

Droit des financements locaux

Financer et valoriser ses équipements

A l'heure où les collectivités territoriales sont poussées par des objectifs de performance et de rentabilité pour neutraliser les contraintes budgétaires qu'elles affrontent, la valorisation du patrimoine est stratégique, avec pour enjeu de concilier rigueur budgétaire et investissement.

L'AUTEUR



ALEXANDRE VANDEPOORTER,
avocat associé,
cabinet Seban
et associés

Le sujet tient dans l'énoncé d'une question simple: comment les collectivités territoriales peuvent-elles solliciter de façon optimale la valeur économique des biens immobiliers qui leur appartiennent pour financer des équipements publics? Ces opérations immobilières sont de natures très diverses. Qu'on pense au contrat par lequel une commune met un terrain à la disposition d'un opérateur et lui confie également le soin d'y réaliser des équipements spécifiques qui reviendront en pleine propriété à la collectivité au terme du bail ou de l'autorisation. Qu'on imagine autrement le contrat par lequel une communauté d'agglomération cède un terrain à un promoteur immobilier, avec une obligation pour lui de réaliser une série d'équipements qui seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers, mais pourront tout de même servir indirectement l'intérêt général.

Dans l'absolu, le volume des recettes que la personne publique peut attendre de la vente ou de la mise à disposition de sa dépendance peut ne pas être affecté par les contraintes qui sont mises à la charge de l'opérateur; soit parce que

À NOTER

L'opération de valorisation d'une dépendance qui n'est plus immédiatement utile à la personne publique est alors aussi un mode de financement d'équipements d'intérêt général.

celles-ci n'en sont pas réellement; soit que l'opérateur peut absorber dans son plan de financement global les pertes que représente telle ou telle contrainte. Mais lorsque les contraintes deviennent par trop significatives, les recettes attendues seront quelque peu diminuées pour neutraliser la charge qu'elles représentent: le prix de vente du domaine sera légèrement inférieur au prix du marché, la redevance sera d'un montant moins important que ce qu'elle devait être. De ce point de vue, l'opération de valorisation d'une dépendance qui n'est plus immédiatement utile à la personne publique est alors aussi un mode de financement d'équipements d'intérêt général.

Pour satisfaire ce double objectif de valorisation du patrimoine public, le choix du montage contractuel est gouverné par plusieurs considérations qui, pour l'essentiel, prennent en compte ce que la collectivité souhaite retirer de l'opération. Elles 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 fixe entre les recettes qu'elle souhaite percevoir en se séparant de son bien et l'importance des prescriptions d'intérêt général qu'elle entend faire supporter à l'acquéreur. Pour le mesurer, il faut exposer dans les grandes lignes les montages contractuels qui peuvent, d'une façon ou d'une autre, servir ce double objectif et apprécier immédiatement après s'ils doivent ou non être précédés de mesures de publicité et de mise en concurrence au titre de la commande publique.

Les montages contractuels

Deux principales catégories de montages doivent ici retenir l'attention: la cession avec charges et la cession «temporaire» avec charges.

La cession avec charges

Il est concevable que la cession s'accompagne d'un objectif ambitieux: la collectivité peut obtenir de l'acquéreur qu'il verse le prix d'achat mais aussi qu'il prenne certains engagements sur le sort qu'il réserve au bien qu'il entend acquérir. 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. Mode de valorisation intéressant, la cession implique cependant de se défaire définitivement d'une dépendance. D'autres outils de valorisation permettent d'éviter en partie cet écueil (1).

La cession «temporaire» avec charges

Pour satisfaire des opérations de valorisation immobilière importantes en termes d'investissements sans toutefois procéder à une cession, il faut souvent se tourner vers des contrats qui permettent de transférer pour un temps les droits du propriétaire au profit de l'opérateur. Sur des dépendances du domaine privé, il faut principalement penser au bail à construction (code de la construction et de l'habitation, art. L.251-1 et s.). C'est un outil contractuel qui

peut être analysé comme une forme de cession « temporaire » des droits de propriété. Il confie au preneur un droit réel sur le bien d'une durée qui est comprise entre 18 et 99 ans. De ce point de vue, il suscite des possibilités de valorisation importantes : il est intéressant 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 participent à son développement économique. Mais il ne permet pas à la collectivité de satisfaire une opération d'intérêt général dont elle a la charge. Sinon, elle devra solliciter le bail emphytéotique administratif (2). Le bail emphytéotique administratif est également une forme de cession « temporaire » du bien immobilier donné à bail, car un droit réel est confié au preneur, uniquement pour la durée du bail (entre 18 et 99 ans selon l'article L.1311-2 et s. du code général des collectivités territoriales). Dans ce cas, la collectivité conserve des prérogatives importantes. Mais le bail emphytéotique administratif est (en conséquence) limité dans son champ d'application : il ne peut être sollicité que si son objet principal est la satisfaction d'une opération d'intérêt général.

Mise en concurrence

Liberté de principe

Il n'est pas d'obligation pour une personne publique – si ce n'est pour l'Etat (3) – « de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant » (4). Et il n'est pas non plus obligatoire de mettre en concurrence la « location » des biens immobiliers qui lui appartiennent. Mais il est également acquis qu'il en va autrement si, derrière des apparences purement immobilières, le contrat dissimule en réalité un contrat de la commande publique (5). S'il ne faut sans doute pas exclure dans l'absolu que la cession ou la mise à disposition d'un bien puisse être analysée comme une concession d'aménagement (6), c'est évidemment surtout une qualification en marché public qui vient immédiatement à l'esprit (7).

Qualification en contrat de la commande publique

Il est entendu que le montage, sous réserve qu'il soit conforme à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique (8), ne devrait pas pouvoir être qualifié de marché public au sens du code des marchés publics. Il sera qualifié de marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 (9). La conclusion peut surprendre, car les équipements réalisés

par l'opérateur ne vont pas être remis en pleine propriété ou immédiatement loués à la personne publique. Pourtant, il est aujourd'hui acquis qu'un contrat peut être qualifié de marché public au sens de la directive « indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet

À NOTER

Plus les charges qui pèseront sur l'opérateur seront conséquentes, plus le contrat pourra être analysé comme répondant à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur.

si la personne publique a pris ou non l'initiative du projet et si les équipements réalisés par l'opérateur sont ou non quelque peu définis par le contrat. Naturellement, plus les charges qui pèseront sur l'opérateur par l'effet du contrat seront conséquentes, plus le contrat pourra être analysé comme répondant à un « besoin précisé » par un pouvoir adjudicateur. Et si l'on veut bien se projeter dans l'avenir et anticiper la transposition de la nouvelle directive 2014/24/UE (12), il faut croire que les cessions avec charges ou autre mise à disposition complexe pourraient peut-être plus encore être analysées comme des marchés publics au sens du droit européen, tant elles sont bien souvent des contrats par la voie desquels une personne publique entend exercer « une influence déterminante sur la nature ou la conception » du projet porté par l'acquéreur. Et, au-delà, faute de satisfaire pleinement à la définition du marché ou de la concession, il ne peut être exclu que le contrat soit alors toutefois soumis à un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, au titre des principes généraux de la « commande publique » (13).

À RETENIR

➤ **Optimisation.** Les collectivités territoriales peuvent par l'intermédiaire de montages contractuels optimiser leur patrimoine immobilier. Deux principales catégories sont à retenir : la cession avec charge et la cession « temporaire » avec charge. Le droit européen, par l'intermédiaire de sa directive 2014/24/UE, influencera dans un proche avenir ces qualifications.

RÉFÉRENCES

- Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.
- Code de la construction et de l'habitation, art. L.251-1 et s.
- Code général des collectivités territoriales, art. L.1311-2 et s.

(1) « Valorisation des biens publics : cession ou bail emphytéotique administratif? », AJDA, 27 décembre 2010.

(2) CAA de Nancy, 11 octobre 2007, req. n°06NC00733.

(3) Code général de la propriété des personnes publiques, art. R.3211-2.

(4) CE, 26 octobre 1994, req. n°121717 ; CAA de Bordeaux, 5 mai 2014, req. n°12BX02210.

(5) CAA de Douai, 25 octobre 2012, « Sté immobilière Carrefour », n°11DA01951, concl. D. Moreau.

(6) CAA de Marseille, 25 février 2010, « Commune de Rognes », req. n°07MA03620, AJDA, 2010, concl. F. Dieu.

(7) Lire « A propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier

et de travaux », de Ph. Terneyre et E. Fatome, AJDA, 2009 - Lire également « Montages immobiliers et droit de la commande publique », A. Vandepoorter, « Cahier droit de l'entreprise », 1^{er} septembre 2013.

(8) TA de Montpellier, 26 juin 2009, req. n°0704910.

(9) CE, 3 juin 2009, « Commune de Saint-Germain-en-Laye », req. n°311798.

(10) CJCE, 18 janvier 2007, affaire n°C-220/05 - Lire aussi CJCE, 25 mars 2010, affaire n°C-451/08.

(11) CAA de Lyon, 4 juillet 2013, req. n°12LY01556.

(12) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

(13) CAA de Marseille, 25 février 2010, req. n°07MA03620.