



La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 27, 7 Juillet 2014, 2207

Le bail et le juge administratif : de l'art d'exorbiter le droit privé

Commentaire par **Élise Langelier**
 maître de conférences en droit public
 École de droit de la Sorbonne

Sommaire

Saisi d'un déféré contre un BEA conclu par une commune pour externaliser la gestion immobilière de casernes de gendarmerie, le Conseil d'État fait le partage entre les baux classiques et ceux nouvellement introduits pour la valorisation de biens existants, au prix d'une interprétation restrictive du Code rural.

CE, 19 nov. 2013, n° 352488, Société Nationale Immobilière : JurisData n° 2013-026231 ; JCP A 2013, act. 940

Sera publié au Recueil Lebon

(...)

o 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, sur un tènement immobilier lui appartenant, la commune de Romans-sur-Isère a édifié, pour la gendarmerie nationale, trois bâtiments à usage de logements et de services qui ont été achevés à la fin de l'année 2005 et donnés à bail à l'État le 1er février 2006 ; que par délibération du 14 décembre 2009, le conseil municipal de Romans-sur-Isère a autorisé son maire à signer un bail **emphytéotique** avec la Société nationale immobilière pour transférer à celle-ci la gestion de cet ensemble immobilier ; que, sur déféré du préfet de la Drôme, le tribunal administratif de Grenoble a annulé, par jugement du 15 octobre 2010, cette délibération et le bail **emphytéotique** conclu le 16 décembre 2009 ; que la Société nationale immobilière se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 7 juillet 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté, après les avoir joints, les appels de la commune de Romans-sur-Isère et de la Société nationale immobilière contre ce jugement ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il a statué sur la légalité de la délibération du 14 décembre 2009 :

o 2. Considérant qu'aux termes des dispositions, applicables en l'espèce, de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, issues, avant leur codification par la loi du 21 février 1996, de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 : « *Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail **emphytéotique** prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence (...)* » ;

o 3. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, notamment de la référence qu'elles comportent au bail **emphytéotique** prévu à l'article L. 451-1 du Code rural, que le législateur n'a ainsi entendu viser que les contrats dans lesquels le preneur a la charge de réaliser, sur le bien immobilier qu'il est ainsi autorisé à occuper, des investissements qui reviendront à la collectivité en fin de bail, et non de permettre la conclusion, dans le cadre de ce régime, de contrats par lesquels une collectivité territoriale confie à un tiers une mission de gestion courante d'un bien lui appartenant ; que, s'il résulte des dispositions insérées à l'article L. 1311-2 par l'article 96 de la loi du 14 mars 2011 qu'un bail **emphytéotique** peut également être conclu en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur d'un bien

immobilier appartenant à une collectivité territoriale, il ne résulte ni de ce dernier article ni d'aucune autre disposition de cette loi qu'elle comporterait un effet rétroactif ;

o 4. Considérant, en premier lieu, que, pour juger que l'objet de la convention conclue par la commune de Romans-sur-Isère avec la Société nationale immobilière n'entrait pas dans les prévisions des dispositions de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, la cour ne s'est pas fondée sur un motif tiré de ce que l'installation de services de gendarmerie dans la commune de Romans-sur-Isère, d'une part, et l'encaissement de la somme de 5,1 millions d'euros prévue par la convention litigieuse, d'autre part, seraient dépourvus de tout intérêt public communal ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier en excluant, pour de tels motifs, l'existence d'un intérêt public local à la conclusion de la convention litigieuse ne peut qu'être écarté ;

o 5. Considérant, en second lieu, que la cour a relevé, par une motivation suffisante et au terme d'une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la convention conclue en l'espèce par la commune de Romans-sur-Isère avec la Société nationale immobilière confiait à cette société la gestion courante de biens immobiliers ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 qu'elle a pu en déduire, sans commettre d'erreur de qualification juridique ni d'erreur de droit, qu'une telle convention n'entrait pas dans les prévisions des dispositions de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, dans leur rédaction antérieure à celle issue de la loi du 14 mars 2011 ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il a statué sur la légalité du contrat du 16 décembre 2009 :

o 6. Considérant que lorsque le préfet, sur le fondement des dispositions des articles L. 2131-2 et L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales, saisit le juge administratif d'un déféré tendant à l'annulation d'un contrat administratif, un tel recours, eu égard à son objet, relève du contentieux de pleine juridiction ; que dès lors, la cour a commis une erreur de droit en jugeant que le déféré du préfet de la Drôme qui demandait l'annulation du contrat de bail présentait la nature d'un recours pour excès de pouvoir ;

o 7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société requérante est seulement fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il concerne le déféré préfectoral visant le contrat du 16 décembre 2009 ; (...)

Note :

« Valorisez ! » L'impératif pesant sur les propriétaires publics s'est fait ardent avec l'élaboration du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). L'essor des droits réels conclus sur des biens appartenant à leurs domaines public et privé l'avait précédé. Récemment la Cour des comptes dénonçait les dysfonctionnements et coûts inutiles dans la gestion du patrimoine immobilier des collectivités territoriales. Elle relevait combien « *les investissements intellectuels et financiers requis restent modestes au regard des bénéfices en termes d'économie, d'efficacité et d'efficacités qu'elles peuvent en retirer* » (C. comptes, rapport public annuel, 2013).

Mais cet appel récurrent n'est pas - loin de là - le seul guide dans l'utilisation qu'elles font de leur patrimoine. Ne pas perdre - ou au contraire favoriser - l'implantation d'une caserne de l'armée ou de la gendarmerie peut devenir un enjeu clé dans le cadre d'un mandat local alors même que la décision ne leur appartient pas. Les outils juridiques évoluant lentement, des impasses pratiques peuvent se dresser.

Le cas de baux emphytéotiques administratifs (BEA) conclus par des communes pour externaliser la gestion immobilière de casernes de gendarmerie en est un bon exemple, illustrant une fois de plus le phénomène de fragmentation des BEA (V. G. Eckert, *Bail emphytéotique administratif* : JCl. Contrats et Marchés publics, Fasc. 610, 2011, n° 19 s.).

La commune de Romans-sur-Isère avait fait construire en 2005 et donné à bail à l'État en 2006 trois bâtiments à usage de logements et de services. Le maire avait été autorisé par une délibération du 14 décembre 2009 à signer un bail **emphytéotique** avec un opérateur privé (la société nationale immobilière), lui confiant la gestion des bâtiments. La signature était intervenue le 16 décembre. D'autres collectivités avaient eu recours au même procédé pour externaliser cette gestion immobilière, se fondant souvent sur la loi *Loppsi 1* (L. n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : *Journal Officiel* 30 Aout 2002). Des avenants avaient été conclus pour organiser les relations avec la gendarmerie - occupante des locaux. Afin de faciliter la gestion financière, il avait parfois été prévu que la gendarmerie verse directement les loyers à la société, sans qu'aucun contrat ne les liât.

Saisi sur déféré préfectoral, le tribunal administratif de Grenoble avait annulé les deux actes, par jugement du 15 octobre 2010 (V. *AJDA* 2011, p. 510, note P.-A. Rohan et R. Leonetti). La cour administrative d'appel de Lyon l'avait confirmé par un arrêt du 7 juillet 2011, rendu sur appel des cocontractants. La société s'était ensuite pourvue en cassation. Par un arrêt du 19 novembre 2013 et au terme d'une appréciation non évidente des dispositions combinées du CGCT et du Code rural, le Conseil d'État annule la délibération autorisant le maire à signer et renvoie en CAA la question de la régularité du contrat (V. G. Clamour, *Investissement jurisprudentiel du BEA* : *AJDA* 2014, p. 285 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 18, note G. Eckert).

L'enjeu ne réside pas seulement dans le champ de conclusion d'un BEA, mais aussi dans le sort d'un tel contrat lorsque, comme ici, la juridiction considère qu'il ne pouvait être conclu pour la seule gestion courante des locaux de la gendarmerie, selon le droit

alors applicable.

1. Le juge administratif, le BEA et le droit privé

Le Conseil d'État contourne les interrogations autour des opérations d'intérêt général susceptibles de justifier la conclusion d'un BEA. Il retient, pour ce faire, une interprétation constructive du régime de l'emphytéose.

A. - BEA et contournement de la question de l'intérêt général

Dans la rédaction initiale de la loi du 5 janvier 1988, une alternative guidait la passation d'un bail **emphytéotique** sur un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale : il devait être conclu soit pour accomplir une mission de service public (nécessairement pour le compte de la collectivité) soit pour réaliser une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. Ce double critère finaliste est cardinal : il permet de justifier l'octroi de droits réels sur le domaine public et, pour le domaine privé, de distinguer entre emphytéose classique et BEA (puisque'un bien du domaine privé est susceptible d'accueillir divers baux de droit privé).

La seconde branche de l'alternative est vaste en raison du cadre très souple de la clause de compétence générale, en sus des compétences attribuées textuellement par les lois de décentralisation. Héritée de la loi sur les communes du 5 avril 1884, elle bénéficie à toutes les collectivités : elle leur offre une compétence dès lors qu'un intérêt public et un besoin de la population peuvent être démontrés, à condition que cette intervention s'exprime conformément au cadre constitutionnel et législatif qui l'entoure, et qu'elle ne méconnaisse pas l'obligation d'impartialité d'une intervention publique. La souplesse des potentialités explique le psychodrame de sa pseudo-suppression partielle pour les départements et régions par la loi du 16 décembre 2010 : la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles a renoncé à la réduction annoncée de leur champ de compétences.

Au demeurant, le juge administratif a retenu spontanément une conception relativement souple de l'intérêt général visé en matière de BEA. Ainsi, dans l'affaire *Sofap Marignan*, fut validé le recours à un bail utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage en partie mis à la disposition de la collectivité (l'extension de l'hôtel de ville), en partie affecté à des bureaux privés. Cet ensemble ne devait revenir en pleine propriété à la commune qu'à l'issue du bail de 65 ans (*CE, 25 févr. 1994, n° 144641, Sofap Marignan : JurisData n° 1994-040511 ; Rec. CE 1994, p. 94 ; RFD adm. 1994, p. 510, concl. J. Arrighi de Casanova ; CJEG 1994, comm. 569, comm. E. Fatôme et P. Terneyre ; AJDA 1994, p. 550, note H. Périnet-Marquet ; GDDAB, Dalloz 2013, comm. 59*).

Dans l'affaire commentée, le Conseil d'État ne nie pas l'intérêt communal en tant que tel. En effet, dans la mesure où n'était pas concerné un service public de la commune, la première branche de l'alternative posée par le CGCT ne pouvait s'appliquer. Mais, contrairement à ce qu'avait estimé le tribunal administratif, l'installation de services de gendarmerie dans la commune est susceptible d'entrer dans la catégorie d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence communale en raison des retombées positives espérées, au-delà des seules conséquences financières directes. Le Conseil ne revient pas sur la lecture souple qu'il retient tant de la notion d'opération d'intérêt général susceptible d'être concernée que de l'appréhension des compétences locales. Il le fait au prix d'une relecture compréhensive de l'arrêt de CAA qui n'avait pas été si clair sur ce point.

L'on peut d'ailleurs s'étonner que, plutôt que de se fonder sur le BEA « généraliste » de 1988, il n'ait pas fondé sa décision sur le complément apporté par la loi *Loppsi 1*. Elle permet la conclusion de BEA « sectoriels » pour l'accomplissement d'une opération d'intérêt général liée aux besoins de la gendarmerie, de la justice ou de la police. Cette disposition s'appliquait certes aux BEA dont le principe avait été acté avant 2007 : ici le contrat a été signé en 2009 mais les bâtiments construits en 2005. Rien n'est indiqué sur la période de choix du mode de gestion.

Cela n'aurait sans doute pas changé la solution puisque le Conseil d'État choisit un autre fondement, grâce à une lecture particulièrement constructive des dispositions du CGCT et du Code rural.

B. - BEA et retournement de l'interprétation du droit privé

L'une des difficultés qu'illustre cet arrêt réside dans le fait que l'article L. 1311-2 CGCT ne crée pas un nouveau type d'emphytéose : il étend l'usage d'un bail prévu par le Code rural (ce qui n'en fait pas pour autant un bail rural). Mais les conditions dont il l'entoure ont conduit la doctrine à y voir un type autonome de contrat (*P. Terneyre, Bail emphytéotique administratif in P. Malinvaud et alii, Droit de la construction 2014/2015, dossier 150 ; sur l'essor de cette forme originale d'emphytéose, V. B. Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 590 s.*). Bien que contraire aux dispositions du Code rural, le maintien d'un pouvoir de résiliation unilatérale a ainsi été admis, au nom du caractère administratif du contrat (V. l'arrêt *Sofap Marignan, préc.*), alors que la Cour de cassation censure systématiquement les clauses introduisant de la précarité dans un tel contrat (*Cass. 3e civ., 14 nov. 2002 : Bull. civ. 2002, III, no 223 ; JCP N 2003, 1310, note Grimonprez*). En outre, si la cession libre du droit réel conféré par le bail découle du Code rural, elle est proscrite dans le BEA, au nom du caractère personnel et non cessible des autorisations d'occupation du domaine public. Les limitations introduites à la libre affectation des lieux - réelles en droit public - sont interdites dans le régime juridique initial de droit privé.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État assortit le recours à un BEA d'une condition supplémentaire, non mentionnée au Code rural et auquel pourtant il l'attribue. Selon lui, dans la version initiale de l'article L. 1311-2 CGCT, « *le législateur n'a ainsi entendu viser que les contrats dans lesquels le preneur a la charge de réaliser, sur le bien immobilier qu'il est ainsi autorisé à occuper, des investissements qui reviendront à la collectivité en fin de bail, et non de permettre la conclusion, dans le cadre de ce régime, de contrats par lesquels une collectivité territoriale confie à un tiers une mission de gestion courante d'un bien lui appartenant* ». L'insistance sur la réalisation d'« investissements » revenant en fin de bail à la collectivité permet d'écarter les baux comportant seulement la gestion courante du bien.

Or, une telle interprétation tirée des dispositions du Code rural ne va pas de soi. La doctrine privatiste se divise sur la nécessité de l'obligation de valoriser le bien. Pour un certain nombre, celle-ci n'existe qu'en vertu du contrat qui doit la prévoir : si une telle obligation n'est pas suivie d'effets, le cocontractant pourra être sanctionné (J.-L. Tixier, *Baux emphytéotiques*, *Encyclopédie Dalloz de droit civil*, 2006, n° 18). Un arrêt non publié de la 3^e chambre civile mentionne certes le but de l'emphytéose comme « *étant précisément l'amélioration du fonds* » mais dans le seul objectif d'admettre la licéité de clauses prévoyant un retour gratuit des frais de valorisation de terres agricoles (Cass. 3^e civ., 21 nov. 2001, n° 00-17.471). Selon des écrits plus récents, il y aurait une forme de consubstantialité entre l'attribution d'un bail **emphytéotique** par essence de longue durée et pour un loyer modique et l'obligation d'améliorer ce bien afin que les améliorations apportées fassent retour au bailleur (V. C. Saint-Alary-Houin, *Bail emphytéotique (droit privé)* in P. Malinvaud et alii, *Droit de la construction 2014/2015, dossier 140*, n° 110). Même dans ce cas, c'est la modicité du loyer qui paraît justifier la réflexion en imposant une contrepartie (Cass. 3^e civ., 4 nov. 1998, n° 96-18.168 ; Cass. 3^e civ., 12 oct. 1994, n° 92-15.274 : Bull. civ. 1994, III, n° 175, p. 111). Or, une telle modicité n'est pas de principe dans le cadre de BEA au regard notamment du régime des aides d'État lorsqu'une entreprise en bénéficie ou du principe d'égalité. Le juge exerce à cet égard un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la redevance fixée. Les arrêts de CAA où cette modicité est relevée insistent sur l'ampleur de la contrepartie en termes de travaux pour l'expliquer (V. par ex. CAA Bordeaux, 11 déc. 2007, n° 06BX00100, Cne Orthez) : les deux paraissent donc aller de pair ; cela n'implique pas que de tels travaux soient imposés si la redevance n'est pas modique.

Dans la voie suivie par le Conseil d'État, une perspective spécifique paraît en jeu. E. Cortot-Boucher évoque une « *exigence de contrepartie en termes de mise en valeur du domaine public* ». Cette perspective, pleinement administrativiste, se comprend dans la ligne de la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a considéré que le domaine public ne pouvait être « *durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à sa valeur réelle comme aux missions de service public auxquelles il est affecté* » (Cons. const. 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, *Loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public* : GDDAB, op. cit., comm. n° 58). La contrepartie apparaît comme la compensation de la privatisation de l'occupation du domaine public. Mais en ce cas, la motivation retenue laisse dubitatif : l'arrêt se fonde bien sur le renvoi au Code rural pour justifier une interprétation restrictive de la volonté du législateur. Or, la disposition en question du CGCT s'applique indifféremment aux biens des domaines public et privé des collectivités territoriales. L'exigence de contrepartie liée à l'occupation privative du domaine public ne peut dès lors servir de justification dans les deux cas.

En outre, la nature même de l'éventuelle « amélioration » en droit privé n'est pas purement immobilière à la différence de ce que retient la CAA ou du type « d'investissements » impliqués par le Conseil d'État. En effet, la doctrine et la jurisprudence civilistes ont dû tracer des frontières entre l'emphytéose originale et le bail à construction : à la première correspondait les améliorations culturelles ou immobilières, à la seconde l'obligation d'édification d'une construction. Dans ce contexte, l'obligation de construction éventuellement incluse dans l'emphytéose ne doit pas en être l'élément déterminant (V. l'interprétation de J.-L. Tixier, préc. sur l'arrêt *CA Paris*, 24 févr. 2005, n° 04/09) ; s'il y a obligation de rénovation, elle peut n'être que légère. Or, précisément, la CAA reproche au BEA litigieux de ne pas contenir d'opération de construction ou de restructuration, et de s'en tenir donc à une prestation de service. Le Conseil d'État, prudemment, ne reprend pas une telle motivation, mais il ne la censure pas pour autant. Cela interroge car, eu égard aux 40 ans de durée du bail, il paraît difficile que des travaux de rénovation, au moins légère, et de mise aux normes n'aient pas lieu. Des améliorations seront donc nécessairement apportées. Et la réalisation de la mission d'intérêt général s'analyse aussi en une contrepartie de l'octroi de droits réels.

L'enjeu est de taille : toutes les améliorations apportées au bien objet du bail reviennent au bailleur à l'issue du contrat, sans indemnité pour le preneur, en droit public et privé. Cela implique, en droit administratif, que la collectivité bailleuse n'étant propriétaire des biens qu'au terme du bail, elle n'assume pas la direction technique des travaux donc le rôle de maître d'ouvrage (CE, 16 févr. 2005, n° 211039, Maurel : *JurisData* n° 2005-068018 ; *Rec. CE* 2005, tables).

L'arrêt semble considérer la valorisation immobilière comme consubstantielle à la conclusion d'un bail **emphytéotique**. Or, les origines privées du BEA, comme le régime administratif spécifique, ne paraissent pas justifier une lecture à ce point restrictive, d'autant que la modification des règles relatives au BEA par la loi *Loppsi* en 2011 (*Journal Officiel* 15 Mars 2011 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 98, G. Clamour) a permis ce que la commune avait ici anticipé par la création d'un BEA « valorisation ». Une explication peut être puisée dans la nécessité de rendre sa pleine valeur à la réforme alors introduite, sans l'anticiper par une interprétation souple.

2. Le juge administratif, le BEA et le temps

La détermination des effets temporels des dispositifs des décisions est entrée pleinement dans l'office du juge administratif (V. D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012). Cet arrêt s'illustre par un rapport dual au temps : le juge insiste

sur la non-rétroactivité de la loi nouvelle pour censurer la délibération communale, mais se fonde sur la rétroactivité de la jurisprudence *Ministre de l'Intérieur* pour ne pas tirer les conséquences de l'illégalité de la délibération sur le contrat.

A. - Non-rétroactivité de la loi nouvelle étendant le champ du BEA

Bien qu'appelée à une publication au *Recueil Lebon*, la solution rendue par le Conseil d'État ressemble aux « âmes oiseaux » de l'Antiquité gréco-égyptienne : lorsqu'elles apparaissent, elles sont déjà mortes. En effet, cette solution a été rendue sous l'empire de la version initiale de l'article L. 1311-2 du CGCT, profondément amendée par la loi *Loppsi 2* de 2011 pour la naissance du « BEA valorisation ». Il est désormais possible de conclure un BEA en vue de la restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur d'un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale. Le contentieux qui devrait résulter de l'arrêt commenté risque donc d'être résiduel.

Le Conseil d'État considère qu'il « ne résulte ni de ce dernier article ni d'aucune autre disposition de cette loi qu'elle comporterait un effet rétroactif ». Ce faisant, il tire les conclusions d'un principe ancré en droit privé par l'effet de l'article 2 du Code civil et transposé en droit public, bien que plus partiellement : « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif » (*Cass. crim.*, 7 juill. 1871 : *Bull. crim.* 1871, n° 62). En outre, le droit applicable au contrat est en principe celui existant au jour de sa conclusion. En matière contractuelle, des dérogations n'ont été admises - pour encadrer sans empêcher les lois modificatives et validatives - que si le but d'intérêt général invoqué à l'appui est considéré comme suffisant (V. *Cons. const.*, 13 janv. 2000, n° 99-423 DC, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail* : *Journal Officiel* 20 Janvier 2000 ; *Rec. Cons. const.* 2000, p. 33., *spéc. consid.* 42. V., sur cette évolution, B. Genevois, *Les contraintes d'ordre constitutionnel pesant sur l'entrée en vigueur des lois*, in *Mélanges P. Avril, Montchrestien*, 2001, pp. 243 s.), s'il n'y a pas méconnaissance de la force de chose jugée de décisions ou du principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et, surtout, s'il n'y a méconnaissance d'aucune règle constitutionnelle sauf, évidemment, à ce que le but poursuivi ait la même valeur. Quelle que soit la justification, la modification « doit être strictement définie » (V., par ex. *Cons. const.*, 14 déc. 2006, n° 2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, *consid.* 19 : *Journal Officiel* 22 Décembre 2006 ; *Rec. Cons. const.* 2006, p. 129). Dans le silence de la loi, le Conseil d'État n'admet, à titre exceptionnel, l'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours que face à un « motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public » - ce fut par exemple la nécessité d'une remise en concurrence périodique pour garantir la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de DSP et la transparence des procédures de passation - et dès lors qu'il n'est « pas porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle » (*CE, ass.*, 8 avr. 2009, n° 271737, 271782, *Cie générale des eaux et Cne Olivet* : *JurisData* n° 2009-075420 ; *Rec. CE* 2009, p. 116 ; *JCP A* 2009, act. 505 ; *JCP A* 2009, 2147, note F. Linditch ; *JCP A* 2009, 2157, comm. B. Bonnet ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 164, G. Eckert ; *Dr. adm.* 2009, comm. 85, F. Melleray). Rien de tel n'est allégué ici. Le juge se contente de l'absence de dispositions explicites de la loi pour écarter son application.

Ce faisant il adopte une approche bien moins volontariste que celle retenue pour une autre disposition introduite postérieurement à la loi de 1988 qui permettait aux collectivités territoriales de conclure un BEA avec un organisme qui entend construire un édifice du culte ouvert au public à occuper pour une longue durée une dépendance de leur domaine privé ou de leur domaine public. Cette disposition - dérogeant à la loi du 9 décembre 1905 prohibant toute contribution directe ou indirecte des personnes publiques à la construction de nouveaux édifices cultuels - n'avait pas été analysée comme véritablement nouvelle. Le juge a considéré que la « portée exacte [de l'article initial avait été] explicitée par l'ordonnance du 21 avril 2006 » (*CE, ass.*, 19 juill. 2011, n° 320796, *Vayssière* : *JurisData* n° 2011-014675 ; *Rec. CE* 2011, p. 396 ; *JCP A* 2011, act. 535 ; *JCP A* 2011, 2308 ; *AJDA* 2011, p. 1667, *chron.* X. Domino et A. Bretonneau ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 302, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. 92, note F. Brenet). Une telle appréhension volontariste a été ici rejetée dans les conclusions, suivies par la formation de jugement.

Partant, elle ouvre une piste d'utilisation du BEA « valorisation » plus vaste. En effet, le Conseil d'État semble confirmer l'intérêt général de l'opération consistant pour la commune à confier par BEA à un preneur privé la gestion courante de bâtiments affectés à la gendarmerie - sous la réserve de sa conclusion postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi *Loppsi*. Dès lors, cette possibilité pourrait survivre à la disparition des dispositions temporellement limitées (mais plusieurs fois renouvelées) permettant la conclusion de BEA pour satisfaire les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou d'un SDIS. La date butoir du 31 décembre 2013 a certes une nouvelle fois été repoussée au 31 décembre 2017 (*L. n° 2013-1278*, 29 déc. 2013, art. 137). Toutefois, une telle limite ne s'applique pas au BEA valorisation.

Reste la question, non réglée par l'arrêt, du sort sur le contrat de l'illégalité engendrée par la non-rétroactivité de la loi.

B. - Rétroactivité de la jurisprudence nouvelle redéfinissant le déféré

Le Conseil d'État était saisi d'un double pourvoi en cassation à la suite d'un double déféré : contre une délibération autorisant la signature - acte détachable - et contre le contrat lui-même. Procéduralement la solution qu'il retient se dédouble également. En effet, dans le mouvement de redéfinition des offices des juges administratifs du contrat, le Conseil d'État a fait le choix de scinder le déféré suivant qu'il était exercé contre un acte unilatéral ou contre un contrat (*CE*, 23 déc. 2011, n° 348647 et 348648, *Ministre de l'Intérieur* : *JurisData* n° 2011-028862 ; *Rec. CE* 2011 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *RJEP* 2012, comm. 25, F. Brenet). Dans le premier cas, il continue à suivre le régime de l'excès de pouvoir, moyennant quelques aménagements classiques. Dans l'autre, il devient un recours de plein contentieux, largement calqué sur le recours *Tropic* créé en 2007. Les deux mêmes sanctions sont

privilégiées : la résiliation ou la modification de clauses, la poursuite de l'exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation. Cette proximité explique la fusion partielle de ces deux recours dans le cadre de l'arrêt *Tarn-et-Garonne* rendu postérieurement à l'arrêt commenté qui ouvre un office commun à l'ensemble des tiers devant le juge plein contentieux (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JCP A 2014, comm. 2152, note J-F. Sestier ; JCP A 2014, 2153, note Hul ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5, P. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; Dr. adm. 2014, comm. 36, note F. Brenet)

Pourtant, quatre aménagements majeurs tranchent par rapport à la jurisprudence *Tropic* telle que définie à l'époque de l'arrêt commenté. D'abord, le juge n'a pas de pouvoir de condamnation pécuniaire (ce qui est logique : le préfet, contrairement au concurrent évincé, n'est pas lésé). Ensuite, tous les contrats des collectivités et de leurs groupements sont *a priori* justiciables du déféré, même ceux passés sans formalités préalables comme les conventions d'occupation du domaine public. De plus, l'initiation du recours par le préfet lui imprime un caractère objectif que n'ont pas les autres recours de plein contentieux : le juge ne doit prendre en compte que la nature de l'illégalité. Il n'a ici aucun équilibre à assurer (ni avec l'objectif de stabilité des relations contractuelles, ni avec la nature de l'illégalité, de l'intérêt général ou les droits des contractants).

Enfin, eu égard au bouleversement contentieux créé par l'abandon partiel de la jurisprudence *Martin* centenaire, le Conseil d'État avait joué de son pouvoir de modulation pour empêcher la rétroactivité de l'arrêt *Tropic*. Au nom de la sécurité juridique et pour ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le juge n'avait permis l'accès à ce recours qu'à l'encontre de contrats dont la procédure de passation avait été engagée postérieurement à la publication de l'arrêt (V. CE, 22 déc. 2008, n° 313677, Sté Berri Développement : JurisData n° 2008-074691, Rec. CE 2008, tables p. 816), comme il le fit à nouveau dans l'affaire *Tarn-et-Garonne*. À l'image de la Cour de cassation, il cherche à éviter qu'une telle application prive la victime du droit à un procès équitable (Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 : JurisData n° 2006-036604 ; Bull. civ. 2006, ass. plén., n° 15 ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer). Il aménage de la sorte une source « rebelle par nature » (J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle* : AJDA 1968, p. 15) au principe de non-rétroactivité : la règle jurisprudentielle. L'arrêt *Ministre de l'Intérieur* n'a pas fait l'objet d'un même encadrement temporel. Le caractère plus limité de la (r)évolution suggérée l'explique : le préfet pouvait déjà demander l'annulation du contrat lui-même. Mais l'entrée en vigueur rétroactive de ces arrêts de quasi-règlement ne va pas de soi. L'arrêt commenté l'illustre bien lorsqu'il annule une délibération au motif de la non-rétroactivité de la loi et laisse pendant le sort du contrat au nom de la rétroactivité de la jurisprudence encadrant le recours.

L'un des intérêts procéduraux de la solution retenue réside peut-être moins dans l'extension du déféré de plein contentieux aux BEA - en doutait-on vraiment ? - que dans la volonté du Conseil d'État de ne pas user de son pouvoir d'évocation. À la différence de la Cour de cassation, il fait en effet un usage récurrent de cette possibilité offerte par l'article L. 821-2 du CJA. En matière contractuelle, deux motifs guident usuellement le choix de ne pas renvoyer l'affaire devant une CAA : d'une part, lorsqu'un tel renvoi serait inutile dans la mesure où la solution au fond dépend directement du motif de cassation qui ne laisse pas d'autre choix ou lorsque ne restent que des questions annexes ; d'autre part, au nom de « l'opportunité jurisprudentielle » (J. Massot & alii, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Berger-Levrault, 2001, p. 322) pour préciser sa politique ou donner des indications aux juridictions territoriales. Aucune des deux hypothèses ne paraît en jeu ici. Visiblement le Conseil d'État considère que les conditions d'application du déféré nouveau sont suffisamment précisées par les espèces rendues.

Un doute est pourtant permis.

Dans ses conclusions, E. Cortot-Bouchet relève qu'il reviendra à la CAA de requalifier le contrat - puisqu'il ne rentre pas dans la catégorie des BEA selon les textes applicables au jour de sa signature - et d'en tirer les conséquences. Cela implique nécessairement une réouverture du débat contentieux.

Mais quelle requalification retenir ? Le contrat porte sur une prestation de services, hors service public. Il s'apparente à un marché public de services : les formalités de passation du Code des marchés publics n'ayant visiblement pas été respectées, une nouvelle irrégularité, procédurale cette fois, pourrait être relevée. En outre, même ainsi requalifié, le contenu du contrat - notamment sa durée de 40 ans - poserait problème vis-à-vis de l'objectif de remise en concurrence périodique.

Hors requalification, le BEA pourrait être simplement considéré comme illégal.

Reste, dans les deux cas, à en tirer les conséquences sur son sort puisque l'annulation n'est désormais plus incontournable. Si le contrat est requalifié en marché public de service, l'absence de mise en concurrence n'est pas régularisable et pourrait justifier la résiliation (V. CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Commune de Marsannay-la-Côte : JurisData n° 2013-024868 ; JCP A 2013, act. 884, obs. L. Erstein ; JCP A 2014, 2002, note S. Brameret ; Constr.-Urb. 2013, comm. 164, note L. Santoni ; Dr. adm. 2014, comm. 4, note F. Brenet), éventuellement avec effet différé. Mais qu'en est-il, s'il n'y a pas requalification, du vice touchant la conclusion d'un BEA pour un objet non encore admis par le code ? Une telle illégalité serait-elle régularisable par le biais d'une nouvelle délibération de la collectivité fondée sur les actuelles dispositions du CGCT ? Le Conseil d'État retient une conception large des vices régularisables : non-transmission au préfet, irrégularité de la composition d'une commission d'appel d'offres (CE, 28 janv. 2013, n° 358302, Syndicat mixte Flandre Morinie : JurisData n° 2013-001164 ; JCP A 2013, 2185, concl. G. Pélissier), défaut d'information des membres de l'organe délibérant en l'absence d'intention dolosive...

Un double obstacle se présente.

D'abord, le coeur du contrat est touché. Or, il n'est pas improbable que le juge du déféré s'inspire de la jurisprudence *Sté Ophrys* qui règle l'impact que l'annulation d'un acte détachable sur le contrat (CE, 21 févr. 2011, n° 337349, 337394, *Sté Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont Communauté* : *JurisData* n° 2011-002144 ; *Rec. CE* 2011, p. 54 ; *Dr. adm.* 2011, comm. 47, note F. Brenet ; *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 123, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2011, p. 133, concl. Dacosta). Dans ce cadre, justifient seuls la saisine du juge du contrat - et la possible annulation - les vices ayant affecté le consentement de la personne publique ou le contenu même de la convention. C'est bien le cas.

En outre, le juge du déféré contractuel, comme les juges Tropic, Béziers et le juge de l'injonction, tranche en plein contentieux. Il peut prendre en compte le droit actuel au stade de décider de la régularisation. Si aucune procédure spécifique de passation n'était imposée, une régularisation ne serait pas impensable. Ce serait le cas pour une convention classique d'occupation du domaine public (V. CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, *Ville Paris, Assoc. Paris Jean Bouin, Sté Paris Tennis* : *JurisData* n° 2010-022712 ; *Rec. CE* 2010, p. 472, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; *JCP A* 2011, 2043, note C. Devès ; *JCP A* 2011, 2239, chron. C. Chamard-Heim ; *JCP G* 2011, 537, chron. G. Eveillard ; *BJCP* 2011, p. 36, concl. N. Escaut ; *RJEP* 2011, comm. 20, note C. Maugué ; *AJDA* 2011, p. 18, note S. Nicinski et E. Glaser) Dans cette hypothèse, le renvoi à la CAA pourrait permettre d'admettre un résultat que l'arrêt commenté vise justement à circonscrire : l'application de la rédaction nouvelle du CGCT. Le juge pourrait laisser aux parties le choix entre une délibération de régularisation ou la disparition du contrat, si besoin avec effet différé compte tenu de la période déjà écoulée et des besoins de la gendarmerie.

Toutefois, la nouvelle rédaction de l'article L. 1311-2 CGCT impose « le cas échéant » de suivre une procédure de publicité et mise en concurrence pour les BEA locaux (une telle procédure n'existant pas pour ceux de l'État, v. *CGPPP*, art. L. 2341-1). Malgré les doutes liés à la formulation ambiguë retenue par les parlementaires (S. Nicinski : *AJDA* 2011, p. 1302), elle paraît ici incontournable, réduisant à néant toute possibilité de régularisation. Resterait alors à décider l'alternative entre résiliation et annulation et les conséquences financières en résultant.

Bien que le Conseil d'État ait choisi de ne pas faire usage de son pouvoir d'évocation, des incertitudes demeurent donc. En outre, la CAA de Nantes, saisie d'un litige comparable, tirant les conséquences de l'arrêt commenté, a refusé de condamner l'État à verser à la société les loyers litigieux, estimant que le contrat ne lui permettait pas l'occupation régulière du domaine public : elle a donc perdu les loyers espérés (CAA Nantes, 20 déc. 2013, n° 12NT00898, *Sté Nationale Immobilière* : l'arrêt se fonde sur l'irrégularité du contrat pour refuser d'en tirer des conséquences financières entre l'État et la société... sans reprendre un seul élément d'encadrement du contentieux contractuel quant aux pouvoirs du juge). Évidemment, une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ne serait pas à exclure mais, eu égard au « ménage à trois » que crée cette situation entre commune, société et gendarmerie, le règlement de la situation financière ne paraît pas aisé. Si la direction générale de la gendarmerie nationale a anticipé les difficultés en appelant à l'adoption de nouveaux BEA dans le cadre permis par la loi *Loppsi 2*, cela ne règle pas la situation de ceux déjà irrégulièrement conclus. Or, comme l'illustre une réponse ministérielle, l'enjeu est bien « la maintenance des casernes mais aussi la qualité des relations privilégiées tissées entre la gendarmerie nationale et ses interlocuteurs locaux » (Rép. min. n° 11861 : *Journal Officiel* 19 Février 2013).

Domaine / Patrimoine. - Bail emphytéotique administratif