

LE COURRIER DES MAIRES

et des élus locaux



La valorisation des propriétés publiques

DE 1 À 5

Domaine public ou domaine privé?

Distinguer les deux, qualifier une dépendance du domaine public : critères d'identification, poids de l'historique et de l'avenir de la dépendance... p. 3

DE 6 À 17

La valorisation via une cession de la propriété publique

Cessions, promesses de vente, avis des Domaines, mise en concurrence, cession avec charges, requalifications en marché de travaux ou en concessions... p. 4

DE 18 À 26

La mise à disposition d'une dépendance du domaine privé

Contrats de mise à disposition, contrainte d'un titulaire d'un bail emphytéotique de droit commun ou d'un bail à construction, obligation de construire... p. 7

DE 27 À 50

La mise à disposition d'une dépendance du domaine public

Contrats, obligation de publicité, appel à manifestation d'intérêt concurrente, bail emphytéotique administratif, redevance domaniale... p. 10



Principal actionnaire: Info Services Holding.

Société éditrice: Groupe Moniteur SAS au capital de 333900 euros.

Siège social: 20, rue des Aqueducts, 94250 Gentilly.

RCS: Nanterre 403080823.

Numéro de commission paritaire: 0425 T 86402.

ISSN: 1252-1574.

Président-directeur de la publication: Julien Elmaleh.

RÉFÉRENCES

- Loi n°2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique
- Loi n°2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés
- Code général de la propriété des personnes publiques
- Code de la commande publique
- Code général des collectivités territoriales
- Code rural et de la pêche maritime
- Code de la construction et de l'habitation

RESSOURCES

- **Les ressources financières des collectivités locales, EPCI et syndicats,** 50 questions-réponses du Courrier des maires, janvier 2024, courrierdesmaires.fr/article.57581
- **Les opérations d'aménagement,** 50 questions-réponses du Courrier des maires, octobre 2022, courrierdesmaires.fr/article.51397
- **L'occupation domaniale,** 50 questions-réponses du Courrier des maires, mars 2022, courrierdesmaires.fr/article.48667

La valorisation des propriétés publiques

Comment une personne publique n'ayant plus l'usage d'un bien immobilier lui appartenant peut-elle le valoriser autrement? Elle peut le céder ou le louer pour répondre à ses besoins d'investissements ou de fonctionnement. Mais elle peut aussi faire d'une pierre, deux coups, voire... trois coups: le propriétaire public peut subordonner la vente ou la location d'un terrain ou d'un bâtiment désaffecté à l'obligation pour l'acquéreur de réaliser sur cette dépendance des équipements immobiliers préalablement définis, qui seront,

certes, affectés à des activités privées, mais tout de même utiles à la vie de la cité. Une collectivité peut par exemple vendre un terrain à un promoteur, à charge pour lui de réaliser les équipements. Certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (cinéma, bureaux, logements, centre commercial...) mais serviront l'intérêt général car ils dynamiseront la vie d'un quartier; tandis que d'autres (salle des fêtes, crèche, parc de stationnement...) seront immédiatement remis à la collectivité et affectés à une mission d'intérêt général ou un service public.

La valorisation des propriétés publiques renferme ainsi un intérêt politique, économique et social. Or, elle s'inscrit dans un espace concurrentiel organisé tant par le droit national qu'europpéen. 50 questions pour identifier la voie la plus judicieuse pour optimiser ces propriétés qui peuvent relever tant du domaine public que privé.

Par **Alexandre Vandepoorter**, avocat associé ; **Astrid Boullaut**, **Gaëlle Collin**, **Sandrine Lebel** et **Leïla Sayegh**, avocates, cabinet Seban et associés

1

Comment distinguer le domaine privé du domaine public?

Les propriétés immobilières d'une personne morale de droit public appartiennent soit à son domaine public – et elles sont alors soumises à un régime spécifique, soit à son domaine privé – et elles sont alors soumises au droit commun. Le code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) précise qu'un bien relève du domaine privé d'une personne publique soit parce que la loi le dit, comme il advient par exemple des immeubles à usage de bureaux (art. L.2211-1), des chemins ruraux ou des bois et forêts relevant du régime forestier (art. L.2212-1); soit – par défaut – parce qu'il ne satisfait pas les critères de la domanialité publique. Comme l'indique l'article L.2211-1 du code général de la propriété des personnes publiques, «font partie du domaine privé les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1, qui ne relèvent pas du domaine public».

2

Comment identifier une dépendance du domaine public?

Un bien appartenant à une personne publique relève de son domaine public par détermination de la loi. Le législateur a par exemple entendu ériger en dépendance du domaine public les dépendances maritimes (art. L.2111-4 à 2111-6 du CGPPP), fluviales (art. L.2111-7 à L.2111-13), routières (art. L.2111-14), ferroviaires (art. L.2111-15), aéronautiques (art. L.2111-16) et hertziennes (art. L.2111-17).

À défaut de qualification législative, un bien appartient au domaine public d'une personne publique s'il remplit l'un des deux critères mentionnés à l'article L.2111-1 du CGPPP, à savoir: soit il est affecté à l'usage direct du public (une place publique...); soit il est affecté à un service public au prix d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service (une école, une piscine communale...).

3

Une dépendance peut-elle autrement appartenir au domaine public ?

Une dépendance qui n'appartient ni au domaine public par détermination de la loi, ni par application de l'article L.2111-1 du CGPPP, peut tout de même appartenir au domaine public sur le fondement de la théorie de l'accessoire ou de la théorie de la domanialité publique globale.

Suivant l'article L.2111-2 du CGPPP, un bien relève du domaine public s'il concourt à l'utilisation d'un autre bien appartenant au domaine public et s'il en constitue par ailleurs un accessoire indissociable.

Et, selon la théorie de la domanialité publique globale, un bien immobilier qui n'est pas affecté à l'usage du public ou à un service public peut néanmoins relever du domaine public s'il est intégré dans un ensemble immobilier qui relève cette fois du domaine public et s'il présente avec cet ensemble une unité physique et fonctionnelle (CE, avis du 19 juillet 2012, domaine national de Chambord, req. n° 386715).

4

Une dépendance peut-elle appartenir au domaine public à raison de son passé ?

Une dépendance peut appartenir au domaine public, à raison de son passé, si elle a été affectée à l'usage du public ou à un service public au prix d'un aménagement indispensable et que la personne publique n'a pris depuis aucun acte de déclassement. Il est acquis en effet qu'un bien ne peut pas « sortir » du domaine public pour intégrer le domaine privé de son propriétaire public s'il n'a pas fait l'objet d'un acte de déclassement formel, comme l'indique l'article L.2141-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « Un bien d'une personne publique [...] qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement ».

5

Une dépendance peut-elle appartenir au domaine public à raison de son avenir ?

Un bien peut également appartenir au domaine public à raison de son futur, en application de la domanialité par anticipation (autrement appelée « domanialité publique virtuelle »). Un bien peut en effet être regardé comme relevant du domaine public « quand une personne publique a pris la décision d'affecter un bien qui lui appartient à un service public et que l'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, eu égard à l'ensemble des circonstances de droit et de fait, telles que, notamment, les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés » (CE, 13 avril 2016, commune de Baillargues, req. n° 391431).

6

Est-il possible de céder une dépendance relevant du domaine public ?

Parce que les biens du domaine public sont inaliénables (art. L.3111-1 du CGPPP), toute délibération autorisant la cession d'un bien du domaine public est nulle (CE, 11 octobre 1995, Tête, req. n° 116544), tout comme la cession elle-même (CE, 1^{er} mars 1989, département de la Moselle, req. n° 71140; CAA Nancy, 22 août 2008, SNCF, req. n° 07NC00907).

En conséquence, lorsqu'une personne publique souhaite céder un bien relevant de son domaine public, elle doit préalablement procéder à son déclassement (art. L.2141-1 du CGPPP). Cette décision de déclassement ne peut en principe intervenir qu'après que le bien ait été désaffecté.

7

La cession d'une dépendance relevant du domaine public est-elle possible sans désaffectation préalable ?

Par dérogation à la procédure « classique » de déclassement, il est possible de procéder à la cession d'un bien immobilier toujours affecté à l'utilité publique, et qui va l'être encore un certain temps, par la voie du déclassement par anticipation. Le dispositif prévu à l'art. L.2141-2 du CGPPP le permet pour pouvoir immédiatement le céder à un opérateur – tout en maintenant temporairement son affectation à l'utilité publique – mais à la condition que sa désaffectation effective intervienne dans les trois ans maximum à compter de l'acte de déclassement (délai porté à six ans lorsque la désaffectation dépend de la réalisation d'une opération de construction, de restauration ou de réaménagement).

L'acte de vente doit alors, à peine de nullité, comporter une clause organisant les conséquences de la résolution de la vente (notamment dans l'hypothèse où la désaffectation ne serait pas intervenue dans le délai fixé). Cette cession doit par ailleurs intervenir en considération d'une étude d'impact pluriannuelle.

8

Que doit contenir l'étude d'impact pluriannuelle ?

La cession d'un bien dont le déclassement a été prononcé par anticipation doit nécessairement intervenir sur le fondement d'une étude d'impact pluriannuelle « tenant compte de l'aléa », sous peine d'entraîner l'annulation de la délibération autorisant la cession (TA Cergy-Pontoise, 1^{er} juillet 2022, req. n° 2106692). Les textes sont muets sur le contenu ou le formalisme que cette étude doit respecter. On peut toutefois penser qu'elle doit notamment exposer le contexte de l'opération, les motifs de la cession ainsi que les raisons d'un déclassement anticipé (impossibilité de cesser les activités à court terme, nécessité de conclure la vente dans des délais courts...).

Doivent également y figurer le calendrier prévu, les modalités du maintien de l'affectation dans le bien une fois le transfert de propriété acté, les mesures prises pour s'assurer de la désaffectation effective du bien ainsi que les conséquences financières pour la commune (CAA Versailles, 4 juillet 2024, req. n° 22VE02181).

9

Peut-on conclure une promesse de vente sur une dépendance du domaine public ?

Oui. L'article L.3112-4 du CGPPP prévoit cette possibilité si la désaffectation du bien est décidée pour l'avenir par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public (ou de l'usage direct du public) justifient que cette désaffectation, qui permet son déclassement, ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse. La promesse est alors conclue sous la (double) condition suspensive de la désaffectation effective du bien et de son déclassement. Le texte précise qu'il n'est pas possible, si la condition suspensive devait ne pas être levée en raison d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés, de prévoir une indemnisation du bénéficiaire de la promesse au titre d'un éventuel manque à gagner : seules « les dépenses engagées par lui et profitant à la personne publique propriétaire » peuvent être remboursées au bénéficiaire de la promesse.

10

L'avis des Domaines est-il obligatoire avant toute cession d'une dépendance du domaine communal ?

Oui, en principe, pour toute collectivité territoriale. Toute cession opérée sur le territoire d'une collectivité, à tout le moins d'une commune de plus de 2 000 habitants, sans considération du montant envisagé, doit obligatoirement être précédée d'une saisine de la Direction de l'immobilier de l'État qui délivre un avis sur la valeur du bien (articles L.2241-1, L.3213-2 et L.4221-4 du CGCT).

11

Les collectivités territoriales sont-elles liées par l'avis des Domaines ?

Non, pas à proprement parler. S'il est obligatoire de solliciter l'avis des Domaines préalablement à la cession immobilière envisagée, la collectivité n'est pas liée par cet avis. Elle peut retenir un montant différent de celui fixé par les services de l'État, sous réserve toutefois que «son» prix de vente ne soit pas substantiellement différent de ce dernier.

En pratique, il est admis que le prix puisse s'éloigner de 10% par rapport au prix fixé dans l'avis des Domaines, et ce sans qu'il ne soit réellement nécessaire de justifier ce léger écart. Certains avis prennent d'ailleurs le parti d'indiquer non pas un prix, mais une fourchette, ou indiquent qu'un écart de cette nature est admis.

12

Est-il possible de se détacher substantiellement du prix retenu par les Domaines ?

Il est acquis que les personnes publiques n'ont pas le droit d'octroyer des libéralités et que cette interdiction se traduit, en matière de cession d'un bien, par l'interdiction qui leur est faite de le céder à un prix inférieur à celui du marché. Au-delà de la marge de 10% « autorisée » en pratique, une personne publique ne peut s'éloigner de l'estimation faite par la Direction de l'immobilier de l'État que si la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes (CE, 3 novembre 1997, commune de Fougerolles, req. n° 169473).

On pense par exemple à la cession d'un foncier à un prix inférieur au prix du marché au profit d'un opérateur qui, en contrepartie, s'engage à réaliser un pôle dédié à des activités commerciales, libérales et de services utiles à la population de la commune (TA Dijon, 6 février 2025, req. n° 2203037) ou à créer un nombre déterminé d'emplois (CE, 3 novembre 1997, commune de Fougerolles, req. n° 169473).

13

Les collectivités doivent-elles faire précéder leurs cessions domaniales d'une mise en concurrence ?

Contrairement à l'État qui est soumis à une obligation de publicité et de mise en concurrence préalablement à la cession d'un immeuble relevant de son domaine privé (art. R.3211-2 du CGPPP), les collectivités territoriales sont en principe libres de céder des biens immobiliers qui leur appartiennent parce qu'il n'est pas autrement d'exigences nationales ou européennes en la matière (CE, 16 avril 2019, sociétés Procedim et Sinfimmo, req. n° 420876 ; TA Versailles, 26 janvier 2024, req. n° 2109860).

14

Qu'est-ce qu'une cession avec charges ?

La cession foncière avec charges désigne la vente, par une personne publique, d'un terrain ou d'un bien immobilier à charge pour l'acquéreur de satisfaire certaines conditions posées par la personne publique dans le cadre de cette vente. Cet outil de valorisation des propriétés publiques présente l'intérêt évident de permettre à un propriétaire public de faire « d'une pierre deux coups ». En procédant à la vente d'un terrain ou d'un ensemble bâti dont il n'a plus l'usage, et en imposant à l'acquéreur, promoteur ou autre investisseur de réaliser un programme immobilier préalablement fixé, la personne publique va non seulement recevoir immédiatement le fruit de la vente (une somme d'argent) qu'elle pourra investir, mais elle va également – et peut-être surtout – être assurée que la propriété dont elle se défait va accueillir un projet utile à la cité.

15

Les cessions avec charges relèvent-elles du code de la commande publique ?

Globalement, non. Les cessions avec charges sont étrangères au droit de la commande publique, à tout le moins lorsqu'elles apparaissent comme des montages immobiliers dont l'objet principal demeure une simple opération immobilière, pour laquelle la personne publique (PP) a simplement souhaité optimiser le potentiel économique de son domaine. L'opération immobilière échappera ainsi au droit de la commande publique si elle pour objet principal la réalisation d'un programme purement « privé », dont la PP n'est pas à l'initiative ou bien si les obligations de travaux liées demeurent modestes.

Des opérations peuvent toutefois entrer dans le champ d'application de la commande publique. C'est vrai lorsque la cession avec charges est sollicitée opportunément par la PP pour faire réaliser des équipements qu'elle juge nécessaires, pas forcément pour son usage propre, mais pour servir un de ses objectifs politiques, et des équipements sur la conception desquels elle veut peser. Dans ce cas, la cession domaniale renferme peut-être bien une « commande » et pourrait être analysée comme une concession.

16

Une cession avec charges peut-elle être requalifiée en marché de travaux ?

La vente d'une propriété publique peut être regardée comme un marché de travaux si elle répond à un « intérêt économique direct » pour le propriétaire (CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08), c'est-à-dire si elle répond à une utilité publique certaine, mais aussi, et au-delà, si elle traduit la circonstance que l'acheteur public a (en conséquence) exercé une « influence déterminante sur la conception et la nature » des équipements que l'acquéreur s'est engagé à construire (art. L.1111-2 du CCP).

La qualification demeure toutefois discutable parce que, dans le cadre d'une cession avec charges, le propriétaire public ne rémunère jamais, même pour partie, le coût des travaux que l'acquéreur va réaliser sur la dépendance qu'il a achetée : c'est au titre de la commercialisation des ouvrages ou autres équipements construits qu'il va se rémunérer, en supportant nécessairement un risque économique. Pour cette raison, c'est plutôt sur le terrain de la concession qu'une cession avec charges peut relever du droit de la commande publique.

17

Une cession avec charges peut-elle être requalifiée en concession ?

La cession avec charges est incompatible avec toute idée de concession de travaux, puisque le principe même d'une concession de travaux implique que l'autorité concédante soit propriétaire de l'ouvrage dont l'exploitation est concédée (CE, 4 mars 2023, société Socris Gestion, req. n° 437232). C'est donc vers la concession de services qu'il faut se tourner : le contrat par la voie duquel une personne publique confie à un promoteur la charge de lui acheter une dépendance, et donc de procéder à un « portage foncier », puis de la viabiliser, de concevoir et construire des ouvrages préalablement déterminés (logements, bureaux...) et enfin de les commercialiser est bien, à certains égards, un contrat qui confie à un opérateur une mission globale de service satisfaisant un besoin de la collectivité, ceci à ses risques et périls. En droit français, la concession d'aménagement en est l'illustration parfaite (art. R. 300-4, code de l'urbanisme). Un TA a d'ailleurs jugé que le contrat de cession d'une parcelle communale à un opérateur devait être regardé comme une concession d'aménagement (TA Cergy-Pontoise, 9 février 2023, req. n° 2003860).

18

Quels sont les contrats de mise à disposition sur le domaine privé ?

Le propriétaire public peut mobiliser pour l'occupation de son domaine privé l'ensemble des contrats qu'offre le droit privé. Il peut notamment recourir aux contrats de court ou moyen terme (convention d'occupation précaire, bail commercial...) ou de long terme avec octroi de droits réels (bail emphytéotique de droit commun, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier). Contrairement à ce qu'il advient pour les contrats portant occupation du domaine public, ces contrats ne sont pas encadrés par des règles exorbitantes de droit commun, et laissent donc souvent une plus grande marge de manœuvre sur des sujets essentiels.

19

Une procédure préalable est-elle nécessaire avant la mise à disposition d'une dépendance du domaine privé ?

Une telle obligation n'est pas prévue au titre du droit national : les dispositions issues de l'ordonnance du 19 avril 2017, qui ont introduit dans le CGPPP une obligation de publicité et de sélection préalable pour les titres accordés « en vue d'une exploitation économique », ne sont pas applicables aux dépendances du domaine privé (art. L.2122-1-1 du CGPPP). Et si cet état du droit demeure très discuté au regard du droit européen, qu'il suscite toujours le débat et n'emporte apparemment pas l'adhésion de la doctrine administrative elle-même (réponse ministérielle du 19 juin 2025, JO Sénat, p. 3473), le Conseil d'État a toutefois jugé que la mise à disposition de dépendances du domaine privé n'était pas soumise à des mesures de publicité et de sélection préalables en application de la directive « Services » ou de la jurisprudence européenne (CE, 2 décembre 2022, commune de Biarritz, req. n° 460100).

20

Peut-on contraindre le titulaire d'un bail emphytéotique de droit commun ?

Il est acquis qu'un bail emphytéotique de droit commun – bail d'une durée de 18 à 99 ans qui, aux termes de l'article L.451-1 du code rural, « confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque » –, ne peut pas renfermer des clauses qui affectent la liberté d'entreprendre du preneur, en matière de travaux ou d'usage des lieux, ou comporter des clauses qui subordonnent les initiatives du preneur au consentement du bailleur. La Cour de cassation a ainsi rejeté la qualification de bail emphytéotique s'agissant d'un bail qui « comportait une clause limitant l'usage auquel le bénéficiaire pouvait affecter les lieux loués » (Cass., 13 mai 1998, n° 96-13.586 et n° 96-14.076; Cass., 7 octobre 1992, n° 89-19227; Cass., 3 octobre 1991, n° 90-15.889). Le juge administratif s'est prononcé également dans le même sens (CAA Lyon, 9 juillet 2020, req. n° 18LY00812).

21

Peut-on contraindre le titulaire d'un bail à construction ?

Si le régime du bail à construction est à certains égards semblable à celui du bail emphytéotique (octroi de droits réels, durée comprise entre 18 et 99 ans...), il s'en distingue au moins sur un point essentiel : à la différence du bail emphytéotique, le bail à construction peut contenir une clause qui restreint l'activité du preneur (Cass., 7 avril 2004, n° 02-16283). Dans cette logique, le bailleur peut soumettre toute construction nouvelle sur la dépendance à autorisation de sa part ce qui permet de conserver la destination initiale souhaitée (Cass., 5 décembre 2007, n° 06-19.728).

Un bail à construction peut également renfermer des clauses subordonnant à l'accord préalable du bailleur la modification des caractéristiques essentielles des ouvrages, ainsi que des clauses imposant au preneur l'obligation de consulter le bailleur sur le choix du gestionnaire et sur les modifications intervenant dans la gestion des ouvrages (Cass., 4 octobre 2017, n° 16-21.693; TA Paris, 6 mai 2019, req. n° 1801863).

22

Un bail à construction peut-il être conclu sans imposer d'obligation de construire pour le preneur ?

Aux termes de l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation, « constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail ». Ainsi, pour pouvoir recourir au bail à construction, il faut que le bail emporte principalement une obligation de construire à la charge du preneur. Les juridictions ont admis qu'un tel bail puisse être sollicité non pas pour construire de toutes pièces un ouvrage, mais pour procéder à une réhabilitation lourde d'un ouvrage déjà existant ou à la transformation profonde d'un bâtiment (CA Paris, 17 avril 2013, n° 10/14847).

A l'inverse, il n'est pas possible de conclure un bail à construction aux termes duquel le preneur s'engage seulement à réaménager des bâtiments existants, par exemple en locaux à usage commercial et de bureaux (CA Lyon, 15 janv. 2008, n° 06/00686).

23

Peut-on conclure un bail à construction sur le domaine public ?

Pendant longtemps, les baux de droit privé transférant des droits réels au preneur ne pouvaient pas porter sur le domaine public, à raison du principe d'indisponibilité du domaine public (CE, 6 mai 1985, association Eurolat, req. n° 41589 ou encore CAA Marseille, 12 mars 2015, commune de Fos-sur-Mer, req. n° 14MA03803). Une affirmation à nuancer aujourd'hui : le Conseil d'État a jugé qu'un bail de cette nature serait nul, sauf à ce qu'il puisse être requalifié en un contrat portant occupation du domaine public ou bien qu'il puisse être jugé comme étant compatible avec les exigences de la domanialité publique au regard de ses clauses (CE, 11 mai 2016, communauté urbaine de Marseille Provence métropole, req. n° 390118). Ainsi, un bail à construction peut être conclu sur le domaine public, à la condition que son contenu ne froisse pas le droit de la domanialité publique (durée des autorisations constitutives de droits réels, agrément lors de la cession des droits réels, périmètre de l'hypothèque, régime des servitudes...), à la condition donc qu'il ne soit plus réellement... un bail à construction.

24

Un bail emphytéotique administratif peut-il être conclu sur le domaine privé ?

Le bail emphytéotique administratif (BEA) peut concerner un bien qui relève du domaine privé de son propriétaire, comme l'a confirmé le Conseil d'État : « Considérant, toutefois, que l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales a ouvert aux collectivités territoriales la faculté, dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité, d'autoriser un organisme qui entend construire un édifice du culte ouvert au public à occuper pour une longue durée une dépendance de leur domaine privé ou de leur domaine public » (CE, 10 février 2017, req. n° 395433).

25

Un bail à construction ou un bail emphytéotique, conclu sur le domaine privé, peut-il être requalifié en contrat de la commande publique ?

La question devrait être sans objet, puisqu'un bail emphytéotique ne peut absolument pas contraindre le preneur et puisqu'un bail à construction ne peut contraindre le preneur que dans la limite de la construction et de la destination du bien donné à bail. Mais, en pratique, parce que les parties prennent parfois des libertés, la question demeure ouverte, ou à tout le moins l'a été par le passé (TA Paris, 6 mai 2019, req. n° 1801863). La question se pose alors fatalement dans les mêmes termes qu'au titre des contrats portant occupation du domaine public.

26

Comment choisir entre le bail emphytéotique et le bail emphytéotique administratif ?

Le bail emphytéotique administratif (BEA) renferme les écueils de ses avantages : il accorde nettement plus de pouvoirs à la personne publique propriétaire, et se trouve donc nettement moins « appétissant » pour les investisseurs, promoteurs et autres opérateurs preneurs à bail. Le BEA est en effet un contrat de droit public, si bien qu'il offre à la personne publique un pouvoir de résiliation unilatérale, pour faute mais aussi pour motif d'intérêt général, et au-delà un pouvoir de modification unilatérale. Il lui permet aussi de s'opposer à sa cession par le preneur du bail en cours d'exécution. Enfin, et surtout, le BEA comporte – et doit comporter – des obligations à la charge du preneur concernant le projet que ce dernier entend réaliser. Pour cette raison, le bail emphytéotique administratif est un outil contractuel à privilégier lorsque le propriétaire public entend conserver un réel contrôle sur ce qu'il adviendra de la destination de la dépendance concernée.

27

Quels sont les contrats de mise à disposition sur le domaine public ?

Toute occupation du domaine public doit préalablement être autorisée par le propriétaire ou le gestionnaire de la dépendance (art. L.2122-1 du CGPPP). Si la forme de cette autorisation n'est pas encadrée (décision unilatérale ou contrat ; écrit ou oral), les outils contractuels le sont en revanche et ils sont au nombre de trois : l'autorisation/convention d'occupation temporaire du domaine public « classique » ; l'autorisation / convention d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels (art. L.1311-5 du CGCT) ; le bail emphytéotique administratif (art. L.1311-2 du CGCT).

28

Une procédure préalable à la mise à disposition du domaine public est-elle nécessaire ?

Oui. Les dispositions de l'ordonnance du 19 avril 2017, qui ont été intégrées au code général de la propriété des personnes publiques, ont introduit le principe selon lequel la conclusion des titres d'occupation (autorisations ou conventions) du domaine public doivent être précédés d'une procédure de publicité et de sélection préalable lorsqu'ils permettent à leur titulaire « d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique » (art. L.2122-1-1 du CGPPP).

29

Comment qualifier l'exploitation économique du domaine public ?

Il y a exploitation économique dès lors que le domaine public permet l'exercice d'une activité économique, et non pas uniquement lorsqu'il est l'objet en lui-même d'une exploitation économique. Plus précisément, tout opérateur (entreprise, association...) qui va générer des recettes grâce au domaine public et qui peut se placer sur un marché concurrentiel doit être analysé comme exerçant une activité économique sur ou au moyen de cette dépendance. Peuvent ainsi être analysées comme de telles activités l'exploitation des terrasses de restaurants sur des trottoirs, l'installation de panneaux photovoltaïques sur des toits de dépendances du domaine public, la construction de résidences étudiantes sur une dépendance du domaine public d'un campus... Tout récemment, le Conseil d'État a même incidemment considéré que la création d'une zone de mouillage et d'équipements légers dans un parc national devait être analysée comme participant d'une exploitation économique du domaine public (CE, 5 février 2025, req. n° 491584).

30

Existe-t-il des exceptions à l'obligation de publicité et de sélection préalable ?

Le CGPPP distingue deux grands cas de figure. Dans le premier, les personnes publiques peuvent délivrer le titre en ne mettant en œuvre qu'une publicité simplifiée et sans sélection ; parce que le nombre d'autorisations n'est pas limité ; parce qu'il s'agit d'une occupation de courte durée (art. L.2122-1-1 du CGPPP) ; ou parce qu'elles ont été saisies d'une manifestation d'intérêt spontanée de la part d'un opérateur privé (art. L.2122-1-4 du CGPPP).

Dans le second cas, les personnes publiques peuvent délivrer directement, de gré à gré, le titre d'occupation, soit en raison de plusieurs considérations posées par l'article L.2122-1-2 (une procédure préalable, l'urgence, la prolongation d'un titre), soit parce qu'une procédure préalable de publicité et de sélection s'avère « impossible ou non justifiée » (art. L.2122-1-3).

31

Dans quels cas une procédure peut-elle s'avérer impossible ou injustifiée ?

L'article L.2122-1-3 du code général de la propriété des personnes publiques prévoit que la procédure préalable imposée par l'article L.2122-1-1 n'est pas applicable lorsqu'elle se révèle « impossible ou non justifiée ». À cette exception générale s'ajoute une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le titre peut ainsi être délivré de gré à gré : exclusivité, « in house » domanial (CE, 5 février 2025, req. n° 491584), échec d'une procédure précédente, caractéristiques particulières de la dépendance (pour les terrains voisins de ceux accueillant le festival Hellfest à Clisson : TA Nantes, 25 août 2020, req. n° 1803663 et 1804619) ou motifs tenant à l'autorité et/ou à la sécurité publique.

Dans l'absolu, il est donc possible de se passer d'une procédure préalable en raison d'autres motifs que ceux énumérés dans l'article. Lorsqu'elle fait usage de cette dérogation, la personne publique doit rendre publiques les considérations de droit et de fait l'ayant conduite à ne pas mettre en œuvre la procédure.

32

Que faire si un opérateur sollicite l'occupation d'une dépendance relevant du domaine public ?

La manifestation spontanée d'intérêt permet à la personne publique de recourir à une procédure « allégée » de publicité et de sélection préalable. Le CGPPP prévoit en effet que « lorsque la délivrance du titre [...] intervient à la suite d'une manifestation d'intérêt spontanée, l'autorité compétente doit s'assurer au préalable par une publicité suffisante, de l'absence de toute autre manifestation d'intérêt concurrente » (art. L.2122-1-4). En clair, il s'agit simplement pour la personne publique de lancer un avis de publicité « minimal » et de s'assurer qu'il n'existe pas d'appétit concurrent. Le plus souvent, l'avis renseigne la nature du projet, sa durée prévisionnelle, le montant des investissements, voire celui de la redevance... Mais l'identité de l'opérateur qui s'est manifesté n'est pas requise (TA Montpellier, 29 décembre 2022, req. n° 2102668). Et ce n'est que si un opérateur concurrent se manifeste qu'une seconde étape devra alors être lancée : une procédure de sélection préalable « en bonne et due forme ».

33

Où doit être publié l'appel à manifestation d'intérêt concurrente ?

L'exigence de transparence impose une publicité adaptée à l'objet et à l'importance de l'autorisation domaniale. Plus les enjeux économiques seront élevés (immeuble symbolique, équipement culturel d'envergure), plus la publicité devra être large. Mieux vaut procéder à une publicité sur le site internet de la personne publique, premier point d'entrée. Une publication dans la presse locale, nationale et/ou spécialisée sera utile lorsque l'autorisation couvre une activité spécialisée (festivités de fin d'année, restauration, association...). Le délai laissé aux candidats potentiels doit être suffisant pour qu'ils puissent faire acte de candidature. Il a ainsi été jugé, lors d'un appel portant sur l'occupation d'une dépendance communale destinée à accueillir un food truck, qu'une publicité sur des supports extérieurs, en ligne et dans un journal, pendant six semaines, est suffisante (TA Rennes, 21 octobre 2022, req. n° 2001743). Et la CAA de Paris a écarté la requête d'une association qui dénonçait l'insuffisante publicité d'un appel à manifestation d'intérêt concurrente uniquement sur son site web (CAA Paris, 3 février 2022, req. n° 21PA02668).

34

Qui peut conclure un bail emphytéotique administratif ?

Il faut distinguer, entre les personnes publiques, d'une part les collectivités et leurs groupements, et d'autre part l'État et ses établissements publics.

Aux termes de l'article L.1311-2 du CGCT, peuvent conclure un bail emphytéotique administratif (BEA) en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public les « collectivités territoriales » (communes, départements, régions), ainsi que « les établissements publics des collectivités et aux groupements de ces collectivités » (art. L.1311-4 du CGCT).

L'État et ses établissements publics peuvent conclure des BEA « en vue de la réalisation de logements sociaux » (art. 7 de la loi n°2009-179 du 17 février 2009). L'État ou les chambres consulaires (CCI, chambres des métiers et de l'artisanat, chambres d'agriculture) peuvent également en conclure au titre d'un bien immobilier qui leur appartient « en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur » (art. L.2341-1 du CGPPP).

35

Quelles conditions doivent respecter les collectivités pour conclure un BEA ?

Aux termes de l'article L.1311-2 du CGCT, les collectivités ne peuvent conclure un BEA que sous certaines conditions. Déjà, le bail doit avoir pour objet une « opération » (au sens de l'article L.1311-2), c'est-à-dire qu'il doit impliquer pour le preneur la réalisation d'investissements immobiliers significatifs (TC, 13 octobre 2014, commune de Joinville-le-Pont, req. n° C3963).

Ensuite, le bail doit être conclu en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public.

Lorsque l'opération est d'intérêt général elle doit relever « de la compétence » de la collectivité territoriale.

Par ailleurs, l'article L.1311-2 du CGCT a entendu, par le terme « contravention de voirie », exclure la possibilité de conclure un BEA sur le domaine public routier.

Enfin, pour être valide, le BEA ne doit pas répondre à la définition d'un contrat de la commande publique.

36

Comment est appréciée la condition tenant à la réalisation d'une opération d'intérêt général ?

L'article L.1311-2 du CGCT dispose que le bail emphytéotique doit porter sur une opération « d'intérêt général », condition entendue de manière assez souple par la jurisprudence. Si l'appréciation de la notion d'« opération d'intérêt général » demeure affaire d'espèce, soulignons que le juge administratif considère que la réalisation et la gestion d'équipements ouverts aux habitants de la collectivité, qui ont par exemple pour objet la pratique d'une activité culturelle, ou qui permettent de redynamiser l'activité commerciale de la collectivité, de renforcer l'attractivité économique et touristique d'une ville, ou qui favorisent la création d'emplois ou mettent en valeur le patrimoine, sont autant de circonstances traduisant des opérations d'intérêt général (CAA de Lyon, commune d'Ayme, 21 mai 2015, req. n° 14LY01692; CAA Versailles, 27 octobre 2004, commune d'Épinay-sous-Sénart, req. n° 02VE02544; CAA Versailles, 21 juillet 2011, commune de Verrières-le-Buisson, req. n° 10VE00770).

37

Dans quelle mesure peut-on encadrer l'activité d'un occupant du domaine public ?

Il est possible, dans un titre d'occupation domanial (un BEA ou une convention temporaire d'occupation du domaine public), de décrire les investissements que l'occupant s'engage à réaliser. Indépendamment du projet sur lequel l'occupant doit s'engager, il ressort par ailleurs d'une jurisprudence constante qu'il appartient à la personne publique de subordonner les autorisations d'occupation du domaine public à un certain nombre de conditions, fixées « tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général » (CE, 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, rec. p. 702; CE, 3 décembre 2010, ville de Paris, req. n° 338272). Mais il est naturellement une limite à l'exercice : les prescriptions ne doivent pas « verser » dans la commande publique.

38

Un BEA ou une convention temporaire d'occupation du domaine public peuvent-ils être vus comme un marché public de travaux ?

Oui, dans l'absolu, mais ils le sont très rarement en pratique parce que la structure de ces contrats implique, le plus souvent, que le preneur ou bénéficiaire de la convention d'occupation supporte un risque lié à l'exploitation de la dépendance. C'est donc surtout au titre d'une qualification en concession que la question se pose.

Le sujet a en revanche suscité l'attention par le passé dans le cadre des montages « aller-retour ». Ceux-ci consistaient, pour le bailleur, à faire réaliser par le preneur un ouvrage qui, une fois achevé, lui était remis par la voie d'une convention non détachable et en contrepartie d'un loyer, pour qu'il puisse l'affecter à un service public ou autre activité d'intérêt général. Ce montage « aller-retour » est une forme de marché de partenariat, autrement appelé partenariat public-privé, et dont on sait qu'il est un contrat d'exception qui ne peut être mobilisé que sous réserve de satisfaire à des conditions spécifiques.

39

Un BEA ou une convention temporaire d'occupation peuvent-ils être requalifiés en concession ?

Oui, aussi bien en concession de travaux que de services. Un tel contrat pourra être requalifié en concession de travaux lorsque la personne publique va imposer la réalisation d'un ouvrage ou de travaux qui répondent à ses besoins précis, et qu'elle transfère en contrepartie au preneur/titulaire, le droit d'exploiter les ouvrages réalisés, avec un risque à sa charge (art. L.1121-1, CCP). Plus précisément, les travaux réalisés par le preneur/le titulaire d'une convention satisferont en réalité un besoin de la personne publique lorsqu'ils répondront «aux exigences fixées par l'autorité concédante». Concernant les services, le sujet doit être appréhendé différemment puisque, selon le code de la commande publique, un contrat peut être qualifié de concession de services alors même qu'il ne confie pas la gestion d'un service public au cocontractant de la personne publique. Ainsi, le risque de requalification existe même si la personne publique n'impose à l'occupant de son domaine aucune sujétion particulière de service public.

40

Comment déterminer la durée d'une convention temporaire d'occupation du domaine public ou d'un BEA ?

Les règles de fixation de la durée des titres d'occupation favorisent la meilleure valorisation possible du domaine. Lorsque le titre permet à son titulaire d'occuper le domaine public en vue d'une exploitation économique, «sa durée est fixée de manière à ne pas restreindre ou limiter la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis» (art L.2122-2, CGPPP). Voilà de quoi caler la durée du titre en fonction de la nature et du volume des investissements réalisés par l'occupant.

Les titres qui confèrent des droits réels – impliquant donc des investissements – à l'occupant renferment fatalement une longue durée: de 18 à 99 ans pour les BEA ; de 0 à 70 ans pour les autorisations d'occupation temporaires du domaine public. Les autres titres peuvent renfermer une durée indéterminée dès lors qu'il existe un pouvoir de résiliation unilatérale au profit de l'autorité gestionnaire (CE, 5 février 2009, req. n°305021).

41

Comment la redevance peut-elle servir une meilleure valorisation ?

Déjà, sauf exceptions spécifiques, une redevance doit obligatoirement être sollicitée pour l'occupation du domaine public (art. L.2125-1 du CGPPP). A défaut, le propriétaire ou gestionnaire du domaine public pourrait froisser l'interdiction faite aux personnes publiques de louer leurs biens à vil prix (CE, 28 septembre 2021, CCAS Pauillac, req. n°431625) et, au-delà, consentir une aide économique. Ensuite, la redevance doit «tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation» (art. L.2125-3, CGPPP) : en pratique, la redevance renferme ainsi une part fixe (la valeur locative du bien), mais au-delà, une part variable (CE, 21 mars 2003, Sipperec, req. n°189191). Véritable outil au service de la valorisation, cette part variable permet de tenir compte de la «réussite» de l'occupation domaniale et, également, être fonction de sa rentabilité. On pourra l'appuyer sur le chiffre d'affaires de l'occupant ou son bénéficiaire, sur un nombre d'événements ou de ventes... le cas échéant par palier. La part variable revêt donc des formes diverses, dès lors qu'elle vise à tenir compte des avantages procurés à l'occupant.

42

Peut-on résilier une convention temporaire d'occupation du domaine public pour valoriser la redevance ?

Oui. Aux termes d'une jurisprudence constante, «la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation de ce domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme» (CE, 23 mai 2011, Etablissement public pour l'aménagement de la région de la Défense, req. n° 328525 ; CAA de Lyon, commune de Bellegarde, 30 octobre 2014, req. n° 13LY20754). De même, il est possible, en cours d'exécution du contrat et donc sans résiliation, de réévaluer une redevance domaniale, mais seulement lorsque de nouvelles circonstances l'impliquent (CE, 29 décembre 2014, société Bouygues Télécom, req. n° 368773).

43

Peut-on modifier le périmètre de la convention temporaire d'occupation si l'occupant veut étendre son activité ?

S'il s'agit de doubler, par voie d'avenant, le périmètre des dépendances mises à disposition de l'occupant pour une activité lucrative, en lui confiant des terrains supplémentaires qui pourraient intéresser d'autres opérateurs, la modification suscitera la réserve et ce, même si elle permettrait une valorisation optimale du domaine puisque le propriétaire/gestionnaire du domaine en récolterait une redevance fructueuse. Il faudra passer a minima par un appel à manifestation d'intérêt. En revanche, si le périmètre de l'autorisation actuelle jouxte une petite parcelle enclavée, inexploitée et qui ne pourrait pas être exploitée autrement que par le titulaire de la convention actuelle, inclure cette parcelle dans le périmètre de la convention existante ne posera pas de difficultés, dès lors que cela n'entraîne pas un changement substantiel des conditions économiques de l'occupation, au point que si cette parcelle avait été incluse dès l'origine dans le périmètre de l'autorisation, elle aurait alors pu intéresser d'autres opérateurs.

44

Puis-je prolonger la convention si l'occupant veut réaliser des investissements valorisant la dépendance ?

L'article L.2122-1-2 du CGPPP pourrait le laisser penser. Mais, en réalité, cela dépendra des circonstances impliquant ces investissements. Si ceux-ci sont rendus nécessaires par des circonstances imprévues (tempête qui détruit une partie d'un restaurant de plage, nouvelles normes techniques imposant de lourds investissements), il devrait être possible de prolonger l'autorisation dans la stricte limite de la durée nécessaire pour amortir les nouveaux investissements.

En revanche, s'il s'agit pour l'occupant de procéder à de nouveaux investissements pour exploiter la dépendance au-delà de ce qui avait initialement été convenu et améliorer la rentabilité escomptée, prolonger la durée du contrat est risqué. Des investissements nouveaux, en particulier lorsque l'autorisation approche de son terme, pourraient constituer un détournement des règles de publicité et de sélection préalable.

45

Un fonds de commerce peut-il être constitué sur le domaine public ?

Oui, sous certaines conditions. Déjà, l'occupant doit disposer d'un titre d'occupation postérieur au 20 juin 2024 (CE, 24 nov. 2014, req. n° 352402). Ensuite, l'occupation doit porter sur le domaine public artificiel : la constitution d'un fonds de commerce n'est jamais possible sur le domaine naturel (art. L.2124-35, CGPPP). Enfin, l'article L.2124-32-1 du CGPPP indique qu'«un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve d'une clientèle propre». Ainsi, si les deux premières conditions sont réunies, l'existence d'une clientèle propre doit être démontrée. Lorsque l'occupation est comprise dans un ensemble plus vaste (parc, musée, aéroport...), il faut alors se demander : l'occupant peut-il ouvrir son commerce au-delà des horaires d'ouverture dudit ensemble ? Son commerce bénéficie-t-il d'un accès propre ? Les clients viennent-ils avant tout pour profiter des abords du commerce ? Si les conditions de constitution sont vérifiées, il n'est pas possible d'exclure contractuellement une telle constitution (CE, 11 mars 2022, req. n° 453440).

46

Le fonds de commerce sur le domaine public est-il un outil de valorisation efficace ?

Oui, a priori, car la reconnaissance d'un fonds de commerce attire les occupants sur le domaine public en les rassurant concernant la pérennité de leur activité. Ainsi, en cas de résiliation anticipée de leur autorisation d'occupation, ils peuvent être indemnisés du préjudice résultant de la perte de leur fonds de commerce, et aussi céder le fonds qu'ils exploitent sur le domaine public (art. L.2124-33 du CGPPP). En pratique, la réponse est plus nuancée. Déjà, la cession de ce fonds de commerce doit s'accompagner de la délivrance d'un nouveau titre d'occupation au repreneur. Pour ce faire, il faut en principe suivre une procédure de publicité et de sélection préalable ou a minima un appel à manifestation d'intérêt concurrente (art. L.2122-1-4, CGPPP). Ensuite, l'indemnisation de la perte éventuelle dudit fonds ne peut intervenir qu'en cas de résiliation anticipée de l'autorisation d'occupation et non au terme normal du titre, puisqu'il n'y a pas de droit au renouvellement du titre (CAA Bordeaux, 22 octobre 2020, req. n° 18BX01379).

47

Quels contrats permettent d'inclure une part de valorisation à la réponse aux besoins de la personne publique ?

Plusieurs contrats permettent à un acheteur public de pouvoir intégrer une part de valorisation domaniale : il s'agit d'autoriser le titulaire du contrat à procéder, au-delà de la seule occupation du domaine destinée à répondre à la « commande » de l'acheteur public, à une opération de valorisation immobilière à des fins essentiellement privées sur une partie de la dépendance mise à sa disposition. Cette possibilité est spécifiquement prévue dans le cadre des contrats de concession (art. L.3132-3, CCP), des marchés de partenariat (art. L.2213-9 et L.2233-1 à L.2233-3), des marchés globaux de performance à paiement différé (art. 1 de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023) et des seuls marchés publics globaux qui sont conclus par la société du Grand Paris (art. L.2171-6). Outre l'avantage financier (diminution du « coût » du contrat pour la personne publique), cette possibilité vient également limiter les risques d'interface entre la partie valorisée et le « principal », et permet d'assurer une logique d'ensemble.

48

Comment le contrat de concession permet-il de prévoir la valorisation ?

Selon l'art. L.3132-3 du CCP, un concessionnaire peut être autorisé à valoriser le domaine mis à sa disposition. Pour ce faire, le concessionnaire peut seulement recourir à la location – et donc pas également à la vente, contrairement à ce qu'il advient pour les marchés de partenariat – puisque le texte prévoit qu'il peut conclure des « baux ou droits réels », qualifiés d'accessoires au contrat de concession : on peut penser à la construction/l'exploitation de bureaux, de logements ou de commerces autour de l'équipement qui forme le « principal » de la concession. Ces contrats peuvent être conclus pour une durée qui peut excéder celle de la concession, si bien que l'acheteur public va se substituer au concessionnaire dans ces contrats au terme de la concession. L'équilibre de la concession va ainsi prendre en compte les recettes issues de cette valorisation, mais les textes ne précisent pas comment : on peut imaginer une durée plus courte à raison d'amortissement plus rapide des équipements, des prix proposés aux usagers moins élevés, une diminution du prix qu'aurait pu verser le concédant, le versement d'une redevance au concédant...

49

Quelles sont les modalités de valorisation permises par le marché de partenariat ?

Le titulaire d'un marché de partenariat peut recourir à différents contrats pour réaliser une opération de valorisation : autorisations d'occupation du domaine public et baux conclus sur le domaine privé constitutifs de droits réels, ou cessions de dépendances que l'acheteur public lui aurait préalablement cédées (art. L.2233-1, CCP). Comme en concession, les contrats portant sur la mise à disposition du domaine peuvent être conclus pour une durée supérieure à celle du marché de partenariat, et les modalités de reprise de ces contrats au terme du marché doivent alors faire l'objet d'une convention tripartite entre acheteur public, titulaire du marché et preneur de ces contrats (art. L.2233-3, CCP). Une partie du fruit de cette valorisation permettra de diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur (art. L.2213-9, CCP). Cette diminution peut être effectuée soit avant l'acceptation de l'ouvrage et sa mise en exploitation, soit pendant l'exploitation, au fur et à mesure de la commercialisation de cette partie valorisée.

50

Comment inclure une part de valorisation dans un marché global de performance à paiement différé ?

Il est possible de permettre au titulaire d'un marché global de performance à paiement différé portant sur la rénovation énergétique d'un ou plusieurs bâtiments de procéder à une opération de valorisation immobilière, dans la mesure où l'article 1^{er} de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 indique que la rémunération du titulaire prend en considération, « le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine ». Cette possibilité, qui ne semble pas ouverte aux autres marchés globaux de performance « classiques », a été confirmée par la mission d'appui au financement des infrastructures Fininfra.

Toutefois, la loi ne précise pas davantage les modalités de cette valorisation (quels types de contrats peuvent être utilisés par le titulaire ?), et notamment s'il est possible de conclure des baux d'une durée supérieure à celle du marché lui-même. L'incertitude demeure donc, et tient sans doute à la nature expérimentale du montage, ouvert pour une durée de cinq ans.

