droit commun et le bail à construction

Le bail emphytéotique de droit commun et le bail à construction sont deux outils contractuels qui peuvent être analysés comme une forme de cession « temporaire » des droits de propriété sur le bien immobilier concerné. L'un et l'autre ont en effet pour objet de confier au preneur un droit réel sur le bien, droit réel qui n'est pas fondamentalement autre chose qu'un droit de propriété mais ici un droit de propriété « temporaire » sur le bien, puisque limité à la durée du bail, durée qui est comprise entre 18 et 99 ans pour chacune de ces deux catégories de baux.

De ce point de vue, ils suscitent des possibilités de valorisation importantes, parce qu'ils attribuent au preneur des droits réels qui vont lui permettre, par la voie de conventions de crédit-bail ou d'hypothèques, d'offrir

des garanties et donc de solliciter des établissements bancaires pour obtenir les financements nécessaires à la réalisation d'ouvrages d'importance.

1. Les avantages

La valorisation peut s'exprimer sur plusieurs terrains à la fois. Tout d'abord, la collectivité territoriale est assurée, sans être contrainte d'apporter un quelconque financement en la matière, que le bien donné à bail va être immédiatement amélioré, puisque l'amélioration du fond est intrinsèque à chacune de ces deux catégories de baux, la validité du bail à construction étant même subordonnée à l'existence d'une obligation pour le preneur de réaliser une construction « lourde ». Ensuite, elle est assurée de récupérer au terme du bail la pleine propriété, non seulement sur son bien, mais également sur l'ensemble des équipements et ouvrages réalisés par le preneur pendant le bail.

Et, enfin, elle percevra pendant toute la durée du bail une redevance (un canon), dont le montant doit certes en principe, en particulier pour le bail emphytéotique, être modique, mais qui peut toutefois, au cours du bail, atteindre des sommes significatives, à tout le moins lorsque les travaux réalisés par le preneur demeurent relativement limités et peuvent donc être rapidement amortis.

2. Les baux de droit commun dans le cadre d'un PPP

Les baux de droit commun constitutifs de droits réels peuvent également être sollicités dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé pour assurer en partie le financement d'équipement(s) public(s) que le partenaire a la charge de construire. L'article L.1414-16 du Code général des collectivités territoriales indique en effet que la personne publique peut autoriser le titulaire du contrat de partenariat « à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée », et précise qu'« avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat ». Et l'effet de valorisation pour la collectivité territoriale est clairement annoncé dans le texte: « Le contrat détermine dans quelles conditions les revenus issus de la valorisation du domaine privé par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par la personne publique ».

3. La contrainte du bail emphytéotique

Le bail emphytéotique – et de ce point de vue il se distingue quelque peu du bail à construction – présente toutefois un inconvénient certain pour la collectivité territoriale: le preneur doit être libre d'utiliser comme il le souhaite le bien immobilier, si bien que 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,

À RETENIR

La cession emporte un inconvénient évident: la collectivité territoriale perçoit certes immédiatement l'ensemble des fruits qui sont attachés à son bien, mais elle renonce aux fruits qu'il pourrait produire à l'avenir et, au-delà, elle réduit en tout état de cause son patrimoine immobilier.

Le bail emphytéotique de droit commun ainsi que le bail à construction sont pertinents lorsque la collectivité territoriale souhaite simplement solliciter des dépendances pour permettre à des opérateurs de développer des activités qui peuvent indirectement profiter à la collectivité parce qu'elles participent à son développement économique.

ni a fortiori imposer des obligations attachées aux caractéristiques des ouvrages concernés. Et la puissance publique qui accompagne sa qualité de personne publique est apparemment sans incidence en la matière. Mais c'est précisément parce qu'il offre au preneur la pleine liberté du propriétaire qu'il ne peut porter que sur le domaine privé, et qu'il ne peut donc pas couvrir des dépendances domaniales qui sont ou seraient (aussi) affectées à l'usage direct du public ou à l'exercice de missions de service public.

À NOTER

En clair, le bail emphytéotique de droit commun ainsi que le bail à construction sont pertinents lorsque la collectivité territoriale souhaite simplement solliciter des dépendances dont elle n'a plus réellement l'utilité, et ce pour permettre à des opérateurs de développer des activités qui seront certes des activités purement privées, mais des activités qui peuvent indirectement profiter à la collectivité parce qu'elles participent à son développement économique (création d'un complexe hôtelier, construction de bureaux...).

Ces baux de droit commun ne sont cependant pas pertinents pour aller plus loin, c'est-à-dire lorsque la collectivité entend satisfaire une opération d'intérêt général dont elle a la charge, opération qui commande en effet de pouvoir conserver un certain contrôle sur le preneur et sur la propriété du bien donné à bail. Dans ce cas, elle devra solliciter le bail emphytéotique administratif.

III. Bail emphytéotique administratif et autorisation d'occupation temporaire du domaine public

1. Les intérêts du bail emphytéotique administratif (BEA)

Le bail emphytéotique administratif est une forme de cession « temporaire » du bien immobilier donné à bail, parce qu'il a également pour objet de confier un droit réel au preneur, et ce uniquement pour la durée du bail (comprise aussi entre 18 et 99 ans). Mais à la différence de ce qu'il advient dans le cadre d'un bail emphytéotique de droit commun, la collectivité conserve des droits importants.

Non seulement la cession du droit réel par le preneur est subordonnée à l'agrément de la collectivité territoriale et ne peut pas avoir d'autre objet que de garantir le financement des équipements qui seront réalisés par le preneur. Mais aussi et surtout, la collectivité peut conserver la maîtrise sur la destination du bien : elle peut imposer la destination précise des biens qui seront réalisés et/ou interdire tel ou tel type de construction ou d'activité.

C'est précisément à raison des pouvoirs qui sont ainsi donnés à la collectivité territoriale, par dérogation au droit commun, que le bail emphytéotique administratif peut porter aussi bien sur le domaine privé que sur le domaine public, lequel est encadré, on le sait, par le principe d'inaliénabilité du domaine public qui s'accorde mal avec l'idée d'un quelconque transfert de droits de propriété au profit d'un opérateur privé.

2. Le champ d'application du BEA

C'est aussi parce que le bail emphytéotique administratif « aménage » ainsi le principe d'inaliénabilité du domaine public que son champ d'application est limité. Le bail emphytéotique administratif ne peut être sollicité en effet qu'« en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ».

A cela s'ajoutent par ailleurs des objectifs « sectoriels » : opérations d'intérêt général liées aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale, aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, ou bien encore aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours.

Les collectivités peuvent également conclure des baux emphytéotiques administratifs en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation. Enfin, plus récemment, le législateur a introduit la possibilité pour les collectivités territoriales de solliciter un bail emphytéotique administratif pour la restauration, la réparation, l'entretien-maintenance ou la mise en valeur d'un bien immobilier.

À NOTER

Le bail emphytéotique administratif permet donc de confier à un opérateur privé le soin de réaliser des équipements lourds qui vont servir l'intérêt général, voire qui seront le siège d'une activité de service public. Et il permet de donner à l'opérateur les moyens de mobiliser les fonds nécessaires pour y parvenir, par la voie des prêts sollicités qu'il peut donner en garantie aux établissements bancaires sollicités.

Ces équipements peuvent être des « équipements publics », c'est-à-dire des équipements qui seront immédiatement, une fois achevés, mis à la disposition de la collectivité territoriale jusqu'à ce qu'elle en devienne pleinement propriétaire aux termes du bail. Le bail emphytéotique administratif est alors un outil de « partenariat public-privé ». Il permet à une collectivité territoriale de solliciter un opérateur privé pour assurer lui-même la maîtrise d'ouvrage et le financement immédiat d'un équipement : la collectivité ne supportera pas le coût immédiatement mais petit à petit, sur toute la durée du bail, en versant au preneur des loyers qui couvriront à terme l'effort de financement que le preneur a consenti.

3. L'autorisation d'occupation temporaire du domaine public

Des montages de même nature peuvent également être sollicités par la voie d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels.

Si ce montage répond pour beaucoup à la même logique que le bail emphytéotique administratif – permettre à un opérateur privé de financer et de réaliser des équipements « publics » –, il présente toutefois des différences notables. [...]

À RETENIR

Le bail emphytéotique administratif permet de confier à un opérateur privé le soin de réaliser des équipements lourds qui vont servir l'intérêt général, voire qui seront le siège d'une activité de service public.

L'autorisation d'occupation temporaire « simple »

est un outil contractuel qui préserve l'essentiel des droits et pouvoirs dont les collectivités territoriales disposent en principe sur leur patrimoine immobilier. Mais, à l'instar de l'autorisation d'occupation temporaire ou, sur le domaine privé, du contrat de location, elle n'offre guère de garantie aux opérateurs et ne leur permet donc pas de s'engager dans des investissements trop importants.

Immobilier: les outils des collectivités pour valoriser leur domaine

[...] Les unes tiennent à son champ d'application. Outre que, par définition, l'autorisation d'occupation temporaire ne peut porter que sur le domaine public, les collectivités territoriales ne peuvent délivrer une autorisation qu'« en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence », et non pas pour servir (autrement) les objectifs sectoriels propres au bail emphytéotique administratif (équipement sportif, édifice du culte...).

En revanche, contrairement au bail emphytéotique administratif, l'autorisation d'occupation temporaire peut porter sur les dépendances soumises aux contraventions de grande voirie, mais pas sur le domaine public naturel.

D'autres différences tiennent également à la portée du droit réel attribué au titulaire de l'autorisation: il ne porte que sur les ouvrages qu'il réalise et non sur la dépendance elle-même. Et les ouvrages réalisés par le titulaire de l'autorisation doivent être détruits au terme de l'autorisation, sauf accord contraire entre les parties, contrairement là aussi à ce qu'il advient dans le cadre d'un bail emphytéotique.

L'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels présente une autre différence notable: elle ne relève pas des dispositifs attachés à la récupération de la TVA qui est applicable au bail emphytéotique administratif (article L.1615-13 du Code général des collectivités territoriales).

Enfin, la durée de l'autorisation est étroitement liée à l'investissement porté par le titulaire de l'autorisation; l'article L.1311-5 du CGCT indique en effet que « le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans ».

À NOTER

Le bail emphytéotique administratif, comme l'autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels peut, dans certaines circonstances, être requalifié en marché ou en concession de travaux, lorsqu'il a ainsi pour objet la réalisation d'équipements qui font immédiatement retour à la collectivité et/ou, à tout le moins, dont la collectivité a fixé la destination et les caractéristiques. Le bail devra alors être précédé des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence qui sont attachées à ce contrat. Pour les baux emphytéotiques administratifs c'est du reste maintenant ce que prévoit explicitement l'article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales et son décret d'application du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques.

Et, au-delà, faute de satisfaire pleinement à la définition de l'un ou l'autre de ces contrats, le bail emphytéotique administratif pourrait sans doute tout de même être soumis à un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, au titre des principes généraux de la commande publique et/ou du traité communautaire, voire au titre du droit de la concurrence.

Ces outils contractuels permettent donc de procéder à des opérations de valorisation significatives, en confiant à un opérateur privé le soin de financer et de réaliser sous sa propre maîtrise d'ouvrage des équipements qui répondent à des exigences d'intérêt général. Et contrairement à la cession pure et simple ou au bail emphytéotique de droit commun, ils maintiennent des pouvoirs importants entre les mains de la collectivité.

Mais ces pouvoirs ont, si l'on peut dire, un prix: si, en droit, il est possible pour la collectivité de résilier un bail emphytéotique administratif ou une autorisation d'occupation du domaine public constitutive de droits réels – dont la durée est nécessairement longue –, il demeure toutefois, en fait, que ce pouvoir de résiliation est très hypothétique parce que les indemnités dues au preneur en cas de résiliation couvriront au minimum les investissements engagés et non amortis, ce qui peut être considérable et donc grandement dissuasif.

IV. La «simple» mise à disposition

Sur le domaine public, l'autorisation d'occupation temporaire « simple » (parce que non constitutive de droits réels) est un outil contractuel qui préserve l'essentiel des droits et pouvoirs dont les collectivités territoriales disposent en principe sur leur patrimoine immobilier. Ici, le caractère révocable, précaire et temporaire de l'occupation du domaine public trouve en principe pleinement à s'appliquer.

L'autorisation d'occupation temporaire ou, sur le domaine privé, le contrat de location sont naturellement des outils qui permettent de valoriser le domaine, ne serait-ce qu'eu égard à la circonstance que la mise à disposition doit être accordée en contrepartie du paiement d'une redevance ou d'un loyer. Et on sait que cette redevance doit tenir compte de la situation économique de l'occupant et des avantages de toutes natures qui lui sont procurés.

Mais ces outils demeurent toutefois limités, précisément parce qu'ils n'offrent guère de garantie aux opérateurs et ne leur permettent donc pas de s'engager dans des investissements trop importants. Sauf naturellement par la voie d'un autre contrat, dont la convention de mise à disposition serait alors seulement l'accessoire (contrat de partenariat public privé ou délégation de service public).

Pour conclure, on le voit, si les outils contractuels de valorisation ne manquent pas, ils commandent toutefois de bien évaluer les objectifs à satisfaire, avant de s'engager sur l'un ou l'autre. ■

À LIRE

Une série de trois analyses sur les montages immobiliers publiées sous la plume d'Alexandre Vandepoorter, avocat à la cour, SCP Seban et Associés, ont été publiées dans *La Gazette* – n°25-2083 du 20 juin 2011 (p.58), n°26-2084 du 27 juin 2011 (p.56) et n°27-2085 du 4 juillet 2011 (p.50).