

Contrat de partenariat et domaine public

Le titulaire d'un contrat de partenariat est souvent dans la situation d'un occupant du domaine public, ce qui conduit à s'interroger sur l'articulation des régimes du contrat de partenariat et de la domanialité publique.

I. Questions générales sur la valorisation du domaine occupé

Le cocontractant privé doit trouver dans le contrat de partenariat les plus larges possibilités de valoriser le domaine public : les emprises occupées et les ouvrages et équipements qu'il réalise. Cela correspond à la mise en œuvre du contrat de partenariat et contribue à en diminuer le coût pour la collectivité publique partenaire. Mais les biens et emprises apportés au contrat de partenariat peuvent aussi appartenir au domaine privé de la collectivité publique ou bien à la personne privée elle-même, et peuvent aussi faire l'objet de possibilités étendues de valorisation.

A. La valorisation des propriétés privées dans le contrat de partenariat

1. Les cas dans lesquels les biens et emprises apportés au contrat de partenariat ne relèvent pas de la domanialité publique

La consistance du domaine public immobilier fait désormais l'objet d'une définition législative. Aux termes de l'article 2111-1 du nouveau Code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006,

« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. ».

Cette nouvelle définition, qui fait remonter dans le temps le moment de l'incorporation d'un bien immobilier dans le domaine public, celle-ci intervenant, pour les biens affectés à un service public, non plus une fois que l'aménagement est réalisé et l'affectation au service public effective, mais dès que l'aménagement est en cours, aura ipso facto probablement pour effet de mettre fin à la théorie jurisprudentielle de la domanialité publique virtuelle. Telle est en tout cas l'intention affichée par les auteurs de l'ordonnance dans le rapport au Président de la République.

Il existe plusieurs cas dans lesquels les emprises du titulaire d'un contrat de partenariat n'appartiendront pas au domaine public.

- **Les emprises n'appartenant pas à la personne publique**

- * Lorsque les biens n'appartiennent pas à la personne publique mais au cocontractant privé, la domanialité publique est exclue.

- **Les emprises appartenant à la personne publique mais qui relèvent du domaine privé**

- * Les biens que la collectivité détiendrait dans le cadre d'une copropriété

- * Les immeubles détenus par des personnes publiques et pour lesquels la jurisprudence a écarté la domanialité publique

- La jurisprudence sera conduite à évoluer sous l'effet de la définition donnée par le législateur, qui a substitué, pour les biens affectés à un service public, au critère de l'aménagement spécial un critère volontairement plus réducteur, celui de l'aménagement indispensable.

- * Les immeubles détenus par des propriétaires publics pour lesquels la loi a écarté le régime de la domanialité publique

2. Les possibilités de valorisation de ces biens

L'ensemble des biens, qu'ils appartiennent à la personne publique ou à son cocontractant, dès lors qu'ils sont placés sous un régime de propriété privée, sont librement utilisés, engagés, cédés ou valorisés selon les mécanismes ordinaires du droit privé (cessions et échanges, démembrements de la propriété, crédit-bail, hypothèques et toutes formes de sûretés réelles, servitudes réelles, etc...).

La libre disposition des attributs de la propriété et des éléments de valorisation qu'elle comporte constitue un avantage contractuel important pour le cocontractant de la personne publique et diminue d'autant le prix du contrat à la charge de cette dernière.

Toutefois cette libre disposition des attributs de la propriété doit s'entendre sous la réserve de l'obligation de respecter les clauses contractuelles qui déterminent les conditions de réalisation et d'exploitation de l'ouvrage ainsi que, le cas échéant, les exigences générales du service public qu'il accueille. Les prérogatives du droit de propriété ne peuvent en effet être exercées que dans le cadre des stipulations du contrat et compte tenu des exigences de l'utilité publique à laquelle le bien est affecté.

3. La mise en place dans les contrats d'un contrôle de l'exercice des attributs du droit de propriété

Si les textes législatifs et réglementaires ne prévoient aucune procédure particulière de contrôle à l'égard des biens privés, il est conseillé d'inciter les parties, lors de la conclusion du contrat, à y inscrire des clauses prévoyant un système d'information préalable de la personne publique et d'autorisation pour les opérations portant sur la disposition des biens (cession, échange, démembrement de la propriété, crédit-bail, constitution de sûretés).

La personne publique ne pourrait s'opposer aux opérations du cocontractant sur les biens privés du contrat de partenariat que pour des motifs tirés de ce que l'opération envisagée serait de nature à compromettre la bonne fin du contrat, notamment en raison d'une insuffisance des capacités techniques ou financières du cessionnaire pressenti.

Ce schéma a déjà été consacré par le *Conseil d'Etat dans son avis du 8 juin 2000 (AJDA 2000 p.758)* pour les cessions de marchés publics ou de conventions de délégation de service public.

4. L'insaisissabilité des biens relevant du domaine privé de la personne publique

Le principe d'insaisissabilité des propriétés publiques figure à l'article L 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Ce principe s'applique à tous les biens appartenant à une personne publique, indépendamment de leur appartenance au domaine public ou au domaine privé.

Ce principe est a priori de nature à faire obstacle à certaines sûretés réelles qui impliquent la saisie du bien (l'hypothèque). Mais on observe que ce principe d'insaisissabilité n'a pas fait obstacle à l'inscription dans la loi du 25 juillet 1994 relative aux droits réels sur le domaine public de l'Etat de la possibilité d'hypothèque.

En outre, dans l'avenir et sous l'influence du droit communautaire, ce principe devra probablement être limité à la seule insaisissabilité des biens nécessaires à la continuité du service public.

B. La valorisation du domaine public dans le contrat de partenariat

1. L'existence d'un droit réel

Le titulaire du contrat a en principe des droits réels sur les ouvrages et les équipements qu'il réalise sur le domaine public.

- L'article 13 I de l'ordonnance du 17 juin 2004 et l'article L 1414-16 CGCT : « *Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».
- L'article 13 II de l'ordonnance du 17 juin 2004 autorise la conclusion de contrat de crédit-bail pour le financement des constructions prévues dans le cadre du contrat de partenariat.

2. La nature du droit réel conféré

Le droit réel, dans le cadre du contrat de partenariat, est tributaire du contrat dans la mesure où celui-ci peut l'exclure et où ce droit n'existe que pour la durée du contrat.

Le droit réel détenu par l'occupant du domaine public présente de fortes analogies avec le droit de superficie, défini par la doctrine privatiste comme « le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus ou dessous ». Ce droit de superficie peut notamment porter sur le simple droit de construire, avant même toute construction : il s'agit alors d'un simple droit d'occupation. Le droit de superficie porte également sur les constructions réalisées par l'occupant du domaine sur l'emprise qui lui est confiée.

Le droit réel est susceptible d'hypothèque et de crédit-bail et est cessible.

3. L'utilisation du droit réel

L'ordonnance du 17 juin 2004 ne prévoit et n'organise pas la « gestion » du droit réel par son détenteur, contrairement à ce qu'avait fait la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public. L'ordonnance procède à un seul renvoi au Code du domaine de l'Etat, devenu Code général de la propriété des personnes publiques, à propos du recours au crédit-bail par l'occupant du domaine public titulaire d'un droit réel.

Pour les autres utilisations possibles du droit réel (cession, cession partielle, hypothèque, servitudes consenties, ...), il paraît logique et possible de s'inspirer des solutions prévues dans le Code général de la propriété des personnes publiques, qui a repris sur ce point les dispositions du Code du domaine de l'Etat. Il appartient aux clauses du contrat d'organiser l'utilisation de ce droit réel. On pourrait retrouver un mécanisme d'information préalable de la collectivité publique, lui permettant de vérifier que l'engagement prévu du droit réel ne se heurte à aucune stipulation du contrat, ni aux intérêts publics en cause, et que le cessionnaire pressenti présente les capacités techniques et financières requises.

C. Le sort des propriétés à l'issue du contrat de partenariat.

A l'issue du contrat de partenariat les propriétaires initiaux retrouvent en principe la pleine et libre disposition de leurs biens. Il s'agit d'une des conditions d'éligibilité au fonds de compensation à la TVA pour les collectivités territoriales. Toutefois diverses indications des textes conduisent à penser que, au moins dans certains cas et sous certaines limites, les choses pourraient être plus compliquées.

L'article 11 k de l'Ordonnance du 17 juin 2004 prévoit ainsi que le contrat de partenariat doit nécessairement comporter une clause relative : « *aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements* ».

L'article 4 du décret du 27 octobre 2004 dispose quant à lui que : « *lorsque le contrat de partenariat emporte occupation du domaine public de l'Etat, les conditions de cette occupation sont déterminées selon les mêmes modalités que pour une concession de service public* ».

Un certain nombre de questions se posent dès lors quant à l'étendue de la liberté des parties dans la rédaction de ces clauses de propriété.

- Une clause peut certainement prévoir que le cocontractant privé conserve à la fin du contrat les biens apportés ou réalisés par lui pour la bonne fin du contrat, mais qui ne font pas partie des ouvrages et équipements qu'il s'est engagé à réaliser. Il n'y a pas là de difficulté.
- Une clause peut sans doute reconnaître la propriété, en fin de contrat, du cocontractant privé sur des biens qui appartenaient initialement à la collectivité publique mais ne supportaient pas d'affectation particulière et que celle-ci a mis à disposition du cocontractant pour lui permettre une exploitation étrangère par elle-même à l'objet du contrat. Cette exploitation permet éventuellement au cocontractant privé de bénéficier de recettes annexes. Il s'agit alors d'une véritable cession d'une propriété publique mais non affectée, les biens ne relevant pas et n'ayant jamais relevé du régime de la domanialité publique puisqu'ils n'ont pas été et ne sont pas affectés à l'usage direct du public ou à un service public.
Cette voie permettrait une utilisation plus large du contrat de partenariat. Cependant, il n'est pas évident qu'elle soit ouverte en l'état des textes. En effet l'article 11k de l'ordonnance du 17 juin 2004 au sujet des clauses de propriété en fin de contrat, ne concerne que les ouvrages et équipements réalisés dans le cadre du contrat de partenariat. Il serait donc difficile d'étendre ces clauses d'attribution de propriété à des ouvrages dont la réalisation n'est pas l'objet du contrat.
Dans le doute, prudence si la personne publique veut **s'employer** prendre notre attache. Cette voie ne peut pas, en tout état de cause, être ouverte sous forme d'avenant en cours de contrat.
- Une clause pourrait enfin permettre d'étendre le transfert de propriété à des dépendances et emprises faisant partie du domaine public de la collectivité concernée et qui conserveraient cette affectation ou au moins une activité complémentaire de celle-ci, mais sous la propriété privée du cocontractant partenaire et au-delà du terme du contrat de partenariat.
Sur le plan juridique, il faudrait cependant procéder à un déclassement du domaine public. Or un déclassement n'est possible qu'à condition que l'affectation cesse préalablement à la signature du contrat de partenariat et ne soit pas reprise par le partenaire privé.

Ex : cession d'une partie du domaine public ferroviaire, lors de la réhabilitation d'une gare, pour la réalisation d'un hôtel par le cocontractant partenaire sur la partie à lui cédée.

II. Financement des équipements et installations en crédit-bail en contrat de partenariat.

A. La reconnaissance de la faculté de recours au crédit-bail pour les installations édifiées sur le domaine public.

Le crédit-bail est un contrat complexe aujourd'hui très utilisé. Il comprend trois éléments :

- L'achat d'une chose
- Le louage de cette chose pour une durée déterminée

- Une promesse unilatérale de vente donnant au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie du bien loué. Le crédit preneur a donc une option d'achat.

A cela s'ajoute généralement un mandat par lequel la société de crédit-bail demande au crédit preneur d'acheter et de recevoir en son nom et pour son compte le bien qui lui sera loué. En fait la propriété du crédit bailleur est artificielle et a pour véritable objet une garantie, tandis que les prérogatives effectives de la propriété, sauf le pouvoir d'aliéner, appartiennent au crédit preneur qui est l'utilisateur de la chose et celui qui la gère. Les loyers sont le remboursement par échéances d'un capital prêté.

Dans ces circonstances, le crédit-bail est une opération de crédit garantie par une sûreté originale. Il suppose que le crédit bailleur ait un droit réel sur l'investissement qu'il finance.

B. La nécessaire distinction entre contrat de partenariat et transfert du titre d'occupation domaniale

La possibilité de transfert à l'établissement financier de droit réel est un élément de valorisation du contrat et donc de moindre coût pour l'administration.

1. Le crédit-bail s'exécute normalement

- Soit le crédit preneur (le cocontractant de l'administration) exerce au terme convenu l'option d'achat qui lui est ouverte et il reprend alors la pleine propriété des immeubles pour la durée du titre domanial restant à courir.
- Soit le crédit preneur n'exerce pas son droit d'option d'achat et continue le versement des loyers, le crédit bailleur conservant les droits réels qui lui ont été transférés pour la durée du titre domanial restant à courir.

2. Défaillance du crédit-preneur dans le service du loyer du crédit-bail

Le contrat de partenariat, et éventuellement la convention tripartite qui le complète, peut prévoir :

- La substitution de la collectivité propriétaire dans le service du crédit-bail.
- Le transfert du titre domanial lui-même au crédit bailleur pour la durée du titre restant à courir.

La présentation d'un cessionnaire par le crédit bailleur est soumise à agrément de l'administration (qui ne peut refuser que pour des motifs tirés de capacités techniques ou financières insuffisantes).

C. Régime juridique du crédit-bail dans le contrat de partenariat

1. Aspects juridiques

Le crédit-bail, un contrat complexe :

- Dans le cas de vice ou de défectuosité de la chose acquise, le crédit preneur devrait agir contre le crédit bailleur au titre du bail et ce dernier contre le fournisseur puisqu'il est l'acquéreur du bien. Mais les clauses du contrat de crédit-bail organisent en général le transfert au crédit preneur de l'action du crédit bailleur contre le fournisseur, tandis que le crédit bailleur est exonéré de toute garantie vis-à-vis du crédit preneur.
- En cas de défaut de paiement des loyers de crédit-bail par le crédit preneur, celui-ci ne perd pas tous ses droits et actions sur la chose, notamment en direction du vendeur ou du fournisseur, et alors même que le contrat de crédit-bail est résilié de plein droit.

Nature juridique du contrat de crédit-bail dans le cadre d'un contrat de partenariat :

Le Tribunal des conflits s'est prononcé sur la nature juridique du contrat de crédit-bail dans l'hypothèse d'occupation du domaine public. Il a jugé que le contrat de bail immobilier qui se borne à mettre en place une opération de financement entre deux sociétés commerciales et qui n'a pas lui-même pour objet l'occupation du domaine public est un contrat de droit privé, alors même que la collectivité publique se sera substituée au crédit preneur.

Le crédit-bail est également un contrat privé quand le crédit bailleur ne participe pas directement à l'exécution du service public (ce qui sera nécessairement le cas dans le contrat de partenariat).

On peut donc en conclure que le contrat de crédit-bail, dans le cadre d'un contrat de partenariat, est un contrat de droit privé.

2. Aspects de procédure

Le candidat à un contrat de partenariat souhaitant financer le projet par crédit-bail doit signer un protocole d'accord avec le crédit bailleur indispensable dans le cadre de l'offre présentée à la collectivité publique. Ce protocole d'accord est important parce que le contrat de partenariat est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce protocole est destiné à régir les rapports pré-contractuels, notamment durant toute la phase pré-contractuelle.

Si la collectivité publique retient ce candidat, alors elle donne en même temps son agrément au crédit bailleur, et l'établissement public est tenu d'attribuer aux conditions définies dans le protocole le crédit-bail au cocontractant privé.

Le crédit-bail ne sera définitivement conclu que le jour où par l'attribution du contrat de partenariat l'entreprise sera titulaire de droits réels et pourra donc les transférer comme garantie au crédit bailleur.