

Un nouveau levier de financement : le BEA logement social

- Le BEA logement social, qui a été conçu comme un levier de financement public/privé au service de l'État et des opérateurs du logement social, est un contrat spécial dont le régime juridique emprunte néanmoins aux caractères généraux de tous les BEA.
- Il présente de nombreux avantages : l'État conserve la propriété du bien immobilier qui est valorisé et génère une redevance. De plus, la loi n'impose pas qu'il soit déclassé du domaine public.
- Son régime juridique qui ne prévoit pas les modalités spécifiques de mise en concurrence soulève de nombreuses interrogations.

Auteur

Olivier Laffitte, avocat à la Cour, TaylorWessing

Mots clés

Droit immobilier • BEA • Logement social
 • Outil de financement • Programme immobilier • Bien immobilier • Valorisation • Propriété • Régime • Intérêt général • Redevance • Mise en concurrence • Modalités

Aux termes de l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009, un bien immobilier appartenant à l'État ou ses établissements publics peut désormais faire l'objet d'un bail emphytéotique administratif (BEA) en vue de la réalisation de logements sociaux. Ainsi, et pour la première fois, la possibilité de conclure des baux emphytéotiques sur le domaine public de l'État était affirmée. Certes, cette possibilité reste limitée à un objectif sectoriel, la construction de logements sociaux, mais une telle évolution constitue cependant une étape sans précédent dans la théorie et la pratique de la valorisation du domaine de l'État. Elle sera rapidement suivie par la loi du 23 juillet 2010⁽¹⁾ qui étend cette possibilité à la mise en valeur du domaine de l'État et de certains réseaux consulaires, et consacre la méthode en créant dans le code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) un titre *ad hoc* intitulé « Valorisation du patrimoine immobilier ». On ne peut toutefois que constater que le BEA logement social n'a quant à lui fait l'objet d'aucune codification. Au-delà d'un simple oubli, probable, et du manque généralisé de cohérence dans la démarche de notre législateur, cette absence illustre surtout que le BEA logement social n'a pas été conçu comme un instrument de valorisation du domaine de l'État, mais bien comme un levier de financement public/privé au service de l'État et des opérateurs du logement social. Car l'objectif premier du BEA logement social résulte clairement des termes mêmes de la loi l'instituant, à savoir « l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ». En effet, conformément aux politiques de relance publique de l'époque, la loi de 2009 s'inscrivait pleinement dans la volonté gouvernementale de contrecarrer les difficultés du moment à boucler des financements privés. Par ailleurs, le retard accumulé depuis de nombreuses années par l'État en matière de construction de logements sociaux rendait indispensable la nécessité de

(1) Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services.

débloquer la situation de pénurie de foncier susceptible d'accueillir à très court terme de tels programmes immobiliers.

C'est dans cette perspective que doit ainsi être appréhendée la formule du BEA logement social, dont le succès dépendra *in fine* de sa capacité à convaincre les opérateurs du secteur de son intérêt financier. Car si le BEA logement social constitue à n'en pas douter un outil de financement public/privé novateur (I), son régime juridique demeure encore à parfaire (II).

I. Un outil de financement public/privé novateur

Prenant acte du succès du BEA auprès des collectivités territoriales, la loi du 17 février 2009 en étend les caractères principaux au domaine de l'État dans le cadre d'un contrat spécial (A), tandis que le montage contractuel envisagé s'inspire fortement des partenariats public-privé (B).

A) Un nouveau contrat spécial en droit immobilier public

1. Le recours désormais possible de l'État au BEA

Jusqu'alors limité à la formule de l'autorisation temporaire d'occupation du domaine public de l'État, un bien immobilier appartenant à ce dernier ou à l'un de ses établissements publics peut désormais faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural en vue de la réalisation de logements sociaux. Limité à un objet spécifique⁽²⁾, c'est donc bien par le biais d'un contrat spécial que le législateur a choisi d'ouvrir la voie du BEA à l'État. Hormis en effet les baux emphytéotiques de droit civil pouvant être conclus sur le domaine privé de l'État, ce dernier ne pouvait avoir recours aux montages de valorisation domaniale dont bénéficiaient les collectivités territoriales depuis 1988, et qui avaient permis le développement de nombreux projets immobiliers public/privé. Toutefois, si ce BEA logement social est incontestablement un contrat spécial, son régime juridique emprunte aux caractères généraux des BEA.

2. Le régime du BEA

L'article 7 de la loi du 17 février 2009 apparaît en ce sens comme un véritable copier/coller des dispositions du CGCT. D'une part, ce contrat est défini par la loi comme constituant un BEA alors même qu'il peut être constitué tant sur le domaine public que privé de l'État. Cela résulte clairement en effet de l'article 7.I. alinéa 2 qui prévoit qu'un tel bail « peut être conclu même si le bien sûr lequel il porte [...] constitue une dépendance du domaine public⁽³⁾ », confirmant de ce fait son application naturelle au domaine privé de l'État. De même, le II de l'article 7 rappelle les « conditions particulières » auxquelles doivent satisfaire les BEA logements sociaux. Ainsi, les droits réels conférés au preneur sont susceptibles de servir de garantie à ses créanciers, mais uniquement en vue de faciliter le financement des ouvrages à réaliser, et dans le cadre exclusif d'une hypothèque (excluant ainsi tout recours à l'antichrèse). Dans le même esprit de protection du domaine public, seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires et d'exécution à l'encontre des droits immobiliers résultant du bail, et les

litiges relatifs à son exécution relèvent de la compétence des tribunaux administratifs. Enfin, le BEA logement social prévoit, à l'instar de tous les BEA, les mécanismes fondamentaux de financement public/privé, en autorisant le recours au crédit-bail et autorise l'État à se substituer au preneur au titre de son contrat de financement en cas de résiliation anticipée ou de modification du bail. Les éléments fondamentaux du régime juridique du BEA se retrouvent donc à l'identique dans le cadre du BEA logement social ; la recette ayant déjà très largement fait ses preuves, le législateur s'est donc contenté d'en reprendre les ingrédients au bénéfice de l'État et des opérateurs du logement social.

B) Un montage contractuel inspiré des partenariats public-privé

Alors même que le régime juridique du BEA logement social s'inscrit dans le droit fil du BEA des collectivités territoriales, il ressort clairement de l'analyse tant du *vade mecum* que du projet de contrat-type préparés par l'État que le montage contractuel envisagé s'inspire des techniques récentes de PPP.

1. Les avantages du BEA

Ainsi, la formule juridique du BEA présente des avantages très appréciables, tant pour l'État que pour ses partenaires en charge du développement de programmes de logements sociaux, et qui peuvent être résumés comme suit :

- l'État ou l'établissement public conserve la propriété d'un bien immobilier, tout en permettant son utilisation pour le développement du logement social (terrain que l'État estime devoir conserver compte tenu de ses caractéristiques, localisation, superficie, et de la possibilité à terme, de réaliser des opérations stratégiques ou présentant un fort potentiel d'intérêt général) ;
- le BEA valorise le bien donné à bail, et génère une redevance au profit de l'État ;
- le BEA présente une grande souplesse car il n'impose pas la procédure de déclassement du domaine public.

Enfin, pour le preneur, le BEA offre la possibilité de disposer du foncier sans mobiliser les capitaux qui seraient nécessaires à son acquisition, et permet ainsi la mise à disposition de terrains en zones tendues ; cette solution présente également l'avantage de faire réaliser des économies en termes de subventions pour charges foncières.

2. Une logique comparable à celle du PPP

Au-delà de l'approche partenariale ayant présidé à la décision de retenir le BEA comme instrument juridique d'aide au développement de programmes de logements sociaux, la structuration contractuelle envisage des problématiques traditionnellement étrangères à un simple contrat de valorisation du domaine public, que l'on retrouve le plus souvent dans le cadre de PPP. Ainsi, et alors même que la qualité de maître d'ouvrage du preneur est très explicitement affirmée, les risques de contentieux de tiers à l'encontre soit des autorisations relatives à la réalisation des travaux, soit à l'encontre du bail lui-même ou de ses actes détachables, sont pris en compte dans le cadre d'un mécanisme de conciliation, dont l'objet est de rassurer les prêteurs en cas de risque de remise en cause du projet, et de faciliter de ce fait la bancabilité globale de l'opération immobilière projetée. De même, la qualité et la performance du projet immobilier à développer par le preneur sont également assurées contractuellement, par le biais d'un droit de regard de l'État sur la

(2) Sauf à relever que la notion de logements sociaux ne fait l'objet d'aucune définition juridique susceptible d'en préciser la portée, en l'absence de renvoi aux dispositions pertinentes du code de la construction et de l'habitation.

(3) Sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ de contravention de voirie.

conception du projet et sa réalisation, ainsi que par l'application de pénalités en cas de non-respect d'un certain nombre d'objectifs de performance. Ainsi, en matière de durée des travaux, le preneur prend un engagement ferme, dont le non-respect l'exposera à des pénalités de retard. En termes de qualité de l'ouvrage, un engagement contractuel du preneur au regard d'un plan d'entretien et de maintenance préventive et curative est envisagé. En outre, et comme il est d'usage en matière de partenariat public-privé, ces exigences d'entretien sont complétées par un programme de gros entretien et renouvellement, constituant là encore un engagement contractuel du preneur.

Enfin, sont envisagées les hypothèses de fin anticipée du bail, avec la possibilité d'aménager contractuellement les formules d'indemnisation applicables. On reconnaîtra ici aussi la volonté de faciliter la bancabilité du projet, en rassurant les prêteurs sur les conséquences financières d'une résiliation anticipée.

Si le BEA logement social présente ainsi un intérêt indéniable, il n'en demeure pas moins que son régime juridique soulève encore certaines interrogations.

II. Un régime juridique à parfaire

Contrairement aux formules des BEA hospitaliers et des BEA valorisation, le régime juridique du BEA logement social apparaît lacunaire, faute de prévoir des modalités spécifiques de mise en concurrence (A). Ces lacunes sont ainsi susceptibles de compromettre le succès du BEA logement social, qui se trouve en effet concurrencé par d'autres montages juridiques aux régimes mieux balisés (B).

A) Les modalités de passation et de mise en concurrence

1. Une incertitude persistante

« Aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel. »

Cet extrait d'un arrêt récent du Conseil d'État⁽⁴⁾ semble confirmer le bien-fondé du silence adopté par le législateur sur ce sujet à l'occasion de la loi du 17 février 2009. Les praticiens des contrats publics savent cependant qu'en la matière, les analyses et avis du Conseil d'État sont loin de faire jurisprudence, et qu'il convient en réalité de se tourner vers la Cour de justice de l'union européenne (CJUE) pour se forger une opinion avisée sur la nécessité ou non d'organiser une procédure de mise en concurrence à l'occasion de la passation d'un contrat public.

2. Une clarification nécessaire

En l'espèce, on ne peut que regretter la formulation adoptée par le Conseil d'État, qui loin d'être inexacte juridiquement, laisse toutefois penser qu'une mise en concurrence n'est, par principe et sauf exception, pas nécessaire en matière d'occupation domaniale. Il aurait pourtant été plus pédagogique vis-à-vis des personnes publiques et plus en phase avec les principes

fondamentaux de la commande publique, de renverser l'axiome en précisant qu'un tel contrat doit, par principe et sauf exception, faire l'objet d'une mise en concurrence préalable dont les modalités peuvent certes varier. Car tel est bien le sens de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en la matière. Ainsi, et compte tenu de l'économie générale du BEA logement social précédemment décrite, il ne fait aucun doute en l'espèce qu'un tel contrat est susceptible d'être qualifié de marché public de travaux ou de concession de travaux tant au sens de la directive 2004/18⁽⁵⁾, que par application des critères dégagés en particulier à l'occasion du célèbre arrêt « Auroux » de la CJUE en date du 18 janvier 2007⁽⁶⁾. Sans revenir en détail sur cette évolution jurisprudentielle déjà largement commentée par ailleurs, nous rappellerons toutefois que selon que le preneur supportera ou non réellement les aléas économiques liés à l'exploitation de l'ensemble immobilier, le BEA logement social sera qualifiable de marché public de travaux ou de concession de travaux, et sera de ce fait soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues dans chacune de ces hypothèses. L'État ne s'y est d'ailleurs pas trompé, et affirme explicitement dans son vade mecum que la mise en concurrence des opérateurs s'imposera pour l'octroi du BEA.

B) Les montages contractuels concurrents

1. Les limites du BEA

Cette lacune quant au régime juridique du BEA logement social est d'autant plus dommageable qu'elle est susceptible d'inciter l'État, ou surtout les opérateurs du logement social et leurs prêteurs, à recourir à d'autres montages pouvant être perçus comme plus sécurisés juridiquement. Ainsi, et sans même aborder la possibilité d'un déclassement de facto ouvrant la voie à une cession, le recours à une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État constitutive de droits réels reste tout à fait envisageable⁽⁷⁾, de même que la voie de la concession de travaux de l'ordonnance du 15 juillet 2009⁽⁸⁾.

2. La concurrence du PPP

Mais surtout, c'est la possibilité de recourir à un contrat de partenariat qui est de nature à concurrencer la formule du BEA logement social. Car l'article 7 de la loi ouvre spécifiquement cette possibilité en précisant dans son dernier alinéa qu'un « bien immobilier appartenant à l'État ou à ses établissements publics peut faire l'objet d'un contrat de partenariat défini par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 en vue de la réalisation de logements sociaux ». Dans une telle configuration toutefois, les flux financiers et l'économie générale de l'opération s'en trouveraient sensiblement modifiés, et ne pourraient être strictement comparés à un montage domaniale en BEA.

Reste à espérer dans ces conditions que le BEA logement social parviendra à convaincre les opérateurs de son intérêt, et permettra d'accélérer, conformément à son ambition initiale, les programmes de construction et d'investissements publics et privés en matière de logement social. ■

(5) Directive 2004/18 du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

(6) Dès lors bien évidemment que les seuils financiers prévus par cette directive sont atteints.

(7) Article L. 2122-6 CGPPP.

(8) Ordonnance n° 2009-864.

(4) CE sect., 3 fév. 2010, *Asso. Jean Bouin*, req. n° 338272.