

Leçon n°8.

La valorisation des propriétés publiques.

L'idée qui irrigue le CG3P est que les propriétés publiques sont une richesse collective dont l'exploitation économique doit pouvoir profiter tant aux finances publiques qu'au développement d'activités privées sur le domaine, elles-mêmes porteuses de croissance au profit de la société toute entière.

Chapitre 1

La valorisation financière du domaine au profit de l'administration gestionnaire.

La prise en compte des finances publiques dans la gestion domaniale ressort de deux types de solutions*

L'une, ancienne et jurisprudentielle, consistant à admettre que l'attribution, le renouvellement ou la modification des conditions autorisant l'occupation privative puisse dépendre des intérêts financiers de l'administration.

L'autre encadrée par la loi consiste à exiger le versement d'une redevance en contrepartie de l'occupation dont le montant sera fonction des avantages procurés à l'occupant.

Section 1. L'obligation de verser une redevance (RODP).

Le principe fixé par la loi connaît des exceptions.

§.1. Un principe légal.

- Le caractère obligatoire de la redevance est fixé par l'article L2125-1 CGPPP
- Il est régulièrement rappelé par le CE qui précise que les exceptions ou exclusions sont d'interprétation strictes.

A. DES EXCEPTIONS D'INTERPRETATION STRICTE

CE, 7 mai 2012, n° 341110, Ordre des avocats du barreau de Versailles

- Le Conseil d'État a admis la légalité d'une circulaire du garde des Sceaux qui prévoit que les avocats ne peuvent pas occuper gratuitement les locaux d'un palais de justice.
- Le Conseil d'État y rappelle que les occupations du domaine public doivent donner lieu à paiement d'une redevance...
 - ...en dehors de certains cas très particuliers pour lesquels l'occupation peut être gratuite, comme celui des associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général.
 - C'est précisément sur ce terrain que se sont positionné les avocats.
 - Mais le Conseil d'État juge évidemment que « si l'ordre des avocats concourt à certaines missions d'intérêt général qui lui ont été dévolues par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il n'est pas au nombre des associations à but non lucratif auxquelles les dispositions de l'article L. 2125-1 du Code général

de la propriété des personnes publiques réservent la possibilité de bénéficier d'une autorisation d'occupation du domaine public à titre gratuit ».

- Les ordres des avocats sont donc considérés comme n'importe quel occupant du domaine public et ils doivent, pour ce faire, s'acquitter d'une redevance.

Une question du même ordre s'est posée pour les greffiers des tribunaux de commerce.

- Voir R. Victor, Conclusions sur Conseil d'État, 12 mars 2021, Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, n° 442284, Lebon ; AJDA 2021. 592 qui propose au CE de valider l'instruction du Ministère de la justice qui distingue les activités des huissiers selon qu'elles sont directement liées à l'activité juridictionnelle

§.2 Une obligation à la charge de l'autorité

L'autorité domaniale est tenue de percevoir une RODP

- Les juridictions répressives n'hésitent pas à accueillir des poursuites en ce sens
 - La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'est coupable de concussion le maire qui s'est abstenu de conclure la vente d'un terrain communal préalablement autorisée par le conseil municipal, ce qui a permis à l'acquéreur désigné d'occuper gratuitement ce terrain pendant une certaine période.
 - Cet occupant, bénéficiant du produit d'un délit en connaissance de cause, est quant à lui coupable de recel. La commune propriétaire est enfin recevable à se constituer partie civile de façon à obtenir réparation du préjudice généré par cette occupation gratuite.
 - Cass. crim., 10 oct. 2012, n° 11-85.914 : [JurisData n° 2012-024296](#)

L'application du Code des postes et communications électroniques soulève une difficulté spécifique

- Il prévoit en effet que les opérateurs téléphonie ont en effet un droit de passage sur le domaine public routier et non routier et les réseaux en relevant et qu'il s'agit d'un droit de passage payant.

La question est alors de savoir en cas de délégation de service public à qui l'occupant (en l'espèce un opérateur de téléphonie) doit payer la redevance à la collectivité propriétaire de la voirie ou au fermier délégataire du service public d'assainissement et exploitant le réseau d'assainissement (par où passent les fourreaux)

- Le CE a jugé traditionnellement que la redevance est due non au propriétaire mais non au concessionnaire.
 - Dans un arrêt du 7 mai 2012, Syndicat intercommunal du canal des alpines septentrionales, le CE a ainsi jugé que sauf stipulation contraire du contrat de concession, c'est au concessionnaire de fixer les conditions de délivrance des permissions de voirie et à ce titre de fixer le tarif des redevances (343697)
 - En ce sens aussi à propos de la SNCF (15 avril 2011 SNCF 308014) ou des Sociétés d'autoroutes (CE 10 juin 2010 Société des autoroutes Esterel 305136)
- Dans un arrêt plus récent (CE 24 février 2020 Département des Hauts de Seine), le CE a cependant jugé le contraire.

Toutefois, l'interprétation est sujette à caution. En tout état de cause, le revirement de jurisprudence n'est pas clairement établi :

- En l'espèce, le rapporteur public explique que le concessionnaire du service d'assainissement n'est pas dans la situation d'un gestionnaire du domaine public.
 - Le critère déterminant tien alors à la nature du contrat
 - Dans le premier cas de figure, il s'agissait d'une concession de service assortie d'une concession de travaux portant sur la construction du réseau d'assainissement
 - Dans le second cas de figure, il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'affermage dans le cadre duquel (c'est la définition même de l'affermage) le fermier n'avait pas eu à construire le réseau d'assainissement (pour lequel d'ailleurs il paie une RODP). Voir N. Foulquier, AJDA 2020, p. 1586

B. DES EXCEPTIONS NOMBREUSES

Il existe cependant des exceptions

1) Les équipements de sécurité routière

Une exception existe ainsi au profit des équipements visant à améliorer la sécurité routière.

- Cette exception a été introduite dans le texte par la loi n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008 pour mettre un terme aux prétentions de certaines collectivités locales de soumettre à redevance l'installation par l'Etat de radars automatisés fixes sur les voies publiques départementales
 - Le Conseil d'État avait jugé illégales de telles prétentions (CE, 31 oct. 2007, n° 306338, Min. Intérieur c/ Dpt de l'Essonne)

2) L'exercice sur le domaine public d'une activité de service public non marchand

Le CGPPP prévoit également des dérogations qui sont, elles, à l'appréciation de la collectivité, notamment lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous.

- C'est sur ce fondement qu'avant la loi de finances pour 2008 la cour administrative d'appel s'est fondée pour rejeter le recours formé par le groupe Europe-Écologie-les Verts et admettre la gratuité de l'occupation du domaine communal pour des dispositifs de vidéo surveillance installés par l'Etat (*CAA Paris, 12 janv. 2012, n° 01PA06066, Baupin*).
 - Ces dispositifs constituent un outil du service public de la sécurité publique qui bénéficie gratuitement à tous, ce qui permettait à la ville de Paris de consentir la gratuité de l'occupation de son domaine.

Au contraire, les ouvrages des entreprises concessionnaires du réseau de distribution et de transport de l'électricité et du gaz installés sur le domaine public ne bénéficient d'aucune dérogation alors même qu'ils ont un droit d'occupation permanent (*CE, 23 mai 2011, n° 328525, Établissement public pour l'aménagement de la Défense (CE, 1er févr. 2012, n° 338665, Sté RTE EDF Transport)*)

- Car si la loi confère au concessionnaire du réseau de transport d'électricité un droit permanent d'occuper le domaine public routier dont l'utilisation ne peut donc être subordonnée à la délivrance d'une permission de voirie,
- Elle n'a pas institué la gratuité de ce droit.

SECTION 2. LA FIXATION DU MONTANT DE LA REDEVANCE

Les modalités de fixation résultent de l'article L. 2225-3 CGPPP (CE 11 octobre 2004 Pourvoyeur) : son montant doit être en rapport avec les avantages de toute nature que l'occupation procure au titulaire de l'autorisation.

La fixation de la redevance est de nature à susciter un important contentieux qui sera porté devant le juge administratif.

§.1 Le juge compétent

Le contentieux de la redevance relève de la juridiction administrative qu'il s'agisse

- des actions en décharge ou en remboursement (plein contentieux)
- des recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires fixant le tarif de la redevance (auquel cas le juge s'en tient à un contrôle restreint : CE 13 déc. 1978 Sté Avenir publicité, Rec., p. 809).

Cependant, certaines redevances telles que les droits de place dans les halles, foires et marchés locaux sont qualifiés de recettes fiscales par l'article L.231-5 et à ce titre assimilés à des contributions indirectes dont le contentieux relève du Juge judiciaire.

Une juridiction administrative spéciale (La commission du contentieux du stationnement payant basée à Limoges) a été instituée pour connaître du contentieux des forfaits de post-stationnement.

§.2 Le contrôle par le juge administratif des éléments utilisés pour déterminer le montant des RODP

Les juridictions administratives exercent un contrôle normal sur la question de savoir si le montant de la redevance « tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (CGPPP, art. L. 2125-3

Le juge vérifie que le montant ne se réfère qu'aux avantages procurés mais à tous les avantages qu'est susceptible d'en retirer l'occupant, ce qui laisse entière la validité de la question des enchères.

A. OBLIGATION DE PRENDRE EN COMPTE L'ENSEMBLE DES AVANTAGES PROCURÉS À L'OCCUPANT

L'autorité domaniale était traditionnellement fondé à prendre en compte la valeur locative du bien,

- Cet élément ne constitue plus aujourd'hui qu'une indication possible (CE, 11 oct. 2004, n° 254236, Prouvoyeur
- Utilisé par exemple par le législateur à propos du forfait de post-stationnement dont le montant n'est pas libre mais proportionnel à la tarification au quart d'heure

Pour déterminer les avantages de toute sortes procurés à l'occupation, l'administration peut ainsi prendre en compte différents éléments

- La durée d'occupation (CE, 11 juill. 2007, n° 290714, Syndicat professionnel Union des aéroports français
- Les résultats nets (après-impôt) de l'exploitation d'un ouvrage (CE, 13 juin 1997, n° 167907, Sté des transports pétroliers par pipe-line
- Ou le chiffre d'affaires réalisé ou les revenus escomptés (TA Paris, 27 févr. 2004, n° 0202880, Sté VE Airport),

- Mais aussi les conditions d'exploitation et de rentabilité de la concession d'occupation (CE, 7 mai 1980, n° 05969, SA Les marines de Cogolin : Rec. CE 1980, p. 215).
- En cas de sous-concession, le montant des loyers perçus par l'occupant de premier rang devra être pris en compte dans la détermination de la ROLDP

Le juge vérifie que l'autorité a bien pris en compte tous les avantages procurés à l'occupant

- et, notamment, s'agissant de la mise à disposition d'un stade, les ressources autres que la billetterie (CAA Lyon, 28 févr. 2013, n° 12LY00820, Communauté d'agglomération Grenoble Alpes Métropole : AJDA 2013, p. 1373).
- Cette prise en compte globale peut conduire à des disparités dans le montant de la redevance entre activités de même nature, en raison par exemple du caractère privilégié de l'emplacement,
 - s'agissant d'une activité de restauration (CAA Marseille, 13 mars 2011, n° 09MA04081, Sté La Crêpe d'or).

C'est ce raisonnement que retient la loi concernant le montant du stationnement payant

- Sur le territoire d'une même commune, le montant du FPS pourra varier en fonction des zones de stationnement (résidentielle, commerçante, de loisirs, à proximité de gares, aéroports...) et en fonction de la surface du véhicule, de son impact sur la pollution, de la qualité de l'utilisateur (résident, professionnel, visiteur).
- Il tiendra compte également des coûts nécessaires à la collecte du produit de la redevance (contrôle, recouvrement,)

Enfin, les avantages procurés au titulaire de l'autorisation sont ceux qu'il est susceptible de retirer et non pas ceux qu'il en retire effectivement. Cette solution tient à ce que la redevance est une redevance d'occupation et non de service rendu

- Ainsi, il a l'obligation de verser la redevance alors même qu'il n'utilise pas la dépendance mise à sa disposition (CAA Bordeaux, 13 oct. 2011, n° 11BX0158, SCI Île d'Arcins : Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 356, obs. F. Llorens).
- Ainsi l'administration peut s'appuyer sur un CA prévisible et non sur le CA prévu

En outre, la ROLDP est susceptible d'être réévalué en cours du contrat pour tenir compte notamment de l'évolution du chiffre d'affaires

- CE 16 décembre 2013 ESCOTA, req. n° 369304 à propos de l'augmentation de la redevance due à l'Etat par une société d'autoroute.
 - Le CE relève que la volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public fait partie des motifs pouvant justifier une modification du montant de la redevance dans le respect des dispositions citées ci-dessus du code général de la propriété des personnes publiques »,
 - avant de juger que c'est légalement qu'en l'espèce, « pour modifier la formule de calcul de la redevance d'occupation due par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, basée sur la longueur de voie qui leur est concédée et leur chiffre d'affaires, le Premier ministre a pris en compte l'augmentation de ce dernier, plus rapide que celle de la redevance, constatée depuis son institution, en 1997 » .

B. INTERDICTION DE PRENDRE EN COMPTE D'AUTRE ELEMENTS QUE LES AVANTAGES PROCURES

Le gestionnaire du domaine ne peut pas mettre en oeuvre d'autres critères, des critères sans rapport avec les avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.

- Ainsi est annulée une RODP dont le tarif est jugé trop faible dès lors que le montant de redevance ne couvre que les charges d'entretien et la détérioration progressive de la voirie occasionnées par les travaux répétés d'entretien et de réparation de ces réseaux souterrains par l'occupant (*CAA Lyon, 13 déc. 2012, n° 12LY01167, Avrillier* :
- Ainsi est annulé un tarif jugé trop lourd car fixé à titre de sanction contre l'occupant (TA Dijon, 20 févr. 2013, n° 1200832, La Poste c/ Cne La Chapelle : AJDA 2013, 1487).
 - Est ainsi entachée de détournement de pouvoir la fixation d'une redevance d'occupation du domaine public (boîtes à lettres regroupées en batterie) qui a pour objet de dissuader La Poste de réduire les horaires d'ouverture de son bureau.

La question est surtout de savoir si la RODP doit tenir compte (pour venir en déduction =des charges particulières subis par les occupants du domaine public du fait notamment de décision de l'autorité domaniale

- Le contentieux né de l'application de la loi Huawei aux opérateurs de téléphonie installés sur le domaine public a conduit le Conseil d'Etat à répondre par la négative.
 - Afin de lutter contre les risques d'espionnage (Chine), la loi a interdit aux opérateurs de téléphonie d'utiliser les équipements fournis par le groupe Huawei
 - Le Conseil Constitutionnel a validé cette loi au nom de l'intérêt général mais jugé que les opérateurs concernés pouvait prétendre à être indemnisé.
 - A l'occasion du décret fixant les nouvelles modalités de calcul des RODP dues par par les opérateurs de téléphonie à l'Etat , ceux-ci ont exigé en justice que l'Etat prenne en compte dans le calcul des redevances dues la situation financière de chaque opérateur et notamment de ceux qui avaient dû changer d'équipement à la suite de la loi
 - CE, 8 avril 2021, *Association Priartem, SFR et autres*, 438762, 443282, conclusions M. Guillaume Odinet), sur le fait que ce n'est pas via la redevance d'occupation domaniale (RODP) que l'on peut compenser ces surcoûts.
 - Mais ici sur le terrain de la responsabilité du fait des lois dans le cadre d'une action indemnitaire distincte.
 - Plus largement, le Conseil d'Etat que l'autorité domaniale ne peut dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ne peut prendre en compte les différences de charges entre occupants du domaine public pour la fixation des redevances d'occupation dudit domaine public

C. INTERROGATIONS SUR LA VALIDITE DES SYSTEMES D'ENCHERES

Dans ces conditions, le CGPPP est-il compatible avec une système d'enchères ?

- Le Conseil d'État avait eu l'occasion de dire, à propos des modalités d'attribution des licences de téléphonie mobile (UMTS) qu'un système d'enchères serait inconciliable avec les principes résultant des articles L. 30 et L. 33 du Code du domaine de l'État alors en vigueur (Conseil d'État, *Collectivités publiques et concurrence*, rapport public 2012).
 - S'inspirant de solutions anglo-saxonnes, la loi l'avait néanmoins dans le cadre des appels d'offres pour l'attribution de la 3 G
 - Mais aucun candidat n'avait déposé d'offres.
 - Le prix plancher étant jugé excessif (au égard au marché français de la téléphonie)

Ultérieurement , le TA de Paris l'avait admis dans le cadre du litige opposant la société 20 minutes France à la RATP,

- à propos modalités de fixation de la redevance par la RATP (*TA Paris, 6 nov. 2012, n° 1014667, Sté 20 Minutes France* : AJDA 2013, p. 1340, concl. N. Revland).

1. La RATP avait mis en œuvre un système d'enchères fixant l'attribution à un montant minimum de 1 million d'euros (qui était le montant proposé par la société Bolloré dans le cadre de la précédente consultation)

Le Rapporteur public (conclusions contraires) avait estimé de son côté que cette procédure est illégale

- car il est difficile d'admettre que l'Administration puisse se borner à retenir le plus haut des tarifs proposés,
- en renonçant purement et simplement à disposer de toute autre donnée objective permettant d'apprécier les avantages de toute nature procurés au titulaire ».
- Car 'en se bornant à adopter le meilleur prix proposé par les candidats, l'Administration ne se met pas en position d'évaluer elle-même, même de manière approchée, la valeur des avantages de toute nature que procure l'autorisation au soumissionnaire.
 - Elle renoncerait de ce fait à exercer ses compétences.
 - En effet le montant de la redevance est complètement dépendant de l'offre d'une entreprise qui l'aura déterminé du point de vue de son seul intérêt et non du point de vue de l'intérêt du domaine

Toutefois l'affaire n'allait prospérer ni la CAA ni le CE ne seront saisis à la suite du jugement du TA.

Il faudra attendre CE, 8 avril 2021, Association Priartem, SFR et autres, 438762, 443282, conclusions M. Guillaume Odinet) reprenne la solution du TA et admette un système d'enchère pour l'attribution des autorisations de téléphonie (qui sont qualifiés d'autorisation d'occupation du domaine public hertzien).

Chapitre 2 : La valorisation économique du domaine au profit des occupants

La législation contemporaine tend à mieux en compte la situation des entreprises installées sur le domaine public.

L'objectif est d'offrir une meilleure sécurité juridique aux occupants soit en les faisant bénéficier partiellement de la législation sur les baux commerciaux soit en leur permettant de constituer des droits réels sur le domaine public en vue d'avoir accès plus facilement au crédit bancaire.

Section 1. L'application de la législation sur les baux commerciaux

Le législateur a profondément modifié l'état du droit en transposant sur le domaine public un certain nombre de solutions tirées de la législation commerciale.

Se faisant, il améliore la situation de l'occupant

- Pour l'administration domaniales, les choses sont plus ambivalentes.
 - Une indemnité d'éviction est désormais due à l'ancien occupant en cas de rupture du titre
 - Mais, dans le même temps, l'exploitation d'un fonds de commerce présente un intérêt financier pour les personnes publiques, dans la mesure où elle s'accompagne d'une hausse de la redevance domaniale

A. L'ABANDON D'UN REFUS TRADITIONNEL

L'occupation à titre commercial ne bénéficie pas en principe de la législation sur les baux commerciaux

Le Conseil d'État écarte, depuis fort longtemps, l'application des dispositions du décret du 30 septembre 1953 (C. com., art. L. 145-1 s.) dans les relations entre l'Administration et les commerçants implantés sur le domaine public

2. (par ex. : CE, 11 juin 1971, Dame Chanuel, à propos de l'occupante d'une vitrine au Palais-Royal ou d'installation d'une activité commerciale au Bois de Boulogne : CE, 23 févr. 1979, Gourdain.*

Le CE (19 janv. 2011 Commune de Limoges) avait encore rappelé son opposition formelle à cette conséquence du bail commercial et qui implique la « cession de clientèle » au profit de l'occupant et pourrait aller jusqu'à imposer un repreneur du « titre d'occupation » à l'administration ainsi qu'à verser une indemnité d'éviction

Ce principe d'exclusion a connu deux prolongements particulièrement troublants

3. D'abord, l'interdiction des baux commerciaux s'est étendue aux contrats conclus entre personnes privées sur le domaine public
 - Alors que ce type de contrat consiste pour l'occupant pourvu d'un titre d'occupation à louer à un tiers en vue d'une exploitation commerciale l'ouvrage qu'il a construit sur le domaine public. Cass. 3e civ., 10 mars 2010, Société Le New Port : Bull. civ. 2010, III, n° 58 ; JCP A 2010, 2262, chron. Chamard-Heim.
 - Or cette solution est discutée par la doctrine
 - Car les occupants pourvus d'un titre régulier sont censés être propriétaires des ouvrages construits sur le domaine public jusqu'à l'expiration du titre d'occupation.
 - Dès lors pourquoi leur refuser un fonds de commerce (sur la durée du contrat)
4. Par ailleurs, la jurisprudence admet la responsabilité des bailleurs publics induisant leurs cocontractants respectifs en erreur, en leur laissant penser qu'ils disposeraient d'un bail commercial et, en conséquence, d'un « droit au renouvellement » ou à défaut d'une indemnité d'éviction
 - (par ex., CAA Marseille, 24 janv. 2011, Cne Escaro-Aytua : CMP 2011, comm. 121, note Eckert.)

Le principe d'exclusion est discutée en doctrine (Philippe Yolka, (JCP A 2012).

- En premier lieu, les fondements de cette prohibition sont fragiles. Elle ne ressort expressément ni du Code de commerce, ni du CGPPP.
 - C'est une solution d'origine jurisprudentielle dont les fondements sont assez mystérieux.
 - Certains invoquent le principe d'inaliénabilité et donc la protection des droits réels. Or les baux commerciaux sont selon la jurisprudence judiciaire, attributifs de droits personnels.

En fait, c'est la précarité des titres d'occupation lié à l'idée d'affectation qui paraît incompatible avec le droit au renouvellement (R. Chapus, DAG, tome 2) que rejoint alors une pré-occupation d'ordre financier moins avouable : éviter à l'administration d'avoir à payer une indemnité d'éviction.

Au demeurant, ces solutions paraissent bien fragiles au regard de la jurisprudence de la CEDH qui protège l'existence d'une clientèle propre

- (V. par ex., CEDH, 26 juin 1986, Van Marle c/ Pays-Bas : série A n° 101. -CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce : JCP 2000, I, 202, obs. Sudre)
- Un arrêt a même conclu à la violation de l'article 1er du Protocole n° 1 lorsqu'une indemnité versée à l'occupant régulier du domaine public ne compense pas les pertes d'exploitation liées à l'interruption de son titre (CEDH, 26 avr. 2011, n° 32521/05, Di Marco c/ Italie : RLDC oct. 2011, p. 56, note Parance).

Toutefois, le juge administratif considérait que l'occupant privatif du domaine public ne saurait utilement invoquer l'article 1er du Protocole additionnel ° 1 - relatif au droit au respect des biens –

- □ car il ne disposait pas d'un fonds de commerce (CAA Marseille, 4 févr. 2008, SARL La Joliette).

Cependant en 2014 la loi Pinel est venue modifier ce point

- Elle consiste à reconnaître l'existence d'un fonds de commerce sur le domaine public et aboutit à quelque chose qui ressemble à un bail commercial administratif (article L 2124 -32-1 CGPPP).

Elle rencontre cependant d'importantes limites

- Pour les baux conclus avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, le CE maintient son refus traditionnel (CE 24 novembre 2014 Société des remontées mécaniques Les houches Saint Gervais)
 - La jurisprudence judiciaire à l'inverse reconnaît l'existence d'un fonds de commerce constitué sur le domaine public avant l'entrée en vigueur de la loi (Civ. 3e, 5 avr. 2018, n° 17-10.466, AJDA 2018. 1679, note J. Bousquet ; AJDI 2018. 526).
- : La clause d'une convention d'occupation précaire du domaine, conclue après l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, dite « loi Pinel », excluant la création d'un fonds de commerce pour l'occupant, bien qu'illégale, ne constitue pas un vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation de la convention Conseil d'Etat 11-03-2022, Commune de Cap d'Ail, n° 453440

B UNE ACCEPTATION PARTIELLE DE LA LEGISLATION COMMERCIALE L'INSTITUTION PAR LA LOI D'UNE SORTE DE BAIL COMMERCIAL DIMINUE

La loi ne transpose pas l'ensemble de la législation commerciale

Le bail commercial est un bail diminué.

Si la loi refuse le droit au renouvellement du titre, elle reconnaît un certain nombre de conséquences attachées à la législation commerciale

1) La transmission facilitée du titre d'occupation

La loi dite «Pinel» du 18 juin 2014 a profondément modifié les données du problème

Elle admet désormais l'exploitation du fonds de commerce sur le domaine public à condition que l'occupant à titre privatif dispose d'une clientèle propre. Ainsi, le nouvel article L 2124-32-1 du CGPPP dispose désormais que :« Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre ».

Ce qui a pour conséquence de faciliter la transmission du titre d'occupation

A cet effet, L'article L. 2124-33 CG3P prévoit que

1. « toute personne souhaitant se porter acquéreur d'un fonds de commerce peut, par anticipation, demander à l'autorité compétente une autorisation d'occupation temporaire du domaine public pour l'exploitation de ce fonds ».

2. Selon le même texte, « l'autorisation prend effet à compter de la réception par l'autorité compétente de la preuve de la réalisation de la cession du fonds ».

C'est la technique de la présentation du successeur que ce texte généralise (le contrat est un élément du fonds de commerce donc la cession du fonds supposait la cession du contrat)

Ce texte est susceptible de soulever d'important contentieux. En effet, l'existence d'une « clientèle propre » sera difficile à établir :

- il faudra trancher la question de savoir si la clientèle appartient au commerçant ou au gestionnaire du domaine public occupé :
 - Dans certains cas, où la clientèle est captive comme dans les aéroports, l'existence d'un fonds de commerce paraît très difficile à admettre.
 - Dans d'autres, comme dans celui des gares dans lesquelles l'offre commerciale s'est largement développée dans un but avoué de dépasser le simple service offert aux voyageurs, la solution sera plus délicate à trouver.
 - Elle dépendra notamment de la dissociabilité fonctionnelle du local occupé avec les autres dépendances du domaine public mais aussi de l'autonomie de gestion dont dispose l'occupant (en termes d'horaires d'ouverture, de règles à respecter etc.).
 - L'exclusion du fonds de commerce sur le domaine public et de la cession de clientèle tenait notamment à l'idée expliquée par Wa-line (D. 1926) que le succès commercial des exploitants installés sur le domaine public tient davantage à la situation des lieux (hall d'une gare ou d'un hôpital) qu'aux qualités professionnelles de l'occupant

En outre, dans le prolongement de la loi Pinel, le législateur a également modifié le CGPPP (ordonnance du 10 déc. 2015) afin de sécuriser la situation de l'occupant à la recherche d'un successeur

- L'article L.2122-7 précise que le titulaire d'autorisation domaniale peut demander à l'administration gestionnaire de lui préciser si elle pourrait accepter le cas échéant la cession du titre à un tiers
- C'est la procédure dite du rescrit).

Au vu de ces évolutions législatives, le CE admet désormais plus facilement l'idée d'une patrimonialisation des titres d'occupation

- Il vient de revenir sur sa jurisprudence Munoz (1989) pour qui l'administration est tenue de rejeter toute demande de transfert.

C'est l'arrêt CE 18 septembre 2015 Société Prest'air admettant que l'autorité gestionnaire du domaine peut autoriser la cession du titre d'occupation à un tiers

C'est de manière générale que l'ancienne solution jurisprudentielle est renversée :

- La cession est possible quelle que soit la nature (contractuelle ou unilatérale) du titre
- La cession est possible qu'elle était ou non prévue par le titre.
- La seule limite à la cession est que l'autorité gestionnaire ait donné son accord écrit.

- Ce qui implique que l'administration puisse refuser la cession demandée en opposant un rejet cependant motivé.
 - Ces motifs pourront s'expliquer par des considérations tenant toujours aux qualités et capacités du cessionnaire pressenti et plus largement à la bonne exploitation du domaine. Mais les principes fixés désormais par la loi doivent amener le juge à un contrôle poussé des décisions de l'administration refusant la cession.

Reste afin à concilier ce dispositif avec les nouvelles obligations de mise en concurrence en vue de l'attribution d'un titre.

2. La possibilité d'obtenir une indemnité d'éviction

Désormais, en cas de clientèle propre, c'est l'intégralité du préjudice subi par l'occupant qui, en principe, pourra être indemnisé en cas de résiliation de son titre.

Reste toutefois à définir l'étendue de cette indemnisation.

En effet les règles d'évaluation des fonds de commerce employées par la jurisprudence commerciale lorsque le commerçant est titulaire d'un bail commercial (pourront sans doute être transposées aux fonds de commerce situés sur le domaine public.

- évaluation par comparaison, par les bénéfices, méthode des barèmes fiscaux, évaluation par le chiffre d'affaires etc.)
- Cependant, il faudra prendre en compte que le commerçant ne peut se prévaloir à aucun droit au maintien dans les lieux ou au renouvellement de l'autorisation. Car la loi Pinel n'est pas revenu sur cette solution.
 - En conséquence, la valeur du fonds de commerce subit donc nécessairement une dépréciation progressive à mesure que le terme du titre d'occupation approche.
 - à propos des chefs de préjudices pouvant être invoqués, CAA Marseille, 5 mars 2021, n° 18MA05006, Rev. CMP 2021, n° 5, note M. Ubaud-Bergeron).

Section 2. L'attribution de droits réels sur le domaine public.

La précarité n'est pas sans inconvénient

- Elle expose trop largement l'occupant du domaine public à une résiliation anticipée qui risque de pas pouvoir amortir les investissements qu'il voudrait réaliser et qui est donc poussé à ne pas investir sur le domaine

Ces inconvénients sont démultipliés en raison du principe d'inaliénabilité, elle est un obstacle majeur à l'accès au crédit bancaire

- Ce principe fait fuir les gros investisseurs dès lors que les montages contractuels permettant le préfinancement privé d'équipements publics assis sur le domaine public exigerait l'attribution de droits réels à la manière du bail emphytéotique afin de pouvoir constituer des sûretés bancaires.

- Auquel s'ajoutaient les difficultés liées à l'inaccessibilité des titres d'occupation (alors que la cession est une constante de la vie des affaires...)

L'objet des réformes entreprises depuis 1988 est de nature de conférer aux opérateurs économiques des titres juridiques leur offrant une stabilité juridique de nature à garantir la pérennité des investissements réalisés sur le domaine public.

C'est dans cette logique qu'a été adoptée

- □ La loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, qui a autorisé l'État à consentir, sur son domaine public, des autorisations d'occupation temporaires constitutives de droits réels.
- □ L'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, aujourd'hui codifié à l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, qui a autorisé les collectivités territoriales à consentir des baux emphytéotiques sur leur domaine public

Très tôt, le CC s'était ému des risques potentiels que fait courir la constitution de droits réels sur le domaine public

- Dans sa décision du 21 juillet 1994, le CC a censuré le renouvellement des autorisations au-delà de 70 ans en considérant qu'un tel renouvellement était susceptible de priver de réalité le droit de la personne publique au retour des ouvrages et des installations.
- Dans sa décision du 26 juin 2003, il a opposé à la loi habilitant le gouvernement à instituer les contrats de partenariat le respect des exigences légales garantissant le droit de propriété des personnes publiques et la continuité des services publics

L'utilité de cette réforme est en fait doublement limitée

1. D'abord, elle ne concernait vraiment que les biens affectés au service public (les biens de retour)

- Car la jurisprudence admettait déjà l'appropriation privée des constructions réalisées par et pour les besoins propres de l'occupant privatif (CE 1997 Sagifa)
 - Pour ces biens, la difficulté pratique était surtout que leur cession était impossible (CE 1989 Munoz) mais cette impossibilité a été levée (CE 2016 Prest'air)

2. En outre, elle ne permet aujourd'hui qu'un nombre limité d'opérations ou de montages contractuels

- La technique de BEA a été dans un premier temps étendue à toutes sortes d'opérations soit par la jurisprudence, soit par des textes ultérieurs à la loi de 1988. Ainsi jusqu'en 2015 dans le cadre des textes applicables, les gestionnaires publics disposaient de plusieurs dispositifs juridiques permettant d'attribuer des droits réels sur le domaine public rendant possibles les montages juridiques les plus sophistiqués.
- La réforme du droit de la commande publique (ordonnance du 23 juillet 2015) a remis en cause l'utilisation des BEA. Elle questionne l'efficacité pour le moins relative de ce type d'instruments

§.1 La possibilité offertes aux gestionnaires publics d'attribuer des droits réels sur le domaine public

Cette possibilité dépend des conditions fixées par les deux régimes spécialement aménagés par la loi x auxquels ne peuvent prétendre échapper les administrations en recourant à des formules de droit privé

A. LA DUALITE DES REGIMES LEGAUX : BAIL EMPHYTEOTIQUE ADMINISTRATIF ET AOT CONSTITUTIVE DE DROITS REELS

Le législateur met à la disposition des autorités domaniales deux instruments

- Le régime juridique du BEA est défini pour l'essentiel par référence aux articles L. 451-1 suivants du Code rural auquel renvoie l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales.
 - L'article L. 451-1 définit ainsi le bail emphytéotique: « Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cé-dé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction. ».
 - Le régime des AOT est défini au CGPPP : une AOT confère à son titulaire les prérogatives et obligations du propriétaire, pour la durée de l'autorisation sans pouvoir excéder soixante-dix ans

Si l'Etat et les collectivités territoriales sont désormais en mesure d'utiliser les deux formules, la réforme de 2015 a sérieusement compliqué l'accès au BEA

1) L'Etat

L'Etat est libre de constituer des droits réels sur son domaine public par le biais d'une AOT.

Il peut recourir à un BEA dans des conditions limitées

- Pour la construction de logements sociaux (sur la base de deux textes différents...
 - Loi du 12 mai 2009 et loi Duflot du 18 janvier 2023
 - Mais ces deux types de bail portant sur la construction de logement pour le compte de l'Etat ou d'un organisme HLM seront le plus souvent qualifiés de marchés publics de travaux (ordonnance 23 juillet 2015)
- BEA Valorisation (L.2341-1 CG3P)
 - Depuis 2010, ce texte permet d'accorder des droits au locataire du domaine public qui assurent des travaux de réhabilitation (sans construire)
 - A défaut d'habilitation législative, c'est interdit : CE 19 nov. 2023 Société nationale immobilière
 - Le texte a adopté pour permettre la restauration de l'Hôtel de la Marine Place de la Concorde à Paris par son locataire qui bénéficie de faciliter de financement tout en restant soumis à des obligations d'intérêt général (liées à la présence dans les lieux des services de la Marine nationale).
- Les AOT constitutives de droits réels peuvent être accordés par l'Etat sans conditions particulières et l'attribution de droits réels est en quelque sorte de droit.
 - □ Il n'en va différemment que si le titre d'occupation déroge expressément à ce droit et l'exclut
 - □ ou si l'ouvrage en question est nécessaire à la continuité de l'Etat, auquel cas l'AOT ne sera constitutive de droits réels que sur « décision de l'Etat »
 - L'occupation constitutive de droits réels peut être accordée alors même que l'activité exercée sera une activité d'intérêt privé.
 - Ce qui ne constitue qu'un progrès très relatif par rapport à la jurisprudence traditionnelle (CE 1997 Sagifa)

2) Les collectivités territoriales

Pour être importantes, les possibilités ouvertes aux collectivités territoriales sont plus limitées

- D'abord le recours au BEA comme l'AOT est limité à deux hypothèses assez largement entendues : mission de SP / accomplissement d'une activité d'IG
 - En ce sens : CE 1994 Sofap Marignan qui valide un montage (dit aller-retour) qui permet le recours au BEA pour construire des locaux affectés aux services publics
- En outre l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales dispose que seuls les biens immobiliers peuvent faire l'objet d'un BEA.
 - Cependant un BEA ne peut, par ailleurs, être consenti sur une dépendance du domaine public routier.
 - Les voies publiques sont exclues du champ d'application de la loi. TC 17 novembre 1988 Commune de Sainte Geneviève des bois a considéré que les parcs de stationnement re-levant du domaine public routier leur gestion ne pouvait bénéficier des dispositions de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988.
 - Cette interprétation est particulièrement restrictive : le BEA voit son champ d'application fortement amputé : les parcs de stationnement constitueraient à priori les équipements les plus concernés.

L'avis de la direction des finances publiques est toujours obligatoire

Ensuite, en dehors de ces deux hypothèses générales, des BEA pouvaient être conclus par les collectivités territoriales, pour des besoins précis :

- La LoPPSI du 14 mars 2011 prévoyait un BEA à une association culturelle en vue de la construction d'un édifice à l'usage du culte
 - Afin de permettre en particulier la construction de mosquée pour répondre à la pratique de la communauté musulmane
- réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation et jusqu'au 31 décembre 2013
 - afin de préparer l'organisation en France de l'Euro 2016
- opération liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours.
 - Donc pour l'essentiel au profit des services de l'Etat dont les locaux sont financés par les col ter.
- En outre, le bail valorisation non pour la construction mais la réhabilitation d'équipement public était- ouvert aux col ter

A l'exception du BEA culturel, ces différentes hypothèses ont été supprimés par l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui réécrit totalement l'article L.1311-2 et qui interdit les montages aller-retour en les qualifiant non de BEA mais de marchés de travaux ou de concession.

3) Les Etablissements publics

Jusqu'en 2015, les hôpitaux pouvaient conclure des BEH prévus par le Code de la santé publique.

En 2014, la conclusion d'un BEH exige la signature du Ministre de la Santé.

En 2015, l'ordonnance du 23 juillet 2015 interdit cette possibilité.

- Mais s'agissant de contrats de longue durée, certains seront encore en vigueur pour plusieurs décennies.

Les Etablissements publics de l'Etat (dont les universités) peuvent recourir à des AOT/ droits réels.

- Sous réserve de l'accord de l'autorité de tutelle
- Y compris pour les biens mis à disposition par l'Etat

B) L'APPLICATION DES REGIMES LEGAUX A TOUTES LES FORMES DE MONTAGES CONFERANT DES DROITS REELS

Les personnes publiques ont-elles le droit indépendamment des habilitations contenues au CGPPP de constituer des droits réels sur le domaine public y compris en concluant un bail à construction soumis au régime du CCH, art. L. 251-1 et s.?

- La construction de l'usine de traitement des déchets de Fos-sur-Mer a permis au Conseil d'État de faire évoluer la jurisprudence (CE, 11 mai 2016, n° 390118, Cnauté urbaine Marseille-Provence-Métropole
 - Jusqu'à présent, la jurisprudence considérait le bail à construction comme incompatible avec le régime de la domanialité publique, car aux termes du CCH le preneur à bail est susceptible de détenir un droit réel sur le domaine public lui-même, et non seulement sur les installations qu'il y édifie
 - CAA Nantes, 9 mai 2014, n° 12NT03234, Époux Eliès.
 - CAA Marseille, 12 mars 2015, n° 14MA03803, Cnté urbaine Marseille-Provence-Métropole : AJDA 2015, p. 2039, N. Foulquier).

Le Conseil d'État ne retient pas cette analyse.

Il considère au contraire que l'article L. 2122-6 CGPPP n'interdit pas la constitution de droits réels à la fois sur les installations édifiées sur le domaine public et sur le domaine public lui-même

Pour autant, il n'est possible de recourir au bail à construction sans limitation

C'est l'apport de l'arrêt : ses clauses doivent respecter les dispositions du CGPPP et, pour les collectivités territoriales, du CGCT, applicables aux autorisations d'occupation temporaires du domaine public constitutives de droits réels.

- Limitation de la durée (70 ans maximum en raison de la jurisprudence du CC de 1994
- Impossibilité de consentir des servitudes autres que celles compatibles avec l'affectation du domaine,
- Obligation de recueillir l'agrément préalable de l'autorité compétente avant la cession des droits réels conférés par le contrat
- Interdiction de grever lesdits droits réels de privilèges et d'hypothèques autres que ceux permettant de garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation des installations immobilières situées sur la dépendance domaniale occupée.
 - Et c'est pour cette dernière raison que selon le CE la convention conclue en l'espèce entre la Communauté urbaine et le Port autonome de Marseille pour la construction de l'usine de traitement des déchets est illégale.

Le « bail à construction administratif » ainsi créé n'a plus grand-chose à voir avec son homologue de droit privé. Il est une déclinaison du bail emphytéotique administratif organisé par la loi

§2. L'INSTRUMENTALITE RELATIVE DES BEA ET AOT CONSTITUTIVES DE DROITS REELS

Aux prérogatives reconnues au titulaire sont attachées un certain nombre de limites

A Les prérogatives attachées aux occupations domaniales constitutives de droits réels

L'ensemble de ces techniques confèrent aux titulaires du titre d'occupation des prérogatives identiques. Ces prérogatives sont

- La reconnaissance d'un droit de superficie, qui permet au titulaire du droit réel d'être propriétaire, pendant toute la durée de son titre, des immeubles construits sur une emprise foncière publique ne lui appartenant pas
 - Néanmoins dans les AOT les droits réels ne portent que sur les ouvrages à construire alors que dans le BEA, ils concernent aussi les biens déjà existant.
 - A l'expiration du terme, l'administration est en droit d'exiger la démolition des ouvrages. Dans le cas contraire, ils deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'administration
- Cette formule permet aux occupants de constituer des hypothèques sur le domaine public. En effet, le bénéficiaire dispose sur les installations des prérogatives et obligations du propriétaire.
 - Cependant la constitution d'une hypothèque n'est possible que pour garantir les emprunts liés à la réalisation des engagements prévus au contrat.
 - Et la constitution de cette hypothèque est subordonnée à peine de nullité à l'approbation de la personne publique
- La loi prévoit encore du cessibilité du droit réel, qui permet à son titulaire de sécuriser les financements obtenus.
 - Les AOT constitutives de droit réel sont, par principe, cessibles. (Pour l'Etat, art L. 2122-7 du CG3P et pour les col ter, art. L. 1311-6 du CGCT)
 - Le droit réel ne peut être cédé qu'à une personne agréée par l'autorité publique compétente, *en vue d'une utilisation compatible* avec l'affectation du domaine public occupé.
 - L'agrément de la cession d'une AOT a toujours au moins un double objet :
 - (1) informer l'administration de la cession envisagée et de ses conditions,
 - et (2) lui permettre de vérifier que le candidat cessionnaire est en mesure de respecter les conditions auxquelles le titre d'occupation a conféré le droit réel
 - Dans le cadre du BEA, le principe reste le même mais le régime est sensiblement plus exigeant -CGCT, art. L. 1311-3
 - i. La cession des droits réels est soumise à l'agrément de la collectivité publique bailleuse
 - ii. Mais Le cessionnaire est subrogé au preneur à bail initial sur l'ensemble des droits et obligations prévu par le contrat contractuel afin de préserver la continuité du service public.
- Surtout, ce type de contrat permet aujourd'hui d'assurer un financement par crédit-bail. Initialement limité aux cas où la loi l'autorisait, le recours à cette formule est aujourd'hui largement possible y compris pour les collectivités territoriales

- Le preneur à bail est alors l'établissement de crédit qui conserve la propriété des ouvrages non seulement sur toute la durée du contrat mais tant que le paiement global n'est pas intervenue.
 - Ce qui offre aux établissements de crédit-des garanties supplémentaires et qui devrait faciliter le recours à ce type de montage financier

B Les limites attachées aux occupations constitutives de droits réels/

Le recours aux BEA et à l'AOT a présenté de nombreuses difficultés compte tenu notamment de la complexité des montages dans lesquels ils s'inséraient. Ces difficultés sont en partie résolues par l'interdiction des montages contractuels complexes sur une base domaniale.

1) La pratique des cessions partielles

Les textes n'envisagent pas l'hypothèse d'une cession partielle du bail lui-même à un autre opérateur .

Or, cette cession partielle est assez fréquente en pratique.

- En effet, les BEA conclus avant 2015 servent souvent de support à la réalisation de programmes immobiliers annexes (immeubles de bureaux ou de commerce par exemple) destinés à améliorer le financement de l'ouvrage principal)
- Il arrive que le preneur cède en cours de contrat une partie de ses réalisations annexes

Cette pratique est doublement problématique en raison des conséquences qui découlent de l'autonomie des deux contrats.

- La réalisation du programme immobilier annexe qui se trouve détaché du programme initial par l'effet de la cession doit en tout état de cause continuer de répondre à la condition d'intérêt général posé par le CGCT.
 - A défaut, le BEA annexe est illicite en particulier s'il présente un caractère purement lucratif.
 - Les parties doivent veiller à prévoir dans le contrat le maintien dans le contrat de clauses d'intérêt général (à condition qu'elles conservent un sens eu égard à la destination des biens)
 - □ Pour les mêmes raisons, il est difficile d'imaginer la résiliation du BEA principal qui pourrait laissant seule subsister la partie du bail portant sur une opération immobilière
- Enfin, en cas de défaillance du promoteur immobilier cessionnaire, l'équilibre financier de l'opération de l'opération principale se trouverait menacée, sans que le preneur initial (ayant cédé partiellement) ne puisse être appelé en garantie pour combler le manque à gagner né de la défaillance du promoteur cessionnaire.

2) Le maintien des titres constitutifs de droits réels sous un régime général de droit public

L'ensemble de ces titres juridiques ont la nature d'actes administratifs y compris le bail em-phytéotique qui a la nature d'un contrat administratif . En effet, le CGCT précise que C'est le juge administratif qui est normalement compétent pour régler les litiges relatifs à l'exécution des baux ;

Ainsi conformément à la théorie générale des contrats administratifs, la collectivité publique a le pouvoir d'y faire stipuler des clauses exorbitantes du droit commun

- En outre, l'administration a de plein droit le pouvoir de procéder à la résiliation unilatérale du bail soit en cas de manquement du preneur à une de ses

obligations soit pour tenir de l'intérêt général (CE, 25 février 1994 Sofap Marignan).

On peut s'interroger sur le bien fondé de cette solution : la formule du BEA était en effet à l'origine destinée à donner de véritables garanties au preneur et aux investisseurs ...

A l'identique, l'administration garde de son côté la possibilité de prononcer le retrait d'une AOT non seulement pour cause d'inexécution de ses obligations par l'occupant mais également pour des motifs d'intérêt général.

Cette dernière hypothèse ouvre à l'occupant évincé le droit à recevoir une indemnité.

3) *L'impossibilité de servir de supports à des montages plus élaborés.*

La constitution de droits réels ne peut plus servir de support à des montages contractuels plus élaborés.

Depuis la réforme de la commande publique (ordonnance 29 juillet 2015), les montages allant au-delà de la logique domaniale et qui associent le preneur et l'autorité domaniale à la gestion d'un équipement public sont requalifiés en contrat de commande publique (marché ou concession)

- Sous l'empire de la loi du 5 janvier 1988, l'ingénierie contractuelle avait permis de développer des montages juridiques complexes » dits « aller-retour » permettant aux collectivités publiques d'utiliser dans le cadre d'un contrat de location les ouvrages dont elles avaient consenti la construction et la propriété aux opérateurs privés sur leur domaine public.
- Ces montages d'abord issus de la pratique ont d'abord été validés par le juge puis institutionnalisés par la loi avant d'être définitivement interdits
 - institutionnalisés d'abord au profit de l'Etat dans des secteurs spécifiques (justice, police, défense, santé) ,
 - avant d'être généralisés sous la forme plus élaborée des contrats de partenariat issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 les-quels sont ouverts à l'Etat comme aux collectivités territoriale.

Admis par l'arrêt CE 1994 Sofap Marignan, le montage contractuel complexe présentait l'intérêt d'étaler dans le temps le coût de la construction et ouvrait aux collectivités locales de nouvelles possibilités de financement des équipements publics

- C'est ce qui avait poussé le CE dans l'affaire SOFAP Marignan de 1994 a jugé que la loi de 1988 n'excluait pas que le bail conclu avec une société immobilière soit destiné à la construction d'un ouvrage qui sera utilisé par la collectivité publique elle-même (immeubles de bureaux destinés à l'extension de l'hotel de ville que le preneur à bail reloue ensuite pour la durée du contrat à l'administration.
- C'est sur ce type de montage que l'État a prévu plusieurs dispositifs sectoriels : baux Sarkozy (sécurité - justice – SDIS) mais aussi les baux emphytéotiques hospitaliers (art. L. 6148-2 CSP) ou encore des BEAvalorisation (loi de 2010) conclus non vue de construire un équipement mais en vue de le restaurer, le réparer ou le mettre en valeur.

Sauf à emprunter la forme d'un marché de partenariat, ce type de baux allers-retours sont aujourd'hui (ordonnance du 23 juillet 2015) interdits et automatiquement requalifiés en marchés de travaux

- Le marché de partenariat a pour principe de transférer la maîtrise d'ouvrage au partenaire de l'administration et de lui conférer au préalable des droits réels sur le domaine public.