

Enceintes sportives : pourquoi choisir le bail emphytéotique administratif ?

- Le BEA est un contrat relativement attrayant pour construire ou rénover des équipements sportifs.
- Néanmoins, les risques de requalification de ce contrat existent bel et bien et nécessitent une particulière attention quant à la définition de l'objet du bail et à la procédure de passation retenue.

Auteur

Thomas Rouveyran, avocat à la Cour,
SCP Seban & Associés

Mots clés

Équipement sportif • Ouvrage public • Collectivité territoriale • BEA • Procédure de passation • Financement privé • Droit réel • Contrat de partenariat • TVA • FCTVA •

Dès qu'une collectivité territoriale dispose d'un bien immobilier et qu'elle souhaite que soit réalisé un équipement sportif sur ce bien, le recours au bail emphytéotique administratif (BEA) pour la réalisation d'une piscine, d'un gymnase ou encore d'un stade est non seulement légal mais, dans la pratique, fréquent. L'opération, bien que d'intérêt général, peut être d'initiative privée; dans ce cas, le preneur construit ou rénove un équipement sportif et le fait fonctionner, l'équipement revenant en fin de bail à la collectivité. Ce sera le plus souvent le cas d'un club sportif local qui réalise ou rénove et exploite ensuite l'équipement. L'initiative peut également venir de la collectivité, avec la restitution à son profit de l'enceinte et, éventuellement, des ouvrages ou équipements annexes tels que des vestiaires, des salles de réunion ou un espace dédié à la restauration. Dans ce cas, la collectivité verse à l'emphytéote un loyer tout au long du bail; le BEA est dit « aller-retour ». De nombreuses piscines ou salles de sport ont été ainsi réalisées, l'avantage évident de ce montage étant d'assurer le financement privé d'un équipement d'une collectivité. Une telle hypothèse nécessite toutefois de se conformer à une pleine transparence dans les modalités d'attribution, selon une procédure qu'il appartiendra à la personne publique de fixer. La collectivité ne doit par ailleurs pas oublier d'étudier le régime fiscal applicable dans le cadre d'un tel montage contractuel.

I. La loi autorise les collectivités à recourir au BEA pour la réalisation d'équipements sportifs

Le recours au BEA est autorisé pour l'utilisation des dépendances du domaine public ou privé d'une collectivité, afin de favoriser le financement privé d'ouvrages publics: la collectivité concède un terrain à un tiers qui pourra y construire un ouvrage, lequel deviendra, à l'issue du bail, propriété de la collectivité (art. L.1311-2 du code général des collectivités territoriales). Le preneur jouit d'un droit réel lui conférant les prérogatives et obligations du propriétaire (art. L.1311-3

CGCT)⁽¹⁾. La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (Lapcipp), qui constitue un des volets du plan de relance d'ensemble annoncé par le président de la République en 2008, a complété le texte de cet article du CGCT en autorisant expressément le recours au BEA « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ». Ainsi, après les BEA « justice », « hospitalier », « SDIS » et « culturel », le droit français vise désormais le BEA en matière d'équipements sportifs. Les collectivités sont donc d'autant plus fondées à confier à des opérateurs privés la réalisation de tels équipements au travers de ce bail.

On peut toutefois légitimement se demander pourquoi le législateur a souhaité autoriser spécifiquement le recours au BEA pour la réalisation ou la rénovation d'enceintes sportives, dans la mesure où il était, dans son principe, déjà possible d'y recourir, le risque étant au final de dénaturer la portée et le sens des dispositions générales en désignant expressément un certain nombre de domaines ou d'ouvrages, nécessairement limités, susceptibles de rentrer dans le champ du BEA⁽²⁾. En réalité, ce souhait fait suite aux recommandations de la Commission Seguin sur les grands stades français pour l'euro 2016 qui, d'un côté, constatait que le choix du BEA pouvait séduire par sa souplesse et par la possibilité qu'il offre aux clubs de foot de prendre en main la destinée de « leur » stade mais qui, d'un autre côté, relevait des incertitudes juridiques. En conséquence, la Commission proposait parmi ses dix recommandations « que les nouveaux "grands stades" et leurs équipements connexes nécessaires à leur implantation soient reconnus comme ayant un caractère d'intérêt général, qu'ils soient d'initiative publique ou privée »⁽³⁾.

Aux termes des débats parlementaires, cet ajout au texte de loi, qui vise en premier lieu les équipements majeurs tels que des grands stades de football, présenterait une véritable sécurité juridique lorsque l'équipement est réalisé puis confié en gestion à un club sportif professionnel local ou encore à un opérateur privé, sans que le caractère d'intérêt général puisse être discuté s'agissant de l'enceinte elle-même ou des ouvrages connexes⁽⁴⁾. En revanche, lorsque l'équipement est remis à la collectivité, la modification législative ne présenterait pas d'intérêt particulier. Rappelons enfin que dans tous les cas, comme pour tout projet, un BEA doit répondre à d'autres conditions :

- il ne peut porter que sur un bien immobilier appartenant à la collectivité bailleuse ;
- sa durée ne peut être inférieure à 18 ans et supérieure à 99 ans.

II. Faut-il engager une procédure de publicité et de mise en concurrence préalables ?

À propos de la gestion des équipements sportifs par des clubs professionnels, la doctrine rappelait déjà en 2005 que, en dehors

d'une opération d'initiative purement privée, une mise en concurrence préalablement à l'attribution du BEA s'impose⁽⁵⁾.

Dès lors en effet qu'un BEA « simple » est conclu sans qu'il soit confié à l'emphytéote la réalisation de travaux au bénéfice de la collectivité, une procédure de publicité et de mise en concurrence n'est, en soi, pas obligatoire. Cela peut concerner la construction ou la réhabilitation d'un équipement sportif qui sera directement géré par une personne privée.

On portera notre attention sur le risque que le juge administratif relève néanmoins que l'opération emporte quand même la réalisation de travaux au bénéfice de la collectivité. Le tribunal administratif de Paris, dans son ordonnance rendue 3 février 2009⁽⁶⁾ à propos de la rénovation et de l'exploitation de la piscine Molitor confiée par la voie d'un BEA, a confirmé que le contrat revêtait le caractère d'une concession de travaux publics au sens de la directive 2004/18 eu égard au mode de rémunération du preneur et au fait que : « Les travaux dont il s'agit portent sur un ouvrage "répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur" [...] sans qu'y fasse obstacle le fait que la ville de Paris n'exercera pas la maîtrise d'ouvrage des travaux pendant la durée du contrat. »

S'appliquent alors les règles relatives aux contrats de concessions de travaux tout récemment reprises dans l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 qui transpose la directive 2004/18 et abroge les règles initialement visées dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991. L'article 1^{er} de l'ordonnance rappelle en effet que : « Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. »

Dans le cas d'un équipement construit pour le compte d'une collectivité, au terme d'un bail « aller-retour », l'engagement d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, au regard de sa qualification en marché de travaux au sens du droit communautaire s'impose⁽⁷⁾. Dans ce cas en effet, le preneur réalise un ouvrage remis à la collectivité contre versement d'un loyer, sans risque d'exploitation en conséquence pour le premier ; le juge administratif s'est d'ailleurs prononcé à plusieurs reprises dans le sens d'une qualification en marché de travaux⁽⁸⁾.

Il faut enfin rappeler que, dès lors que le bail est assorti d'une convention non détachable telle qu'une convention de délégation de service public, confiant au preneur des sujétions et obligations de service public relatives aux conditions d'exploitation de l'enceinte, c'est la procédure applicable à cette dernière qui doit être appliquée pour la passation de l'ensemble contractuel⁽⁹⁾. On mentionnera à cet égard l'affaire du stade Jean Bouin à Paris, à propos d'un risque de requalification d'une

(1) Voir note « Marchés publics et autres contrats publics » mise en ligne par le Minefe le 7 janvier 2010, sous-rubrique « espace conseils aux acheteurs » dans la rubrique « marchés publics ».

(2) G. Clamour, *Contrats marchés publ.*, mars 2009, p. 13.

(3) « Grands Stades – Euro 2016 », rapport de la Commission Seguin.

(4) Avis n° 164 (2008-2009) de L. Béteille, fait au nom de la commission des lois, 14 janvier 2009 et rapport n° 167 (2008-2009) d'É. Lamure, fait au nom de la commission des affaires économiques, 14 janvier 2009.

(5) P. Bayeux et B. Clavagnier, « Les modes de gestion des équipements sportifs utilisés par les clubs professionnels », *AJDA*, 2005, p. 1438 et s.

(6) *TA Paris* 3 février 2009, *Sté Ken Club*, req. n° 0900393 : Mon. TP, 13 février 2009, p. 27.

(7) G. Clamour, *Droit des marchés publics – Contrats publics spéciaux*, IV.250.2, *Éditions du Moniteur*.

(8) *TA Nice*, ord. 6 décembre 2006, *Sté Cirmad Grand Sud* : *BJCP*, 2007, p. 228 – *TA Bordeaux*, ord. 26 novembre 2007, *Sté Norbail-Immobilier* : *CP-ACCP*, 2008, p. 60, note M. Richer et V. Touchard.

(9) *TA Paris* 3 février 2009, *Sté Ken Club*, *op. cit.*

simple convention d'occupation du domaine en convention de délégation de service public au regard des conditions d'exploitation du stade demandées par la collectivité. Certes, le Conseil d'État, dans son arrêt du 13 janvier 2010⁽¹⁰⁾, a suspendu l'exécution du jugement du TA de Paris du 31 mars 2009 qui a annulé une décision de renouvellement de la convention d'occupation, au motif qu'elle revêtait le caractère d'une délégation de service public soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence y afférent. La cour administrative d'appel de Paris, saisie parallèlement d'un appel sur le fond du litige, sera toutefois amenée à se prononcer à nouveau sur la qualification à donner à la gestion du stade.

On voit ainsi dans tous les cas que les règles de publicité et de mise en concurrence, qui peuvent être très diverses et appellent en cela une particulière attention, enserment de plus en plus étroitement la passation des BEA.

III. Le BEA: une forme de PPP soumis à des dispositions fiscales spécifiques

Le recours au BEA constitue en réalité un mode de financement privé d'ouvrages publics, parmi d'autres hypothèses de partenariat public-privé et notamment celle de la passation d'un contrat de partenariat en application des dispositions de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et celles des articles L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales⁽¹¹⁾. Ainsi, en matière de TVA, à l'instar de ce qui était déjà prévu pour les contrats de partenariat (art. L.1615-12 CGCT), l'article 38 de la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a introduit dans le même code l'article L. 1615-13 aux termes duquel «la collectivité territoriale ou l'établissement public, qui a passé un bail emphytéotique prévu à l'article L. 1311-2 d'un montant inférieur à un seuil fixé par décret et ayant donné lieu à une évaluation préalable dans les conditions prévues par l'article L. 1414-2, bénéficie d'attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses prévues à l'article L. 1311-3».

Pour l'application du fonds de compensation pour la TVA (FCTVA) dans le cadre d'un BEA de type «aller-retour», on retrouve dès lors les mêmes conditions que pour les projets réalisés dans le cadre d'un contrat de partenariat: le FCTVA ne peut être versé que si l'activité de service public concernée ne donne pas déjà lieu à récupération de la TVA par voie fiscale; l'équipement doit être intégré dans le patrimoine de la personne publique au terme du contrat, et cette intégration doit être explicitement prévue dans le contrat. Cette mesure fiscale présente un avantage évident pour les collectivités qui souhaitent faire construire ou rénover une enceinte sportive et, éventuellement, ses ouvrages annexes et qui lui sont ensuite remis.

Le législateur a prévu certaines conditions supplémentaires. D'abord, le recours au bail emphytéotique administratif doit avoir été précédé d'une évaluation préalable, comme pour la passation d'un contrat de partenariat (art. L. 1414-2 CGCT). Ensuite, le décret n°2009-244 du 2 mars 2009 a introduit dans la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales un article D. 1615-7, aux termes duquel «le seuil prévu à l'article L. 1615-13 est fixé à 10 millions d'euros HT». Il précise que «le montant du bail emphytéotique correspond à la totalité de la rémunération versée par la personne publique au preneur pendant toute la durée du bail. Cette rémunération distingue, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement. Elle est appréciée à la date de la signature du contrat». Ainsi, c'est donc la rémunération globale (investissement, fonctionnement et financement compris) qu'il convient de prendre en considération pour apprécier si le projet est ou non inférieur au seuil de 10 millions d'euros HT.

En conséquence, si le projet correspond à une rémunération globale versée par la collectivité pour un montant inférieur à 10 millions d'euros HT, il peut au plan fiscal être réalisé au travers d'un BEA comme d'un contrat de partenariat. Pour les projets importants, seul le recours au contrat de partenariat serait de ce point de vue possible.

On comprend mal la différence de régime entre les deux catégories de contrats voulues par le législateur. Une partie de la doctrine a pu en déduire que le BEA présentait, pour le moment en tout cas, encore un avantage en dessous du seuil de 10 millions d'euros HT, tout en relevant plus généralement que le cadre juridique plus récent et plus sophistiqué du contrat de partenariat constituait autant de raisons en faveur de la disparition du BEA⁽¹²⁾.

Conclusion

En définitive, le régime du BEA relève d'une procédure peu encadrée susceptible, sur le principe, de répondre à des besoins divers dans des contextes variés en matière d'équipements sportifs. Eu égard néanmoins à la nature des équipements construits ou rénovés, aux sujétions qui peuvent être imposées au preneur et enfin, aux activités susceptibles d'être organisées au sein des enceintes sportives, les risques de requalification sont, on l'a vu, nombreux et nécessitent une attention particulière quant à l'objet exact du bail et au choix de la procédure de passation. Le régime fiscal doit, en outre, être bien apprécié. Le recours à un contrat soumis à une procédure formalisée peut s'avérer, selon les cas, préférable. ■

(12) R. Abelpaum et H. Philippe, «l'appel d'offres restreint au profit des petits PPP», *achatpublic.com*, 7 mai 2009.

(10) CE 13 janvier 2010, Jean Bouin c/Ville de Paris, req. n° 329576.

(11) N. Symchowicz, Partenariat public-privé et montages contractuels complexes, 2^e éd., Éditions du Moniteur; G. Clamour, Droit des marchés publics - Contrats publics spéciaux, op. cit.