

La cession-bail par les personnes publiques

Par Timothée Bassi, avocat associé, cabinet Bassi Herlédan

La réforme du droit de la commande publique entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 a mis fin, dans une très large mesure, à la pratique des baux aller-retour. Cependant, la cession-bail, qui est une autre forme - moins connue - de montage aller-retour reste possible sous certaines conditions. Il ne s'agit alors pas de mises à disposition successives et réciproques, mais de cessions successives et réciproques.

Qu'est-ce qu'une cession-bail ?

La cession-bail, parfois dénommée « lease-back », est un ensemble contractuel composé de la cession d'un immeuble, d'une opération de travaux et d'un bail avec option d'achat.

Le propriétaire de l'immeuble le vend ainsi à un acquéreur qui y réalise ou fait réaliser des travaux d'amélioration (construction s'il s'agit d'un terrain nu, travaux de rénovation s'il s'agit d'un ouvrage, par exemple), puis le loue à son ancien propriétaire. Ce dernier devient locataire et bénéficie en outre d'une option d'achat au terme du bail. Si le bail avec option d'achat porte sur une partie seulement de l'ouvrage, cela suppose de procéder à une division en volumes.

Le plus souvent, la cession-bail constitue une modalité de la cession de terrain contre locaux à construire. Une personne publique propriétaire d'un terrain nu, qui souhaite y faire édifier un ouvrage, cède ce terrain à un partenaire qui va y réaliser l'ouvrage souhaité, puis le remettre à la disposition de la personne publique en tout ou partie, laquelle pourra en outre lever l'option d'achat au terme du contrat.

Quels en sont les avantages ?

La cession-bail présente un avantage financier évident. En effet, elle permet de lisser le financement d'une opération de construction, puisque le titulaire du bail paye un loyer (mensuel ou annuel), et ne règle qu'une soulte résiduelle en cas de levée de l'option d'achat. La cession-bail

présente aussi des avantages d'ordre juridique. D'une part, lorsque le vendeur locataire est une personne publique, ce montage peut porter sur la totalité de l'ouvrage réalisé par le promoteur (ce que ne permettent pas les autres formes de cession de terrain contre locaux à construire). D'autre part, ce montage permet d'externaliser la maîtrise d'ouvrage.

Quelles sont les conséquences de l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage ?

Dès lors qu'elle externalise la maîtrise d'ouvrage, la personne publique n'assume pas les attributions énumérées à l'article L. 2421-1 du Code de la commande publique (qui reprend en cela l'ancienne « loi MOP » : détermination de l'emplacement de l'ouvrage, élaboration du programme, etc.). L'article R. 261-7 du Code de la construction et de l'habitation rappelle d'ailleurs que le choix des architectes, entrepreneurs et autres techniciens fait partie des pouvoirs que conserve le vendeur maître d'ouvrage, de même que la passation des conventions et la réception des travaux. Ainsi, la personne publique n'a pas à conclure de multiples contrats de services (maîtrise d'œuvre, contrôle technique, coordination SPS, etc.) et de travaux (a fortiori dans le cadre d'un marché alloti). En cela,

l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage dispense les personnes publiques de s'attacher les effectifs et les compétences nécessaires à la conduite d'une opération immobilière souvent complexe.

Par ailleurs, la personne publique qui externalise la maîtrise d'ouvrage n'assume pas la responsabilité (sans faute) qui pèse sur les maîtres d'ouvrage publics lors de la réalisation des travaux de construction (CE, 3 octobre 1980, n° 10478, publié au recueil Lebon ; CE, 26 février 2001, n° 196759, mentionné aux tables du Recueil).

Dans quels cas une personne publique peut-elle procéder à une cession-bail ?

Pour mettre en œuvre une cession-bail, une personne publique doit s'assurer que diverses conditions sont remplies.

D'abord, l'immeuble concerné (souvent un terrain nu) doit être cessible. Cela suppose, en principe, qu'il relève de son domaine privé (art. L. 3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques - CG3P). La personne publique doit donc veiller à l'absence de domanialité publique par anticipation (CE, 13 avril 2016, n° 391431, publié au Recueil) et, en cas de désaffectation et déclassement préalable, à l'absence de réaffectation ultérieure et certaine à l'utilité publique (CE, 1^{er} février 1995, n° 127969, mentionné aux tables du

Ce qu'il faut retenir

► La cession-bail est un montage contractuel prévoyant, d'abord, la cession d'un immeuble, ensuite, la réalisation de travaux par l'acquéreur, et enfin, la conclusion d'un bail avec option d'achat entre l'acquéreur-construteur (bailleur) et le vendeur (preneur). Il permet de lisser le financement de l'opération et d'externaliser la maîtrise d'ouvrage, même lorsque le vendeur-preneur est une personne publique.

► Selon l'équilibre économique de l'opération, ce montage constituera un marché public de travaux ou un contrat de concession. Il devra donc, en principe, faire l'objet d'une mise en concurrence.

► Pour justifier le respect des principes propres aux marchés publics de travaux (maîtrise d'ouvrage publique et interdiction des règlements partiels définitifs), les parties doivent veiller à la rédaction de la clause d'option d'achat.

Recueil). Elle devra également être vigilante au respect du principe d'incessibilité à vil prix des biens publics.

Ensuite, doivent être réunies les conditions relatives à l'externalisation de la maîtrise d'ouvrage. En effet, dans sa décision « Région Midi-Pyrénées », le Conseil d'Etat a affirmé que cette externalisation est possible uniquement « lorsque l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres » (CE Sect., 8 février 1991, n° 57679, Rec.). Théoriquement, cela ne constitue pas un obstacle dans le cadre d'une cession-bail, puisque l'acquéreur-bailleur construit pour son compte, et non pour le compte de la personne publique preneur à bail, y compris en présence d'une option d'achat, dès lors que l'acquisition de l'ouvrage au terme du bail est incertaine (CE, 12 octobre 1988, n° 82053, Rec.). Mais en pratique, cela impose d'être particulièrement vigilant quant à la rédaction du contrat, en particulier de la clause d'option d'achat.

Quelle est la qualification de la cession-bail au regard du droit de la commande publique ?

L'article L. 2 du CCP dispose : « Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. » Puisque la cession-bail répond par hypothèse à un besoin exprimé par la personne publique, et prévoit une forme de rémunération pour le cocontractant, ce montage correspondra, selon son équilibre économique, soit à un marché public, soit à une concession. De plus, les travaux étant par hypothèse postérieurs à la conclusion du contrat, ce dernier ne devrait pas pouvoir être qualifié de contrat de service au sens de l'arrêt « Impresa Pizzarotti » (CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-213/13), ni par conséquent échapper aux règles du CCP sur le fondement de ses articles L. 2512-5 ou L.3212-4.

Marchés et concessions ne diffèrent que par leur équilibre économique, les seconds mettant à la charge du

cocontractant « un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service », à la différence des premiers (article L. 1121-1 du CCP). Il faut donc observer, selon les caractéristiques de l'opération, si le titulaire a, ou non, la certitude d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés. Dans le premier cas, il s'agira d'un marché public, dans le second, d'une concession.

A titre d'illustration, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées. Ainsi, lorsque le bail porte sur la totalité de l'ouvrage réalisé, qui est donc entièrement occupé et réalisé par la personne publique commanditaire, le risque sera sans doute infime et il s'agira alors d'un marché. A l'inverse, si le bail ne porte que sur une partie de l'ouvrage, à charge pour l'acquéreur-constructeur-bailleur de céder ou louer le reliquat, le contrat pourra être qualifié de concession s'il existe un risque de commercialisation substantiel. Cette qualification supposera systématiquement une analyse au cas par cas.

Ce montage doit-il être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence ?

En principe, oui, sous réserve d'exceptions propres au contexte de l'opération (urgence impérieuse, précédente procédure infructueuse, etc.).

Puisque ce montage inclut un bail, on pourrait a priori s'interroger sur l'exception prévue à l'article R. 2122-3 du CCP. Celle-ci vise le cas de « l'acquisition ou la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire [...] lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché ». Mais contrairement à un Befo ordinaire, la cession-bail suppose que la personne publique est initialement propriétaire du terrain. Ces conditions seront donc difficiles à réunir, en particulier celle tenant à l'absence de solution de remplacement raisonnable, même si une approche au cas par cas devra sans doute être privilégiée.

Quel est le régime des versements successifs effectués par l'acheteur ?

Il ressort de l'article R. 2191-26 du CCP qu'un marché public de travaux ne peut pas prévoir de règlement partiel définitif. Cependant, l'article 1709 du Code civil définit le bail comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Le paiement d'un loyer ne correspond donc pas à la réalisation des travaux mais à la mise à disposition de l'ouvrage. En cela, il ne s'agit pas d'un paiement différé, mais d'un paiement sur service fait d'une obligation continue.

En outre, l'existence d'une option d'achat n'a pas d'incidence, dès lors que cette clause est bien rédigée. En effet, puisque cette option constitue une promesse unilatérale de vente consentie par le bailleur, et non une promesse synallagmatique de vente et d'achat, le preneur sera libre d'acquiescer ou non l'ouvrage.

Ce montage est-il soumis au régime du crédit-bail ?

Défini à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, le crédit-bail est une technique de financement par laquelle un crédit-preneur, qui ne dispose pas de la capacité financière pour acheter le bien immédiatement, fait acheter ce bien par le crédit-bailleur qui lui loue ensuite ce bien durant une période au terme de laquelle le crédit-preneur peut acheter le bien à sa valeur résiduelle (ou le restituer au crédit-bailleur).

Cela suppose toutefois que le crédit-bailleur ait acquis le bien pour le louer en l'état (Cass. 3^e civ., 19 mai 1999, n° 97-18433, publié au Bulletin), ce qui exclut à l'inverse les opérations prévoyant la location d'un bien qui n'a pas été acheté par le bailleur mais a été réalisé par lui (Cass. com., 13 avril 1976, n° 74-12564, Bull.).

L'applicabilité du régime du crédit-bail devrait donc dépendre des caractéristiques du montage, en particulier de l'ampleur des travaux réalisés directement par le cocontractant.

En cas d'incertitude, il est recommandé d'appliquer, en parallèle, les règles correspondant à cette technique de financement. ●