



DANS QUELLE MESURE UNE COLLECTIVITÉ TERRITORIALE PEUT-ELLE ÊTRE CRÉDIT-PRENEUR EN VUE DE L'ACQUISITION D'UN IMMEUBLE À USAGE DE BUREAUX ?

DROIT PUBLIC IMMOBILIER

DOMAINE PUBLIC
COMMANDE
CRÉDIT-BAIL
CODE MONÉTAIRE
COLLECTIVITÉ



PAR
RAPHAËL LEONETTI
MICHÈLE RAUNET
GROUPE DROIT PUBLIC IMMOBILIER

Les difficultés budgétaires actuelles conduisent de plus en plus souvent les collectivités territoriales à s'interroger sur la faisabilité juridique d'une opération dans laquelle elles auraient recours à un crédit-bail immobilier en vue de l'acquisition d'un immeuble à construire.

Cette technique contractuelle, déjà largement épuisée par l'État pour l'acquisition d'immeubles à usage de bureaux, soulève un certain nombre de questions juridiques qu'il est intéressant d'identifier pour évacuer certaines « fausses idées » et déterminer précisément dans quelle mesure le recours à cet outil est envisageable par une collectivité territoriale.

Étant d'ores-et-déjà précisé qu'il est ici question du recours au crédit-bail par la personne publique elle-même et non par l'occupant de son domaine public qui, dans certains type de contrats, peut utiliser cette technique de financement (v. à ce sujet les disposi-

tions relatives aux BEA, AOT constitutives de droits réels et contrats de partenariats, sur lesquelles beaucoup de choses ont déjà été écrites – not. 109^e congrès des notaires de France, 2013, pp. 721 et s.).

Pour mémoire, le crédit-bail immobilier est à la fois une opération de location et une opération de crédit.

Aux termes de l'article L. 313-7 al. 2 du code monétaire et financier, le crédit-bail recouvre notamment :

« Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle

ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain

« Cette technique contractuelle soulève un certain nombre de questions juridiques. »

sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire. »

Ainsi, « le bien désigné ou réalisé par le preneur est acquis par le crédit-bailleur, établissement financier, qui le donne en location au preneur pour une durée correspondant à l'amortissement financier »¹.

Le recours à cet outil par les collectivités territoriales est expressément prévu dans deux cas :

- Le crédit-bail dit SOFERGIE pour le financement d'équipements publics dont les recettes sont soumises à la TVA. L'article 87, II de la loi de finances du 30 décembre 1986, a autorisé « les sociétés visées au même article 30 de la loi n° 80-531 du 15 juillet 1980 [Les Sofergie] à financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier, ou de location, les ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires, pour une activité dont les recettes sont soumises à la TVA, en application des dispositions des articles 256, 256 B, et 260 A du Code général des impôts ».

- L'article L. 1311-4-1 du CGCT qui dispose que : « Jusqu'au 31 décembre 2017, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'État pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales. [...] Les constructions mentionnées au présent article ainsi que celles qui sont réalisées dans le cadre de contrats de partenariat peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. » La rédaction de cet article est suffisamment imprécise pour laisser penser que les collectivités territoriales pourraient décider d'acquérir de tels ouvrages en utilisant un financement par crédit-bail immobilier.

Puisque le recours au crédit-bail immobilier par les collectivités territoriales est clairement prévu dans le cadre de ces deux textes, on pourrait se demander s'il existe une exclusion textuelle « a contrario » pour les cas non visés par ces textes. Autrement dit, tout ce qui ne serait pas visé par ces textes ne pourrait pas faire l'objet d'un crédit-bail immobilier par une collectivité territoriale crédit-preneur.

“
On ne voit pas ce qui s'opposerait à ce que les collectivités territoriales utilisent le crédit-bail immobilier.
”

Il nous semble que ces textes ne doivent pas être considérés comme des « dérogations » à une telle interdiction de principe car :

(i) Aucun texte n'a posé une telle interdiction de principe, à l'endroit des collectivités territoriales (ni d'ailleurs à l'endroit des autres personnes publiques), de recourir au crédit-bail immobilier ;

(ii) Sous réserve que soient respectées les conditions du recours au crédit-bail immobilier, que nous développerons dans la présente note, et que le traitement comptable d'un tel contrat soit possible (cf. conclusion), on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce que les collectivités territoriales utilisent le crédit-bail immobilier ;

(iii) Si les textes sur les SOFERGIE² et l'article L.1311-4-1 du CGCT existent et prévoient expressément cette faculté pour les collectivités territoriales de recourir au crédit-bail immobilier, c'est selon nous uniquement pour déroger à l'incompatibilité entre le crédit-bail immobilier et l'appropriation publique de principe d'immeubles ayant vocation à intégrer le domaine public. Étant précisé que ces textes répondent à des besoins spécifiques de financement de certains types d'ouvrages dont les collectivités territoriales ont la charge, ce qui explique certainement que l'État n'ait pas été visé par de telles dispositions.

Le recours au crédit-bail par une collectivité territoriale – crédit-preneur – qui souhaite voir prendre en charge le financement d'un ouvrage immobilier à construire par un crédit-bailleur doit néanmoins respecter deux conditions cumulatives qu'il convient d'ana-

lyser successivement avant de les appliquer au cas d'un immeuble à usage de bureaux « sur le marché ».

**1^{ÈRE} CONDITION :
LE RESPECT DES RÈGLES DE LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE ET DE L'APPROPRIATION PUBLIQUE DE PRINCIPE DES BIENS DEVANT INTÉGRER LE DOMAINE PUBLIC**

S'agissant des biens immobiliers qu'une personne publique souhaiterait acquérir par le biais d'un crédit-bail immobilier, il convient de distinguer les immeubles que les personnes publiques ont décidé d'affecter au service public moyennant des aménagements indispensables (et qui ont donc vocation à intégrer leur domaine public), des autres immeubles.

En effet, au vu de l'affectation projetée de ces immeubles, et puisque le régime de la domanialité publique ne peut s'appliquer qu'à des biens appartenant à une personne publique, le Conseil d'État a posé un **principe d'appropriation publique**.

Or, l'une des conséquences de ce principe est l'incompatibilité entre l'appropriation publique de ces immeubles et le recours au crédit-bail immobilier qui, par définition, confère au crédit-bailleur la propriété des ouvrages à financer pendant toute la durée du contrat.

C'est ce que le Conseil d'État a eu l'occasion d'affirmer dans un célèbre avis (CE, avis, 30 mars 1989, TGV Sud-Est), dans lequel il est écrit que :

« En vertu des principes généraux relatifs à l'organisation du service public ferroviaire, confirmés par les articles 18 et 20 (1^{er} alinéa) de la loi d'orientation des transports intérieurs du 30 décembre 1982, les infrastructures du « TGV Sud-Est » qui seront des biens immobiliers affectés à ce service public et aménagés spécialement à cette fin, feront ainsi partie du domaine public de l'État et ne pourront, par suite, faire l'objet, même de façon temporaire, de quelque appropriation privée que ce soit. Leur financement ne peut donc, en l'état actuel du droit, être assuré selon la technique de crédit-bail qui implique que les biens ainsi financés demeurent, jusqu'au terme du contrat, dans le patrimoine de l'organisme de crédit ».

1- L. Richer, Droit des contrats administratifs, 8^e. ed. p. 659.

2- Étant précisé à l'égard du crédit-bail SOFERGIE que le législateur n'a certainement pas souhaité conférer un monopole aux SOFERGIE pour financer par crédit-bail immobilier des ouvrages destinés à des collectivités territoriales car cela serait sans doute contraire à la libre et égale concurrence dans ce secteur. Il n'y a en effet pas de raison de conférer un tel monopole aux SOFERGIE, d'autant que les « meilleures » conditions d'emprunts devraient être garanties par la mise en concurrence des organismes de crédit dans la mesure où le recours au crédit-bail s'apparente à un marché public de services financiers (cette conclusion découle de l'article 3, 3^e du Code des marchés publics qui soumet au code "les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens" lorsque ceux-ci "comportent des clauses relatives au financement du prix").

Cependant, dans ce même avis, le Conseil d'État tempère cette solution et précise que le recours au crédit-bail peut être admis pour financer un équipement destiné à entrer dans le domaine public si une disposition législative spécifique le permet³.

Ces dispositions législatives ne doivent cependant pas porter atteinte à l'exigence de continuité du service public et, puisqu'elles diffèrent de ce qu'il convient d'appeler le droit commun de la domanialité publique, leur généralisation semble prohibée par le juge constitutionnel (Cons. Constit. n° 2003-473 DC 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier et codifier le droit par ordonnance).

Il convient de noter une éventuelle ouverture de la jurisprudence sur l'organisation contractuelle et non législative de tels régimes de « substitution » à la domanialité publique. En effet, dans un récent arrêt relatif aux concessions de service public, le Conseil d'État (Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, n°342788) a jugé que : « *le contrat peut attribuer au délégataire ou au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession, en cours de délégation, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée* ». Cette jurisprudence va dans le sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, lequel considère que la domanialité publique n'est pas l'alpha et l'omega de la protection de l'affectation au service public et que l'essentiel, en définitive, est de garantir l'exigence constitutionnelle de continuité du service public.

Dans le prolongement de la décision Commune de Douai on pourrait donc penser que, sous réserve de prévoir des garanties contractuelles à l'exigence constitutionnelle de continuité du service public, le juge pourrait juger qu'un contrat de crédit-bail immobilier pourrait être conclu par une

collectivité territoriale en vue de l'acquisition d'un immeuble à construire destiné à l'exercice d'une mission de service public. Mais, dans la mesure où cette décision a été rendue en matière de concessions de service public qui, par définition, prennent en compte les exigences du service public, on peut se demander si le juge acceptera d'étendre cette solution à d'autres situations.

Étant néanmoins précisé que l'arrêt commune de Douai a récemment été étendu à des marchés publics de services publics ; mais, là encore, le contrat de marché public tient nécessairement compte des exigences du service public et confère des garanties aux personnes publiques (CAA Nantes, 10 janvier 2014, n°11NT03077). De telles garanties, sauf textes spécifiques, sont moins évidentes dans un crédit-bail immobilier et il n'est pas certain que le juge accepte de laisser cette responsabilité aux parties sans un encadrement textuel.

Mais, en toute hypothèse, s'agissant des ouvrages qui n'ont pas vocation à entrer dans le domaine public, comme des immeubles à usage de bureaux par exemple, le principe d'appropriation publique qui s'oppose « en principe » au recours au crédit-bail n'a pas vocation à jouer.

2^{NDE} CONDITION : LE RESPECT DE L'OBLIGATION DE MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE ET DES RÈGLES RELATIVES À LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans la mesure où l'immeuble à usage de bureaux serait un immeuble à construire, le recours au crédit-bail immobilier pourrait se heurter à deux séries de dispositions :

- d'une part, à l'article 2 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi « MOP », qui

dispose que « *Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* » ;

- d'autre part, au respect des règles de passation imposées en matière de marchés publics de travaux lorsqu'elles décident d'acquérir ou de louer un immeuble à construire conçu en fonction de leurs besoins propres en échange du paiement d'un prix car le contrat de travaux relèverait alors du champ de la commande publique.

Cependant, dans le cas envisagé, il convient de noter que la collectivité territoriale se portera acquéreur d'un immeuble dit « sur le marché », c'est-à-dire d'un immeuble qui n'aura pas été conçu en fonction de ses besoins propres. En l'état actuel du droit positif, le contrat d'acquisition de cet immeuble ne pourra donc pas être soumis à l'obligation de maîtrise d'ouvrage publique, ni qualifié de marché public de travaux.

Pour ce faire :

- **Dans un premier temps**, la collectivité conclura donc un contrat de vente d'immeuble à construire (une VEFA) avec un promoteur qui sera alors le maître d'ouvrage. Le recours à la VEFA sera légal sous la réserve précitée : l'immeuble ne doit pas être pas conçu en fonction des besoins propres de la collectivité territoriale⁴.

Étant précisé que, depuis un récent arrêt de la CJUE, en date du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & C. Spa contre Comune di Bari et autres* (Affaire C-213/13), on peut penser que tant que la réalisation de l'immeuble n'est pas entamée (commencement des travaux ou, à tout le moins, degré d'avancement dans la procédure qui permette de penser que l'acquisition par la personne publique n'est pas une condition de la réalisation des travaux), une procédure adaptée respectant les principes de transparence et d'égalité de traitement pourrait éventuellement s'imposer à la collectivité⁵.

- **Dans un second temps**, la collectivité procédera à la sélection d'un crédit-bailleur pour financer cette acquisition en VEFA.

3- Comme nous l'avons déjà vu, deux dérogations légales existent à ce jour pour des ouvrages spécifiques dont les collectivités territoriales ont la charge (cf. crédit-bail SOFERGIE et l'ouverture très large du recours au crédit-bail pour financer les constructions destinées à la justice, police ou gendarmerie).

4- Cf. CE, avis, 31 janvier 1995, Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies, n°356.960, EDCE 1995 n°47, p.407 ; comm. E. Fatôme et P. Terneyre in Les grands avis du Conseil d'État, 3^e éd. 2008, n°26, p. 297 ; « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux », AJDA 2009, p. 1868.

5- Les conclusions de l'avocat général semblent aller dans ce sens. Mais il convient d'attendre les suites de cette jurisprudence dont l'interprétation prête à discussion.

Ainsi, le crédit-bail immobilier pourrait donc être utilisé sans difficultés par une collectivité territoriale en vue du financement d'un immeuble à usage de bureaux déjà « sur le marché ».

En effet, un tel immeuble :

1) n'a pas vocation à appartenir au domaine public (condition n°1) ;

2) et, s'il s'agit d'un immeuble à construire, n'a pas à être réalisé sous maîtrise d'ouvrage publique ni commandé dans le cadre du code des marchés publics (condition n°2).

En effet, il s'agit en l'espèce d'un immeuble sur le marché, c'est-à-dire qui a été conçu par le vendeur (permis de construire obtenu ou demandé) et n'est donc soumis ni à une obligation de maîtrise d'ouvrage publique, ni aux règles de passation de marchés publics de travaux. Et si la construction de l'immeuble peut être considérée comme « entamée » au

sens de l'arrêt Comune di Bari, notamment parce que le permis est obtenu et que la construction aura lieu même si la collectivité ne se porte pas acquéreur, aucune procédure adaptée ne serait obligatoire.

En revanche, la passation du contrat de crédit-bail immobilier est un marché de services

financiers devant être soumise à publicité et mise en concurrence selon les règles du code des marchés publics.

La technique contractuelle sera alors la suivante :

1^{ère} étape : Recherche des immeubles à usage de bureaux sur le mar-

ché (éventuellement après une procédure adaptée si le souhait est d'élargir la recherche à des immeubles « non entamés » au sens de la jurisprudence Comune Di Bari).

2^e étape : Conclusion d'une promesse de VEFA avec le promoteur porteur du projet d'immeuble à construire que la collectivité

territoriale aura choisi. La promesse sera conclue :

- Sous condition suspensive de la « fructuosité » du marché de crédit-bail immobilier ;
- Avec faculté de substitution du crédit-bailleur sélectionné.



3^e étape : Passation d'un crédit-bail immobilier au vu du montant de la VEFA (l'article 3, 3° du Code des marchés publics soumet au code "les contrats qui ont pour objet l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens" lorsque ceux-ci "comportent des clauses relatives au financement du prix") : le crédit-bailleur se substitue à la collectivité territoriale dans le contrat de VEFA et loue à la collectivité l'immeuble (avec option d'achat selon le régime du crédit-bail immobilier).



“ Ainsi, le crédit-bail immobilier pourrait donc être utilisé sans difficultés par une collectivité territoriale en vue du financement d'un immeuble à usage de bureaux déjà « sur le marché ».

”

VEILLE QUOTIDIENNE ACTUALITÉS COMITÉ SCIENTIFIQUE

CHEUVREUX Notaires INFO

Ce Bulletin d'information et d'analyse juridique vient compléter la mission de conseil de votre Notaire. Il est également disponible sur notre site internet : www.cheuvreux-notaires.fr, où vous retrouverez actualités parlementaires, dossiers de fond, points de vue, jurisprudences, indices et chiffres liés à la pratique de notre métier.

Pour garantir l'actualité de nos informations juridiques sur notre site internet, notre équipe de juristes documentalistes assure une veille quotidienne. Un comité scientifique se réunit chaque mois pour compléter cette analyse.

