

La valorisation domaniale dans le cadre des contrats complexes de la commande publique

Afin de réduire la charge financière d'une opération et de favoriser le développement d'une nouvelle activité, les collectivités recourent de plus en plus fréquemment au mécanisme de valorisation domaniale dans le cadre des contrats de concession. De la préparation à la passation du contrat de concession, comment intégrer une telle opération de valorisation ?

Le contrat de concession, avec le contrat/marché de partenariat, a pu être un des outils privilégiés pour mener de front des opérations complexes relatives à la réalisation de bâtiments ou d'ouvrages publics ainsi qu'à la valorisation de parcelles du domaine (public ou privé) des pouvoirs adjudicateurs, permettant d'optimiser l'équilibre économique des contrats et de renforcer l'attractivité de l'achat.

La réforme du droit de la commande publique de 2016 a pu consolider l'intégration d'une opération de valorisation annexe à l'opération d'intérêt général au sein du périmètre d'un contrat de concession.

Et l'on constate un recours de plus en plus fréquent à ce mécanisme de valorisation par les différents pouvoirs adjudicateurs, en particulier afin de réduire la charge financière d'une opération d'intérêt général tout en favorisant le développement d'une nouvelle activité sur leur territoire le cas échéant.

Un tel mécanisme nécessite d'une part une bonne connaissance par les collectivités publiques de leur patrimoine, tant bâti que non bâti et tant de leur domaine public que leur domaine privé et, d'autre part, leur volonté, qui relève d'un vrai choix politique, de valoriser tel patrimoine, ce qui peut passer par une vente et donc quelque part, un dessaisissement de ce dernier.

Auteur

Romain Barbier

Directeur de projet
Infragestion

Jean-Marc Peyrical

Avocat associé
Cabinet Peyrical & Sabattier associés

Pierre Cailloce

Avocat collaborateur
Cabinet Peyrical & Sabattier associés

Mots clés

Cession foncière • Critères • Offres • Pondération • Recettes
• Risques

La valorisation : un élément à intégrer en amont du lancement des contrats

Le contrat de délégation de service public⁽¹⁾, de même que le marché de partenariat, se singularise en ce que des actes préparatoires à sa procédure de publicité et de mise en concurrence doivent être menés.

(1) Intégré depuis l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession dans la catégorie des contrats de concession.

Il s'agit du rapport sur le mode de gestion pour le contrat de délégation de service public, devant présenter « les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire »^[2].

Sur ce point, le contrat de délégation de service public se rapproche du marché de partenariat, qui doit comprendre une évaluation préalable sur les modes envisageables de réalisation du projet pour le marché de partenariat, comportant notamment « une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet »^[3].

Une étude de soutenabilité budgétaire doit également être constituée, à partir des résultats financiers de l'évaluation préalable, afin de présenter l'impact du marché de partenariat sur les comptes du pouvoir adjudicateur.

Sans être obligatoire pour les contrats de concession et de contrat de délégation de service public, une étude similaire pourrait être menée, dès lors qu'elle permet notamment d'assurer une prospective financière et d'assurer une parfaite information des élus, sur un contrat qui en général revêt une importance majeure et constitue un marqueur d'un mandat.

Ces actes préparatoires font d'ailleurs l'objet d'une délibération de l'assemblée délibérante pour les collectivités territoriales et leurs EPCI.

Ils ont donc une double vocation, juridique et politique, offrant en effet un temps de débat au niveau local, sur la base de documents exposant les conclusions et motivations de recourir à un montage juridique et financier donné.

Et dans ces deux documents, si une opération de valorisation de son domaine est envisagée par le pouvoir adjudicateur, dans le cadre plus global dont la passation va être initiée (marché de partenariat ou contrat de concession), elle devra obligatoirement être intégrée, ne serait-ce que pour respecter le droit à l'information dont dispose les élus locaux^[4].

L'autorité concédante aura tout intérêt à prendre en compte *a minima* :

- l'intégration des revenus pouvant être tirés de la valorisation foncière, liés aux produits de la cession de biens ou par la location de biens immobiliers, voire la mise à disposition d'un patrimoine immatériel ;
- la nature et l'importance des risques pris par l'opérateur économique dans le cadre de la valorisation foncière.

Ces éléments sont de nature à démontrer tout l'intérêt de recourir à un mode de gestion déléguée, dans le cadre d'un contrat de concession déléguant le service

public^[5] ou, d'une manière plus générale, avant le lancement d'un contrat de concession et de permettre de consolider la pertinence de ce montage contractuel.

En particulier, l'intégration des recettes liées à la valorisation de parcelles du domaine, pourront être intégrées dans l'appréciation du coût global de l'opération.

Ces recettes pourront ainsi venir minorer le coût d'investissement *in fine* à la charge du pouvoir adjudicateur, via l'encaissement de recettes ou la minoration directe des éléments du prix pouvant être facturé par le concessionnaire^[6].

En effet, et le mécanisme existe aussi en marché de partenariat, les modèles économiques des offres des opérateurs économiques intègrent le paiement de redevances ou de loyers à la constatation de la livraison de ou des ouvrages.

Au sein des différents flux financiers figurent en particulier les redevances/loyers d'investissement portant sur le remboursement de l'investissement préfinancé par le titulaire du marché de partenariat.

En cas d'intégration au plan de financement de l'opération de produits de l'opération de valorisation^[7], le reste à financer s'en trouve réduit et la charge annuelle pour le pouvoir adjudicateur également.

À ce titre, les produits de l'opération de valorisation s'apparentent – sur le plan des conséquences financières pour le pouvoir adjudicateur – à une sorte de « subvention d'investissement » versée au titulaire du contrat de concession^[8].

Toujours sur le plan financier, le pouvoir adjudicateur doit consolider la dette induite par le marché de partne-

[5] Sachant également que ces éléments, dans le cadre d'un marché de partenariat, peuvent être utilisés pour vérifier la satisfaction du critère de bilan plus favorable prévu par l'article L. 2211-6 du CCP : « La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

[6] Le paiement d'un prix, en complément du droit d'exploitation, fait partie intégrale du modèle économique d'un contrat de concession : « Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix » (CCP, art. L. 1121-1).

[7] Produits de cession du bien, loyers capitalisés en cas de bail.

[8] Il n'est en effet pas rare, dans les montages en contrat de concession, que l'autorité concédante, verse une partie des sommes nécessaires à l'investissement au cocontractant, afin de minorer le montant du financement à assurer, à ses risques, par le cocontractant.

[2] CGCT, art. L. 1411-4.

[3] CCP, art. L. 2212-1.

[4] CGCT, art. L. 2121-13 : « Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ».

nariat dès le déclenchement des premières redevances. En cas de réduction du besoin de financement à l'aide de produits de cession, le pouvoir adjudicateur verra ses ratios budgétaires se dégrader dans une moindre mesure que si les deux opérations étaient menées parallèlement⁽⁹⁾.

Au-delà de cet aspect purement économique, l'intégration dans le contrat de concession, de la réalisation d'une opération de valorisation, peut répondre à un objectif de l'autorité concédante de confier une mission encore plus large au concessionnaire, allant au-delà du financement et de la conception réalisation exploitation de l'ouvrage principal.

Par exemple, dans le cadre d'une opération principale ayant pour objet la réalisation d'un équipement sportif et si des terrains à proximité sont disponibles et « utilisables », un pouvoir adjudicateur peut solliciter les opérateurs économiques afin qu'ils proposent la réalisation d'un programme immobilier annexe, cohérent avec l'opération principale et permettant de générer des activités complémentaires et un pôle d'attractivité sur le territoire.

L'objectif étant que les différents bâtiments et les prestations qui y sont proposées, soient complémentaires et « s'alimentent » les uns envers les autres, pour générer une attractivité économique.

À ce titre, la réflexion programmatique en amont revêt toute son importance, pour identifier les projets complémentaires qui sont réalisables et leur rentabilité possible, ainsi que sur le mode de portage idoine (cession des terrains ; conclusions de baux ; cession des droits à construire).

Le titulaire aura en effet, en plus, la charge de réaliser une opération de valorisation, qu'il déterminera pendant la procédure de dialogue compétitif en fonction de son analyse et de sa valeur ajoutée. La procédure de négociation du contrat de concession sera d'ailleurs intéressante à utiliser pour bénéficier des propositions des soumissionnaires et optimiser les moyens permettant de répondre au besoin.

Il pourra s'agir de la réalisation de bureaux, de logements ou de commerces, ainsi que tout autre ouvrage qui serait autorisé par le pouvoir adjudicateur ou en fonction des limites posées en ce sens dans les pièces de la consultation.

Le « périmètre des missions » sera ainsi plus large qu'un marché plus classique de la commande publique, sachant également que les risques transférés seront plus importants par nature.

Même si seule la procédure de passation permettra de bien limiter les obligations des parties au titre de l'opération de valorisation, rien n'empêche un pouvoir adjudicateur de parfaitement cadrer ses attentes concernant

cette opération dans les pièces de la consultation, en particulier s'agissant des risques liés à la conception-construction de l'ouvrage proposé par le futur titulaire au titre de la valorisation.

Notamment, le pouvoir adjudicateur peut imposer que les risques liés au bâtiment, au sol et sous-sol de la parcelle faisant l'objet de la valorisation, de même que les différents frais de dépollution, soient pris à sa charge par le titulaire du marché, ainsi que les risques liés à l'obtention du permis de construire lié à l'opération (ce risque semblant tout de même assez naturellement à la charge de l'opérateur économique, au même titre, par exemple, qu'un projet purement privé porté par un promoteur immobilier).

On peut ainsi penser à une opération de valorisation d'un bâtiment qui, compte tenu de sa vétusté ou de sa destination originelle, nécessite une démolition.

Les risques liés au désamiantage par exemple, pourront être pris par l'opérateur économique et le pouvoir adjudicateur pourra imposer que d'autres contraintes techniques – pollution liée au plomb ou aux hydrocarbures – soient également assumées par l'opérateur économique.

Bien entendu, plus les exigences seront fortes sur ce point, moins l'opération de valorisation sera susceptible d'être la plus efficiente économiquement, dès lors qu'il devra valoriser financièrement ces risques et que cela dégradera son modèle économique.

Au-delà de ces éléments, l'intérêt d'intégrer la valorisation au périmètre du contrat de concession peut exister grâce au savoir-faire des opérateurs économiques dans la programmation concernant les usages futurs de la parcelle objet de la valorisation (en cas de recours à un dialogue compétitif) mais également dans la maximisation des produits issus de l'opération de valorisation.

L'intégration d'une opération de valorisation au sein du périmètre d'un contrat de concession peut néanmoins être perçue comme porteuse d'inconvénients.

Cette intégration vient en effet réduire de *facto* la concurrence de deux façons :

– si l'autorité concédante venait à mener la valorisation de manière indépendante elle pourrait recevoir un nombre d'offres plus importantes notamment de la part d'opérateurs compétents et dont la surface financière ne leur permettent pas de participer à une consultation large de type marché de partenariat.

On pense notamment aux possibilités ouvertes aux pouvoirs adjudicateurs de mener des consultations « d'appel à projets », moins contraignantes sur le plan de la procédure de passation et offrant à plus d'opérateurs économiques (notamment bailleurs sociaux ; SEM etc...), la possibilité de proposer une offre ;

– l'autorité concédante peut être également se voir dans l'obligation d'attribuer le contrat de concession et donc le soin de réaliser l'opération de valorisation, à un groupement d'opérateur ne proposant pas le « meilleur prix » au titre de cette même opération.

La pondération des critères de sélection des offres et l'obligation de prendre en compte plusieurs critères différents, peut être ainsi de nature à ce que la meilleure

(9) Les produits de cession constituant des produits d'investissement intégrés au budget du pouvoir adjudicateur sans venir réduire le coût de l'opération d'intérêt générale consolidé au sein de son « bilan ».

offre globale soit aussi l'offre la moins intéressante quant aux produits générés par l'opération de valorisation. Il pourrait néanmoins être pallié ce second biais par l'intégration au sein des documents de la procédure de passation⁽¹⁰⁾, de clauses visant à rendre obligatoire la remise en concurrence du groupement d'opérateurs responsable de la valorisation après la signature du contrat de concession.

Dans l'idéal, cette mise en concurrence serait menée en totale transparence avec le pouvoir adjudicateur et viserait à maximiser l'opération de valorisation. Une clef de partage des bénéfices peut être intégrée au mécanisme afin que ce dernier devienne vertueux pour le titulaire du marché de partenariat.

En dernier lieu mais sans les analyses préalables au recours à un contrat de concession n'aient à se prononcer définitivement sur ce point, elles pourront aborder les modalités concrètes de mise en œuvre de l'opération de valorisation.

Schématiquement⁽¹¹⁾ en effet, la valorisation peut prendre la forme :

- soit, de la mise à disposition⁽¹²⁾ pendant une durée pouvant excéder la durée du contrat de concession, de la parcelle faisant l'objet de l'opération de valorisation ;
- soit, d'une cession foncière définitive de ladite parcelle.

Si des différences notables de performances notamment financières, sont identifiées par le pouvoir adjudicateur selon ces différents modes de réalisation, l'évaluation préalable pourra en tenir compte.

Les arbitrages ne seront toutefois pas à prendre à ce stade, en particulier si le pouvoir adjudicateur retient une procédure de passation sous forme de dialogue compétitif, qui pourra laisser les candidats formuler des propositions sur les deux options.

L'intégration de la valorisation dans la comparaison des offres

Afin que l'opération de valorisation puisse jouer un rôle dans l'appréciation des mérites respectifs des offres et permette d'être un élément différenciant entre les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur aura tout intérêt à intégrer des critères de sélection des offres sur ce point.

En premier lieu, il peut retenir une approche purement économique et prendre en compte les recettes de valorisation dans l'appréciation du critère de coût global de l'opération.

En effet, le principal intérêt d'une opération de valorisation est de permettre à l'autorité concédante de minorer le coût d'investissement qui restera à in fine sa charge au titre de l'ouvrage principal faisant l'objet du contrat.

Ainsi, elle pourra indiquer que la comparaison financière des offres intégrera le montant de la vente de la parcelle faisant l'objet de la valorisation⁽¹³⁾. Une précision pourra même être apportée concernant le fait que la somme des redevances dues par le pouvoir adjudicateur sera actualisée selon des modalités à fixer dans le règlement de consultation.

Dès lors, le candidat proposant un montant important de rachat de la parcelle, améliorera la qualité de son offre économique globale.

La question peut se poser de savoir si ce montant fait l'objet d'un sous-critère au critère du coût global.

À notre sens et sur le plan juridique, rien n'empêche l'autorité concédante de procéder de la sorte étant précisé que, dans ce cas, il faudra que :

- la somme des redevances induites par la mise en place de l'ouvrage principal fasse l'objet d'un sous-critère autonome ;
- la pondération du sous-critère relatif au montant de la vente de la parcelle domaniale faisant l'objet de la valorisation reste modeste pour ne pas dénaturer la portée des critères et conférer à l'opération de valorisation une part plus importante que ce qu'elle ne représente réellement sur le plan économique.

Sur ce dernier point, l'autorité concédante se doit d'être particulièrement vigilante, dès lors que le Conseil d'État, dans un arrêt du 7 mai 2013⁽¹⁴⁾, a pu estimer que le juge du référé précontractuel, lorsqu'il est saisi d'un moyen ce sens, opère un contrôle sur la pertinence de la pondération conférée.

En particulier, il a pu juger qu'une pondération à hauteur de 40 %, du critère prix, peut être jugée manifestement excessive, s'agissant de prestations ne pouvant faire l'objet « d'aucune forme de remise en application des dispo-

(10) Et selon une logique similaire à ce qui existe dans le cadre d'un financement ajustable.

(11) Nous détaillons les modalités de mise en œuvre de l'opération de valorisation dans la partie finale du présent article.

(12) Les conditions de la mise à disposition, qui peuvent s'apparenter à un « bail » consenti par le pouvoir adjudicateur, pourront être définies dans le contrat de « tête » (contrat de la commande publique) ou dans un acte séparé conclu entre le pouvoir adjudicateur et le titulaire du contrat de tête ou l'entité qui lui serait substituée le cas échéant

(13) En cas de valorisation sous forme de cession foncière. Le montant proposé de la vente sera isolé dans le cadre de l'analyse des offres mais, en général, dans le montage financier, ce montant vient en déduction du coût d'investissement proposé et les loyers sont calculés sur la base de ce coût minoré de la sorte.

(14) Le juge du référé précontractuel, lorsqu'il est saisi d'un moyen ce sens, opère un contrôle sur la pertinence de la pondération conférée (cf. CE 7 mai 2013, Département de Paris, req. n° 364833).

sitions du code de la santé publique » et « qui représentaient la majeure partie du prix total du marché »⁽¹⁵⁾.

En outre, « au regard du caractère marginal et accessoire des prestations susceptibles d'être facturées », le « critère du prix n'était pas pertinent pour départager les offres ».

[15] CE 7 mai 2013, précité. Certes, il s'agissait dans cette affaire d'un marché tendant à l'attribution de prestations relatives à l'activité de collecte, de transport, d'analyse et d'interprétation des résultats des analyses sanguines et biologique, qui sont des prestations encadrées et faisant l'objet d'une facturation selon une nomenclature déterminée. Le critère du prix des prestations prévues par la nomenclature des actes de biologie médicale est ainsi dépourvu de toute pertinence pour départager les offres. Mais cet arrêt permet tout de même de mettre en exergue une obligation de corrélation entre l'importance des prestations dans le cadre de l'exécution du marché et la pondération du critère prix (ou sous-critère prix le cas échéant) les concernant dans le cadre de l'analyse des offres.

Certes, dans cette affaire, il s'agissait d'un marché tendant à l'attribution de prestations relatives à l'activité de collecte, de transport, d'analyse et d'interprétation des résultats des analyses sanguines et biologique, qui sont des prestations encadrées et faisant l'objet d'une facturation selon une nomenclature déterminée. Le critère du prix des prestations prévues par la nomenclature des actes de biologie médicale est ainsi dépourvu de toute pertinence pour départager les offres.

Mais cet arrêt permet tout de même de mettre en exergue une obligation de corrélation entre l'importance des prestations dans le cadre de l'exécution du marché et la pondération du critère prix (ou sous-critère prix le cas échéant) les concernant dans le cadre de l'analyse des offres.

D'ailleurs, très récemment, dans le cadre d'un recours au fond, le Conseil d'État a pu juger de manière générale que, concernant la pondération des critères de choix des offres, le pouvoir adjudicateur la détermine librement sans, toutefois, qu'il ne puisse « légalement retenir une

1^{re} hypothèse : critère du coût global d'investissement sur 30 points (intégrant le coût d'investissement moins valeur de rachat proposé) :

	Coût d'investissement proposé au titre de l'ouvrage principal	Montant de rachat proposé pour la parcelle faisant l'objet de la valorisation	Note sur 30 au critère du coût d'investissement	Note sur 30 au critère du coût global
Candidat 1	10 000 000	1 500 000	27	29,64
Candidat 2	9 275 000	700 000	29,11	29,38
Candidat 3	9 000 000	600 000	30	30

2^e hypothèse : critère du coût global d'investissement sur 30 points, avec un sous-critère noté sur 20 points (intégrant le coût d'investissement du seul ouvrage principal) et un sous-critère noté sur 10 points (intégrant le seul montant de valeur de rachat de la parcelle)⁽¹⁾ :

	Coût d'investissement proposé au titre de l'ouvrage principal	Montant de rachat proposé pour la parcelle faisant l'objet de la valorisation	Note sur 20 au critère du coût d'investissement de l'ouvrage proposé	Note sur 10 au critère de la valeur de rachat de la parcelle	Note totale
Candidat 1	10 000 000	1 500 000	18	10	28
Candidat 2	9 275 000	700 000	19,40	4,66	24,06
Candidat 3	9 000 000	600 000	20	4	24

(1) Dans l'hypothèse bien entendu où le pouvoir adjudicateur fait le choix de valoriser uniquement, dans la comparaison des offres, le montant de la cession foncière proposée par les candidats.

pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse »^[16].

Il faut que donc que l'éventuelle pondération, accordée au sous-critère du « prix de la valorisation », soit en rapport avec l'importance économique de ladite opération de valorisation.

Cette importance économique pourra être précisée dans les modalités de mise en œuvre des critères et l'autorité concédante pourra prendre en considération, au-delà du montant de la cession foncière induite par l'opération de valorisation, une vision plus « macro-économique » plus large de cette opération, pour déterminer, bien entendu sous le contrôle du juge, la pondération idoine.

Au-delà de la question de la pertinence et de l'adéquation de la pondération, les choix qui sont opérés en matière de rédaction de critères et de sous-critères pourront avoir des conséquences concrètes sur l'analyse des offres.

Pour éclairer le propos, nous pouvons simuler deux hypothèses de notation :

On constate alors un changement dans le classement et des écarts plus substantiels entre les notations globales, qui favorisent le candidat ayant proposé un montant important de rachat de la parcelle domaniale.

Ajoutons que, en fonction de la nature de l'ouvrage qui fera l'objet de la valorisation et de ses performances économiques dans son « exploitation »^[17], alors :

- outre les recettes liées à la vente de la parcelle concernée ;
- il sera possible de prendre en compte la part des revenus tirés de l'exploitation de l'ouvrage, qui sera reversée à l'autorité concédante, selon les accords qui pourront intervenir entre les parties et à l'issue de la procédure de passation.

En deuxième lieu, rien n'interdit de prévoir, dès le début de la procédure de publicité et de mise en concurrence, une approche plus qualitative de l'opération de valorisation.

En particulier, un critère spécifique lié à la pertinence de l'opération proposée peut parfaitement s'envisager :

- typologie et fonctionnalités de l'ouvrage de valorisation ;
- modalités d'insertion dans le site ;
- performances environnementales ;
- niveau de risque pris par le titulaire.

Mais bien entendu, les éléments d'appréciation de ce critère seront plus ou moins pertinents en fonction, d'une part, de la liberté laissée par l'autorité concédante quant à la destination de l'ouvrage de valorisation et, d'autre part, de la réalité économique et des possibilités com-

merciales que peuvent offrir ou non la situation de la parcelle, le tissu économique local etc...

L'intégration de la valorisation dans la procédure de passation

La prise en compte de l'opération de valorisation dans les critères de sélection des offres du contrat de concession (ce qui sera également vrai pour un marché de partenariat), va permettre d'intégrer cette dernière dans les discussions entre l'autorité concédante et les soumissionnaires^[18].

Schématiquement, on peut estimer que deux stratégies peuvent être mises en œuvre en fonction de la procédure retenue :

- soit l'autorité concédante décide de déterminer au maximum et au préalable l'ensemble des conditions d'exécution de l'opération de valorisation (objet ; nature ; portage juridique et financier etc...).

La négociation portera, ainsi et essentiellement, sur le prix de la cession de la parcelle valorisée et les conditions de la valorisation (principalement en ce qui concerne la répartition des risques) ;

- soit l'autorité concédante souhaite laisser plus de latitude aux candidats quant à l'objet et aux modalités de réalisation de l'opération de valorisation et ces éléments feront l'objet d'une négociation avec un champ plus large et des discussions plus variées.

Il n'en reste pas moins que l'autorité concédante devra déterminer quelques éléments devant obligatoirement être respectés par les candidats ou certaines restrictions, ne serait-ce que pour pouvoir comparer les propositions entre elles et éviter de recevoir des propositions qui seraient d'emblées sans rapport avec le besoin.

Des arbitrages devront donc être effectués, en amont, en particulier et en premier lieu, sur le degré de contrainte(s) imposée(s) aux candidats en ce qui concerne l'objet du projet de valorisation.

Notamment, dans l'hypothèse où la valorisation consiste à réaliser un ouvrage ou réhabiliter un ancien ouvrage^[19], la destination et l'utilisation de l'ouvrage devront être précisées.

Ainsi, soit l'autorité concédante pourra se borner à simplement imposer une comptabilité entre cette future destination et le service public dont elle est chargée (et bien entendu un respect de la sécurité, santé et salubrité publique), soit il pourra être très restrictif quant au projet qui pourra y être développé.

[16] CE 10 juin 2020, Ministre des armées, req. n° 431194.

[17] Au sens où l'ouvrage peut générer des revenus pendant une durée plus ou moins longue, en fonction des activités qu'il héberge ou qu'il peut accueillir. Par exemple la construction d'un hôtel et d'un centre de congrès peut, en fonction de son implantation, générer des revenus de manière continue. Des installations de loisirs peuvent également être de nature à attirer une clientèle récurrente sur un territoire.

[18] La procédure de passation d'un contrat de concession prévoit la négociation des offres (CGCT, art. L. 1411-5 ; CCP, art. L. 3124-1).

[19] Qui bien entendu devra faire l'objet d'une sortie du domaine public avant la réalisation effective de l'opération de valorisation (voir partie suivante).

En tout état de cause et ce quel que soit le mode de valorisation, l'autorité concédante, aidée en cela par des assistants à la personne publique, devra exiger une transparence importante dans la constitution du « prix » de valorisation⁽²⁰⁾ et ainsi permettre :

- d'apprécier les offres des candidats et leurs rentabilités ;
- de disposer d'une solide base de contractualisation et pouvoir actionner en cas de besoin des clauses de retour à meilleur fortune.

Elle pourra également imposer des prescriptions plus ou moins détaillées, quant au portage juridique et financier de l'opération.

Elle pourra imposer qu'elle soit réalisée directement par le titulaire du contrat de concession et, non pas par exemple, par un tiers ou une société particulière constituée par le futur concessionnaire.

Mais sur le plan financier, on peut constater que, généralement, l'opération de valorisation est « externalisée ».

En effet, les investisseurs et financeurs bancaires de l'opération générale doivent pouvoir apprécier les risques intrinsèques au projet « principal » objet du contrat de concession qui n'envisage pas les mêmes risques que l'opération de valorisation.

L'autorité concédante pourra en outre être plus ou moins exigeante quant aux conditions d'exécution de l'opération de valorisation :

- délai de réalisation ;
- engagements énergétiques et environnementaux ;
- insertion de personnes éloignées de l'emploi ;
- sort de l'ouvrage en fin de contrat ;
- modalités de paiement de paiement de la cession foncière et/ou partage des recettes d'exploitation⁽²¹⁾ ;
- répartition des différents risques : délivrance du permis de construire ; recours des tiers ; état du sol et du sous-sol etc.

Bien entendu, plus les contraintes imposées seront fortes et/ou nombreuses, plus les retombées économiques pour de l'opération de valorisation seront modestes.

Les arbitrages à effectuer lors du lancement de la procédure de passation devront prendre en compte plusieurs hypothèses voire plusieurs scénarios en fonction de l'importance et de la nature des contraintes imposées.

En dernier lieu, afin que la négociation puisse être efficace et de nature à ce que les offres et les propositions s'améliorent, l'autorité concédante aura tout intérêt à⁽²²⁾ :

- consigner par écrit, dans des comptes rendus de réunions de négociation/dialogue, les demandes de sa part (précisions ; optimisations etc...) et les améliorations ou modifications consenties par les candidats ;

(20) Transparence matérialisée au sein du règlement de consultation et au sein des cadres financiers à remplir par les candidats où il sera proposé un ou plusieurs onglets spécifiquement dédiés à l'opération de la polarisation et permettant de retracer la « chaîne » de constitution du prix.

(21) Dans l'hypothèse où l'opération de valorisation peut donner lieu à une exploitation commerciale générant des recettes suffisantes.

(22) Ces pratiques sont aussi valables en dialogue compétitif dans le cadre d'un marché de partenariat

- adresser des lettres de cadrage à chaque candidat et à chaque tour de négociation, reprenant les éléments restant encore à améliorer ou bien les éléments ne pouvant plus faire l'objet de modifications.

De la sorte, plus la procédure avancera, plus les éléments à discuter seront normalement limités, ce qui permettra de se focaliser sur les éléments essentiels.

La mise en œuvre juridique et financière de la valorisation

Au regard des projets conclus ces dernières années, on constate que la valorisation peut prendre la forme :

- soit, de la mise à disposition, pendant une durée pouvant excéder la durée du contrat de la commande publique (le contrat « de tête ») le cas échéant, de la parcelle faisant l'objet de l'opération de valorisation.

À charge pour le titulaire du contrat « de tête », de réaliser l'opération de valorisation, dans les conditions fixées soit dans ce contrat, soit dans un acte séparé ;

- soit, d'une cession foncière définitive de ladite parcelle, qui interviendra de manière concomitante à la signature du contrat « de tête » ou bien, plus généralement, après la levée des conditions suspensives éventuelles stipulées.

Un pouvoir adjudicateur pourra préférer la mise à disposition dans les cas suivants :

- lorsque le potentiel économique et commercial de la parcelle est important et que la valorisation permettra de générer une activité importante et pouvant faire l'objet d'une prise à bail (le preneur deviendra seulement locataire du foncier ce qui implique chez lui une prise de risque plus importante puisqu'il n'est pas propriétaire et ne peut agir en tant que tel) ;
- lorsqu'il souhaite conserver la maîtrise in fine de son patrimoine mais également contrôler les activités organisées au sein de la parcelle foncière objet du bail au détriment de recettes de valorisation importantes ;
- lorsqu'il entend imposer un maximum de contrainte sur l'opération de valorisation et qu'il souhaite disposer de moyens de contrôle et de suivi des activités liées à l'opération de valorisation⁽²³⁾.

Au contraire, le mécanisme de cession foncière définitive permet de maximiser les produits de la valorisation et d'offrir un cadre juridique plus sécurisant pour les opérateurs économiques, en particulier du fait de la plus grande liberté dont il pourra disposer quant à la réalisation de l'opération de valorisation.

Bien entendu, l'acte de cession pourra imposer certaines limites, quant à la nature du projet de valorisation pouvant être réalisé. Ces limites devront néanmoins avoir fait l'objet de discussions entre les parties, en particulier dans le cadre de la procédure de passation du contrat de la commande publique.

(23) En restant propriétaire de la parcelle, le pouvoir adjudicateur garde « naturellement » un pouvoir important à l'égard de l'opérateur économique et sa maîtrise du foncier lui permet de garder le contrôle et de pouvoir agir le cas échéant contre son cocontractant.

Par ailleurs, le mécanisme de cession foncière définitive permet de conserver une même temporalité entre la conclusion du contrat de la commande publique et l'acte de valorisation générateur de recettes.

En cas de séparation entre l'opération de valorisation et le contrat de la commande publique, le risque de décalage dans le temps de la procédure et de l'exécution de l'opération de valorisation peut faire peser de lourdes charges financières à l'entité publique, surtout si elle a intégré ces produits de valorisation dans l'assiette de financement du projet d'investissement.

Une fois le choix du mode de réalisation de l'opération de valorisation acté, plusieurs précautions seront à prendre, sans préjudice bien entendu des conditions particulières pouvant être convenues dans les différents projets.

Dans l'hypothèse où la parcelle à valoriser relève du domaine public, le pouvoir adjudicateur aura tout intérêt à procéder dès que possible, avant la conclusion du contrat, à sa désaffectation et à son déclassement.

En effet, dans l'hypothèse où l'opération de valorisation implique que la parcelle en question soit cédée^[24], la sortie du domaine public s'impose en raison du principe d'inaliénabilité de ce dernier.

Les actes juridiques permettant d'organiser cette sortie devront, dans l'idéal, être réalisés et purgés de tout recours au moment de la signature du contrat de concession (ou du marché de partenariat le cas échéant).

Faute de quoi, il s'agira d'une condition suspensive à l'acte de vente^[25] qui pourra retarder d'autant voire faire peser un aléa, sur sa bonne réalisation, surtout en cas de recours par un tiers ou un membre du conseil municipal.

La saisine de la direction départementale des finances publiques ne devra pas être négligée non plus et elle devra même être anticipée.

Elle s'impose en effet aux collectivités territoriales et à leurs EPCI^[26].

Surtout, elle pourra servir de base de négociation pendant la procédure de passation, l'estimation de la valeur vénale ou des droits réels permettant d'établir un prix plancher.

Les pouvoirs adjudicateur auront également tout intérêt à renouveler cette saisine, autant que possible au regard des délais de procédure de passation et des impératifs politiques notamment de signature des contrats de la commande publique^[27].

Ceci sera de nature à prendre en compte, en garantissant bien entendu la confidentialité des offres, les divers projets

de valorisation proposés par les candidats, afin d'affiner le chiffrage de la valeur vénale de la parcelle.

Le prix de vente des parcelles faisant l'objet de la valorisation, on l'a vu, devra faire l'objet d'une négociation dans le cadre de la procédure de passation.

Et l'autorité concédante aura tout intérêt à insérer une clause « d'optimisation du prix »^[28], qui stipulera un partage des gains entre les parties à l'acte de vente, si jamais la commercialisation réalisée par le contractant^[29] est plus fructueuse qu'espérée^[30].

L'effectivité de cette clause et sa bonne application étant conditionnées à une grande transparence dans la constitution du prix au sein des documents contractuels et, au moins, une première vérification des éléments constitutifs de ce prix par l'autorité concédante pendant la procédure de passation du contrat de concession.

En définitive, outre qu'elle peut permettre de légitimer le recours à un contrat de concession, l'intégration d'une opération de valorisation du domaine dans le périmètre et dans l'objet du contrat permet :

- d'optimiser le coût global de l'opération et de négocier les conditions notamment économiques, du projet de valorisation ;
- de favoriser la négociation portant sur les éléments de l'opération générale, les opérateurs pouvant être tentés d'accéder d'autant plus facilement aux demandes de l'autorité concédante, qu'ils ont la perspective de remporter potentiellement deux « opérations » ;
- à l'autorité concédante de bénéficier de plus de leviers et de contrôle sur la programmation de la partie valorisation, par rapport à une procédure dissociée type « appel à projets », au cours de laquelle les marges de manœuvre sont plus limitées^[31] ;
- de rendre plus efficiente, pour l'autorité concédante, la procédure, en ce que son caractère unique induira des économies d'échelle :
 - sur les honoraires des Assistants à la Personne Publique dans le cadre de l'aide à la conclusion du contrat de concession (une seule équipe pour la passation du contrat de concession et l'opération de valorisation, ce qui évite d'avoir éventuellement une mission d'APP réglant les interfaces entre les deux opérations) ;
 - sur les moyens humains mobilisés en interne ;
 - marginalement sur les coûts de passation (reprographie, publication...).

[24] Au cocontractant ou à un tiers désigné par lui dans le cadre de la procédure de publicité et de mise en concurrence

[25] La cession d'une parcelle du domaine nécessitant, en général, un acte séparé du contrat de concession, en l'occurrence une promesse de vente qui fera l'objet d'une réitération

[26] En vertu de l'application combinée des articles L. 2241-1 et R. 2241-2 du CGCT

[27] Souvent guidés par une exigence politique ou opérationnelle que l'ouvrage principal, pour lequel la procédure de passation du contrat de délégation de service public est lancée, soit réalisé à une date déterminée. On peut notamment songer aux établissements scolaires (écoles, collèges, lycées), pour lesquels une livraison opérationnelle à la rentrée de septembre est généralement exigée.

[28] Ou de « retour à meilleure fortune ».

[29] Ou le tiers désigné par lui dans le cadre de la procédure de publicité et de mise en concurrence

[30] Cette clause de retour à meilleure fortune peut également être envisagée en cas de valorisation sous la forme d'une mise à disposition du domaine, où le montant de la redevance versée au pouvoir adjudicateur au titre de ce contrat sera revu et ajusté en cas de surperformance du preneur et à l'aune d'indicateurs identifiés (TRI actionnaires ; fréquentation etc...).

[31] En particulier, lorsque les opérations de valorisation font l'objet de contrats conclus hors du champ de la commande publique, le contrat ne doit pas répondre à un besoin de la personne publique (voir notamment CE avis 22 janvier 2029, n° 396221