



**Conférence
des présidents
d'université**

Le transfert du patrimoine universitaire

6 mai 2010

Remerciements

Les auteurs tiennent à remercier l'AMUE, dont les études antérieures, notamment :

§ « Trois regards sur la gestion du patrimoine immobilier des établissements d'enseignement supérieur » - Avril 2007

§ « Schéma directeur immobilier des universités » - Septembre 2009

ont servi de base à cette étude.

Cette étude a été réalisée avec le concours du cabinet Salans & Associés



SOMMAIRE

INTRODUCTION	9
CONTEXTE ET ENJEUX : LES COMPETENCES ET RESPONSABILITES ELARGIES DE LA LOI LRU	10
1. Les compétences élargies : le contexte.....	10
1.1 Matière budgétaire.....	10
1.2 Gestion des ressources humaines.....	12
2. La gestion patrimoniale.....	12
3. Champ de l'étude.....	13
PREMIERE PARTIE : TYPOLOGIE DU PATRIMOINE UNIVERSITAIRE.....	15
1. Distinction selon la propriété.....	15
1.1 Biens appartenant en pleine propriété aux Universités : comment devenir propriétaire ?	15
1.1.1 Acquisition à titre onéreux	15
a) Acquisition par crédit-bail.....	17
b) Acquisition par vente en l'état futur d'achèvement (VEFA).....	17
1.1.2 Acquisition à titre gratuit : dons et legs.....	18
1.1.3 Transfert de propriété au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education.....	19
1.1.4 Transfert des biens appartenant aux collectivités territoriales ?	20
a) Les mécanismes permettant à l'Université de devenir propriétaire	20
(i) Biens du domaine privé de la collectivité territoriale	20
(ii) Biens du domaine public de la collectivité territoriale.....	20
b) La cession et l'échange peuvent-ils se faire à titre gratuit ?	21
1.2 Biens n'appartenant pas aux Universités	22
1.2.1 Biens mis à disposition par l'Etat : la fin de l'affectation	22
a) La conclusion des conventions d'utilisation	24
b) Le contenu des conventions d'utilisation.....	25
c) Que choisir ? mise à disposition ou transfert de propriété ?	26
1.2.2 Biens mis à disposition par des collectivités publiques autres que l'Etat	27
1.2.3 Bien loués	28
2. Distinction selon l'affectation : domanialité publique ou privée	30
2.1 Les critères de la domanialité publique	30
2.1.1 Le critère de l'affectation	30
2.1.2 La théorie de l'accessoire et de l'indivisibilité	31
a) Théorie de l'accessoire et rappel sur la domanialité publique globale.....	31
b) Théorie de l'indivisibilité.....	33
2.2 Les effets de la domanialité publique	33

2.3	Application aux biens des Universités	34
3.	Un acteur supplémentaire : les PRES	39
3.1	Statut et missions des PRES	39
3.1.1	Une structure de coopération et de mutualisation.....	39
3.1.2	Le rôle dévolu aux PRES dans le cadre de la réforme de la politique immobilière des Universités	40
3.2	Le rôle PRES dans le domaine de l'immobilier universitaire	41
3.2.1	Question sur la compétence du PRES	41
3.2.2	Modalités d'intervention du PRES	41
DEUXIEME PARTIE : REGLES D'UTILISATION ET DE GESTION : QUE FAIRE DU PATRIMOINE ?		45
1.	Problèmes généraux	45
1.1	Le principe de spécialité : quelles limites à l'utilisation du patrimoine universitaire ?	45
1.1.1	L'utilisation du domaine est encadrée par les missions de service public des Universités.....	45
1.1.2	Le cas particulier des activités industrielles et commerciales des Universités	48
1.2	Concurrence et occupation domaniale	50
1.2.1	Mise en concurrence des occupations domaniales : l'exemple des CROUS	50
a)	Nature des CROUS (Centres Régionaux des Œuvres Universitaires et Sociales)	51
b)	CROUS et mise en concurrence : l'exemple des cafétérias.....	51
(i)	Au regard des règles sur les marchés publics et les concessions	52
(ii)	Au regard des règles de la domanialité publique.....	54
1.2.2	Droit de la concurrence et occupation domaniale.....	55
1.3	Qui a la maîtrise d'ouvrage ?	56
1.3.1	La maîtrise d'ouvrage de l'Etat.....	56
1.3.2	La maîtrise d'ouvrage des collectivités locales.....	57
1.3.3	La maîtrise d'ouvrage des Universités	57
1.3.4	La maîtrise d'ouvrage privée : le cas des partenariats public-privé	58
1.4	Le problème des droits réels	59
1.4.1	Définition.....	59
1.4.2	Ce à quoi ne sert pas le droit réel.....	61
1.4.3	Quand faut-il nécessairement octroyer des droits réels ?	61
1.4.4	Quand peut-on octroyer des droits réels ?.....	62
a)	Exclusion sur le domaine privé.....	62
b)	Cas des immeubles mis à disposition	62
c)	Cas des immeubles appartenant en propre aux Universités.....	63
d)	Conclusion : que change la dévolution ?.....	64
2.	Comment utiliser et valoriser le Patrimoine ?	65
2.1	L'aliénation du patrimoine	65
2.1.1	Comment aliéner les biens ?.....	65
a)	L'inaliénabilité du domaine public.....	65

b)	Exceptions au principe d'inaliénabilité du domaine public : cession et échange entre personnes publiques	66
(i)	Cession	66
(ii)	Echange	66
c)	Aliénabilité du domaine privé.....	67
2.1.2	Pourquoi aliéner ? L'aliénation comme méthode de valorisation	68
2.2	La location	69
2.3	Le recours au crédit-bail	69
2.4	AOT et conventions domaniales	70
2.4.1	Les deux catégories d'AOT.....	70
2.4.2	Les conventions domaniales.....	74
2.4.3	Conséquences de la dévolution	75
2.5	Les Contrats de partenariat	75
2.5.1	Définition et conditions de recours.....	75
a)	Un contrat global	75
b)	Conditions de recours.....	76
2.5.2	Le statut du foncier	79
a)	Domaine public et domaine privé.....	79
b)	Contrat de partenariat et propriété du terrain	79
2.5.3	Droits réels : qui est propriétaire des bâtiments ?.....	80
2.5.4	Durée.....	80
2.5.5	Rémunération	81
2.5.6	La gestion des modifications et des progrès technologiques	81
2.5.7	Le sort des biens en fin de contrat	82
2.5.8	La valorisation du domaine dans le cadre des contrats de partenariat.....	83
2.5.9	Le partage des risques.....	85
2.5.10	Les objectifs de performance assignés au cocontractant.....	85
2.5.11	Contrats de partenariat et autorisation de l'Etat.....	85
2.6	Les montages sur le domaine privé : baux emphytéotiques et baux à construction	89
2.6.1	Le Bail emphytéotique.....	89
a)	La liberté laissée à l'Emphytéote.....	90
b)	L'impossibilité pour l'administration de mettre fin au contrat de façon anticipée.....	90
c)	La liberté de cession de l'Emphytéote	92
2.6.2	Le Bail à construction.....	92
2.7	Le montage ad hoc entre personnes publiques de la Caisse des Dépôts et Consignations	94
2.7.1	Description du montage.....	94
2.7.2	Contrats et mécanismes supports du montage	94
2.7.3	Avantages et inconvénients du montage	95
2.8	Les procédures de passation de ces différents montages	95
2.8.1	L'AOT aller-retour constitutive de droits réels.....	96
a)	L'application du droit communautaire	96
b)	La procédure administrative.....	97
(i)	La délivrance d'une AOT non constitutive de droits réels	97
(ii)	La délivrance d'une AOT constitutive de droits réels.....	98

2.8.2	Les autres AOT et les montages sur le domaine privé	100
a)	Les concessions de travaux publics	100
b)	Cas particulier des délégations de service public	102
c)	Les montages de pure valorisation du domaine.....	103
2.8.3	Les contrats de partenariat.....	107
a)	Procédure négociée.....	107
(i)	Cas dans lesquels on peut recourir à la procédure négociée.....	107
(ii)	Caractéristiques de la procédure négociée.....	107
b)	Procédure d'appel d'offres.....	108
(i)	Cas dans lesquels on peut recourir à l'appel d'offres.....	108
(ii)	Caractéristiques de la procédure d'appel d'offres	108
c)	Procédure du dialogue compétitif.....	108
(i)	Cas dans lesquels on peut recourir au dialogue compétitif.....	108
(ii)	Caractéristiques de la procédure de dialogue compétitif.....	109
3.	Résumé : que change la dévolution dans la gestion du patrimoine universitaire? .	111
3.1	Des conséquences limitées	111
3.2	... mais bien réelles	112
TROISIEME PARTIE : LE MECANISME DU TRANSFERT DE PROPRIETE.....		115
1.	Les pré-requis pour un transfert de propriété réussi.....	115
1.1	Remise à niveau de la comptabilité patrimoniale	115
1.2	Définition d'une politique immobilière.....	116
1.3	Gouvernance	117
2.	Les modalités du transfert	118
2.1	Quels sont les établissements qui peuvent demander le transfert de propriété ?	118
2.2	Quels sont les biens dont l'établissement peut demander le transfert ?.....	119
2.3	Peut-on demander un transfert partiel ?.....	119
2.4	Comment se fait le transfert ?.....	120
2.4.1	La décision de transférer	120
2.4.2	Conditions du transfert	120
a)	Gratuité du transfert ?.....	121
b)	Mise en place d'une convention pour la mise en sécurité du patrimoine	121
2.4.3	La détermination de la valeur des biens transférés.....	122
QUATRIEME PARTIE : CONSEQUENCES DU TRANSFERT POUR L'ETABLISSEMENT		125
1.	Financement du transfert et impact comptable.....	125
1.1	Le financement de la politique immobilière.....	125
1.2	La question du financement du patrimoine transféré aux Universités	125
1.3	Comptabilité.....	127
1.4	Résumé : ce que change la dévolution.....	127
2.	Fiscalité et assurances.....	128

2.1	Fiscalité locale : la dévolution du patrimoine ne change pas fondamentalement la donne	128
2.1.1	Contribution économique territoriale	128
2.1.2	Taxe d'habitation	128
2.1.3	Taxe foncière.....	128
2.2	Assurances : absence d'obligation de s'assurer pour les biens dont les Universités sont propriétaires	129
3.	La responsabilité des Universités du fait de leur patrimoine	131
3.1	La responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics	131
3.1.1	La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème.....	131
3.1.2	Notions de travaux et ouvrages publics.....	131
3.1.3	Personne auprès de laquelle la réparation est demandée.....	132
3.1.4	Conditions d'engagement de la responsabilité pour dommages de travaux publics 133	
a)	Accidents de travaux publics	133
(i)	Dommages subis par les participants	133
(ii)	Dommages causés aux usagers.....	133
(iii)	Dommages causés aux tiers	134
b)	Dommages permanents de travaux publics.....	134
3.1.5	Causes d'exonération.....	134
3.2	La responsabilité du fait des pouvoirs de police spéciale	135
3.2.1	La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème.....	135
3.2.2	Les pouvoirs de police spéciale des chefs d'établissement.....	135
3.3	La responsabilité pénale	136
3.3.1	La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème.....	136
3.3.2	Les infractions en cause.....	136
a)	Les atteintes involontaires à la vie (art. 221-6 CP) et atteintes involontaires à l'intégrité des personnes (art. 222-19 et 222-20 CP).....	137
(i)	Atteintes involontaires à la vie (art. 221-6 CP)	137
(ii)	Atteintes involontaires à l'intégrité des personnes (art. 222-19 et 222-20 CP).....	137
b)	Le risque causé à autrui (art. 223-1 CP).....	137
3.3.3	Une obligation de moyen et non de résultat.....	138
3.4	Les infractions pénales d'urbanisme	139
3.4.1	La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème.....	139
3.4.2	Les éléments constitutifs des infractions	139
3.4.3	Personnes responsables au titre de ces infractions.....	140
4.	Tableau synoptique : ce que change la dévolution	142
	CONCLUSION GENERALE	144
	ANNEXE I	146
	UN EXEMPLE DE VALORISATION : LE PHOTOVOLTAÏQUE	146

1.	Les Universités ne bénéficient pas du régime de l'obligation d'achat	148
2.	Montages juridiques envisageables	150
2.1	La délégation de service public	150
2.2	Le contrat de partenariat : un cadre pour des projets globaux.....	150
2.3	Les projets concernant uniquement l'installation d'un équipement photovoltaïque	152
2.3.1	Sur le domaine public des Universités : l'AOT avec droits réels ou la convention domaniale	152
2.3.2	Sur le domaine privé des Universités	153
2.4	La procédure de passation.....	153
2.4.1	Certains montages seront des concessions de travaux publics.....	154
a)	Les ouvrages devront répondre aux besoins de l'Université	155
b)	Il devra s'agir de travaux.....	155
c)	Enfin, il devra s'agir d'un paiement tiré de l'exploitation	155
2.5	Les montages de pure valorisation	156
3.	Les principales clauses des contrats	157
3.1	La durée	157
3.2	Les interfaces avec les toitures de l'Université	157
3.3	Les travaux.....	157
3.4	Gestion des retards.....	158
3.5	L'entretien et la maintenance.....	158
3.6	Les clauses de modification et de changement technologique.....	158
3.7	La rémunération.....	158
3.8	Les risques	159
3.9	Les pénalités	159
3.10	Les clauses de résiliation anticipée	159
3.11	La fin du contrat.....	160
	ANNEXE II SIGLES.....	162
	ANNEXE III TEXTES.....	164
	ANNEXE IV BIBLIOGRAPHIE	166

INTRODUCTION

La présente étude (l'« Etude ») porte sur le mécanisme prévu par l'article L.719-14 du Code de l'Education, issu de la loi n°2007-1199 du 10 août 2007 *relative aux libertés et responsabilités des universités* (la « loi LRU »), qui permet aux Universités de demander le transfert des biens immobiliers appartenant à l'Etat qui, à ce jour, leur sont affectés ou mis à disposition. Elle en analyse le mécanisme et les conséquences en termes de gestion patrimoniale.

Si la loi LRU permet le transfert de propriété des biens tant mobiliers qu'immobiliers, l'Etude se concentre uniquement sur ces derniers.

Afin de faciliter l'appréhension de cette Etude, des fiches synthétiques sur les principaux thèmes abordés sont présentées tout au long de l'analyse et regroupées en Annexe.

CONTEXTE ET ENJEUX : LES COMPETENCES ET RESPONSABILITES ELARGIES DE LA LOI LRU

1. Les compétences élargies : le contexte

L'article 32 de la loi LRU, devenu l'article L.719-14 du Code de l'Education, prévoit, sans l'encadrer dans un délai spécifique, la possibilité pour l'Etat de transférer aux Universités la propriété des biens qui leur sont affectés ou mis à disposition.

Ce nouvel outil de gestion patrimoniale s'inscrit dans le contexte plus général de la reconnaissance de compétences élargies aux Universités, particulièrement dans le domaine budgétaire et de gestion des ressources humaines.

Le titre III de la loi LRU est consacré aux nouvelles responsabilités des Universités. Il est ainsi prévu que, dans un délai de cinq ans à compter de la publication de la loi, toutes les Universités peuvent demander à bénéficier de nouvelles responsabilités en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines¹. La loi ayant été publiée en août 2007, le délai de cinq ans expirera en août 2012.

Aux termes de l'article L.712-8 du Code de l'Education introduit par la loi LRU :

« Les universités peuvent, par délibération adoptée dans les conditions prévues à l'article L. 711-7, demander à bénéficier des responsabilités et des compétences élargies en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines prévues aux articles L. 712-9, L. 712-10 et L. 954-1 à L. 954-3.

Les dispositions des articles mentionnés au premier alinéa s'appliquent sous réserve que la délibération du conseil d'administration soit approuvée par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de l'enseignement supérieur. »

1.1 Matière budgétaire

Les nouvelles compétences en matière budgétaire sont détaillées à l'article L.712-9 du Code de l'Education selon lequel :

« Le contrat pluriannuel d'établissement conclu par l'université avec l'Etat prévoit, pour chacune des années du contrat et sous réserve des crédits inscrits en loi de finances, le montant global de la dotation de l'Etat en distinguant les montants

¹ Article 49 de la loi LRU.

affectés à la masse salariale, les autres crédits de fonctionnement et les crédits d'investissement.

Les montants affectés à la masse salariale au sein de la dotation annuelle de l'Etat sont limitatifs et assortis du plafond des emplois que l'établissement est autorisé à rémunérer. Le contrat pluriannuel d'établissement fixe le pourcentage maximum de cette masse salariale que l'établissement peut consacrer au recrutement des agents contractuels mentionnés à l'article L. 954-3.

L'établissement assure l'information régulière du ministre chargé de l'enseignement supérieur et se dote d'instruments d'audit interne et de pilotage financier et patrimonial selon des modalités précisées par décret.

Les comptes de l'université font l'objet d'une certification annuelle par un commissaire aux comptes. »

Cet article offre donc aux Universités :

- un accroissement du périmètre de leur budget, l'ensemble des rémunérations des personnels des établissements y étant inclus ;
- une maîtrise accrue des subventions, par la mise en place d'une « fongibilité asymétrique » des crédits permettant un redéploiement des crédits entre les trois enveloppes que sont le personnel, le fonctionnement et l'investissement, seule l'enveloppe des personnels ne pouvant être majorée ;
- un horizon temporel nouveau, par une évolution pluriannuelle du montant de la dotation de l'Etat, sous réserve toutefois des dispositions de la loi de finances.

Afin d'assurer au mieux ces nouvelles responsabilités, la loi prévoit la mise en place d'une certification annuelle des comptes et d'instruments de pilotage financier.

L'article L.712-9 du Code de l'Education a été complété par l'adoption du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies*. Les dispositions de ce décret ont ainsi vocation à s'appliquer aux Universités bénéficiant des compétences élargies (donc à l'ensemble des Universités d'ici à 2012) et à remplacer le décret n°94-39 du 14 janvier 1994 fixant le régime budgétaire actuel des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP)².

Le décret de 2008 prévoit notamment un titre entier concernant les outils de pilotage et de performance (il impose ainsi aux Universités de se doter d'un projet annuel de performances, d'instruments d'analyse rétrospective, d'outils de restitution et de valorisation de l'information financière...). Les modifications apportées par le décret de 2008 s'appuient également sur la refonte de l'instruction M93.

² Décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*.

1.2 Gestion des ressources humaines

Les compétences élargies relatives à la gestion des ressources humaines sont détaillées à l'article L.712-9 et aux articles L.954-1 à -3 du Code de l'Éducation et se caractérisent par :

- la fixation d'un plafond d'emplois global offrant à l'Université la maîtrise de la structure de ses emplois ;
- la souplesse de gestion de l'activité des personnels, le conseil d'administration étant compétent pour définir les principes de répartition des obligations des personnels enseignants et de recherche ;
- la compétence offerte aux présidents des Universités pour l'attribution de primes au personnel ;
- la possibilité assouplie de recrutement de contractuels de haut niveau.

D'ici à 2012, les Universités bénéficieront ainsi de nouvelles responsabilités et compétences élargies. La gestion patrimoniale des Universités s'inscrit dans ce contexte général.

2. La gestion patrimoniale

Comme indiqué ci-dessus, les Universités bénéficieront des compétences élargies d'ici 2012, mais aucun délai ne vient encadrer la possibilité offerte par le nouvel article L.719-14 du Code de l'Éducation issu de l'article 32 de la loi LRU selon lequel :

« L'Etat peut transférer aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui en font la demande la pleine propriété des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat qui leur sont affectés ou sont mis à leur disposition. Ce transfert s'effectue à titre gratuit. Il s'accompagne, le cas échéant, d'une convention visant à la mise en sécurité du patrimoine, après expertise contradictoire. Il ne donne lieu ni à un versement de salaires ou honoraires au profit de l'Etat ni à aucune indemnité ou perception de droits ou de taxes au profit de l'Etat. Les biens qui sont utilisés par l'établissement pour l'accomplissement de ses missions de service public peuvent faire l'objet d'un contrat conférant des droits réels à un tiers, sous réserve de l'accord préalable de l'autorité administrative compétente et de clauses permettant d'assurer la continuité du service public. »

L'enjeu pour les Universités, à travers la possibilité de demander le transfert de propriété des biens qui leur sont jusque là affectés ou mis à disposition, est de disposer des droits du propriétaire sur ces biens, c'est-à-dire essentiellement du droit d'aliéner tout ou partie de son patrimoine.

La principale contrepartie de ce nouveau pouvoir réside dans le transfert de l'Etat vers les Universités de la charge financière du renouvellement, ce qui implique de réfléchir aux

nouvelles modalités d'intervention de l'Etat dans le financement de l'immobilier universitaire.

3. Champ de l'étude

L'objet de la présente Etude n'est pas d'exposer l'ensemble des problèmes liés au patrimoine universitaire, qui ont fait l'objet ces dernières années de nombreux travaux³. Il est centré sur la question du transfert en pleine propriété aux Universités de certains biens appartenant à l'Etat sur la base de l'article L.719-14 du Code de l'Education. L'Etude porte donc principalement sur les biens dont l'Etat est propriétaire et pour lesquels le mécanisme de l'article L.719-14 est applicable : cela permet en réalité d'appréhender la plus grande partie du patrimoine universitaire, la quasi-totalité des immeubles utilisés par les Universités appartenant à l'Etat, même si quelques établissements disposent de biens propres ou utilisent des biens appartenant à des collectivités territoriales (le plus illustre exemple étant sans doute celui de l'immeuble de la Sorbonne, qui appartient à la Ville de Paris). Pour ce qui est du patrimoine universitaire relevant de la propriété des collectivités territoriales, l'Etude tente en outre d'identifier, tout au long de ses développements, les éventuelles analogies ou différences entre ces biens et ceux relevant de la propriété de l'Etat.

L'ambition de l'Etude est de donner aux présidents des Universités et à leurs conseils d'administration des instruments de réflexion et de décision leur permettant de mieux comprendre si et dans quelles conditions ils ont intérêt à demander le transfert en pleine propriété du patrimoine universitaire, et de leur exposer de façon claire les conséquences diverses d'un tel transfert.

L'Etude comprend quatre grandes parties :

- Ø La première présente une typologie du patrimoine universitaire, en distinguant selon sa propriété d'une part, son appartenance au domaine public ou au domaine privé d'autre part ;
- Ø La seconde détaille les différentes façons de valoriser et de gérer le patrimoine ;
- Ø La troisième expose le mécanisme du transfert de propriété au titre de l'article L. 719-14 du Code de l'Education ;
- Ø La quatrième résume les conséquences pratiques de ce transfert.

Une annexe est consacrée, à titre d'illustration, à un mode particulier de valorisation du patrimoine universitaire : les installations de production d'électricité photovoltaïque⁴.

³ Annexe IV.

⁴ Annexe I.

Nous entendons par « patrimoine universitaire » l'ensemble des biens immobiliers dont disposent les établissements publics d'enseignement supérieur et de recherche, quelle que soit la nature des droits qu'ils ont sur ces biens et le régime qui leur est applicable.

PREMIERE PARTIE : TYPOLOGIE DU PATRIMOINE **UNIVERSITAIRE**

1. Distinction selon la propriété

On verra dans la seconde partie que les règles de gestion et d'utilisation du patrimoine dépendent notamment du point de savoir si les Universités en ont ou non la pleine propriété. Il est donc essentiel de consacrer quelques développements à cette distinction.

Le patrimoine universitaire est en effet composé de biens immobiliers dont les Universités sont propriétaires, mais aussi de biens dont elles n'ont pas la propriété mais qui sont mis à leur disposition. Ce sont ces derniers qui sont susceptibles d'être affectés par les dispositions de l'article L.719-14 du Code de l'Education.

1.1 Biens appartenant en pleine propriété aux Universités : comment devenir propriétaire ?

On peut distinguer, parmi les biens appartenant aux Universités, ceux qu'elles ont acquis à titre onéreux (1.1.1), ceux qu'elles ont reçu à titre de dons ou de legs (1.1.2), et enfin les biens dont la propriété pourra leur être transférée en application de l'article L.719-14 du Code de l'Education (1.1.3).

1.1.1 Acquisition à titre onéreux

L'article L.1111-1 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques (CG3P) prévoit que les « *acquisitions de biens et droits à caractère immobilier s'opèrent suivant les règles du droit civil* ». Quelques spécificités doivent toutefois être notées.

L'avis du service des domaines doit être recueilli préalablement à toute opération. En effet, l'article 4 du décret 14 mars 1986⁵ prévoit la consultation du service des domaines par les établissements publics de l'Etat, avant toute entente amiable, notamment pour les projets d'opérations immobilières comme les baux, accords et conventions ayant pour objet la location d'immeuble, ainsi que pour les acquisitions à l'amiable de droits immobiliers donnant vocation à l'attribution en pleine

⁵ Décret n°86-455 du 14 mars 1986 *relatif à la suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et modalités de consultation du service des domaines.*

propriété d'immeubles, au-delà d'un montant fixé par arrêté⁶. La consultation est notamment obligatoire, en ce qui concerne les acquisitions, lorsque l'opération envisagée excède 75.000 € en valeur vénale.

L'avis du service de domaines porte, selon l'article 7 du décret précité et en ce qui concerne les opérations immobilières des Universités, sur les « *conditions financières de l'opération* », et « *sur le choix des emplacements et des constructions existantes ou à édifier* ».

En outre, la consultation du service des domaines doit permettre, depuis la circulaire du Premier ministre du 28 février 2007 *relative à la modernisation de la gestion du patrimoine immobilier de l'Etat*, de s'assurer que l'opération en cause est conforme aux orientations de la politique immobilière de l'Etat.

Il faut rappeler que la procédure de passation des contrats d'acquisition (ou d'ailleurs de location) ne se trouve pas soumise au Code des Marchés Publics (CMP), celui-ci prévoyant, en son article 3, 3° l'exclusion des « *accords-cadres et marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens* ».

La conclusion des contrats d'achat relève de la compétence :

- Pour les EPSCP ne bénéficiant pas encore des compétences élargies : de l'ordonnateur principal après avis conforme du conseil d'administration⁷,
- Pour les EPSCP bénéficiant des compétences élargies : du président de l'Université qui, aux termes de l'article L.712-2 du Code de l'Education, « *conclut les accords et conventions* » préalablement approuvés par le conseil d'administration (article L.712-3 du Code de l'Education)⁸.

En outre, si le recours à l'emprunt est envisagé, l'accord du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche et du Budget est nécessaire, que le régime financier de l'établissement relève du décret de 1994 ou de celui de 2008⁹.

⁶ Arrêté du 17 décembre 2001 modifiant l'arrêté du 5 septembre 1986 *relatif aux opérations immobilières poursuivies par les collectivités et organismes publics*.

⁷ Article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* : « les contrats et conventions relatifs aux acquisitions, échanges et aliénations d'immeubles sont conclus par l'ordonnateur principal après avis conforme du conseil d'administration ».

⁸ Article 37 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies* : « les conventions relatives aux acquisitions, échanges et aliénations d'immeubles sont conclues par le président ou le directeur de l'établissement. Elles sont soumises à l'approbation du conseil d'administration ».

⁹ Article 39 du décret n°94-39 : « Le recours à l'emprunt est soumis à l'approbation du recteur d'académie, chancelier des universités, et du trésorier-payeur général de région territorialement compétent ou, pour les établissements qui lui sont rattachés, du ministre chargé de l'enseignement supérieur et du contrôleur budgétaire et comptable ministériel ». L'article 40 du décret n°2008-618 est identique.

L'article L.1212-1 du CG3P précise enfin, en ce qui concerne la forme de l'acte d'acquisition, que les établissements publics peuvent recourir à la forme notariée ou à la forme administrative. Dans cette seconde hypothèse, et conformément à l'article L.1212-5 du même Code, les autorités de l'établissement doivent alors recevoir ces actes et en assurer la conservation, et leur conférer l'authenticité en vue de leur publication au fichier immobilier.

Notons que l'Université peut recourir à des formes plus particulières d'achat, comme le crédit-bail et la vente en l'état futur d'achèvement :

a) Acquisition par crédit-bail

Le crédit-bail est réglementé par une loi n°66-455 codifiée sous les articles L.313-7 et suivant du Code Monétaire et Financier (CMF). Il s'agit d'un contrat de location d'une durée déterminée, passé avec une banque ou un établissement spécialisé, et assorti d'une promesse de vente (option d'achat) à l'échéance du contrat.

Rappelons que « *les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit* » entrent dans le champ d'application du Code des Marchés Publics. Il en résulte que le contrat de crédit-bail est un marché public qui doit donc être passé selon les procédures prévues par ce Code.

Il est douteux que les Universités puissent recourir directement au crédit-bail pour faire construire leurs bâtiments. En effet, le montage suppose qu'une personne privée, le crédit-bailleur, soit propriétaire de l'objet financé pendant la durée du contrat, ce qui n'est pas compatible avec le régime de domanialité publique du bien. Dans un avis d'assemblée du 30 mars 1989¹⁰, le Conseil d'Etat a ainsi estimé impossible de recourir à la technique du crédit-bail pour financer les infrastructures du TGV. Mais le crédit-bail peut être utilisé à travers de montages comme le contrat de partenariat ou l'AOT¹¹.

b) Acquisition par vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

Le contrat de vente en l'état futur d'achèvement est prévu par l'article 1601-3 du Code Civil. Son emploi par les collectivités publiques est licite, mais a été encadré par le Conseil d'Etat tant dans ses formations administratives que contentieuses.

¹⁰ Avis CE n°345332 du 30 mars 1989 GACE, 2^{ème} éd., p. 212.

¹¹ Article L. 2122-13 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques dans sa rédaction issue de l'article 121 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009.

Dans une importante décision du 8 février 1991¹², le Conseil d'Etat a jugé que les collectivités publiques peuvent procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement.

Mais, il a ajouté qu'il n'en allait pas de même lorsque :

- l'objet de l'opération est la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité ;
- que cet immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété ;
- et qu'il est conçu en fonction de ses besoins propres.

En effet, dans ce cas, le recours à ce contrat de vente de droit privé aurait pour effet de faire échapper la collectivité aux règles de la maîtrise d'ouvrage publique, aux règles de passation des marchés publics, notamment celles relatives à la mise en concurrence, ainsi qu'au régime d'exécution des marchés publics.

Le Conseil d'Etat a en conséquence censuré le recours à la VEFA dans le cas d'espèce, qui visait la construction de l'hôtel de région. Un important avis des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du 31 janvier 1995¹³ est par la suite venu préciser que ces trois conditions étaient cumulatives.

Même ainsi strictement encadré, le recours à la VEFA n'est pas impossible.

Il peut être employé dans les cas où l'opération immobilière vise à construire un immeuble qui n'est pas entièrement destiné à devenir la propriété de l'administration et n'est pas conçu qu'en fonction de ses besoins propres.

De façon générale, on peut penser à des commissariats ou des bureaux de poste, souvent installés en rez-de-chaussée d'immeubles collectifs d'habitation, ou à d'autres services municipaux comme des crèches ou des services sociaux.

L'utilité concrète de ce genre de montage pour la constitution du patrimoine universitaire reste donc à démontrer.

1.1.2 Acquisition à titre gratuit : dons et legs

Les dons et legs permettent d'acquérir la propriété d'un bien, sans en payer le prix (régime des libéralités). Toutefois, un don ou un legs peut être accompagné d'une charge, d'une condition ou d'une affectation immobilière.

¹² CE sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, RFDA 1992, p.48, concl. M. Pochard ; JCP 1991, p.21738, note É. Fatôme ; RDP 1991, p.11137, note J.-B. Auby ; CJEG 1991, p.251, F. Llorens. Solution confirmée par CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, req. n°280370.

¹³ Avis CE n°356960 du 31 janvier 1995, GACE, 2^e éd., p. 343.

Aux termes de l'article L.1121-2 du CG3P :

« Les établissements publics de l'Etat acceptent et refusent librement les dons et legs qui leur sont faits sans charges, conditions ni affectation immobilière.

Lorsque ces dons ou legs sont grevés de charges, de conditions ou d'affectation immobilière, l'acceptation ou le refus est autorisé par arrêté du ou des ministres de tutelle de l'établissement public. »

Il est à noter que l'Université, pour recevoir dons et legs, devra vérifier qu'elle y est bien autorisée par ses statuts.

C'est au conseil d'administration de statuer sur l'acceptation ou le refus du don ou legs en cause¹⁴. Rappelons que la loi LRU autorise les Universités à créer des fondations¹⁵ : dans ce cas, c'est le conseil de gestion de la fondation qui délibèrera sur l'acceptation du don ou legs.

Les Universités peuvent ainsi accepter les dons et legs, mais doivent pour cela être capables d'en prévoir le coût à long terme (notamment, pour les biens immobiliers, en ce qui concerne la maintenance). En effet, l'acceptation d'une libéralité étant en principe irrévocable, une certaine prudence s'impose. Certes le CG3P rend applicable aux établissements publics de l'Etat les articles L.2222-12 à -16 relatifs aux demandes de révision et de restitution des dons et legs, mais elles restent strictement encadrées. Ces procédures, qui doivent être détaillées par un décret en Conseil d'Etat, trouvent à s'appliquer « *par suite d'un changement de circonstances* » rendant l'exécution des conditions ou charges « *extrêmement difficile* » ou « *sérieusement dommageable* ».

On veillera particulièrement à ce que les dons et legs ne soient pas assortis de clauses accordant au légataire des avantages disproportionnés, notamment sur le domaine public.

1.1.3 Transfert de propriété au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education

Enfin, l'une des façons d'acquérir la pleine propriété du patrimoine est évidemment de faire usage des dispositions de l'article L.719-14 du Code de l'Education, s'agissant des biens mobiliers et immobiliers qui sont aujourd'hui propriété de l'Etat.

¹⁴ Article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* et article 37 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies*.

¹⁵ Article 9 du décret n°2008-326 du 7 avril 2008 *relatif aux règles générales de fonctionnement des fondations universitaires*.

1.1.4 Transfert des biens appartenant aux collectivités territoriales ?

Le mécanisme prévu à l'article L.719-14 du Code de l'Education ne concerne que le transfert aux Universités des biens appartenant aujourd'hui à l'Etat. Qu'en est-il alors des biens appartenant aux collectivités territoriales et dont l'Université pourrait vouloir devenir propriétaire ?

En effet, certains sites universitaires à ce jour se composent de biens relevant pour certains de la propriété de l'Etat, et pour d'autres de celle d'une collectivité territoriale. Il pourrait alors être intéressant pour l'Université qui souhaite bénéficier de l'article L.719-14 du Code de l'Education, de devenir également propriétaire des biens que la collectivité territoriale lui met pour l'instant à disposition.

Aucun mécanisme similaire à celui objet de la présente Etude n'a cependant été spécifiquement mis en place pour les biens relevant de la propriété des collectivités territoriales. Il convient alors de se référer aux règles générales de la propriété publique afin de déterminer dans quelles conditions une Université pourrait devenir propriétaire d'un bien d'une collectivité territoriale.

a) Les mécanismes permettant à l'Université de devenir propriétaire

Les mécanismes permettant à une Université de devenir propriétaire d'un bien d'une collectivité territoriale doivent être distingués selon que le bien en cause relève du domaine privé ou public de la collectivité.

(i) Biens du domaine privé de la collectivité territoriale

Il suffit de rappeler que les collectivités sont libres de les vendre ou de les échanger. Cette hypothèse vise les biens propriété d'une collectivité mais qui ne sont pas à ce jour mis à disposition de l'Université : en effet, si tel était le cas, et hormis l'hypothèse des immeubles de bureau, le bien relèverait du domaine public de la collectivité et non de son domaine privé (sur la distinction domaine public/domaine privé, voir ci-après point 2). On se situe donc dans l'hypothèse par exemple d'une Université qui souhaiterait étendre ses bâtiments sur un terrain voisin appartenant à une collectivité territoriale et ne faisant pas l'objet d'une affectation à un service public ou à l'usage direct du public (terrain vague par exemple).

(ii) Biens du domaine public de la collectivité territoriale

Si le bien relève du domaine public de la collectivité territoriale, le principe d'inaliénabilité du domaine public s'oppose à la vente de celui-ci. Ainsi, pour qu'une collectivité puisse vendre un bien lui appartenant elle doit, si celui-ci relève de son domaine public, le déclasser, c'est-à-

dire le faire entrer dans son domaine privé, à condition bien sûr que le bien en cause ne soit plus affecté à un service public. Le CG3P prévoit cependant des exceptions au principe d'inaliénabilité (voir infra, deuxième partie, point 2.1.1 b)) qui pourraient être utilisées par une Université souhaitant acquérir un bien qu'une collectivité met à ce jour à sa disposition :

- L'article L.3112-1 du CG3P autorise en effet la cession à l'amiable entre personnes publiques de biens affectés à un service public, sans déclassement préalable. Tel pourrait être le cas pour les biens appartenant à une collectivité territoriale et affectés par cette dernière à une Université : une cession à l'amiable des biens entre la collectivité et l'Université pourrait être envisagée.
- L'article L.3112-2 du CG3P prévoit également, sans qu'un déclassement préalable soit nécessaire, l'échange de biens entre personnes publiques. Cette solution pourrait ainsi être retenue si une Université souhaitait se séparer d'un bien lui appartenant en échange d'un bien relevant de la propriété d'une collectivité. Ce système d'échange est également possible avec un bien relevant du domaine privé d'une personne publique.

b) La cession et l'échange peuvent-ils se faire à titre gratuit ?

La Constitution s'oppose à ce que des biens faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur¹⁶ (voir infra troisième partie, 2.1.1c)). Cette interdiction, reprise par la jurisprudence administrative¹⁷ dans le cadre d'une cession de terrain à l'euro symbolique à une entreprise, a d'ailleurs trouvé un prolongement dans l'encadrement législatif des aides immobilières des collectivités territoriales à destination des entreprises¹⁸.

Mais cette interdiction concerne les cessions à destination des « personnes poursuivant des fins d'intérêt privé », catégorie à laquelle n'appartiennent pas les Universités. En effet, le principe d'incessibilité à vil prix ne paraît pas devoir s'appliquer lorsque la cession implique deux personnes publiques. Le Conseil Constitutionnel a d'ailleurs rappelé que les dispositions constitutionnelles protectrices de la propriété publique n'empêchent pas le législateur de prévoir un transfert de biens entre personnes publiques à titre gratuit¹⁹ : le législateur peut prévoir la gratuité d'un transfert de propriété entre

¹⁶ DC n°86-207 du 26 juin 1986 « Privatisations ».

¹⁷ CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, req.n°169473.

¹⁸ Loi n°2004-809 du 13 août 2004 *relative aux libertés et responsabilités locales*

¹⁹ DC n°2009-594 du 3 décembre 2009, *Loi relative à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports*, considérant 15 : « considérant que le principe d'égalité devant la loi et les

personnes publiques, comme c'est notamment le cas pour les biens dont les Universités peuvent demander la dévolution au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education (voir 3^{ème} partie, point 2.4.2 a).

Comme le rappelle le Professeur Gaudemet, « aucune protection constitutionnelle spécifique ni prohibition n'existe donc pour d'éventuelles cessions de biens, par une personne publique, à une autre personne publique ou encore à des personnes privées poursuivant des fins d'intérêt général »²⁰.

Dès lors, la cession de biens entre personnes publiques, et notamment la cession d'un bien d'une collectivité à une Université, ou l'échange de biens entre personnes publiques pourraient s'effectuer à un prix inférieur à la valeur du marché, voire à titre gratuit.

Il appartient donc aux Universités d'initier toutes négociations utiles à cet égard avec les collectivités locales.

1.2 Biens n'appartenant pas aux Universités

Parmi les biens immobiliers n'appartenant pas aux Universités il convient de distinguer ceux qui sont mis à disposition par l'Etat, ceux qui le sont par une autre collectivité publique, et enfin les biens qui peuvent être pris en location.

1.2.1 Biens mis à disposition par l'Etat : la fin de l'affectation

Jusqu'à présent, l'utilisation par les Universités de terrains d'assiette appartenant à l'Etat était régie par les procédures d'affectation et d'attribution à titre de dotation au profit des établissements publics, prévues par les articles R.81 à R.91 du Code du Domaine de l'Etat (CDE).

L'article L.762-2 du Code de l'Education, issu de l'article 10 de la loi n°89-486 du 10 juillet 1989 *d'orientation sur l'éducation*, prévoyait que « à l'égard de ces locaux (...) les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur ou du ministre de l'agriculture exercent les droits et

charges publiques ainsi que la protection du droit de propriété, qui ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques, résultent, d'une part, des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789 et, d'autre part, de ses articles 2 et 17 ; que le droit au respect des biens garantis par ces dispositions ne s'oppose pas à ce que le législateur procède au transfert gratuit de dépendances du domaine public entre personnes publiques ».

²⁰ Y.Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Tome 2, LGDJ, 13ème Edition, 2008 (n°26).

obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation des biens ».

En clair, les Universités bénéficiaient d'un régime très proche de la propriété, mais n'avaient pas le droit d'aliéner les biens en question ni de modifier leur affectation.

La jurisprudence²¹ a précisé les prérogatives ainsi confiées aux établissements en vertu de l'article L.762-2 du Code de l'Education :

- la fixation des redevances pour occupation du domaine public relève des droits du propriétaire, et non des droits de disposition ou de modification de l'affectation : l'établissement dispose donc de ce droit, en application de l'article L.762-2 du Code de l'Education ;
- le droit de fixation de la redevance est exercé par le conseil d'administration de l'établissement, et les agents comptables des établissements ont vocation à recouvrer lesdites redevances d'occupation.
- le produit des redevances entre dans les ressources propres de l'établissement.

Il est à noter enfin que les autorisations que peuvent délivrer les Universités sur le domaine mis à disposition par l'Etat ne peuvent être constitutives de droits réels, l'article L.762-2 du Code de l'Education ne conférant pas le droit de disposition aux établissements (voir infra deuxième partie, point 1.4.4). En outre, la durée des autorisations ainsi accordées par l'Université ne peut excéder celle de la convention d'utilisation liant cette dernière à l'Etat.

Le décret n°2008-1248 du 1^{er} décembre 2008 *relatif à l'utilisation des immeubles domaniaux par les services de l'Etat et ses établissements publics* a profondément réformé, à compter du 1^{er} janvier 2009, les modalités de mise à disposition des biens immobiliers de l'Etat au profit des établissements publics nationaux, et donc des Universités.

L'affectation est supprimée, au profit d'un régime conventionnel de « mise à disposition » précisé aux articles R.128-12 à R.218-17 du Code du Domaine de l'Etat.

Il convient de préciser que les immeubles qui sont déjà affectés ou attribués en dotation aux EPSCP avant le 1^{er} janvier 2009 feront l'objet d'une convention d'utilisation dans un délai de cinq ans maximum à compter de l'entrée en vigueur

²¹ CAA de Paris, 27 avril 1999, *Université de Paris IX-Dauphine*, req. n°97PA00311.

du décret (soit avant le 1er janvier 2014), selon un échéancier fixé par le ministre chargé du domaine²².

Ce nouveau dispositif devrait permettre de clarifier la situation d'un certain nombre d'immeubles occupés par les Universités et dont il est souvent difficile de retrouver les titres d'occupation.

Nous exposons ci-après les principes relatifs à ce nouveau régime de mise à disposition.

a) La conclusion des conventions d'utilisation

Les principales caractéristiques de la conclusion des conventions d'utilisation sont les suivantes :

- les nouvelles demandes de mise à disposition d'immeubles domaniaux appartenant à l'Etat donneront lieu à la conclusion d'une convention dont le modèle est fixé par un arrêté du 21 avril 2009²³ ;
- pour bénéficier de cette mise à disposition, l'Université adresse sa demande au préfet du département de situation de l'immeuble, celui-ci procédant à l'instruction de la demande ;
- la convention est passée entre le représentant de l'Etat dans le département, le représentant de l'établissement utilisateur et le représentant de l'administration chargée du domaine. Elle est en revanche conclue entre le ministre chargé du domaine et le ministre sous l'autorité duquel se trouve l'établissement concerné si la convention intéresse une administration centrale ou s'il s'agit d'une opération de caractère confidentiel intéressant la défense nationale ;
- la convention d'utilisation a une durée maximale de neuf ans si elle concerne un immeuble à usage de bureaux. Pour les autres immeubles, la durée est fixée librement par les parties. On peut alors s'interroger sur la durée qu'aura une convention portant sur un immeuble comportant à la fois des bureaux et d'autres activités (ce qui pourra être le cas des Universités).

²² Article 6 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies.*

²³ Arrêté du 21 avril 2009 *relatif au modèle de convention mentionné à l'article R.128-12 du code du domaine de l'Etat.*

b) Le contenu des conventions d'utilisation

En ce qui concerne le contenu des conventions d'utilisation, la convention doit indiquer, selon l'article R.128-15 du CDE :

- le service à l'usage duquel l'immeuble est destiné, l'utilisation qui sera faite de l'immeuble, les obligations des parties et les sanctions de leur non-respect ;
- les conditions financières de la mise à disposition de l'immeuble, telles que fixées par le Trésorier-payeur général ;
- les obligations incombant au service ou à l'établissement utilisateur, notamment en ce qui concerne l'entretien ou l'aménagement de l'immeuble et les travaux à réaliser.

La circulaire de la Direction Générale des Finances Publiques en date du 24 décembre 2009²⁴ précise, pour ce qui est des loyers, que « *le paiement des loyers pour les biens propriété de l'Etat occupés par les opérateurs sera généralisée à partir du 1^{er} janvier 2012 (...). Les objectifs de cette démarche sont les suivants : il s'agit de rendre payante l'occupation des immeubles domaniaux de l'Etat, à des conditions de prix de marché, permettant ainsi aux opérateurs d'arbitrer entre les choix de localisation possibles et de les inciter à une utilisation économe des bâtiments (...)* »²⁵.

Un modèle de convention d'utilisation est fourni par l'arrêté du 21 avril 2009. Nous en donnons les principaux éléments.

L'article 9 du modèle de convention concerne l'entretien et les réparations. Il faut retenir que :

- l'utilisateur (l'Université) supporte la charge des dépenses d'entretien courant et de petites réparations ;
- l'utilisateur (l'Université) convient d'une programmation pluriannuelle de travaux avec le propriétaire, s'appuyant sur son contrat d'objectifs ;
- pour les établissements publics nationaux que sont les Universités, l'utilisateur (l'Université) réalise les grosses réparations de l'article 606 du Code Civil avec les dotations inscrites sur son budget : l'utilisateur supporte donc, en droit, les charges qui sont celles du propriétaire.

²⁴ Voir aussi circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 *relative à la politique immobilière de l'Etat*.

²⁵ Circulaire de la DGFP du 24 décembre 2009 *relative au parc immobilier des opérateurs de l'Etat*.

En ce qui concerne l'utilisation qui peut être faite de ces immeubles mis à disposition des établissements publics, le modèle de convention indique en son article 6 relatif à l'étendue des pouvoirs de l'utilisateur (l'Université) :

« 6.1. L'usage de l'ensemble immobilier objet de la présente convention est strictement réservé au service désigné à l'article 1^{er} et pour l'objet mentionné au même article.

6.2. Locations, autorisations d'occupation, et autres droits qui pourraient être consentis sur l'ensemble immobilier qui fait l'objet de la convention d'utilisation.

L'occupation par un tiers de cet immeuble pendant la durée de la convention donne lieu à la délivrance d'un titre d'occupation, dans les conditions de droit commun. Préalablement à sa délivrance, l'utilisateur en informe le propriétaire. »

En d'autres termes, l'immeuble est mis à disposition pour un service particulier et son utilisation devra s'y conformer : il conviendra, lors de la négociation de la convention d'utilisation, de ne pas décrire trop strictement l'utilisation envisagée, afin de bénéficier d'une marge de manœuvre suffisante. En outre, l'utilisation par un tiers de l'immeuble nécessitera l'information préalable du propriétaire.

L'article 14 du modèle de convention traite de la fin anticipée de la convention d'utilisation qui peut intervenir :

- en cas de non paiement à l'échéance du loyer ou de non respect par l'utilisateur d'une autre obligation dans un délai de 6 mois après mise en demeure ;
- à l'initiative de l'utilisateur, moyennant le respect d'un préavis de 6 mois, sauf cas d'urgence ;
- lorsque l'intérêt public, tel que déclaré par le préfet, l'exige.

Enfin l'article 15 évoque les pénalités financières auxquelles peut être exposé l'utilisateur. L'article couvre le cas de retard de paiement des loyers, soumis à des intérêts de retard au taux légal, sans mise en demeure, et précise que le maintien sans titre de l'utilisateur dans les locaux (par exemple après la résiliation de la convention) donne lieu au paiement d'une pénalité mensuelle équivalente à trois fois le montant du loyer maximum (ou de la valeur locative à défaut de loyer).

c) Que choisir ? mise à disposition ou transfert de propriété ?

L'une des grandes questions qui va se poser aux Universités est le choix, pour les immeubles appartenant à l'Etat qui sont mis à leur disposition, entre la conclusion d'une convention d'utilisation et le transfert en pleine propriété.

Aux termes de l'article L.762-2 du Code de l'Education, les Universités exercent déjà, depuis la loi de 1989, à l'égard des locaux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation. Elles sont donc maîtres d'ouvrage de droit commun des travaux de maintenance (grosses réparations et renouvellement, mise en sécurité) du patrimoine que l'Etat met à leur disposition et sont aussi responsables de la programmation de l'ensemble de leurs opérations de maintenance. Cette disposition vise les biens de l'Etat, et ne s'applique pas aux biens dont les collectivités territoriales sont propriétaires.

Ces obligations seront aussi celles du nouveau régime de mise à disposition. La grande différence avec le régime antérieur nous paraît être le paiement d'un loyer au prix de marché.

Par conséquent, la principale donnée du choix laissé aux Universités entre mise à disposition et transfert en pleine propriété est de savoir si elles entendent payer un loyer au prix de marché ou devenir pleinement propriétaire (auquel cas, comme on le verra dans la quatrième partie, elles supporteront le poids de l'amortissement comptable de leur patrimoine).

Toutefois, à l'heure où cette étude est rédigée, on nous indique que, selon certaines discussions en cours, les Universités n'auraient pas à payer de loyer budgétaire sur l'intégralité du patrimoine. **Ce point est fondamental**, car c'est l'un des éléments essentiels du choix entre *statu quo* et dévolution.



**Les Universités
paieront-elles un
loyer ?**

1.2.2 Biens mis à disposition par des collectivités publiques autres que l'Etat

Les biens des Universités peuvent également relever de la propriété des collectivités locales. C'est le cas notamment de la Sorbonne qui appartient à la Ville de Paris, ou encore des Instituts Universitaires de Formation des Maîtres appartenant le plus souvent aux conseils généraux (articles L.722-1 et suivants du Code de l'Education).

Dans une telle hypothèse, une convention est le plus souvent passée entre la collectivité et l'établissement intéressé. Il n'existe pas de modèle-type pour ces

conventions qui sont librement négociées entre les parties. Toutefois, cet acte devrait généralement permettre de détailler :

- les conditions de la mise à disposition du bien en cause (par exemple en précisant que le droit de l'établissement d'occupation qui lui est donné est conditionné au maintien de l'affectation des locaux à l'enseignement supérieur et à la recherche) ;
- les conditions financières de cette mise à disposition (gratuité ou non) ;
- les droits et obligations des parties (notamment en ce qui concerne les obligations d'entretien, et les titres d'occupation que l'Université peut elle-même délivrer).

1.2.3 Bien loués

Le CG3P reconnaît la possibilité pour les personnes publiques de passer des actes de prise de location d'immeubles et de droits réels immobiliers en la forme administrative ou par acte notarié.

Les autorités des établissements publics de l'Etat qui sont habilitées par les statuts de ces établissements à signer les actes de prise en location passés en la forme administrative par ces établissements les reçoivent et en assurent la conservation. Ces autorités confèrent à ces actes l'authenticité en vue de leur publication au fichier immobilier lorsqu'elle est requise par les dispositions qui lui sont applicables.

Comme pour les opérations d'acquisition (voir supra point 1.1.1), les prises à bail des personnes publiques sont soumises à l'avis du service des domaines. Le décret du 14 mars 1986²⁶ prévoit sa consultation obligatoire lorsque l'opération envisagée excède 12.000 € de loyer annuel, charges comprises.

²⁶ Décret n°86-455 du 14 mars 1986²⁶ *relatif à la suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et modalités de consultation du service des domaines*

Ü FICHE SYNTHETIQUE : PROPRIETE

PROPRIETE	
BIENS APPARTENANT AUX UNIVERSITES	BIENS N'APPARTENANT PAS AUX UNIVERSITES
<ul style="list-style-type: none">- Biens acquis à titre onéreux- Biens acquis à titre gratuit : dons et legs- Biens dont la propriété est transférée aux Universités par l'Etat (art. L.719-14 Code Educ.)	<ul style="list-style-type: none">- Biens mis à disposition par l'Etat : les procédures d'affectation et d'attribution à titre de dotation sont remplacées par les conventions d'utilisation (Art.R.128-12 et suivants CDE)- Biens mis à disposition par d'autres collectivités publiques que l'Etat (collectivités territoriales notamment, ex. des IUFM)- Biens loués

La propriété publique implique simplement que le propriétaire soit une personne publique.

L'ensemble des biens listés ci-dessus, à l'exception de ceux loués auprès de personnes privées, relèvent du régime de la propriété publique, qu'ils appartiennent en propre aux Universités, à l'Etat ou à une autre collectivité publique. Rappelons que la propriété publique est protégée par les principes d'incessibilité à vil prix à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé (on ne peut leur vendre un bien public à un prix inférieur à sa valeur) et d'insaisissabilité des biens (interdiction des voies d'exécution de droit commun).

L'intérêt d'identifier le propriétaire du bâtiment tient à l'utilisation qui peut être faite du bien en cause.

Les biens relevant de la propriété publique doivent être distingués selon qu'ils relèvent de la domanialité publique ou de la domanialité privée, l'utilisation qui peut en être faite en dépendant également.

2. Distinction selon l'affectation : domanialité publique ou privée

La question de l'appartenance d'un bien au domaine public ou au domaine privé d'une personne publique est fondamentale car de cette appartenance découleront le régime juridique applicable à ces biens et les différents modes de gestion envisageables. Il s'agit d'un régime d'ordre public, auquel il n'est pas permis de déroger par voie conventionnelle.

Le régime juridique des biens des Universités, établissements publics de l'Etat, est régi par les dispositions du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques.

2.1 Les critères de la domanialité publique

Aux termes de l'article L.2111-1 du CG3P :

« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

L'appartenance d'un bien au domaine public est donc conditionnée par la satisfaction des deux critères cumulatifs suivants :

- l'appartenance du bien à une personne publique,
- l'affectation du bien soit (i) à l'usage direct du public, soit (ii) à un service public pour l'exécution duquel il aura fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution.

Le premier critère a été étudié au point précédent.

Le second mérite d'être développé dans la mesure où le législateur en a donné une nouvelle définition.

2.1.1 Le critère de l'affectation

Rappelons tout d'abord que la notion d'affectation utilisée au sens du droit de la domanialité publique ne saurait se confondre avec la notion de biens affectés par l'Etat à une Université (au sens de mise à disposition).

Il faut relever à l'égard du critère de l'affectation les points suivants :

- Û L'affectation du bien concerne soit l'usage direct du public, soit un service public. Dans ce dernier cas, le bien doit avoir fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution du service public en cause.
- Û Le critère de l'aménagement spécial, qui était antérieurement exigé par la jurisprudence, a disparu comme complément du critère de l'affectation du bien au public. Pour autant il n'en résulte pas de modification fondamentale dans la mesure où le critère posé dans le CG3P est celui d'une affectation à l'usage direct du public et où une simple ouverture au public ne saurait se confondre avec une telle affectation. Comme le souligne à cet égard certains auteurs²⁷, « *le seul fait d'ouvrir une plage au public ne signifie pas par lui-même que la dépendance domaniale soit affectée à l'usage direct du public. De même si, pour les forêts, la jurisprudence s'est fondée sur l'absence d'aménagements spéciaux suffisants pour en déduire la domanialité privée alors même que l'Office national des forêts avait pris des mesures pour ouvrir la forêt au public par la réalisation de certains aménagements (CE 28 novembre 1975, ONF c/ Abamonte, Lebon p. 602), la suppression de toute référence à un critère d'aménagement n'implique nullement que les forêts soumises au régime forestier relèveront demain du domaine public* ».
- Û Le critère de l'aménagement concernant l'affectation à un service public a été renforcé dans la mesure où celui-ci ne doit plus seulement être spécial mais indispensable à l'exécution de la mission de service public. On peut donc penser que cette nouvelle exigence remettra en cause les jurisprudences passées qui avaient eu tendance à voir dans la moindre installation ou équipement un aménagement spécial.

Toutefois, demeurent la théorie de l'accessoire et la théorie de l'indivisibilité qui participent indéniablement de l'interprétation extensive de la domanialité publique.

2.1.2 La théorie de l'accessoire et de l'indivisibilité

a) Théorie de l'accessoire et rappel sur la domanialité publique globale

Aux termes de l'article L.2111-2 du CG3P :

« Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques (...) qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable. »

²⁷ Voir notamment Ch. Maugüe et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006, p.1073.

Cette disposition est issue du souhait du législateur de mieux cerner la notion d'accessoire, et ainsi de « *figer les critères d'indissociabilité physique et de lien fonctionnel formulés de façon variable par le juge* »²⁸. Désormais, un bien sera considéré comme l'accessoire du domaine public dès lors qu'il aura tout à la fois un lien fonctionnel avec lui (« *concourant à l'utilisation* ») et un lien physique se traduisant par l'indissociabilité des biens en cause.

Cette notion d'accessoire n'est pas sans rappeler la théorie de la domanialité publique globale. Celle-ci, dégagée par la jurisprudence administrative au regard du domaine affecté à un service public, a conduit à ranger sous le même régime de domanialité l'ensemble des biens inclus dans une emprise foncière déterminée où le service public s'exerce, alors même que le bien en cause n'aurait pas fait l'objet d'aménagements et ne serait pas utilisé par le service public.

A ce titre, le commissaire du gouvernement Galmot, dans ses conclusions sous une jurisprudence de 1965 relative à une gare ferroviaire, se prononçait en faveur d'une domanialité publique globale car « *juger autrement ferait de chaque gare une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé, et dont la gestion deviendrait pratiquement impossible* »²⁹.

Par exemple, on peut estimer que les bureaux d'un Palais de Justice sont indivisibles de l'ensemble du Palais, qui, par ce qu'il est affecté à un service public et a reçu un aménagement indispensable à cet effet (les salles d'audience par exemple), fait partie du domaine public. Dès lors, c'est l'ensemble du bâtiment, bureaux compris, qui sera sous régime de domanialité publique.

La jurisprudence administrative a appliqué cette théorie aux établissements hospitaliers (par rapport aux voies de circulation et aux parkings situés dans l'enceinte de l'établissement)³⁰.

De même, elle a estimé que les logements situés dans des locaux scolaires appartenaient au domaine public. Le Tribunal des Conflits³¹ a en effet estimé :

« qu'il résulte de l'instruction que le logement fourni au sieur x... est situé dans le groupe scolaire de Cadours, c'est-à-dire dans un immeuble aménagé en vue de son affectation au service public de l'enseignement ;

²⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 *relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques*, NOR : ECOX0400219P.

²⁹ CE, 5 février 1965, *Sté Lyonnaise de transports*, RDP 1965 p.493.

³⁰ Avis CE du 28 avril 1977, AJDA 1978, p.586.

³¹ TC, 7 juillet 1975, *Debans*, Rec. Lebon p.796, et CE, 6 février 1981, *Epp*, req. n°05716, rev. Adm. 1982 p.36.

que cet immeuble doit donc être regardé comme faisant partie du domaine public communal ».

A ce jour, en l'absence de jurisprudence sur les Universités, on peut penser que la notion de l'accessoire consacrée par le CG3P amènera à considérer comme faisant partie du domaine public l'ensemble d'un bâtiment universitaire.

b) Théorie de l'indivisibilité

L'article L.2211-1 du GG3P précise pour sa part :

« Font partie du domaine privé les biens des personnes publiques (...) qui ne relèvent pas du domaine public par application des dispositions du titre Ier du livre Ier.

Il en va notamment ainsi des réserves foncières et des biens immobiliers à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public. »

Cette disposition inclut dans la domanialité publique les biens immobiliers à usage de bureaux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public.

2.2 Les effets de la domanialité publique

La classification des biens selon leur appartenance ou non au domaine public (laquelle, rappelons le, ne dépend pas du bon vouloir des utilisateurs mais de critères objectifs fixés par la jurisprudence) ne procure pas seulement un plaisir intellectuel raffiné : elle influe profondément sur le régime d'utilisation et de gestion du patrimoine, ce qui sera détaillé dans la deuxième partie.

La conséquence la mieux connue de l'affectation au domaine public est l'impossibilité d'aliéner le bien en question (sauf, dans les conditions rappelées plus haut, à lui faire préalablement perdre sa qualité).

Mais d'autres conséquences en termes de gestion seront détaillées en deuxième partie : ainsi, il n'est pas possible de constituer des baux civils ou commerciaux sur le domaine public, seul le régime de l'autorisation d'occupation est possible.

A ce titre, le Conseil d'Etat a censuré un montage par lequel un syndicat intercommunal avait, par convention, confié à une association la création et la gestion d'un foyer-logement pour personnes âgées sur un terrain qu'il lui louait par bail emphytéotique ; en contrepartie de son apport foncier, l'association mettait à la disposition du syndicat un certain nombre de lits destinés à l'hébergement des personnes âgées et associait celui-ci à la gestion de

l'établissement. Le Conseil d'Etat a jugé ces différentes clauses « *incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public* » et les a en conséquence annulées³².

2.3 Application aux biens des Universités

Les biens des Universités relèvent de la propriété publique : que ce soit l'Etat, une collectivité locale, ou l'Université elle-même qui soit propriétaire des locaux en cause, il s'agira toujours d'une personne publique.

Pour autant, les biens des Universités ne tomberont pas nécessairement dans le champ de la domanialité publique : comme nous l'avons noté plus haut, pour qu'un bien soit soumis au régime de la domanialité publique, il faut certes qu'il appartienne à une personne publique, mais il doit encore être affecté, soit à l'usage direct du public, soit à un service public et faire alors l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ce service.

La distinction entre ces deux types d'affectation n'est pas aisée. On peut toutefois dire que pour qu'un bien soit considéré comme affecté à l'usage du public, il faut qu'il soit utilisé directement par le public, pour lui-même, et non pour bénéficier du service public installé sur ce bien.

En ce qui concerne les biens des Universités, on peut considérer que ceux-ci sont affectés à un service public, celui de l'enseignement supérieur et de la recherche. Est-ce à dire pour autant que l'ensemble des locaux d'une Université sont affectés à ce service public ? Il faut attirer l'attention sur les points suivants :

- L'application de la domanialité publique ne fait pas de doute pour nombre de locaux universitaires qui, affectés à un service public, ont subi des aménagements spéciaux nécessaires à l'exercice de cette mission : il en va ainsi des salles de cours, amphithéâtres, bibliothèques, salles d'étude, laboratoires et autres locaux utilisés pour permettre au service public de l'enseignement et de la recherche d'être exercé.
- Comme nous l'avons vu au point a) ci-dessus, la théorie de la domanialité publique globale et la théorie de l'accessoire permettent d'incorporer un certain nombre de biens au domaine public. Il en est ainsi notamment des biens situés dans l'emprise foncière dans laquelle le service public s'exerce, et ce même si le bien en cause n'a pas fait l'objet d'aménagements et n'est pas utilisé par le service public. A ce titre, on pourrait considérer que les logements de fonction, les voies de circulation ou les parcs de stationnement des Universités entrent dans la domanialité publique. Il en sera sans doute de même des cafétérias implantées dans l'enceinte de l'Université, tout comme des crèches, dès lors que ces locaux

32 CE sect. 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Rec. Lebon, p. 141.

seront appréhendés comme des accessoires du service public de l'enseignement supérieur.

- On peut ensuite s'interroger sur le régime domanial auquel se trouvent soumis les bureaux du personnel des Universités. Il faut en effet rappeler (voir ci-dessus point b)) que les immeubles à usage de bureaux font partie, conformément à l'article L.2211-2 du CG3P, du domaine privé, sauf s'ils forment un « *bien indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public* ». L'application de cet article nécessite d'abord de déterminer ce que l'on entend par « ensemble indivisible ». L'on peut à ce titre rappeler que la jurisprudence relative à la théorie de la domanialité publique globale vue plus haut, qui permet d'appréhender le régime de domanialité d'immeubles dits complexes, a par exemple estimé qu'étaient indivisibles des parties d'un bâtiment desservies par des escaliers et ascenseurs communs³³. Le Conseil d'Etat, dans sa jurisprudence de 2005 a en effet estimé, à propos d'un palais des sports et des congrès municipal abritant au rez-de-chaussée un cinéma, que :

« le palais des sports et des congrès de la commune d'Huez-en-Oisans était un bâtiment unique dont les différentes parties étaient desservies par des escaliers et ascenseurs communs, et qu'eu égard à la configuration des lieux, les locaux à usage de cinéma occupés par la SOCIETE DES CINEMAS HUEZ CHAMROUSSE ne pouvaient être regardés, en l'espèce, comme divisibles du reste de l'immeuble ; qu'en déduisant de ces constatations que, dès lors que l'immeuble qui les abritait, qui appartenait à la commune, était dans son ensemble affecté à un service public en vue duquel il avait été spécialement aménagé, ces locaux devaient être regardés comme une dépendance du domaine public communal »

Ainsi, les bureaux abrités au sein des Universités, selon la configuration des lieux, pourront être considérés comme relevant de la domanialité publique ou privée selon qu'ils sont considérés comme indivisibles ou non du reste des locaux de l'établissement, c'est-à-dire s'ils possèdent un lien physique avec le reste du bâtiment. Si l'on raisonne par rapport à la jurisprudence ci-dessus, les bureaux appartenant au même immeuble que le reste des locaux universitaires et dont les voies d'accès sont communes à ces autres locaux seront probablement considérés comme étant indivisibles de ces derniers et donc comme soumis au régime de la domanialité publique.

- Certaines Universités entendent développer des pépinières d'entreprises au sein de leur campus, et pourraient envisager de « louer » une partie de leurs locaux à des entreprises. Il importera alors de savoir si les locaux en cause relèvent du domaine public ou du domaine privé, les règles d'utilisation n'étant, comme nous le verrons ci-après, pas les mêmes. L'on peut d'ores et déjà dire qu'il sera plus intéressant

³³ CE, 25 mai 2005, *Sté des cinémas Huez Chamrousse*, req. n°274683 et 274684 : à propos d'un palais des sports et des congrès municipal abritant au rez-de-chaussée un cinéma.

pour la personne publique, en termes de valorisation, d'être soumise au régime de domanialité privée.

Tout d'abord, de tels locaux ne semblent pas devoir être considérés comme affectés à l'usage direct du public, ni comme affectés à un service public et faisant l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ce service.

Toutefois, selon la configuration des bâtiments, il y a un risque que ces locaux destinés aux entreprises soient soumis au régime de la domanialité publique, si ceux-ci peuvent être considérés comme « *concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public* » [i.e. le reste des locaux universitaires] et en constituent ainsi un « *accessoire indissociable* ». Comme nous le rappelons au point a) ci-dessus, la théorie de l'accessoire implique qu'un bien, en l'espèce les locaux réservés aux entreprises, est considéré comme accessoire du domaine public s'il présente avec lui un lien fonctionnel avec lui (par exemple, la mission d'enseignement et de recherche) et un lien physique (indissociabilité physique avec le reste des locaux universitaires).

En d'autres termes, si les locaux destinés aux entreprises sont autonomes, dans leur fonctionnement physique, du reste des locaux universitaires, on pourra alors considérer qu'ils ne constituent pas l'accessoire du domaine public et qu'ils se trouvent donc soumis à la domanialité privée.

La notion de bureau

Les biens immobiliers à usage de bureaux relèvent, en principe du domaine privé. Par exception, ils tombent sous le régime de la domanialité publique s'ils forment un « *bien indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public* » (L.2211-2 CG3P). Les bureaux au sein des Universités relèveront dans la grande majorité des cas de cette exception.

Prenons l'**exemple d'un laboratoire de recherche** composé de bureaux, d'un espace de recherche, de pièces expérimentales, de salles de lecture... A quel régime de domanialité ce laboratoire est-il soumis ?

Les bureaux (relevant en principe du domaine privé) présents au sein du laboratoire, formeront le plus souvent un « bien indivisible » avec d'autres éléments relevant du domaine public de l'Université (espace de recherche, salles de travail), parce qu'ils seront considérés comme physiquement dépendants de ces derniers (accès par un même ascenseur/escalier par ex.). L'ensemble du laboratoire relèvera alors de la domanialité publique.

Ü FICHE SYNTHETIQUE : DOMANIALITE PUBLIQUE ET DOMANIALITE PRIVEE

DOMANIALITE	
DOMANIALITE PUBLIQUE	DOMANIALITE PRIVEE
<p>Critères cumulatifs de la domanialité publique :</p> <ul style="list-style-type: none"> - appartenir à une personne publique (= <i>Etat, université, autre collectivité publique, cf propriété ci-dessus</i>) - affectation du bien (i) à l'usage direct du public, ou, (ii) à un service public pour l'exécution duquel il aura fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution <p>Notion extensive incluant également :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les biens qui, concourant à l'utilisation d'un bien du domaine public, en constituent un accessoire indissociable (lien fonctionnel et physique des biens) – art. L2111-2 CG3P - la jurisprudence a consacré une domanialité publique globale ayant tendance à faire tomber dans la domanialité publique l'ensemble des biens relevant de l'emprise foncière où s'exécute le service public (éviter un enchevêtrement de régimes juridiques distincts) <p><i>ex. : TC, 7 juillet 1975, Debans : les logements situés dans les locaux scolaires appartiennent au domaine public</i></p> <p>Effets :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Imprescriptibilité - Inaliénabilité <p>Trois exceptions strictement encadrées visant à</p>	<p>Critères de la domanialité privée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les biens ne relevant pas du domaine public (critère par défaut) - les biens immobiliers à usage de bureaux, sauf s'ils forment un ensemble indivisible avec des biens relevant du domaine public <p>Effets :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aliénation possible, sous réserve du principe d'incessibilité à vil prix : on ne peut vendre un bien public pour un prix inférieur à sa valeur <p>° sauf si cela se justifie par des motifs d'intérêt</p>

faciliter l'amélioration des conditions d'exercice d'un service public :

- cession amiable entre personnes publiques (art. L.3112-1 CG3P)
- échange de biens entre personnes publiques (art. L.2112-2 CG3P)
- échange de biens avec des biens appartenant à une personne privée ou relevant de la domanialité privée (art. L.3112-3 CG3P)

Sortir un bien du domaine public :

- Pour sortir un bien du domaine public, il faut d'une part que l'affectation ait cessée (condition de fait), et d'autre part que celle-ci soit constatée par un acte formel, le déclassement (condition de droit) = sans ces conditions, le bien reste dans le domaine public et ne peut être aliéné
- Deux exceptions strictement encadrées au principe de la désaffectation comme préalable au déclassement :
 - cas la décision de désaffecter est prise, sa réalisation prend effet dans un délai fixé par l'acte de déclassement (art. L.2141-2 CG3P)
 - cas de l'échange de biens (art. L.2141-3 CG3P)

général et qu'il y a des contreparties suffisantes
CE, 3 novembre 1997, Commune de Fougerolles: cession à un franc symbolique en échange de la création de 5 emplois dans un délai de 3 ans

- sous réserve que cela ne s'apparente pas à une aide d'Etat prohibée par le droit communautaire

A priori, et sous réserve d'une appréciation au cas par cas pour chaque Université au regard des critères ci-dessus rappelés :

Ø Les biens suivants devraient relever de la domanialité publique :

- Les locaux affectés au service public de l'enseignement : tels que salles de cours, amphithéâtres, bibliothèques, salles d'étude, laboratoires.
- Les locaux pouvant être considérés comme les accessoires de ces biens : logements de fonction, cafétérias, crèches, voies de circulation à l'intérieur du campus, parcs de stationnement.

Ø En revanche, devraient relever de la domanialité privée, à condition d'avoir fait l'objet d'un acte formel de déclassement :

- Les biens immobiliers à usage de bureaux, à condition qu'ils ne forment pas un « bien indivisible » avec des biens relevant de la domanialité publique, auquel cas ils relèveront de la domanialité publique : pour appréhender la notion de bien indivisible, il faut analyser l'indépendance fonctionnelle des locaux en cause.
- Les biens mis à disposition des entreprises (pépinières, incubateurs) s'ils peuvent être considérés comme autonomes et dissociables des biens relevant du domaine public.

3. Un acteur supplémentaire : les PRES

Les pôles de recherche et d'enseignement supérieur (les « PRES ») constituent un nouvel instrument de coopération entre les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

3.1 Statut et missions des PRES

3.1.1 Une structure de coopération et de mutualisation

Aux termes de l'article L.344-1 du Code de la Recherche :

« Plusieurs établissements ou organismes de recherche ou d'enseignement supérieur et de recherche, publics ou privés, y compris les centres hospitaliers universitaires ainsi que les centres de lutte contre le cancer, et dont au moins un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, peuvent décider de regrouper tout ou partie de leurs activités et de leurs moyens, notamment en matière de recherche, dans un pôle de recherche et d'enseignement supérieur afin de conduire ensemble des projets d'intérêt commun. Ces établissements ou organismes peuvent être français ou européens.

Les pôles de recherche et d'enseignement supérieur sont créés par convention entre les établissements et organismes fondateurs. D'autres partenaires, en particulier des entreprises et des collectivités territoriales ou des associations, peuvent y être associés.

Ces pôles peuvent être dotés de la personnalité morale, notamment sous la forme d'un groupement d'intérêt public, d'un établissement public de coopération scientifique régi par la section 2 ou d'une fondation de coopération scientifique régie par la section 3 du présent chapitre. »

La plupart des PRES se sont constitués sous la forme d'établissement public de coopération scientifique (« EPCS »). Par exemple, les PRES de Lyon, de Grenoble, de Bordeaux, et de Strasbourg ont choisi cette forme juridique.

En vérité, la constitution sous forme d'EPCS révèle le degré de coopération souhaité par les membres fondateurs. L'EPCS est notamment la seule forme juridique permettant la délégation au PRES de la délivrance des diplômes. Par ailleurs, il assure la pérennité de la coopération par la création d'un établissement public.

L'article L.344-4 du Code de la Recherche précise les missions dévolues à ce type d'établissement public. Il ressort de ce texte que les PRES constitués sous forme d'EPCS s'avèrent, tout du moins en apparence, être des instruments de coopération et de mutualisation.

Toutefois, il semble qu'au-delà de cette réalité juridique, la volonté politique a entendu leur assigner un rôle plus intégrateur, lequel s'exprime en particulier s'agissant de la gestion du patrimoine de des Universités.

En premier lieu, il est clair que les PRES ont été créés en vue de donner aux établissements universitaires français une véritable assise internationale. Cette fonction est d'ailleurs expressément assignée aux EPCS.

Le corollaire de cette reconnaissance internationale est l'amélioration de la cohérence territoriale du système de l'enseignement supérieur : il s'agit de rompre avec l'actuel éparpillement des établissements sur le territoire et de faire émerger des sites d'élite. Outre la mise en œuvre d'une politique de recherche commune, il est clair que ce mouvement ne peut conduire, en définitive, qu'à un transfert de plus en plus important de compétences en termes de gestion administrative mais également patrimoniale. La réforme actuelle des PRES s'engage dans une telle direction.

3.1.2 Le rôle dévolu aux PRES dans le cadre de la réforme de la politique immobilière des Universités

L'Opération Campus lancée en 2008 par le gouvernement et qui vise à la requalification et la dynamisation des campus existants pour créer et fédérer les grands campus de demain et accroître leur visibilité internationale s'appuie sur la rénovation de la politique immobilière des Universités.

Pour ce faire, le gouvernement a expressément désigné les PRES comme les entités chargées de porter le projet Opération Campus lorsque plusieurs établissements publics à caractère scientifique, culturel ou professionnel (avec, le cas échéant, des organismes d'un statut différent) souhaitent proposer un projet commun et soumettre ensemble leur candidature.

Dès lors, la question de la compétence des PRES pour devenir le gestionnaire, voir le propriétaire du patrimoine des Universités et sur les modalités pour ce faire a été soulevée.

3.2 Le rôle PRES dans le domaine de l'immobilier universitaire

3.2.1 Question sur la compétence du PRES

Le PRES est un établissement public soumis à la règle de la spécialité (sur ce principe voir infra deuxième partie, point 1.1). Il ne peut donc intervenir dans des projets que pour autant que la compétence pour le faire lui a été reconnue.

L'article L.344-1 du Code de la Recherche précise :

« L'établissement public de coopération scientifique assure la mise en commun des moyens que les établissements et organismes fondateurs et associés consacrent au pôle de recherche et d'enseignement supérieur mentionné à l'article L. 344-1.

À cet effet, il assure notamment :

1° La mise en place et la gestion des équipements partagés entre les membres fondateurs et associés participant au pôle ;

2° La coordination des activités des écoles doctorales ;

3° La valorisation des activités de recherche menées en commun ;

4° La promotion internationale du pôle. »

Il ne ressort pas directement de ce texte que le PRES se soit vu attribuer une compétence en matière immobilière. Toutefois, la liste de ce qu'il peut réaliser pour ses membres n'est pas exhaustive. On peut donc penser que la mission de rénovation et de gestion du patrimoine de ses membres constitue « *un projet d'intérêt commun* » et peut figurer au titre de celles que le PRES est habilité à exercer pour assurer la « *mise en commun des moyens* » entre ses membres.

Toutefois, il nous semble que la compétence du PRES pour devenir propriétaire et pour gérer indépendamment le patrimoine de ces membres n'est pas clairement définie. Une clarification du texte dans ce sens dans les statuts des PRES ou dans le texte législatif même permettrait de sécuriser l'intervention des PRES. Celle-ci est en cours.

3.2.2 Modalités d'intervention du PRES

De façon liminaire, il faut souligner que les PRES ne semblent pas pouvoir bénéficier à ce jour de la dévolution du patrimoine immobilier ou mobilier de l'Etat.

En effet, et comme nous le verrons dans la troisième partie de l'Etude (point 2.1), le mécanisme de la dévolution du patrimoine universitaire ne peut à ce jour bénéficier qu'à deux catégories d'établissement :

- Û Les EPSCP, au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education,
- Û Les établissements publics administratifs dont les missions comportent l'enseignement supérieur et la recherche, au titre de l'article L.711-9 du Code de l'Education, et à condition qu'ils bénéficient des responsabilités et compétences élargies, conformément au décret n°2008-606 du 26 juin 2008.

Cependant, cette extension du mécanisme de l'article L.719-14 est strictement encadrée et ne concerne que les établissements :

- dont les missions comportent l'enseignement supérieur et la recherche,
- qui disposent des responsabilités et compétences élargies conformément aux exigences posées par l'article 1^{er} du décret de 2008 précité. Or, pour demander les responsabilités et compétences élargies, les établissements en cause doivent : d'une part, dispenser des formations conduisant à la délivrance d'un diplôme conférant le grade de master ou de doctorat ou délivrer l'un de ces diplômes, d'autre part, disposer d'une école doctorale ou d'au moins une unité de recherche reconnue par l'Etat ou être associés à l'une de celles-ci.

Les PRES étant constitués le plus souvent sous la forme d'établissement public de coopération scientifique (EPCS) appartenant à la famille juridique des établissements publics administratifs, on pourrait vouloir leur appliquer les dispositions de l'article L.711-9 du Code de l'Education. Toutefois, les conditions posées par le décret de 2008 paraissent difficiles à remplir pour les PRES, et il convient de relever que quand bien même ces conditions seraient remplies, les PRES devraient en outre être affectataires de bâtiments pour pouvoir en demander la dévolution, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Dès lors, dans l'hypothèse où les textes reconnaîtraient expressément la compétence des PRES pour gérer le patrimoine de leurs membres, leur intervention pourrait s'inscrire dans l'un des mécanismes suivants :

- Û Soit les Universités membres du PRES sont propriétaires de leur patrimoine immobilier en application de l'article L.719-14 du Code de l'Education, alors rien ne s'oppose à ce qu'elles puissent en confier la gestion à un tiers auxquels elles pourraient même reconnaître le droit d'octroyer des droits réels. Dans ce cas, une convention pourrait être conclue entre le PRES et les Universités propriétaires pour définir les modalités de cette mise à disposition ;

- Û Soit les Universités membres du PRES sont uniquement gestionnaires de leur patrimoine dont l'Etat serait propriétaire et elles donnent au PRES pour mission de valoriser ce domaine dans le cadre d'une convention particulière. Toutefois, cette solution rencontre un obstacle relatif au fait que les Universités ne pourront donner plus de droits au PRES qu'elles n'en possèdent elles-mêmes sur le domaine dont elles sont affectataires. Or, comme on le verra ci-après, les Universités ne peuvent pas consentir de droits réels sur le domaine de l'Etat. En conséquence, le PRES ne pourra pas octroyer des AOT constitutives de droits réels sur ce domaine. En revanche, il pourra recourir à tout autre montage qui ne suppose pas de droit réels (comme le contrat de partenariat ou les AOT simples) ;
- Û Soit l'Etat met directement le patrimoine immobilier des établissements publics d'enseignement supérieurs à disposition du PRES. Une convention de mise à disposition sera conclue entre l'Etat et le PRES conformément à l'article R.128-12 du Code du Domaine de l'Etat.

Au vu de ce qui précède, l'état actuel des textes ne permet pas de définir précisément le rôle et les moyens dont disposeront les PRES pour participer à la rénovation de la politique immobilière des Universités, mais il semble certain que les PRES sont voués à prendre une place prépondérante dans la gestion à venir de l'immobilier universitaire.



**Quelle évolution de
la compétence du
PRES en matière
patrimoniale ?**

L'UNIVERSITE ET SES PARTENAIRES

Les Universités sont appelées à créer des coopérations et synergies avec d'autres établissements et institutions qui n'ont pas nécessairement le même statut juridique qu'elles.

Les Universités sont des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (EPSCP), tout comme les Grands Etablissements et les Ecoles Normales Supérieures, même si des spécificités existent. En revanche, et à titre d'exemple, le CNRS et l'INSERM sont des établissements publics à caractère scientifique et technologique (EPST), tandis que le CEA est un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC).

Quel est l'impact de cette différence de statuts juridiques en matière de gestion patrimoniale ?

- Les principes relatifs à la propriété et à la domanialité énoncés dans l'Etude s'appliquent à l'ensemble des établissements publics, qu'il s'agisse d'EPSCP, EPST, EPIC.... En effet, nous sommes de toute façon en présence d'une personne publique qui a en charge un service public.
- En revanche, seuls les EPSCP peuvent demander la dévolution du patrimoine universitaire appartenant à l'Etat au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education.

DEUXIEME PARTIE : REGLES D'UTILISATION ET DE GESTION : QUE FAIRE DU PATRIMOINE ?

1. Problèmes généraux

1.1 Le principe de spécialité : quelles limites à l'utilisation du patrimoine universitaire ?

1.1.1 L'utilisation du domaine est encadrée par les missions de service public des Universités

Le Conseil d'Etat a pu affirmer, dans sa fonction consultative, que le principe de spécialité appliqué aux établissements publics signifie que « *la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* »³⁴.

En d'autres termes, la personnalité morale de l'établissement public n'est attribuée que par rapport à un but particulier et sur le fondement d'un transfert de compétences effectué par la personne publique de rattachement, et l'établissement ne peut dès lors accomplir que les actes correspondant à son objet statutaire.

Pour mémoire, l'article L.123-3 du Code de l'Education énonce que « *les missions du service public de l'enseignement supérieur sont :*

- 1° La formation initiale et continue ;*
- 2° La recherche scientifique et technologique, la diffusion et la valorisation de ses résultats ;*
- 3° L'orientation et l'insertion professionnelle ;*
- 4° La diffusion de la culture et l'information scientifique et technique ;*
- 5° La participation à la construction de l'Espace européen de l'enseignement supérieur et de la recherche ;*
- 6° La coopération internationale. »*

Les établissements publics que sont les Universités ont donc été institués afin de mener à bien ces missions spécifiques.

³⁴ CE, avis n°356089 du 7 juillet 1994, GACE 2002 n°31 (relatif à la diversification d'EDF et GDF).

La jurisprudence a toutefois interprété le principe de spécialité de façon extensive, notamment au regard des établissements publics à caractère industriel et commercial. Dans son avis de 1994 précité, le Conseil d'Etat estime que :

« le principe de spécialité ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- *d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale (...)*
- *d'autre part que ces activités annexes soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal. »*

On retiendra que sont ainsi admises les activités annexes s'interprétant comme le « prolongement du service assuré », deux conditions étant posées : l'activité annexe constitue le complément de l'activité principale et est à la fois d'intérêt général et utile à l'établissement.

Si le Conseil d'Etat fait ainsi preuve de souplesse dans l'interprétation retenue du principe de spécialité pour les établissements publics à caractère industriel et commercial, il n'en va pas nécessairement de même dans le cas d'un établissement à caractère administratif comme les Universités.

Ces dernières ont donné lieu à deux jurisprudences :

- Une Université peut ainsi conclure, mais dans certaines conditions, une convention d'occupation du domaine public pour l'exploitation d'une librairie dans son enceinte sans porter atteinte au principe de spécialité (CE, 10 mai 1996, SARL La Roustane, Rec. Lebon p.168) :

« la création de ladite librairie était destinée à titre principal à améliorer la qualité des services proposés aux enseignants et aux étudiants, en mettant à leur disposition des ouvrages nécessaires à leurs activités d'enseignement et de recherche ; en décidant la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public universitaire avec une personne privée permettant à celle-ci d'exercer une activité commerciale destinée à satisfaire les besoins directs des usagers du service public de l'enseignement supérieur dont elle peut constituer un complément, le conseil d'administration de l'université n'a fait qu'user des pouvoirs dont il dispose en vue d'un objet conforme à la mission dévolue audit service public ; que, par suite, la délibération contestée n'a pas méconnu le principe de spécialité des établissements publics ».

- Une Université peut autoriser des masseurs kinésithérapeutes à occuper un local afin d'assurer l'information et le suivi thérapeutique des étudiants et enseignants d'une unité de formation et de recherche d'éducation physique et sportive (CE, 12 décembre 1994, *Colin*, req. n°98455) :

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le président de l'université a entendu, par la décision contestée, assurer l'information et le suivi thérapeutique des étudiants et du personnel enseignant de l'unité d'enseignement et de recherche d'éducation physique et sportive, en autorisant à cet effet des masseurs kinésithérapeutes à occuper un local de ladite université ; que si une telle décision n'entre pas dans le cadre de la mission de délivrance des enseignements de formation supérieure dévolue aux établissements universitaires, elle n'est pas contraire à la mission de service public assumée par l'université, ni au principe de spécialité des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel »

Enfin, nous signalons que la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de l'enseignement supérieur a été consultée au sujet de l'implantation d'une agence bancaire au sein d'une Université³⁵. Elle rappelle d'abord, l'utilisation en cause concernant le domaine public, que l'article L.2121-1 du CG3P énonce que l'utilisation des biens du domaine public doit être conforme à son affectation. Elle évoque ensuite le principe de spécialité et rappelle la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat. Elle conclut que l'implantation d'une agence bancaire sur le domaine public de l'Université pourrait être considérée comme une activité accessoire, et donc être autorisée, si « *le projet est caractérisé par la recherche d'un lien entre le fonctionnement de l'agence et la formation dispensée par l'établissement : emploi d'étudiants, formation et encadrement, information sur les métiers de la banque* ».

Par ailleurs, dans cette consultation la DAJ estime que l'implantation pourrait être envisagée plus aisément sur le domaine privé de l'établissement, pour lequel le principe de spécialité trouverait à s'appliquer moins strictement. Cette analyse est contestable : le principe de spécialité est lié à la nature juridique des Universités, celle d'établissement public, et non à la qualité de gestionnaire du domaine. En revanche, il est vrai que lorsque l'utilisation concerne un bien du domaine privé, celle-ci n'est pas soumise aux dispositions de l'article L.2121-1 du CG3P précité, visant à protéger l'affectation du bien.

Ainsi, lorsqu'une Université souhaite utiliser son domaine, public ou privé, à des fins ne relevant pas directement de sa mission liée au service public de l'enseignement supérieur, elle doit veiller à ce que cette utilisation ne soit pas

³⁵ Lettre d'Information Juridique n°130, décembre 2007, p.22 et s.

étrangère à sa mission première. Il n'est pas possible de donner une énumération exhaustive des activités pouvant ainsi être développées, celle-ci relevant bien évidemment du cas par cas.

Toutefois, il nous semble probable que le juge administratif ne viendrait pas censurer les utilisations suivantes du domaine qui peuvent être considérées, sans trop de difficulté, comme permettant d'améliorer les conditions générales de vie sur un campus, et comme étant en lien avec la qualité d'usager du service public de l'enseignement:

- l'aménagement d'appartements pour l'accueil de chercheurs étrangers,
- l'exploitation de distributeurs de boisson ou de confiserie,
- l'exploitation d'un service de papèterie et/ou de reprographie,
- l'installation d'une librairie ou d'un point presse,
- l'exploitation d'un distributeur automatique de billets.

Il est possible d'envisager d'autres utilisations dès lors qu'elles seront considérées comme complémentaires de l'activité d'enseignement. On peut penser notamment à l'implantation d'entreprises privées au sein des Universités, dès lors que leur activité présente un lien avec la recherche menée au sein de l'établissement.

1.1.2 Le cas particulier des activités industrielles et commerciales des Universités

Parmi les missions du service public de l'enseignement supérieur énumérées à l'article L.123-3 du Code de l'Education l'on trouve « *la recherche scientifique et technologique, la diffusion et la valorisation de ses résultats* ». L'article L.123-5 du même Code poursuit cette idée en indiquant que le « *service public de l'enseignement supérieur s'attache à développer et à valoriser (...) la recherche fondamentale, la recherche appliquée et la technologie* ». A ce titre il « *renforce les liens avec les secteurs socio-économiques publics et privés* ».

De manière concrète, l'article L.711-1 du Code de l'Education prévoit ainsi :

« Dans le cadre des missions qui leur sont dévolues par le présent code et afin de faire connaître leurs réalisations, tant sur le plan national qu'international, ces établissements peuvent assurer, par voie de convention approuvée par le conseil d'administration dans les conditions fixées aux articles L. 712-3, L. 715-2, L. 716-1, L. 717-1 et L. 718-1, des prestations de services à titre onéreux, exploiter des brevets et licences et commercialiser les produits de leurs activités. Ils peuvent créer à cette fin des services d'activités industrielles et commerciales, dans les conditions prévues à l'article L. 123-5. Ils peuvent prendre des participations, participer à des groupements et créer des filiales dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

La partie réglementaire du Code de l'Education (articles D.123-2 et suivants)³⁶ vient préciser les modalités pratiques de ce mécanisme qui permet notamment la mise en place d'incubateurs d'entreprises³⁷. Les prestations de service que peuvent ainsi offrir les Universités vont de « *la mise à disposition de locaux, matériels et équipements* » à « *la prise en charge ou la réalisation d'études de développement, de faisabilité technique, industrielle, commerciale, juridique et financière* », en passant par « *toute autre prestation des services nécessaire à la création et au développement de l'entreprise* ».

Si les activités visées sont assez larges, il ne faut toutefois pas oublier que l'Université étant soumise au principe de spécialité des établissements publics, elles devront s'inscrire dans le cadre des missions qui sont reconnues par le Code de l'Education aux EPSCP.

C'est bien ce que rappelle l'article L.711-1 du Code de l'Education précité qui inscrit ces activités « *dans le cadre des missions* » qui sont dévolues aux établissements. Le texte ajoute d'ailleurs que ces activités doivent permettre de faire connaître les réalisations des établissements sur le plan national et international. En d'autres termes, si les textes autorisent l'Université à recourir à des procédés « marchands », la finalité de ces mesures reste désintéressée et répond à la mission de recherche des Universités.

Les dispositions réglementaires du Code précisent les bénéficiaires de ces mesures (créateurs d'entreprises, jeunes entreprises innovantes)³⁸, ainsi que la durée limitée des conventions ainsi conclues. En outre, l'article D.123-7 indique que le montant maximal des prestations de services ne peut excéder 100.000 euros HT sur trois ans par entreprise³⁹.

La loi n°99-587 du 12 juillet 1999 *sur l'innovation et la recherche* (loi dite « LIR ») a permis aux EPSCP de créer des services d'activités industrielles et commerciales (SAIC) afin de valoriser les résultats de la recherche. Deux décrets sont venus compléter les dispositions législatives : le décret n°2002-549 du 19 avril 2002 *relatif aux services d'activités industrielles et commerciales des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, et le décret n°2002-601 du 25 avril 2002 modifiant le décret n°94-39 relatif au régime budgétaire et financier des EPSCP. Cette structure, facultative, est créée par les établissements sous la forme d'un service commun, par décision du conseil d'administration. Ce service permet de regrouper la totalité des activités commerciales et industrielles de

³⁶ Introduits par le décret n°2000-893 du 13 septembre 2000 *relatif aux conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent fournir des moyens de fonctionnement à des entreprises ou à des personnes physiques*.

³⁷ Sur les incubateurs d'entreprises, voir Rapport IGAENR n°01-060 d'août 2001, *Les incubateurs publics d'entreprises technologiques innovantes*, rapporteur JF.Cuby.

³⁸ Articles D.123-3 et 123-4 du Code de l'Education.

³⁹ CE, 5 septembre 2001, *Guiavarc'h*, req. n°225473.

l'établissement, à l'exception, précise le décret n°2002-549, de celles « *assurées par une société ou un groupement* ». Le régime financier et budgétaire de ce service a été précisé par le décret du 25 avril 2002 : le service bénéficie d'un budget annexe à celui de l'EPSCP. Enfin, il convient de préciser que la mise en place d'un SAIC permet de clarifier la situation fiscale des activités industrielles et commerciales des Universités qui se trouvent ainsi centralisées au sein d'un même service, ce qui en facilite le traitement comptable et fiscal.

Rappelons enfin que l'article L.711-1 du Code de l'Education prévoit la possibilité pour les établissements de prendre des participations, de participer à des groupements et de créer des filiales. Le décret n°2000-1264 du 26 décembre 2000 *fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent prendre des participations et créer des filiales* vient compléter les dispositions du Code.

De telles participations ou création de filiales peuvent être utilisées dans le cadre des activités citées à cet article (prestations de services à titre onéreux, exploitation des brevets et licences et commercialisation les produits de leurs activités), mais ne semblent pas limitées à celles-ci. Il est alors possible d'envisager de confier à ces filiales la gestion de biens immobiliers. La seule limite, là encore, sera le respect du principe de spécialité de l'établissement, qui implique que l'activité menée entre dans le champ des missions dévolues par le Code de l'Education.

1.2 Concurrence et occupation domaniale

L'utilisation du domaine se confronte à la notion de concurrence de deux points de vue : d'une part, le droit de la commande publique implique une mise en concurrence, à divers degrés, des occupants potentiels (1.2.1) ; d'autre part, le droit de la concurrence implique qu'une personne publique ne peut, par le biais de sa gestion domaniale, placer les opérateurs économiques dans une situation entravant le libre jeu de la concurrence (1.2.2).

1.2.1 Mise en concurrence des occupations domaniales : l'exemple des CROUS

L'occupation domaniale, lorsqu'elle se confronte aux principes du droit de la commande publique, implique la mise en concurrence, selon des procédures diverses, des utilisateurs potentiels du domaine.

L'implantation des CROUS sur le domaine universitaire est une bonne illustration des enjeux en cause.

a) Nature des CROUS (Centres Régionaux des Œuvres Universitaires et Sociales)

Le décret n°87-155 du 5 mars 1987 *relatif aux missions et à l'organisation des œuvres universitaires* définit les CROUS, en son article 14, comme suit :

« Les centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires (C.R.O.U.S.) sont des établissements publics à caractère administratif chargés de remplir une mission de service public à l'égard des usagers définis à l'article 15 ci-après. »

Les CROUS sont ainsi expressément qualifiés d'établissements publics administratifs qui, parce qu'ils sont rattachés au Ministère de l'enseignement supérieur, relèvent de la catégorie des établissements publics nationaux. Ils se trouvent ainsi, par leur nature, soumis au principe de spécialité. Selon ce principe, applicable à tous les établissements publics, ils ne peuvent poursuivre que les buts pour lesquels ils ont été institués (voir supra, point 1.1).

Les missions des CROUS sont définies en les termes suivants par l'article 14 alinéa 3 du décret précité :

« Ils assurent les prestations et les services propres à améliorer les conditions de vie et de travail des étudiants, créent dans ce but les structures leur permettant d'adapter et de diversifier les prestations qu'ils proposent aux usagers en tenant compte de leurs besoins, et peuvent passer des conventions avec des organismes extérieurs de droit public ou privé pouvant apporter leur collaboration au fonctionnement des services des centres. »

C'est dans le cadre de cette mission que les CROUS peuvent notamment intervenir en matière d'hébergement et de restauration⁴⁰ auprès des étudiants.

Il convient enfin de rappeler que chaque CROUS dispose de statuts propres qui permettent notamment de définir leurs missions.

b) CROUS et mise en concurrence : l'exemple des cafétérias

Il convient d'étudier le cas spécifique de l'implantation d'un CROUS pour développer une activité de restauration rapide (cafétéria) au sein d'une Université (pour un exemple de cafétéria gérée par une association de l'Université, voir infra 2.8.2 c)).

Si le logement étudiant relève sans trop de doute d'une mission de service public, la question est plus délicate en ce qui concerne la restauration,

⁴⁰ Article 19 du décret n°87-155 du 5 mars 1987 précité.

notamment la restauration rapide au sein des Universités, qui se situe sur un marché concurrentiel.

Cette question appelle un examen au cas par cas, les points suivants réclamant une grande attention :

(i) Au regard des règles sur les marchés publics et les concessions

- Marché public ou délégation de service public ?

Le lien contractuel entre le CROUS et la personne publique permettant la mise en place d'une cafétéria ne pourrait certainement pas être qualifié de marché public puisqu'il n'y aurait pas paiement d'un prix par la personne publique mais rémunération par les usagers.

En revanche, on pourrait envisager la qualification de délégation de service public, dès lors que l'exploitation de la cafétéria se fait aux risques et périls du CROUS, ce qui signifie qu'un véritable transfert de risques doit être prévu. A défaut, le contrat serait requalifié en marché public, et soumis aux règles de passation prévues par le Code des marchés publics.

Cependant, pour que l'on soit en présence d'une délégation de service public soumise comme telle aux règles de passation de la loi Sapin du 29 janvier 1993, encore faut-il que l'on soit en présence d'un service public.

Or, si un restaurant universitaire pourrait relever de la catégorie des services publics administratifs, nous ne sommes pas certains que cette qualification soit retenue pour les simples cafétérias implantées au sein des Universités. Il est vrai, en sens inverse, qu'un établissement public administratif, comme les CROUS, est présumé exercer des activités de service public. Il existe à ce jour une incertitude sur ce point.

Si l'on se trouvait bel et bien en présence d'un service public, les règles de mise en concurrence de la loi Sapin trouveraient donc à s'appliquer, sauf si l'on se trouvait dans l'un des cas d'exclusion prévus à l'article 41 de la loi qui vise notamment l'hypothèse dans laquelle le service en cause *« est confié à un établissement public sur lequel la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement »*.

En outre, il convient de rappeler que les conditions de mise en concurrence découlant de la loi Sapin ne valent cependant que lorsque la délégation est dévolue par un contrat, et non lorsqu'elle résulte d'un acte

unilatéral⁴¹. En d'autres termes, lorsque l'attribution d'une délégation est faite par une décision unilatérale (par décret par exemple), elle n'est pas soumise aux obligations de mise en concurrence de la loi Sapin : il faut ainsi vérifier, au cas par cas, si c'est le cas du CROUS considéré.

Néanmoins, au regard du droit communautaire, la distinction n'est pas faite entre concession par voie contractuelle et concession par voie unilatérale. Le droit communautaire ne prévoit aucune procédure de mise en concurrence préalable à l'octroi de concessions de services (à l'inverse des concessions de travaux publics). Seul est applicable le principe de non discrimination auquel la Cour de Justice des Communautés Européennes soumet toutes les concessions, et lequel implique un degré minimum de publicité⁴².

- Les conditions de la participation d'une personne publique à une procédure de mise en concurrence

Cette question se posera de plus en plus à l'avenir, si les CROUS sont mis en concurrence avec des opérateurs privés.

Que l'on soit en présence d'une délégation de service public ou d'un marché public, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'une personne publique, comme le CROUS, candidate à une procédure de mise en concurrence, dès lors que le candidat public n'est pas placé « *dans une situation avantageuse par rapport aux autres candidats* »⁴³.

L'intervention d'une personne publique dans la sphère concurrentielle « *ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »⁴⁴.

Il en résulte que dès lors qu'une personne publique se déploie sur un marché, la jurisprudence lui impose d'exercer une concurrence à armes égales avec les acteurs économiques privés. A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a estimé, dans un arrêt mettant en cause la possibilité pour un établissement public administratif de candidater à un appel d'offres, que le principe d'égalité concurrence suppose :

⁴¹ Avis CE n°362417 du 28 juillet 1998 et CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux*, BJDGP, 2004, n°37 p.464.

⁴² CJCE 7 décembre 2000, *Teleaustria*, aff. C-324/98, CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458-03).

⁴³ CE, 16 octobre 2000, *Cie Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, req. n°212054.

⁴⁴ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req. n°275531, concl. Casas, RFDA 2006 p.1048.

- « d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat »,
- « d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public »,
- « et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié »⁴⁵.

Or, il ressort du décret du 5 mars 1987 précité que pour mener à bien leur mission, les CROUS perçoivent des subventions⁴⁶.

Il existe donc un risque que les CROUS, par les subventions qu'ils sont susceptibles de percevoir au titre de leurs missions, soient considérés comme bénéficiant d'un avantage susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence au regard d'opérateurs privés intervenant sur le même marché.

Il ne pourrait en être autrement que si les CROUS étaient à même de démontrer que les avantages dont ils bénéficient n'ont pas d'influence sur la détermination des prix qu'ils peuvent proposer pour ce type de prestations, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de subvention croisée entre leur activité de service public et celle exercée sur le marché concurrentiel.

(ii) Au regard des règles de la domanialité publique

Que l'on soit en présence d'une activité de service public ou simplement commerciale, l'implantation du CROUS au sein d'une Université implique une autorisation d'occupation du domaine. Or, et sauf lorsque l'autorisation d'occuper le domaine résulte d'une délégation de service public, la passation de telles autorisations n'est pas soumise, en droit interne, à des règles particulières de procédure.

Rappelons néanmoins que trouve là aussi à s'appliquer l'obligation générale de respect du principe de non discrimination qui implique une obligation de transparence, laquelle suppose un minimum de publicité (CJCE 7 décembre 2000, *Teleaustria*, aff. C-324/98).

⁴⁵ CE, Ass., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n°222208.

⁴⁶ Voir : l'article 23 renvoyant à l'article 10 du décret n°87-155 du 5 mars 1987 précité.

1.2.2 Droit de la concurrence et occupation domaniale

L'occupation domaniale se trouve soumise au principe d'une mise en concurrence en application des principes du droit de la commande publique. Mais d'une façon générale, et au-delà des seules exigences du droit de la commande publique, l'occupation domaniale se trouve soumise au droit de la concurrence, national et communautaire.

Le Conseil d'Etat a en effet pu décider, dans son arrêt « Société EDA », que lorsque des dépendances du domaine public étaient le siège d'activités de production, de distribution ou de services, la personne publique affectataire devait prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités⁴⁷.

Le principe est celui selon lequel, en accordant des autorisations d'occupation du domaine, la personne publique ne doit pas participer à la création ou à l'existence de pratiques anticoncurrentielles, ni se rendre elle-même coupable d'une pratique anticoncurrentielle.

En outre, l'octroi d'un droit d'occupation à un opérateur particulier peut s'analyser en l'octroi d'un droit exclusif ou spécial. Or, l'octroi d'un tel droit, s'il n'est pas interdit, ne peut avoir pour effet de placer titulaire dans une situation qui méconnaîtrait le droit de la concurrence⁴⁸. Le bénéficiaire d'un droit exclusif est dans une situation de position dominante, dont il ne doit pas pouvoir abuser.

Ainsi l'occupation du domaine des Universités se trouve soumise au droit de la concurrence, dès lors qu'elle est le siège d'activités économiques. A ce titre, il faut veiller à ne pas contrevenir au droit de la concurrence en accordant une autorisation d'occupation de son domaine à un opérateur, de même qu'il faut faire en sorte que cette autorisation ne permette pas à l'opérateur en cause de contrevenir au droit de la concurrence.

Au regard des règles de concurrence s'appliquant à elles, les Universités doivent, dans le cadre d'actes de dévolution de leur domaine public, veiller à ne pas créer des ententes entre opérateurs économiques et à ne pas placer ceux-ci dans une situation telle qu'ils pourraient abuser d'une position dominante. A défaut, la responsabilité de la personne publique pourrait être engagée.

⁴⁷ CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n°202260.

⁴⁸ Avis n°03-A-21 du Conseil de la Concurrence du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics.

Dans un souci de prudence, et quand bien même aucun texte n'imposerait de mesures de publicité particulières, l'Université se doit de mettre en place sa propre procédure de délivrance de titre d'occupation domaniale, afin de permettre à tous les opérateurs économiques de prétendre à son octroi.

L'UNIVERSITE ET L'ENTREPRISE

L'Université, à raison de sa nature d'établissement public, ne peut développer d'activités étrangères aux missions de service public pour lesquelles elle a été créée.

La présence d'entreprises au sein de l'Université doit alors s'inscrire dans le cadre des missions dévolues par la loi aux Universités. Si les textes (Art. L.711-1 du Code de l'Education) autorisent l'Université à recourir à des procédés « marchands » (prestations de services à titre onéreux, comme la mise à dispositions de locaux ou d'équipements par exemple), la finalité de ces mesures doit rester désintéressée et répondre à la mission de recherche des Universités.

L'Université doit veiller, en permettant à une entreprise d'occuper son terrain, à ne pas contrevenir au droit de la concurrence, en favorisant par exemple une entreprise par rapport à une autre. Pour cela, elle doit veiller à mettre en concurrence les opérateurs économiques intéressés par une implantation au sein du campus. En outre, l'occupation du domaine doit être rémunérée à sa juste valeur.

Pour permettre à une entreprise d'être présente sur le campus universitaire, l'Université peut, si elle est sur son domaine public, accorder une AOT, ou bien, s'il s'agit de son domaine privé, conclure un bail (location).

1.3 Qui a la maîtrise d'ouvrage ?

1.3.1 La maîtrise d'ouvrage de l'Etat

Il convient de rappeler tout d'abord que la maîtrise d'ouvrage sur les bâtiments universitaires appartenant à l'Etat relève de la compétence de ce dernier. Toutefois, deux articles du Code de l'Education sont venus apporter une exception à ce principe : l'article L.211-7 s'agissant de la maîtrise d'ouvrage des collectivités locales et l'article L.762-2 s'agissant de la maîtrise d'ouvrage des Universités. *« Actuellement, les maîtrises d'ouvrage de constructions universitaires sont exercées par les établissements dans environ 35 % des cas, par l'État (services*

rectoraux) à hauteur de 45 % et par les collectivités territoriales pour 20 % (dans ce dernier cas, l'article L. 211-7 du Code de l'Education s'applique) ».⁴⁹

1.3.2 La maîtrise d'ouvrage des collectivités locales

L'article 18 de la loi n°90-587 du 4 juillet 1990, codifié à l'article L.211-7 du Code de l'Education dispose que « *l'Etat peut confier aux collectivités territoriales ou à leurs groupements la maîtrise d'ouvrage de constructions ou d'extensions d'établissements d'enseignement supérieur relevant des divers ministres ayant la tutelle de tels établissements* ». Une convention est alors conclue entre l'Etat et la collectivité, afin de préciser notamment le lieu d'implantation du bâtiment, le programme de construction et les engagements financiers des parties.

1.3.3 La maîtrise d'ouvrage des Universités

Bien entendu, lorsque les Universités sont propriétaires des terrains et des bâtiments, elles exercent elles mêmes la maîtrise d'ouvrage des travaux.

En outre, la maîtrise d'ouvrage sur les constructions universitaires peut aussi leur être confiée par l'Etat lorsque celui-ci est propriétaire. Aux termes de l'article L.762-2 du Code de l'Education en effet :

« Les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent se voir confier, par l'Etat, la maîtrise d'ouvrage de constructions universitaires.

A l'égard de ces locaux comme de ceux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur ou du ministre de l'agriculture exercent les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation des biens. »

Par ce texte, le législateur a entendu confier aux établissements d'enseignement supérieur les responsabilités du propriétaire à l'égard des immeubles qui leur sont mis à disposition ou remis en dotation par l'Etat. Toutefois, l'établissement ne bénéficie pas du droit de disposer, ni du droit de modifier l'affectation des biens. Il ne peut non plus accorder des AOT avec droits réels, qui s'apparentent à un acte de disposition, mais seulement des AOT « classiques » et compatibles avec l'affectation de l'immeuble. La jurisprudence relative aux droits conférés aux Universités dans le cadre de cet article législatif est examinée dans la première partie de l'Etude, point 1.2.1.

⁴⁹ Source : travaux préparatoires de la loi LRU, Sénat, Rapport n°372 de M. Jean Léonce Dupont, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 11 janvier 2007.

Le nouveau dispositif mis en place par le décret du 1^{er} décembre 2008 instituant les nouvelles conventions d'utilisation (supra première partie, point 1.2.1) ne semble pas mettre en cause les pouvoirs ainsi reconnus aux établissements d'enseignement supérieur.

1.3.4 La maîtrise d'ouvrage privée : le cas des partenariats public-privé

Les travaux de construction ou de réhabilitation des Universités peuvent aussi avoir lieu sous maîtrise d'ouvrage privée. C'est le cas, de façon générale, dans les montages en PPP, c'est-à-dire en AOT avec droits réels (infra, point 2.4.1) ou en contrat de partenariat (infra, point 2.5) ; c'est aussi le cas s'agissant du montage ad hoc entre personnes publiques proposé par la Caisse des Dépôts et Consignations (infra, point 2.7).

En effet, dans un avis des sections de l'intérieur et des travaux publics du 31 janvier 1995⁵⁰, le Conseil d'Etat rappelle que, dans un montage en AOT avec droits réels, l'administration ne joue, ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage. S'agissant du contrat de partenariat, c'est l'article 1^{er} II de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui précise que « *le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* ». Dans le montage proposé par la Caisse des Dépôts et Consignations, le contrat principal est porté par la société de réalisation, société de droit privé qui n'est pas soumise au Code des Marchés Publics et échappe à la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* (loi MOP).

La maîtrise d'ouvrage privée, qui suppose que les contrats ne sont soumis ni au Code des Marchés Publics ni à la loi MOP, permet essentiellement de globaliser les prestations attendues des entrepreneurs : il est notamment possible (mais pas obligatoire) de confier à l'entrepreneur tout ou partie de la conception de l'ouvrage, alors que la loi MOP impose une distinction des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur, et de conclure un contrat qui inclut la construction mais aussi la maintenance et le gros entretien-renouvellement, alors que l'article 10 du Code des Marchés Publics impose l'allotissement (sauf exceptions très strictement interprétées par la jurisprudence).

⁵⁰ Avis CE n°356960 du 31 janvier 1995, GACE, 2^{ème} éd., p.343.

1.4 Le problème des droits réels

1.4.1 Définition

C'est dans le cadre d'autorisations temporaires du domaine public (AOT) ou de contrats de partenariats que se posera la question de l'octroi de droits réels. De quoi s'agit-il ?

L'article L.2122-6 du CG3P prévoit que « *le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un **droit réel** sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre* ».

Le même article précise : « *ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans le présent paragraphe, les prérogatives et obligations du propriétaire.* »

Par ailleurs, l'article 13 de l'ordonnance du 17 janvier 2004 sur les contrats de partenariat prévoit des dispositions similaires : « *Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

Ainsi, le « droit réel » est très proche du droit de superficie de la théorie civiliste, défini comme « *le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus ou dessous* ». Comme le soulignent certains auteurs, la distinction entre droit de propriété et les « prérogatives et obligations du propriétaire » procède de ce que le droit reconnu au titulaire d'une autorisation d'occupation domaniale constitutive de droits réels constitue un démembrement du droit de propriété entre le fond, lequel demeure la propriété de la personne publique, et les ouvrages édifiés, qui appartiennent au titulaire de l'autorisation. Le droit réel reconnu au titulaire correspond en réalité à un droit de superficie⁵¹ : le titulaire est uniquement propriétaire des ouvrages qu'il a édifié.

⁵¹ Voir sur ce point Y. Gaudemet, *Les droits réels sur le domaine public*, AJDA 2006, p.1094.

Ce point de vue a d'ailleurs été confirmé tant par le Conseil d'Etat⁵² que par la doctrine⁵³ qui considèrent que les ouvrages érigés par le titulaire de l'autorisation constitutive de droits réels restent la propriété de la personne privée pendant toute la durée de l'autorisation.

Ainsi l'Université demeure propriétaire de la dépendance sur laquelle les ouvrages sont édifiés et le titulaire de l'AOT ou du contrat de partenariat est, pour sa part, propriétaire de l'ouvrage édifié.

En outre, la distinction entre droit de propriété et droits réels réside également dans les limites apportées à ce droit. En effet, les limites au droit de propriété des titulaires d'autorisations d'occupation du domaine public ou de contrats de partenariat constitutifs de droits réels résultent tant des dispositions légales que des stipulations de l'autorisation. Elles visent à encadrer l'utilisation du domaine public afin de s'assurer de sa compatibilité avec son affectation.

Les garanties légales permettant l'instauration d'un régime protecteur de la continuité du service public découlent des articles L.2122-6 et suivants du CG3P qui encadrent notamment :

- la constitution de sûretés sur les ouvrages édifés par le titulaire : ces sûretés ne peuvent avoir que pour objet de garantir les emprunts contractés par le titulaire en vue de financer les ouvrages à édifier dans le cadre de l'AOT ;
- la cession du droit réel : les droits réels ne peuvent être cédés que pour la durée de validité du titre restant à courir et qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ;
- le recours au crédit-bail : lorsque ces contrats concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public.

⁵² Voir en ce sens Avis CE n°356960 du 31 janvier 1995, GACE, 2^{ème} éd., p.343. ou CE, 25 février 1994, SA *SOFAP Marignan*, RFDA 1994, p.510.

⁵³ Voir notamment Ch. Maugüe et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006, p.1073; E. Fatôme, *Externalisation et protection des biens affectés au service public*, AJDA 2007, p.959.

De plus, AOT et contrat de partenariat ont une durée limitée : à leur terme, les ouvrages sont transférés gratuitement à la personne publique. Il s'agit donc d'une propriété temporaire.

Cela dit, il faut souligner que contrat de partenariat ou AOT ne riment pas forcément avec droit réel. L'article L.2122-6 du CG3P et l'article 9 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat prévoient bien à cet égard que le titulaire a un droit réel, mais uniquement « *sauf prescription contraire de son titre* ». Il en résulte que l'administration n'est pas tenue d'assortir les AOT ou les contrats de partenariat de droits réels. Dans ces conditions, quand convient-il de le faire ?

1.4.2 Ce à quoi ne sert pas le droit réel

La loi du 25 juillet 1994, qui a la première prévu expressément l'octroi d'un droit réel au profit des occupants du domaine, avait pour objet d'améliorer les possibilités de valorisation du domaine ; en prévoyant la possibilité d'octroyer des droits réels, la loi pensait faciliter le financement des projets en permettant aux prêteurs la prise d'une sûreté (le droit réel peut en effet faire l'objet d'une hypothèque) et en supprimant l'incertitude qui existe au sujet de la propriété des ouvrages, quelle que soit leur destination⁵⁴.

Toutefois, dans la pratique, le financement des projets reposant sur des montages en partenariat public-privé ne repose pas sur la prise d'une sûreté sur le droit réel. En d'autres termes, le droit réel ne sert pas à faciliter le financement des projets. C'est la raison pour laquelle on s'en passe couramment.

1.4.3 Quand faut-il nécessairement octroyer des droits réels ?

En revanche, il faut obligatoirement conférer des droits réels dans le cadre des montages « aller-retour » en AOT-LOA. En effet, dans son avis du 31 janvier

⁵⁴ Nous ne signalons que pour mémoire une controverse doctrinale, certains auteurs remarquant que la jurisprudence avait toujours reconnu au titulaire d'une autorisation domaniale simple un droit de propriété sur les ouvrages qu'il y édifiait. En ce sens, voir notamment CE, 4 mars 1991, *Mme Palanque*, Lebon tables p.423 et CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa*, RFDA 1997, p.935. Ainsi, dans l'arrêt *Sagifa* du 21 avril 1997, le Conseil d'Etat affirme que « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. » Il en résulterait que, lorsque l'autorisation domaniale ne vise pas à satisfaire un besoin du service public, il est possible pour l'occupant de se voir conférer des droits similaires à celui du propriétaire sur les ouvrages qu'il a édifiés sur la dépendance du domaine public.

1995⁵⁵, le Conseil d'Etat a estimé que la personne publique, en cas d'octroi de droit réel « *n'assure pas la direction technique des actions de construction et ne devient propriétaire de l'ouvrage qu'au terme du contrat de location ; en effet, elle ne joue, ni pendant la réalisation de l'ouvrage, ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage* ». Il est donc absolument nécessaire que la personne publique ne devienne propriétaire qu'à l'expiration de l'AOT, c'est-à-dire que le titulaire dispose de droits réels, faute de quoi l'administration serait considérée comme maître d'ouvrage et le montage relèverait non seulement de la loi MOP mais encore serait requalifié en marché public.

Cette nécessité est propre aux montages en AOT « aller-retour ». En revanche il n'est pas besoin d'accorder des droits réels en cas d'AOT « concessive », ni en cas de contrat de partenariat, car, dans ce dernier montage, c'est l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat qui précise que le titulaire du contrat exerce la maîtrise d'ouvrage : la personne publique étant dépourvue de cette qualité, il ne peut y avoir assimilation à un marché public.

1.4.4 Quand peut-on octroyer des droits réels ?

Il n'est pas possible d'accorder des droits réels sur l'ensemble du patrimoine des Universités.

a) Exclusion sur le domaine privé

Tout d'abord, cette possibilité est exclue sur le domaine privé, puisque l'AOT est précisément une autorisation d'occupation ... du domaine public.

b) Cas des immeubles mis à disposition

Par ailleurs, on ne peut accorder que ce que l'on a.

Lorsqu'elle n'est pas propriétaire du terrain, l'Université ne pourra pas accorder de droit réel, puisque ce dernier s'analyse comme un démembrement du droit de propriété.

L'article L.762-2 du Code de l'Education ne fait que le rappeler s'agissant des ouvrages seulement affectés ou mis à disposition par l'Etat :

« Les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent se voir confier, par l'Etat, la maîtrise d'ouvrage de constructions universitaires. »

⁵⁵ Avis CE n°356960 du 31 janvier 1995.

A l'égard de ces locaux comme de ceux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur ou du ministre de l'agriculture exercent les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation des biens. »

Les établissements publics d'enseignement supérieur et de recherche ne peuvent pas octroyer de droits réels sur ce domaine car un tel octroi constitue un acte de disposition.

Il en irait autrement, en dehors du cas de l'article L.762-2, notamment pour des collectivités autres que l'Etat, si la convention ou l'acte qui fonde en droit l'utilisation d'un terrain par l'Université prévoyait que celle-ci est autorisée à accorder sur ce terrain des droits réels. A titre d'exemple, pour les biens relevant de la propriété d'une collectivité territoriale, il conviendra de vérifier si la convention prévoyant la mise à disposition des biens l'Université autorise ou non l'octroi de droits réels.

c) Cas des immeubles appartenant en propre aux Universités

Qu'en est il des immeubles appartenant en propre aux Universités, notamment ceux pour lesquels il aura été choisi d'appliquer la procédure de l'article L. 719-14 ?

Il faut d'abord rappeler qu'en vertu de l'article L.2122-10 du CG3P, « *lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L. 2122-6 [permettant l'octroi de droits réels] ne leur sont applicables que sur décision de l'Etat* ». Cette disposition est extrêmement importante : comme, dans la plupart des cas, les ouvrages en cause seront « *nécessaires à la continuité du service public* », l'autorisation de l'Etat sera requise dans pratiquement tous les cas.

L'article L.2122-14 prévoit, dans son dernier alinéa, que « *des décrets en Conseil d'Etat apportent les adaptations nécessaires aux dispositions relatives à la gestion du domaine public par les établissements publics de l'Etat, et notamment les conditions dans lesquelles les décisions prises (...) sont, dans les cas prévus à l'article L.2122-10, soumises à approbation de leur ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine* ».

Il s'agit des articles R. 57-3 et R. 57-4 du Code du Domaine de l'Etat, qui prévoient l'accord préalable du ministre de tutelle et du ministre du domaine (cf infra point 2.8.1 b).

d) Conclusion : que change la dévolution ?

Il résulte de ce qui précède que les Universités ne peuvent accorder des droits réels que si elles sont pleinement propriétaires de leurs immeubles. Mais, même si elles le sont ou si elles le sont devenues sur le fondement de l'article L. 719-14, elles devront demander l'autorisation préalable de leur ministre de tutelle et du ministre des finances lorsque les biens concernés sont nécessaires à la continuité du service public.

2. Comment utiliser et valoriser le Patrimoine ?

2.1 L'aliénation du patrimoine

2.1.1 Comment aliéner les biens ?

a) L'inaliénabilité du domaine public

L'article L.3111 du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques affirme le principe de l'inaliénabilité des biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public.

L'inaliénabilité visant à protéger l'affectation du domaine en cause, l'interdiction vaut ainsi tant que le bien est affecté à un usage du public ou à un service public. Selon les termes du Conseil Constitutionnel, la règle de l'inaliénabilité « *s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés* »⁵⁶.

La sortie d'un bien du domaine public nécessite un « *acte administratif constatant son déclassement* » (article L.2141-1 du CG3P) : il s'agit d'un acte formel de la personne propriétaire du bien concerné.

Ainsi, l'aliénation n'est possible qu'une fois le bien désaffecté et déclassé, l'acte de déclassement devant ainsi intervenir une fois que le bien a cessé d'être affecté à l'usage direct du public ou à un service public.

Le CG3P prévoit deux exceptions au principe d'une désaffectation du bien comme préalable au déclassement :

- L'article L.2141-2 prévoit la possibilité de déclasser un bien qui continue à être affecté à un service public, la décision de désaffecter le bien étant prise mais ne devant prendre effet que dans un délai fixé dans l'acte de déclassement. Il est précisé qu'en cas de vente de l'immeuble concerné, l'acte de vente doit stipuler que celle-ci sera résolue de plein droit si la désaffectation n'est pas intervenue dans le délai prévu.

Cette possibilité est ainsi strictement encadrée : la désaffectation doit avoir été décidée préalablement, le déclassement par anticipation n'est

⁵⁶ DC 86-217 du 18 septembre 1986 relative à la loi sur la liberté de communication.

possible que si les nécessités du service public justifient que la désaffectation ne prenne effet que dans un certain délai fixé par l'acte de déclassement (délai fixé par décret et ne pouvant excéder trois ans).

- L'article L.2141-3 prévoit la possibilité de procéder au déclassement d'un bien affecté à un service public, pour améliorer les conditions d'exercice de ce service public, en vue d'un échange avec un bien appartenant à une personne privée ou relevant du domaine privé d'une personne publique.

b) Exceptions au principe d'inaliénabilité du domaine public : cession et échange entre personnes publiques

Le CG3P introduit des exceptions à la règle de l'inaliénabilité :

(i) Cession

L'article L.3112-1 du CG3P autorise la cession à l'amiable entre personnes publiques de biens affectés à un service public, sans déclassement préalable, dès lors que le bien est destiné à l'exercice des compétences de la personne publique qui les acquiert et qu'il relèvera de son domaine public.

Une collectivité publique peut ainsi céder un bien immobilier affecté à un service public à une autre personne publique lorsque celle-ci entend poursuivre l'exploitation du service en cause. Le déclassement préalable n'est pas nécessaire dans ce cas.

(ii) Echange

L'article L.3112-2 du CG3P autorise, dans les mêmes conditions et « *en vue d'améliorer les conditions d'exercice d'une mission de service public* », l'échange de biens entre personnes publiques. Cet échange est également possible avec un bien appartenant à une personne privée ou avec un bien relevant du domaine privé d'une personne publique, ainsi qu'en dispose l'article L.3112-3 du même Code, mais le bien échangé doit alors faire l'objet d'un déclassement (cf article L.2141-3 du CG3P ci-dessus, point a)).

La finalité d'un échange est de permettre l'amélioration des conditions d'exercice d'une mission de service public, que le juge administratif peut être amené à contrôler. L'acte d'échange doit comporter des clauses permettant la préservation du service public.

c) Aliénabilité du domaine privé

La gestion du domaine privé d'une personne publique est essentiellement soumise aux règles du droit privé : cela entraîne en principe l'application du droit privé pour l'aliénation des biens du domaine privé.

Certains particularismes trouvent cependant à s'appliquer.

Aux termes de l'article L.2221-1 du CG3P, « *les personnes publiques mentionnées à l'article L.1 gèrent librement leur domaine privé, selon les règles qui leur sont applicables* ».

Les biens propres des établissements publics relevant du domaine privé peuvent ainsi être vendus par l'établissement, sans limitation de montant.

Toutefois, l'article R.135 du Code du Domaine de l'Etat prévoit que :

« Le service des domaines peut, à la demande des établissements publics nationaux, des sociétés nationales et entreprises nationalisées, procéder à l'aliénation des immeubles appartenant en propre à ces collectivités, lorsque celles-ci en ont décidé la vente et qu'il doit être fait appel à la concurrence. Le prix obtenu est reversé à l'établissement, à la société ou à l'entreprise, sous réserve de l'application de l'article L. 77. »⁵⁷

L'article L.3211-13 du CG3P autorise en outre l'aliénation d'un bien du domaine privé d'un établissement public administratif de l'Etat lorsqu'il continue à être utilisé par l'établissement, sous réserve de l'accord préalable du ministre chargé du budget et du ministre de tutelle. L'article prévoit en effet :

« Lorsqu'un établissement public, autre qu'un établissement public à caractère industriel et commercial, envisage de procéder à la cession d'un immeuble mentionné à l'article L. 2211-1, qui continue à être utilisé par ses services, il doit recueillir l'accord préalable de l'autorité administrative compétente. Dans ce cas, l'acte d'aliénation comporte des clauses permettant de préserver la continuité du service public. »⁵⁸

Il convient enfin de rappeler le principe de l'incessibilité à vil prix des biens des personnes publiques.

⁵⁷ L'article L.77 du Code du Domaine de l'Etat, maintenu en vigueur par l'article 8-20° de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006, prévoit un prélèvement au profit du Trésor pour frais d'administration, de vente et de perception fixé par arrêté du Ministre des finances.

⁵⁸ Les dispositions de l'article L.54 du Code du Domaine de l'Etat définissant les autorités compétentes pour donner leur accord sont maintenues jusqu'à la publication des dispositions réglementaires du CG3P (article 8-23° de l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006).

Selon ce principe, qui trouve son fondement dans l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen protégeant la propriété, « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie des patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins privées pour des prix inférieurs à leur valeur* »⁵⁹.

La jurisprudence a précisé que tel n'était cependant pas le cas lorsque la cession se justifie « *par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes* »⁶⁰ (en l'espèce, la création de cinq emplois dans un délai de trois ans). Rappelons toutefois qu'une cession d'un bien à un prix inférieur à sa valeur doit également être regardée du point de vue des aides d'Etat prohibées par principe par le droit communautaire.

La conclusion des contrats d'aliénation relève de la compétence :

- Pour les EPSCP ne bénéficiant pas encore des compétences élargies : de l'ordonnateur principal après avis conforme du conseil d'administration⁶¹
- Pour les EPSCP bénéficiant des compétences élargies : du président de l'Université qui, aux termes de l'article L.712-2 du Code de l'Education, « *conclut les accords et conventions* » préalablement approuvés par le Conseil d'Administration (article L.712-3 du Code de l'Education)⁶².

2.1.2 Pourquoi aliéner ? L'aliénation comme méthode de valorisation

L'aliénation peut tout d'abord se justifier s'agissant d'immeubles dont l'Université n'a plus l'usage. La personne publique peut bien évidemment décider d'aliéner un bien dont elle n'a plus l'utilité, et ainsi procéder par simple contrat de vente.

Cependant, elle peut également, dans le cadre d'un contrat de partenariat, faire de l'aliénation une méthode de valorisation de son domaine (voir infra, point 2.5.8).

⁵⁹ Conseil constitutionnel DC n°86-207, 25-26 juin 1986, Rec. Lebon p.61.

⁶⁰ CE, 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, AJDA 1997 p.1010.

⁶¹ Article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* : « les contrats et conventions relatifs aux acquisitions, échanges et aliénations d'immeubles sont conclus par l'ordonnateur principal après avis conforme du conseil d'administration ».

⁶² Article 37 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies* : « les conventions relatives aux acquisitions, échanges et aliénations d'immeubles sont conclues par le président ou le directeur de l'établissement. Elles sont soumises à l'approbation du conseil d'administration ».

2.2 La location

Les établissements publics peuvent donner en location les biens relevant de leur domaine privé.

Selon l'article L.2222-2 du CG3P :

« Les autorités des établissements publics de l'Etat qui sont habilitées par les statuts de ces établissements à signer les baux passés en la forme administrative par ces établissements les reçoivent et en assurent la conservation. Ces autorités confèrent à ces actes l'authenticité en vue de leur publication au fichier immobilier lorsqu'elle est requise par les dispositions qui leur sont applicables. »

Le conseil d'administration peut déléguer ses compétences à l'ordonnateur principal⁶³ ou au président⁶⁴ en matière de baux et locations d'immeubles si la durée du contrat est inférieure à 9 ans et si le montant du loyer annuel n'excède pas 45.000 €HT⁶⁵.

2.3 Le recours au crédit-bail

On rappelle l'impossibilité de principe de recourir au crédit-bail pour les biens appartenant au domaine public, car l'inaliénabilité des biens domaniaux s'oppose à leur passage, même temporaire, en mains privées⁶⁶.

Mais l'intervention du crédit-bail est désormais généralisée dans tous les montages dits « PPP », même s'agissant de biens faisant partie du domaine public.

L'article L.2122-13 du CG3P, dans sa rédaction issue de l'article 121 de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009, prévoit expressément cette possibilité dans le cadre des AOT et, plus généralement, de conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public. Le texte précise toutefois que :

« Lorsque ces contrats concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public. »

⁶³ Article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*.

⁶⁴ Article 37 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies*.

⁶⁵ Arrêté du 14 avril 2003 *pris en application de l'article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* également valable pour les EPSCP aux compétences élargies en vertu de l'article 66 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 selon lequel : « les arrêtés pris en application des articles 34 et 35 du décret du 14 janvier 1994 susvisé sont réputés pris en application des articles 31 et 37 du présent décret ».

⁶⁶ Avis CE n°345332 du 30 mars 1989 GACE, 2^{ème} éd., p. 212.

2.4 AOT et conventions domaniales

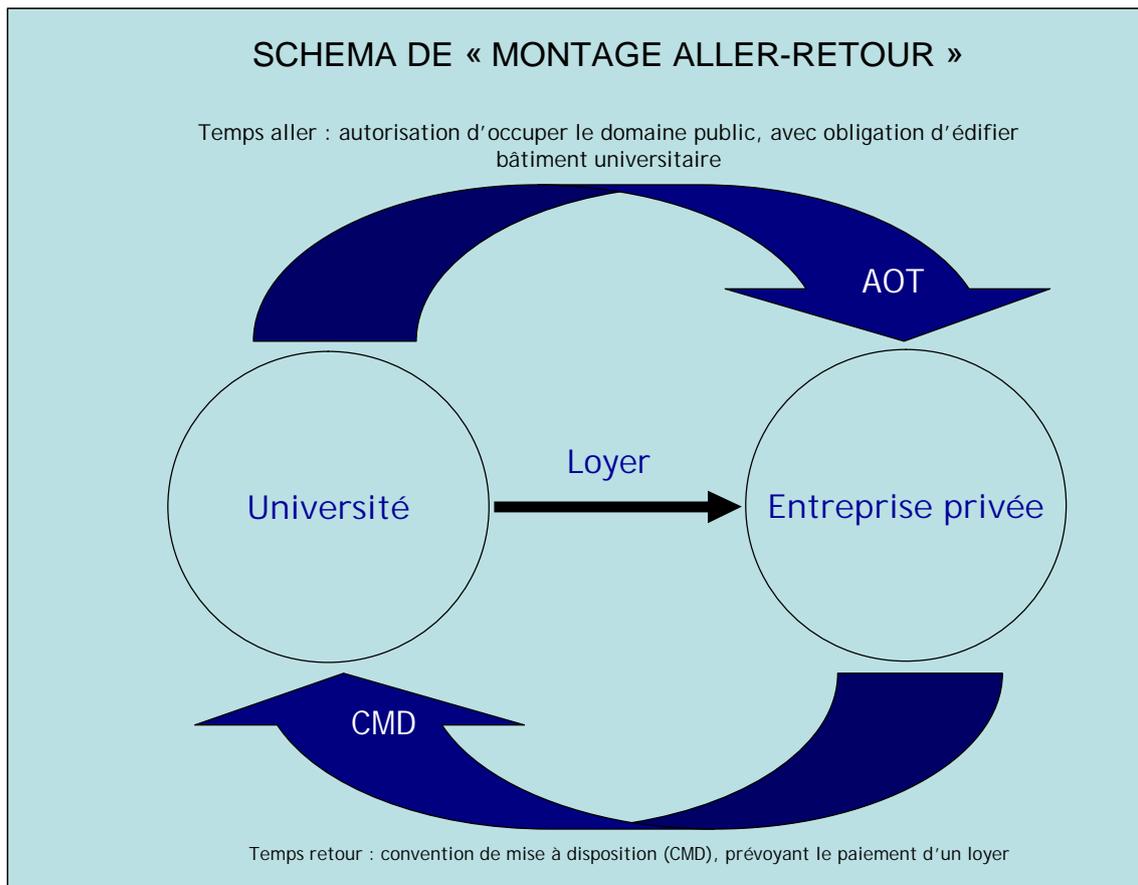
2.4.1 Les deux catégories d'AOT

Il y a deux catégories de montages en AOT pouvant être utilisées pour valoriser le domaine des Universités.

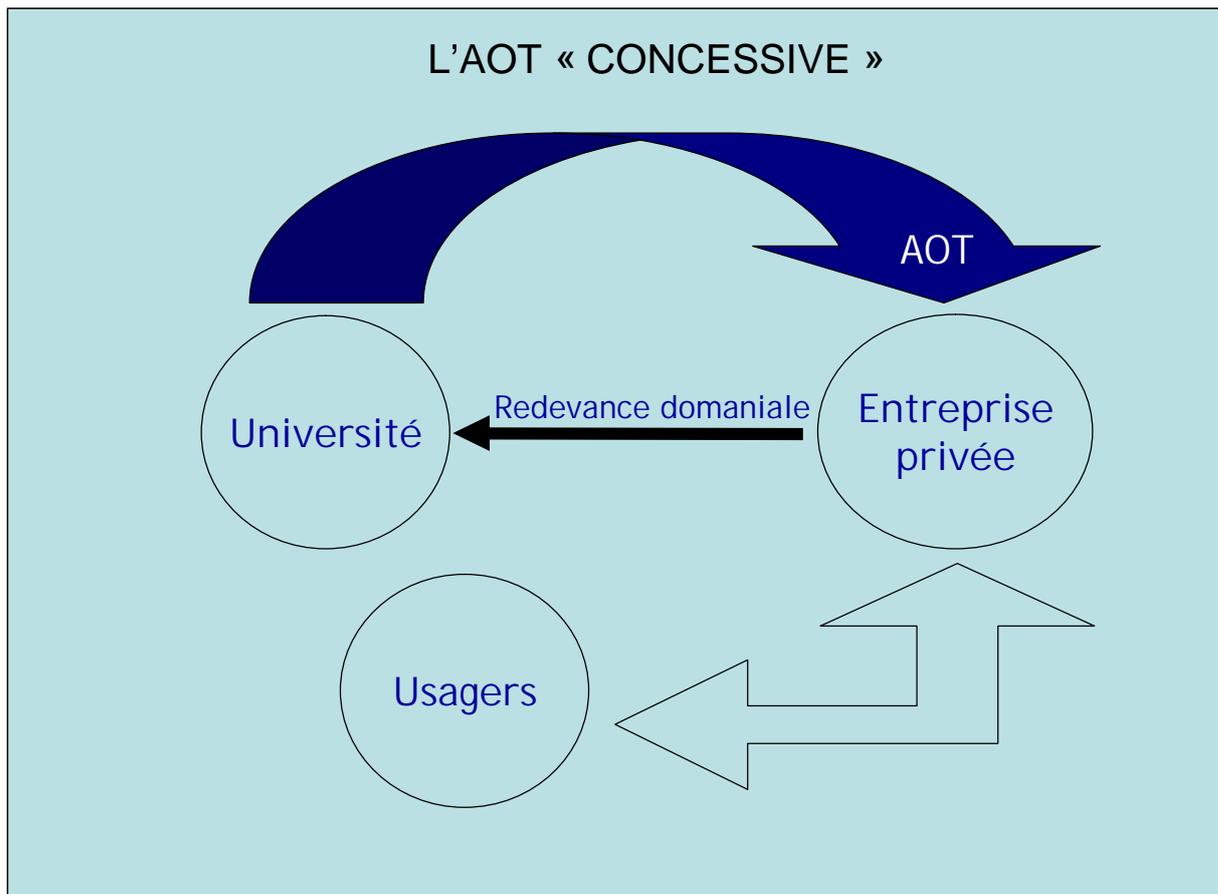
Le premier est celui d'un montage locatif, dit aussi « **montage aller-retour** » : la collectivité publique autorise un opérateur privé à édifier sur un terrain appartenant à ladite collectivité un immeuble dont il reste propriétaire sous d'importantes réserves. En retour, la collectivité loue cet immeuble dès son achèvement, le loyer comprenant non seulement la partie proprement locative, mais aussi une part représentative du coût de la construction et du financement intercalaire. Ce montage est souvent désigné sous le nom de « AOT-LOA » (LOA = location avec option d'achat). De nombreux immeubles ont été édifiés sur la base de ce montage : l'ENSTA (Ecole Nationale Supérieure de Techniques Appliquées) ou le Centre des Archives du Ministère des Affaires Etrangères, de nombreux commissariats et gendarmeries ... etc.

Les montages en AOT-LOA, constituent l'une des formes contractuelles de la famille plus vaste des « **partenariats public-privé** » ; ils permettent tout à fait aux Universités de faire édifier des bâtiments universitaires selon des modalités très proches de celles du contrat de partenariat qui sera étudié par la suite.⁶⁷

⁶⁷ Le Conseil d'Etat a admis la légalité d'un tel montage dans un important avis du 31 janvier 1995 (CE, section de l'intérieur et section des travaux publics, avis n°356960, 31 janvier 1995) : « La loi du 25 juillet 1994, en permettant au titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public de l'État de disposer d'un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise « pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre », n'exclut pas que ce droit réel soit utilisé en vue de la réalisation d'un ouvrage qui serait mis, par voie de bail, à la disposition de la personne gestionnaire du domaine de l'État. »



Le second type d'AOT est différent et les Universités y sont bien habituées : c'est une simple autorisation accordée à un tiers d'occuper le domaine public universitaire, ce tiers n'étant pas, comme dans le montage aller-retour, rémunéré par l'Université mais par des usagers : du distributeur de boissons à la librairie, en passant par l'installation de photocopieurs, les exemples sont nombreux. Appelons ce second type « **AOT concessive** » dans la mesure où son modèle économique repose sur les revenus que se procure auprès des tiers l'occupant du domaine, et qui sont supposés rentabiliser ses investissements.



Les deux AOT ont des finalités différentes : alors que l'AOT « aller-retour » est une des formes de la commande publique, c'est un montage permettant à l'Université de répondre à ses besoins, à savoir essentiellement la construction ou la réhabilitation de bâtiments. L'AOT « concessive », en revanche, est un simple mode de valorisation du domaine ; son seul but est de rendre le domaine public producteur de revenus.

Attention, certaines AOT « concessives » sont en réalité accordées pour répondre aux besoins de l'administration. Dans ce cas, il pourra juridiquement s'agir de marchés publics, avec des règles de passation très différentes. On peut citer en exemple les AOT accordées pour la réalisation de projets photovoltaïques, qui seront étudiés en Annexe I.

L'Université propriétaire ou affectataire du domaine perçoit en obligatoirement une **redevance** (art. L.2125-1 CG3P) qui tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (art. L.2125-3 CG3P). Selon la jurisprudence, le montant de la redevance est fixé d'après la valeur locative d'une propriété comparable mais aussi d'après les avantages spécifiques procurés, et notamment la rentabilité de l'exploitation⁶⁸. Aux termes de l'article L.30 du Code du Domaine de l'Etat, il revient au « *département des finances [c'est-à-dire au service des domaines, devenu France Domaine] de fixer définitivement, sur l'avis et sur la proposition des services techniques, les prix des locations et concessions relatives au domaine national, sans exception ni réserve pour le domaine militaire, quels que soient la forme et l'objet de ces locations et concessions* ».

L'OCCUPATION DU DOMAINE PAR UNE AUTRE PERSONNE PUBLIQUE EST ELLE PAYANTE ?

Ainsi qu'il a été rappelé plus haut, le principe est celui selon lequel toute occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance par l'occupant. On pourrait penser que lorsque l'occupation est consentie à une autre personne publique, la gratuité de cette occupation pourrait être admise. Il n'en va pas ainsi.

L'article L.2125-1 du CG3P affirme le caractère onéreux de l'occupation du domaine public en les termes suivants :

« Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière. »

Il prévoit ensuite plusieurs exceptions pour lesquelles la gratuité peut être prévue. Selon cet article en effet :

« Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement :

1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même.

En outre, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général. »

En dehors de ces cas expressément autorisés par le Code, toute occupation du domaine doit donc être payante, quand bien même l'autorisation serait accordée à une autre personne publique.

Dans l'hypothèse où une Université souhaiterait mettre à disposition d'une autre Université son domaine public, pour permettre par exemple une certaine mutualisation, cette mise à disposition donnerait en principe lieu au paiement d'une redevance, car aucune des exceptions précitées ne pourrait valablement s'appliquer.

⁶⁸ CE, 10 février 1978, *Min. Fin. c/ Scudier*, Rec. Lebon p.66 et CE, 7 mai 1980, *Soc. Les marines de Cogolin*, Rec. Lebon p.215.

2.4.2 Les conventions domaniales

L'adoption du CG3P et de l'article L. 2122-6 n'a pas eu pour effet de priver l'Etat et ses établissements publics de la faculté de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public non constitutives de droit réel, notamment en vue de permettre la valorisation économique de leur domaine. Il suffira uniquement, en application de l'article L. 2122-6 que le titre prévoie expressément qu'il n'est pas octroyé de droit réel à son titulaire. Ces autorisations revêtent en général la forme et la dénomination de conventions domaniales

L'utilisation envisagée dans le cadre de la convention domaniale doit être conforme à la destination de cette partie du domaine public et compatible avec son affectation⁶⁹. Le caractère de domanialité publique n'est pas incompatible avec la volonté des personnes publiques de valoriser leur patrimoine en l'exploitant à des fins économiques.

Les principales caractéristiques de ce titre d'occupation domaniale sont les suivantes :

- l'autorisation est temporaire⁷⁰ ;
- elle est précaire et révocable⁷¹ ;
- elle est délivrée à titre strictement personnel⁷².

Cependant, il faut noter que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps une appropriation privative des installations édifiées sur le domaine public dans les conditions fixées par le titre d'occupation⁷³.

Ainsi, dans l'arrêt *Sagifa* du 21 avril 1997, le Conseil d'Etat affirme :

« Considérant que l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. »

Il en résulte que lorsque l'autorisation domaniale ne vise pas à satisfaire un besoin du service public, alors il est possible pour l'occupant de se voir conférer des droits

⁶⁹ Article L.2121-1 du CGC3P.

⁷⁰ Article L.2122-2 du CG3P.

⁷¹ Article L.2122-3 du CG3P.

⁷² CE, 6 novembre 1998, *Association amicale des bouquinistes des quais de Paris*, req. n°171317.

⁷³ En ce sens, voir notamment CE, 4 mars 1991, *Mme Palanque*, Lebon tables p.423 et CE, 21 avril 1997, *Ministre du budget c/ Société Sagifa*, RFDA 1997, p. 935.

similaires à celui du propriétaire sur les ouvrages qu'il a édifié sur la dépendance du domaine public.

2.4.3 Conséquences de la dévolution

Les AOT recouvrent des réalités juridiques et pratiques très différentes.

Les Universités sont habituées aux modestes autorisations accordées aux occupants divers pour leur permettre d'exercer leurs activités, qu'il s'agisse de l'installation de distributeurs de billets ou de l'octroi d'un local au bureau des élèves. Pour ces AOT là, la dévolution des biens changera peu de chose : tout au plus l'Université sera-t-elle certaine, en étant propriétaire, qu'elle peut délivrer des AOT sans en référer à sa tutelle. Mais, si ces AOT sont constitutives de droits réels elle devra, même si elle est propriétaire, demander l'autorisation à sa tutelle et au ministre des finances.

La seconde catégorie d'AOT, le montage aller-retour, est un partenariat public-privé. Il nécessite, contrairement au contrat de partenariat, l'octroi de droits réels. S'il est vrai que le fait d'être propriétaire permet un tel octroi, il sera de toutes façons nécessaire, aux termes de l'article L.2122-10 du CG3P, de demander l'autorisation de l'Etat (voir infra point 2.8.1 b)) : la dévolution des terrains par l'Etat ne changera donc que peu de choses.

En tout état de cause, si elles veulent réaliser des partenariats public-privé, les Universités disposent d'un instrument beaucoup plus adapté, à savoir le contrat de partenariat, qui sera étudié ci-après.

2.5 Les Contrats de partenariat

2.5.1 Définition et conditions de recours

a) Un contrat global

Le contrat de partenariat (CP), issu de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, est un contrat permettant de confier à une partie privée une « mission globale » ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Cette mission porte au moins sur les trois éléments suivants:

Ü le financement du projet ;

- Û la construction ou la transformation des installations ;
- Û l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion.

Il peut, en outre, porter sur la conception et diverses « *prestations de service concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ».

Le contrat de partenariat n'est pas un montage aller-retour : il consiste à mettre à disposition de l'administration des biens et équipements nécessaires à l'accomplissement de la mission de service public dont l'administration cocontractante a la charge.

C'est un contrat global, qui permet à l'Université de confier à un seul partenaire la construction, le financement et l'entretien-maintenance des nouveaux bâtiments, ou la réhabilitation des anciens, ainsi que tout ou partie de la conception.

b) Conditions de recours

Afin de satisfaire aux exigences posées par le Conseil Constitutionnel⁷⁴, les auteurs de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ont encadré le recours à cet instrument juridique. Pour recourir à un contrat de partenariat, il faut que le projet réponde à l'un des trois critères suivants : l'urgence, la complexité, le bilan avantages/inconvénients.

Ø Selon les termes du Conseil Constitutionnel dans sa décision précitée, l'urgence « *résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité à rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* ». Cette notion d'urgence a d'abord été interprétée de façon restrictive par la jurisprudence administrative (TA Orléans, 29 avril 2008, *SNSO c/ Conseil général du Loiret*)⁷⁵, mais ce jugement a été réformé en appel, ce qui permet de penser que dorénavant une lecture plus souple de cette condition pourra être faite.

Ø Il y a complexité lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir les moyens techniques pouvant satisfaire à ses besoins, et/ ou, ni objectivement en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet.

Il convient de retenir que la condition de complexité résultera essentiellement de la confrontation entre les caractéristiques propres

⁷⁴ Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003 et décision n°2008-567 du 24 juillet 2008.

⁷⁵ TA Orléans, 29 avril 2008, *SNSO c/ Conseil général du Loiret*, req. n°0604132 et 0604140.

du projet, sur les plans technique, financier ou juridique, avec les moyens dont l'administration concernée dispose pour répondre aux contraintes du projet lui-même (voir l'encadré Exemples de complexité).

- Ø La condition relative au bilan avantages/inconvénients ne peut être uniquement fondée sur le critère du paiement différé. S'agissant d'un nouveau critère introduit par la loi du 28 juillet 2008, il n'existe à ce jour aucune jurisprudence venant l'expliquer.

En pratique, c'est le plus souvent sur la notion de complexité que se fondent les personnes publiques pour justifier le recours au contrat de partenariat, et cela pour une raison simple : ce n'est que dans le cas de complexité qu'il est possible de recourir à la procédure de dialogue compétitif (voir infra, 2.8.3 c)).

EXEMPLES DE PROJETS POUR LESQUELS LA COMPLEXITE A ETE RETENUE PAR LA MAPPP

UFR de médecine de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines⁷⁶

« Le projet présente une importante complexité technico-économique.

L'ouvrage considéré est un bâtiment destiné à abriter simultanément des activités d'enseignement et de recherche ainsi que des services communs.

- ces activités obéissent à des contraintes et exigences fonctionnelles différentes, voire contradictoires : gestion des flux, contrôles d'accès, isolement phonique entre les zones doivent être soigneusement pensés tout en ménageant les échanges entre les pôles et les accès aux services communs (...)
- les laboratoires de recherche (laboratoires de biologie et d'épidémiologie dans le cas d'espèce) et les animaleries obéissent à des règles de conceptions spécifiques, touchant en particulier le domaine de la sécurité (...). L'expérience montre qu'un bâtiment universitaire affecté simultanément à des activités d'enseignement et à des activités de recherche dans le domaine des sciences de la vie est particulièrement délicat à concevoir et à optimiser.
- le bâtiment doit cependant être conçu pour être modulable dans le temps : l'évolutivité et la flexibilité sont des impératifs pour des bâtiments universitaires (...)

L'Université, personne publique en charge du projet, n'a manifestement pas les moyens de définir seule et à l'avance l'ensemble des données de celui-ci avec la précision nécessaire (...) et elle ne dispose pas du savoir-faire lui permettant d'en assurer seule la maintenance. »

Reconstruction du Centre Universitaire de Clignancourt⁷⁷

⁷⁶ Extrait avis MAPPP n°2007-03.

⁷⁷ Extrait avis MAPPP n°2007-02.

« Le projet présente une importante complexité technico-économique.

- La réalisation en une seule phase et en site occupé (ce qui nécessitera des opérations « tiroirs » entre les trois bâtiments à démolir et les bâtiments neufs) constitue en soi une forte contrainte technique (...) l'intégration de la conception et de la réalisation sous l'autorité d'un maître d'ouvrage rompu à cet exercice est manifestement au-delà des capacités de l'Université dans ce domaine (...).
- La complexité particulière qui résulte du choix d'une démarche HQE de haut niveau

Le montage juridique et financier potentiellement complexe.

L'Université souhaite alléger le poids financier de l'opération en confiant au partenaire privé le soin d'optimiser la gestion du Centre en tirant des recettes annexes de l'utilisation par des tiers, dans la mesure de leur disponibilité, des locaux sportifs, du parking, ainsi que de la bibliothèque (et éventuellement d'autres locaux). Cela suppose de concevoir des équipements « à flux ouvert » et des procédures adaptées pour leur utilisation. L'Université ne dispose pas du savoir-faire adéquat pour anticiper sur les contraintes générées par cette option (...).

L'Université, personne publique en charge du projet, n'a manifestement pas les moyens de définir seule et à l'avance l'ensemble des données de celui-ci avec la précision nécessaire pour mener à bien une procédure d'appel d'offres »

Rénovation de l'Institut national des Sports et de l'Education Physique (INSEP) ⁷⁸

« La complexité du projet tient d'abord à ses caractéristiques techniques qui découlent des objectifs poursuivis et des contraintes particulières rencontrées notamment en termes de délai et de coût :

- le projet constitue une « opération à tiroirs » (...)
- il est soumis à une forte contrainte de calendrier : les différents chantiers devront respecter le calendrier des manifestations sportives (...)
- les missions qui seront confiées au partenaire privé sont multiples et hétérogènes, et, pour certaines, nouvelles. Elles recouvrent aussi bien des prestations d'hébergement, de restauration, d'accueil, de gardiennage, d'entretien des bâtiments, d'espaces verts et d'installations sportives (...)

Le projet peut également être regardé comme complexe au regard de son montage financier.

Les contraintes de financement pesant sur le projet doivent être allégées de différentes manières (...). Cet objectif de valorisation financière et économique de l'équipement (...) doit pouvoir être mis en œuvre de manière plus efficiente au travers d'une externalisation totale ou partielle des réalisations et prestations attendues (...). Le montage financier présente un caractère complexe lié à la recherche du meilleur équilibre possible entre le financement budgétaire et les ressources annexes. (...)

Pour l'ensemble de ces raisons, la rénovation de l'INSEP entre bien dans la catégorie des projets complexes au sens de l'article 2 précité de l'ordonnance n°2004-559+ du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. »

⁷⁸ Extrait avis MAPPP n°2005-1.

2.5.2 Le statut du foncier

a) Domaine public et domaine privé

Le régime domanial (domaine public/domaine privé) est relativement indifférent au contrat de partenariat. En général, les terrains d'assiette appartiennent au domaine public, mais rien n'interdit de mettre en œuvre un contrat de partenariat sur le domaine privé d'une collectivité publique : il en ira en particulier ainsi dans le cas où le contrat a pour objet la construction d'un immeuble de bureaux, qui, ainsi qu'on l'a vu, font partie du domaine privé. Toutefois, la mise en œuvre d'un contrat de partenariat pour construire par exemple des bâtiments d'enseignement sur une parcelle appartenant au domaine privé aurait pour effet de faire basculer automatiquement ladite parcelle dans le domaine public, car les immeubles seraient alors à la fois affectés à un service public et à l'usage du public.

b) Contrat de partenariat et propriété du terrain

Par ailleurs, et quel que soit leur statut domanial, les contrats de partenariat ne sont pas nécessairement exécutés sur un terrain appartenant à la personne publique contractante. L'Université peut ainsi très bien passer un contrat de partenariat sur un terrain dont elle n'est pas propriétaire (cas des contrats récents du centre de Clignancourt de Paris IV ou de l'INSEP, où le terrain appartient à la Ville de Paris). Compte tenu de l'objet du contrat de partenariat, il ne paraît même pas nécessaire de demander l'autorisation du propriétaire du terrain, toutefois il y aura lieu dans tous les cas de procéder à une analyse précise de la convention de mise à disposition du terrain. En revanche, il est clair que le contrat de partenariat ne pourra pas accorder de droits réels au partenaire privé, sauf autorisation expresse du propriétaire du terrain ou stipulation expresse de la convention de mise à disposition du terrain.

Il faut donc retenir que les Universités peuvent passer des contrats de partenariat sur des terrains qui ne leur appartiennent pas. Il peut s'agir des terrains qui sont mis à disposition par l'Etat ou les collectivités locales, mais aussi de terrains appartenant à d'autres universités : tel sera le cas de certains projets des PRES dans le cadre de l'Opération Campus. Ces projets ayant par définition un caractère coopératif, ils pourront concerner le foncier de plusieurs Universités, qui devront alors les mettre à disposition de l'entité signataire du contrat de partenariat par une convention ad hoc. Celle-ci devra nécessairement être valable pour toute la durée du contrat de partenariat. Le contrat devra néanmoins prévoir des clauses prévoyant les effets d'une éventuelle résiliation anticipée de ces conventions.

2.5.3 Droits réels : qui est propriétaire des bâtiments ?

Selon les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat :

« Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. »

Les dispositions de la seconde phrase sont indépendantes de la première. Autrement dit les auteurs de l'ordonnance ont entendu permettre la constitution de droits réels au profit du partenaire privé indépendamment de l'affectation du terrain.

Il convient dès lors de distinguer deux situations, selon que le partenaire privé se voit accorder par le contrat des droits réels ou non.

Dans le premier cas, le titulaire du contrat de partenariat ne sera pas propriétaire du terrain mais le sera des constructions édifiées par lui. Il pourra donner des sûretés sur ce droit réel, et notamment le grever d'hypothèques.

A l'inverse, on peut envisager l'hypothèse de l'absence d'octroi de droit réel. Tel a été le cas pour la plupart des contrats ayant concerné des Universités ou des établissements d'enseignement, comme l'Institut National des Sports et de l'Education Physique (INSEP) ou la construction du centre Clignancourt de l'Université Paris IV. L'une des principales raisons en a sans doute été que, dans les deux cas, les Universités n'étaient qu'occupantes de terrains appartenant à la Ville de Paris. Dans ce cas, en l'absence de droits réels, le partenaire privé n'est pas propriétaire des bâtiments qu'il édifie. Le contrat devra préciser que la garde et la propriété sont transférés à l'Université dès la réception des travaux.

A noter que, même en l'absence de droits réels, les travaux continueraient à se faire sous maîtrise d'ouvrage privée, puisque c'est l'article premier de l'ordonnance qui prévoit expressément que : *« le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser »*.

2.5.4 Durée

L'article 1^{er} de l'ordonnance dispose que les contrats de partenariat sont conclus *« pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues »*. Cette dernière

précision vise le cas d'octroi de subventions qui auraient pour effet d'alléger la charge de l'investissement.

Compte tenu de l'investissement nécessaire pour les projets universitaires, une durée comprise entre 20 et 30 ans paraît adéquate. Cette durée est à rapprocher de la norme comptable, qui prévoit une durée d'amortissement de 25 ans pour les bureaux.

2.5.5 Rémunération

Le partenaire privé est principalement rémunéré par une redevance versée par l'administration.

En effet, l'article 1^{er} de l'ordonnance précise expressément que « *la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat* », c'est-à-dire que le paiement différé est autorisé.

Dans un souci de transparence, les clauses relatives à la rémunération doivent distinguer la partie de la rémunération relative aux coûts d'investissement, celle relative aux coûts de fonctionnement et celle relative au coût du financement. L'ordonnance précise désormais que les coûts d'investissement « *comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires* », c'est-à-dire ceux exposés par le titulaire pendant la période de construction.

Enfin, la rémunération distingue obligatoirement les recettes dites de valorisation, c'est-à-dire celles que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice.

La rémunération de la partie privée est désormais nécessairement liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

2.5.6 La gestion des modifications et des progrès technologiques

L'une des caractéristiques des contrats administratifs, applicable même sans texte, est leur mutabilité : l'administration peut toujours décider, dans l'intérêt général, de modifier unilatéralement le contrat, et le cocontractant privé ne peut s'y opposer. Il s'agit pour l'administration de se conformer aux nécessités du service public, dont l'une des règles cardinales est l'adaptabilité aux besoins.

Le rappel de ce principe est particulièrement important s'agissant des contrats de partenariat, qui sont en général des contrats de long terme. C'est pourquoi

l'ordonnance du 17 juin 2004, soucieuse de mettre en place un outil contractuel souple permettant de répondre et de s'adapter, sur le long terme, aux contraintes économiques, techniques et financières de notre époque, a prévu dans son article 11 h) que le contrat doit obligatoirement préciser les « *conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant* ». Ainsi, se préoccuper de la façon dont le contrat sera amendé est non seulement une faculté, mais, dans le cadre d'un contrat de partenariat, une obligation.

Les parties bénéficient d'une marge de manœuvre importante pour prévoir les conditions dans lesquelles le contrat peut évoluer.

Le contrat peut prévoir des « clauses de rencontre » permettant aux cocontractants de se rencontrer et d'entamer des négociations concernant l'évolution des stipulations contractuelles et ses conditions. Les parties peuvent définir contractuellement les hypothèses dans lesquelles elles sont conduites à se rencontrer pour discuter de la modification des stipulations contractuelles (survenance d'un élément d'imprévision ou de force majeure, évolutions techniques ou technologiques de nature à modifier les conditions d'exécution du contrat, évolutions législatives et/ou réglementaires dans le secteur considéré et de nature à modifier les conditions d'exécution de la prestation, ou tout simplement évolution des besoins des Universités).

Bien entendu, le corollaire de la mutabilité du contrat de partenariat est l'obligation qui est faite à l'administration de compenser intégralement le surcoût en résultant pour le partenaire privé. Il faudra donc prévoir des clauses détaillées sur les conséquences de la modification sur le coût des prestations réalisées par le partenaire privé (à la hausse ou à la baisse) et, en conséquence, sur la détermination du loyer.

Enfin, il faut noter que le pouvoir de modification unilatérale de l'administration ne peut pas aller jusqu'à bouleverser l'objet même du contrat.

2.5.7 Le sort des biens en fin de contrat

L'article 11 k) de l'ordonnance du 17 juin 2004 impose de faire figurer au contrat des clauses relatives « *aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels* ».

La règle générale est que, à la fin du contrat qu'elle qu'en soit la cause, les biens sont transférés gratuitement à l'Université signataire du contrat, sous réserve des clauses indemnitaires en cas de résiliation anticipée.

La question se complique si le terrain d'assiette n'est pas la propriété de l'Université.

Si l'Université a construit sur le terrain normalement mis à sa disposition par l'Etat ou une collectivité locale, il faut se reporter aux stipulations de la convention de mise à disposition : normalement, les ouvrages deviennent propriété de l'Université pour toute la durée de la convention.

La situation est plus complexe dans le cadre des Opérations Campus dans l'hypothèse où la personne publique signataire du contrat de partenariat (PRES ou Université) a fait bâtir sur le terrain d'une autre université. Prenons l'exemple d'un PRES qui conclut un contrat de partenariat dont le terrain d'assiette comprend à la fois des parcelles appartenant aux membres du PRES et à d'autres institutions de recherche non membres du PRES :

- Û Si le partenaire privé s'est vu accordé des droits réels, cette propriété cessera avec le contrat. Au terme du contrat de partenariat, la propriété des bâtiments sera transférée aux propriétaires des terrains d'assiette ;
- Û En l'absence de droit réel, le statut de la propriété des biens, qui se pose dès la réception des travaux, doit être réglé par les différentes conventions par lesquelles les propriétaires des terrains ont mis ceux-ci à disposition du PRES.

2.5.8 La valorisation du domaine dans le cadre des contrats de partenariat

L'article 11 de l'ordonnance évoque des « *recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice* ».

Il s'agit d'une novation très intéressante de l'ordonnance, qui prend acte de ce que les infrastructures publiques sont parfois, par leur nature même, mal rentabilisées par la satisfaction des seuls besoins de la personne publique. L'idée est que le partenaire privé pourra rentabiliser l'ouvrage en l'exploitant pour son compte, en dehors des périodes où l'administration en a besoin pour les besoins du service public. S'agissant du projet des Universités, on peut penser à la location de salles, d'amphithéâtres, dans les droits d'accès de tiers aux installations sportives, à l'utilisation des toits pour le photovoltaïque ... etc.

L'ordonnance (art.13) prévoit que cette valorisation peut également concerner, outre les ouvrages et les équipements, le domaine lui-même :

« Si le titulaire du contrat est autorisé à valoriser une partie du domaine de la personne publique dans le cadre du contrat de partenariat, cette dernière procède, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public. La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé, et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat. »

Cette disposition permet donc de procéder à une privatisation partielle du terrain d'assiette du contrat de partenariat et d'autoriser le titulaire à valoriser ce domaine privé.

On peut ainsi imaginer, dans le cas des Universités, des installations annexes ou des boutiques que le partenaire privé est libre d'édifier et d'exploiter ; de façon générale, l'édification de bâtiments « privatifs » sur le terrain objet du contrat, qui feront l'objet d'une location à des tiers. Ainsi, le contrat prévoira une « valorisation » du domaine de la collectivité publique. Cette dernière en attend évidemment un partage de recettes avec le titulaire du contrat afin d'alléger la charge de la redevance, le partenaire privé étant réputé plus à même que la personne publique de faire produire de la valeur au foncier. Cette valorisation peut aller, dans certains contrats de partenariat, jusqu'à l'aliénation du terrain ; dans certains cas, on a vu ainsi des personnes publiques inviter les candidats à faire des propositions de valorisation soit sous forme d'exploitation commerciale du terrain soit sous forme de vente.

En outre, la loi précise utilement que les droits accordés sur le domaine privé peuvent excéder la durée du contrat, dans ce dernier cas après accord exprès de la personne publique. Il sera utile de prévoir en outre, dans le contrat, qu'en cas d'extinction de celui-ci pour quelque cause que ce soit, la collectivité se substitue au titulaire pour l'exécution de ces baux ou droits. C'est bien ainsi que le Conseil Constitutionnel a compris cet article en indiquant dans sa décision du 24 juillet 2008 que ces dispositions « *n'ont pas pour effet de permettre (au) partenaire de demeurer titulaire de tels baux ou de jouir de tels droits au-delà de la durée du partenariat ; que ces baux et ces droits seront, à l'issue de la durée du partenariat, transférés à la personne publique* »⁷⁹.

Enfin, il faut noter une erreur matérielle dans le texte de la loi, qui parle de baux consentis « au » titulaire alors qu'il s'agit de baux consentis « par » le titulaire.

⁷⁹ Conseil Constitutionnel, DC n°2008-567 du 24 juillet 2008 sur la loi relative aux contrats de partenariat.

2.5.9 Le partage des risques

Le partage des risques est la caractéristique même du partenariat. La volonté de transférer un certain nombre de risques au secteur privé est aussi l'une des motivations de recourir à un contrat de partenariat. Il faut bien avoir à l'esprit cependant qu'une prise de risque se rémunère, et pèsera sur le prix payé par la collectivité. Le but ne peut donc pas être de transférer l'ensemble des risques sur le privé, ce qui aboutirait à un coût exorbitant.

Le principe général de l'allocation des risques est que chacun doit supporter le risque qu'il est le mieux à même de maîtriser, ce qui revient à dire que le risque devrait être supporté par celui qui le maîtrise au moindre coût.

2.5.10 Les objectifs de performance assignés au cocontractant

La notion de performance est fondamentale. Par bien des aspects le contrat de partenariat porte plus sur un service que sur un bien. C'est donc la qualité de ce service qu'il faut juger, et non celle de la seule construction comme dans un contrat de louage d'ouvrage classique, même si bien évidemment la qualité des services dépendra en grande partie de celle de la construction qui leur sert de support.

En outre, l'ordonnance précise que la rémunération du partenaire doit être liée à des objectifs de performance. L'ordonnance indique une liste non limitative de ces critères : qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation. Il conviendra donc de prévoir des instruments de mesure de la qualité des bâtiments et ouvrages sur toute la durée du contrat, et en particulier après la période d'expiration de la garantie décennale. En particulier, il conviendra de s'assurer de l'état de l'ouvrage remis en fin de contrat à l'Université.

2.5.11 Contrats de partenariat et autorisation de l'Etat

L'article 9 de l'ordonnance de 2004 prévoit que « *un contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public qu'après accord de l'autorité administrative dans des conditions fixées par décret, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits* ». Le décret n°2009-242 du 2 mars 2009 a prévu que l'autorité administrative était le ministre de l'économie et le ministre chargé du budget.

Il en résulte que les Universités ne pourront en tout état de cause signer un contrat de partenariat que sous réserve d'avoir obtenu l'autorisation de l'Etat.

Ü FICHE SYNTHETIQUE : CONTRAT DE PARTENARIAT (CP)

Quelles sont les missions confiées au partenaire privé ?

La mission confiée au partenaire privé porte **obligatoirement** sur :

- le financement (partiel ou total)
- la construction ou la transformation des installations
- l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion

La mission confiée au partenaire privé peut, de **manière facultative**, porter sur :

- la conception (partielle ou totale)
- des prestations de service concourant à l'exercice, par la personne publique, de sa mission de service public

Quelles sont les conditions pour recourir à un CP ?

Procédure dérogatoire, le recours au CP doit se justifier, à travers l'évaluation préalable, par :

- l'**urgence**,
- la **complexité**
- Le **bilan avantages/inconvénients** plus favorable par rapport aux autres contrats de la commande publique

CP, propriété et domanialité

☐ Un CP peut être conclu **sur un terrain appartenant à un tiers** au contrat.

Ex. : le terrain d'assiette du futur campus universitaire appartient à la Ville = la Ville passe une convention avec l'Université autorisant celle-ci à mener son projet.

☐ Un CP peut être conclu **sur le domaine public ou sur le domaine privé** de la personne publique.

Lorsque le CP porte sur le domaine public, il vaut autorisation d'occupation de celui-ci. Sauf stipulation contraire, le partenaire privé a des droits réels sur les ouvrages qu'il réalise = **il n'est pas obligatoire de conférer des droits réels** au partenaire privé.

Quelle est la durée d'un CP ?

Elle est déterminée en fonction de la **durée d'amortissement** des investissements ou des modalités de financement retenues
= généralement, la durée des CP se situe entre 20 et 30 ans.

Quelle rémunération pour le partenaire privé ?

⊖ **Paiement par la personne publique** sur la durée du contrat
= le CP repose sur un paiement différé, interdit en marché public.

La redevance payée distingue les coûts d'investissement, les coûts de fonctionnement, et ceux de financement. Elle est liée aux objectifs de performance assignés au partenaire.

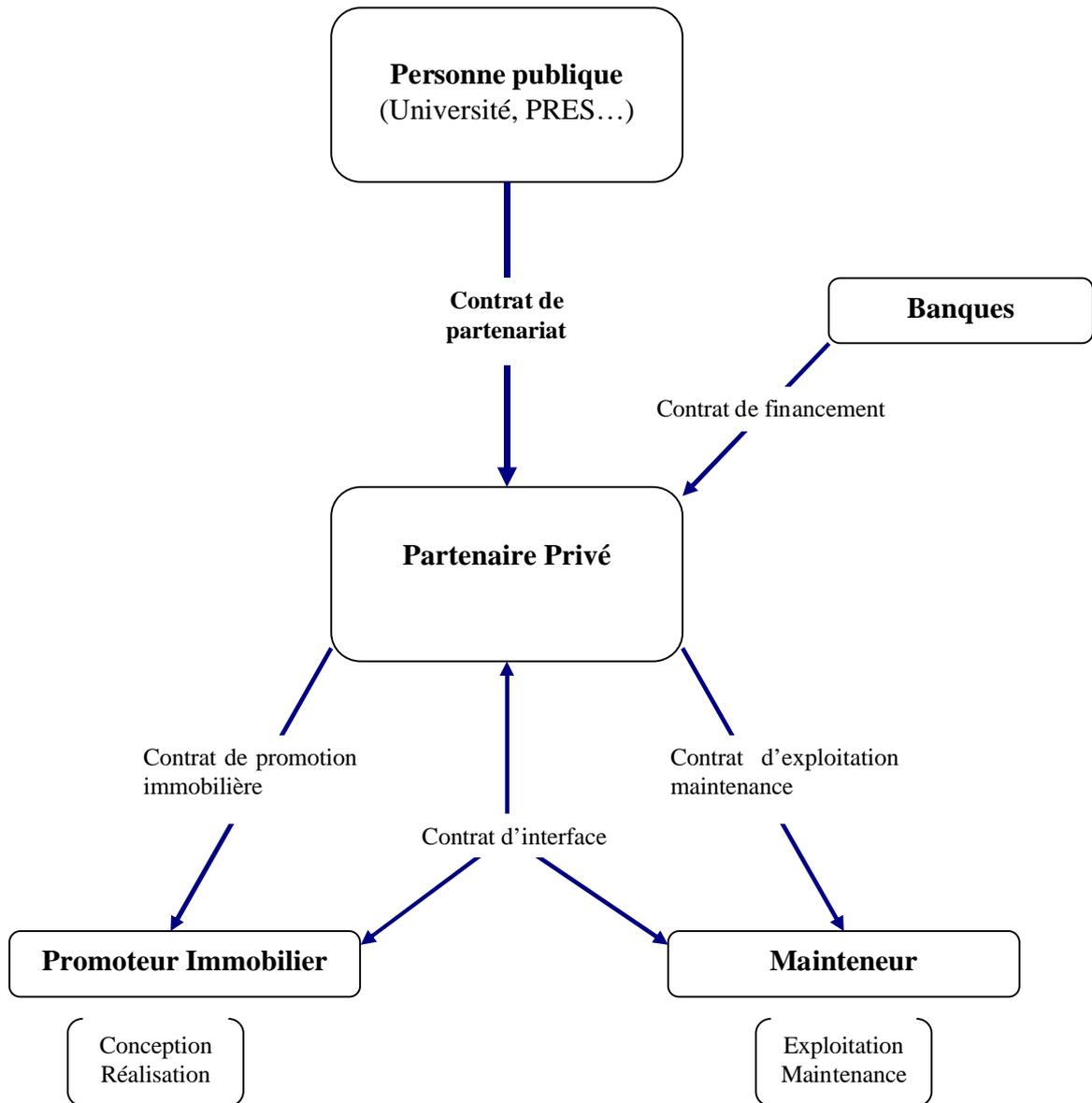
⊖ **Recettes de valorisation** (ou recettes annexes) : il s'agit des recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant le domaine / les ouvrages objets du contrat. Ces activités ne doivent pas porter préjudice aux missions de service public de la personne publique. Ces recettes viennent **en diminution de la rémunération due par la personne publique**.

Comment valoriser les ouvrages et le domaine à travers un CP ?

⊖ La **valorisation des ouvrages** se conçoit aisément : on pense notamment aux activités de restauration, de location de salles ou d'installations sportives à des tiers, voire à l'utilisation des toits pour le photovoltaïque... dont le partenaire privé tirera des recettes venant diminuer le montant de la rémunération due par la personne publique.

⊖ Pour la **valorisation du domaine** lui-même, le partenaire privé peut être autorisé par la personne publique à consentir des baux de droit privé sur le domaine privé de la personne publique = cela permet une « privatisation » partielle du terrain d'assiette et son exploitation commerciale par le partenaire privé. Un partage de ces recettes de valorisation entre personne publique et partenaire privé sera alors prévu. La valorisation peut aller jusqu'à l'aliénation de la parcelle de terrain en cause.

Exemple de schéma contractuel



2.6 Les montages sur le domaine privé : baux emphytéotiques et baux à construction

2.6.1 Le Bail emphytéotique

Le bail emphytéotique est défini ainsi par l'Article L.451-1 du Code Rural :

« Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé 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 preneur n'est pas propriétaire mais dispose d'un droit réel. Il s'agit d'un démembrement de la propriété très proche de la théorie civiliste du droit de surface, défini comme « *le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus ou dessous* ». Ainsi, l'emphytéote ne sera pas propriétaire du terrain mais le sera des constructions édifiées par lui. Il peut donner des sûretés sur ce droit réel, et notamment le grever d'hypothèques.

En fin de bail, les améliorations et travaux apportés au terrain par le preneur, en l'espèce le bâtiment, deviennent propriété du bailleur.

Il n'est pas possible d'accorder un bail emphytéotique sur le domaine public⁸⁰.

L'administration a parfois eu recours à un bail emphytéotique assorti d'une convention non détachable de mise à disposition pour faire construire un immeuble qui lui est destiné.

Trois séries de considérations nous conduisent pourtant à déconseiller très fortement ce montage :

- Le principe de liberté de l'Emphytéote ;
- L'impossibilité pour l'administration de mettre fin au contrat de façon anticipée ;
- Le principe de libre cession de l'Emphytéote.

⁸⁰ CE Sect., 6 mai 1985, *Association Eurolat*, Leb. p. 141.

a) La liberté laissée à l'Emphytéote

L'une des caractéristiques du bail emphytéotique est la liberté totale laissée au preneur quant à l'usage qu'il fait du terrain.

La qualification de bail emphytéotique ne saurait ainsi être retenue si le contrat comporte des clauses attentatoires à la liberté d'entreprendre du preneur, en matière de travaux⁸¹ ou d'usage des lieux⁸² soit que ces clauses stipulent des interdictions soit qu'elles subordonnent les initiatives du preneur au consentement du bailleur.

L'interdiction faite au preneur de réaliser des travaux de construction et de démolition sans le consentement du bailleur, et la possibilité pour ce dernier d'effectuer des réparations sur les biens objet du bail emphytéotique entraînent une disqualification du contrat⁸³.

Il n'est pas nécessaire que l'emphytéote soit obligé de construire, en revanche, il doit en posséder la libre faculté⁸⁴. Ne constitue ainsi pas un bail emphytéotique un bail de longue durée dès lors que l'autorisation de construire est limitée à une pièce, que tout autre aménagement est interdit⁸⁵.

Sera annulé un bail qualifié d'emphytéotique aux motifs que malgré la longue durée du bail, son loyer et sa dénomination, la convention interdisait au preneur tous gros travaux⁸⁶.

La jurisprudence précitée peut se révéler incompatible avec les projets universitaires : à la limite en effet, l'Emphytéote pourrait rajouter au terrain d'autres constructions que celles prévues pour les sous-louer, sans que les Universités puissent s'y opposer sous peine d'une requalification du bail.

b) L'impossibilité pour l'administration de mettre fin au contrat de façon anticipée

Le bail emphytéotique ne peut être résilié avant le terme du contrat que dans deux types de situations prévues à l'article L.451-5 du Code Rural :

⁸¹ Cass. 3^{ème} civ., 7 oct. 1992.

⁸² Cass. 3^{ème} civ., 13 mai 1998 : RD rur. 1998, Act., p.377.

⁸³ Cass. 3^{ème} civ., 7 octobre 1992, n°1349.

⁸⁴ Cass. 3^{ème} civ., 11 juin 1986, n°697.

⁸⁵ Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 1991, Bull., III, n°222.

⁸⁶ Cass. 3^{ème} civ., 7 octobre 1992, Bull., III, n°264.

« A défaut de paiement de deux années consécutives, le bailleur est autorisé, après une sommation restée sans effet, à faire prononcer en justice la résolution de l'emphytéose. La résolution peut également être demandée par le bailleur en cas d'inexécution des conditions du contrat ou si le preneur a commis sur le fonds des détériorations graves. »

Cette disposition donnerait à l'Université la faculté de faire prononcer (par le juge) la résolution aux torts et griefs de l'entrepreneur, car les parties peuvent insérer une clause de résiliation au contrat pour assurer l'exécution des obligations du preneur⁸⁷.

En revanche, l'Université ne pourrait en aucun cas se réserver une possibilité de résiliation pour motif d'intérêt général :

- Le juge disqualifiera le bail emphytéotique lorsque le propriétaire se réserve le droit de résilier le bail pour vendre ou démolir l'immeuble, car une telle clause a pour conséquence de donner au droit de jouissance du preneur un caractère précaire excluant le caractère emphytéotique du bail⁸⁸. De même, lorsque les propriétaires se réservent la faculté de résiliation du contrat pour leur permettre de vendre ou de démolir l'immeuble⁸⁹ ;
- A fortiori n'est-il pas possible pour une administration bailleuse de résilier unilatéralement un bail emphytéotique, alors que c'est la règle pour les contrats administratifs ; la Cour de Cassation a ainsi jugé que la possibilité pour l'administration de résilier de façon unilatérale le bail emphytéotique était en contradiction avec la constitution d'une hypothèque et, par conséquent, excluait le caractère emphytéotique du bail dans un tel cas⁹⁰.
- Une telle impossibilité de résilier par anticipation pour motif d'intérêt général, ou a fortiori de procéder à un rachat (lequel, d'ailleurs, ne pourrait pas intervenir avant la dix-huitième année) paraît incompatible avec le nécessaire exercice des prérogatives de puissance publique de l'Université.

⁸⁷ Cass. 3^{ème} civ., 24 février 1976, Bull., III, n°85.

⁸⁸ Cass., 15 mai 1991, n°852 et Cass., 14 novembre 2002, n°1655.

⁸⁹ Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1991, Bull., III ; n°140.

⁹⁰ Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1991, Bull.cass. III n°140.

c) La liberté de cession de l'Emphytéote

Le droit de libre cession énoncé par l'article L.451-1 du Code Rural, constitue un des caractères essentiels du bail emphytéotique⁹¹.

Une atténuation de cette liberté par l'insertion d'une clause de responsabilité solidaire du locataire avec le cessionnaire conduira le juge à annuler le bail.

Or, en l'espèce, l'Université pourrait souhaiter se réserver un droit de regard sur la cession du bail par le partenaire privé.

2.6.2 Le Bail à construction

Une formule juridique très voisine, le bail à construction, pourrait être sommairement définie comme un bail emphytéotique comprenant une obligation de construire à la charge du preneur.

Il existe beaucoup de similitudes entre le bail à construction et le bail emphytéotique, tenant par exemple à leur durée, au caractère réel du droit conféré, à la possibilité de l'hypothéquer, à la liberté de cession ou encore à l'accession des constructions édifiées au profit du bailleur. Cependant, dans le bail à construction, l'obligation principale est celle de l'édification d'une construction.

Le bail à construction est issu de la loi n°64-1247 du 16 décembre 1964, et a été codifié aux articles L.251-1 à -9 et R.251-1 à -3 du Code de la Construction et de l'Habitation (CCH).

Aux termes de l'article L.251-1 du CCH :

« Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail.

Le bail à construction est consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes.

Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction. »

Par son objet, le bail à construction répond à certains des objectifs des Universités. En effet, cette formule a été instaurée pour dissocier le coût de la construction du coût du foncier, permettre au promoteur de construire sans avoir à supporter le prix

⁹¹ Cass. 3^{ème} civ., 12 décembre 1978, D.1979, IR, 220.

du foncier, et permettre aux propriétaires de se constituer un patrimoine à long terme sans avoir à supporter le coût de la construction.

Ainsi, aux termes de l'article L.251-5 du CCH, « *le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles* ». Ces dispositions peuvent très bien s'appliquer aux rapports entre les Universités et leur partenaire privé.

Mais le bail à construction demeure une variété de bail emphytéotique, et deux des inconvénients mentionnés à propos du bail emphytéotique demeurent :

- Impossibilité de procéder à une résiliation pour motif d'intérêt général : il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence, mais la doctrine paraît considérer que la jurisprudence sur le bail emphytéotique s'appliquerait ;
- Liberté entière de cession laissée au preneur, affirmée par l'article L.251-3 du CCH, dont la loi précise que les dispositions sont d'ordre public ; il n'est donc pas possible d'y déroger contractuellement.

La liberté laissée au preneur est la conséquence du droit réel qui lui est accordé. C'est précisément pour le rendre compatible avec les nécessités de l'édification d'une construction publique que la loi de 1988 a précisément encadré ce droit dans le bail emphytéotique dit « administratif », qui instaure en réalité un régime autonome, très différent de celui du bail emphytéotique du droit privé.

Il serait certes possible d'envisager d'inclure dans de tels contrats une clause permettant à la personne publique de mettre fin au contrat de façon anticipée, ou une clause encadrant la liberté laissée au preneur. Cela reviendrait en réalité à créer des contrats « sui generis », puisque, d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation, il ne pourrait plus alors s'agir de baux emphytéotiques ou de baux à construction.

En outre l'ajout de telles clauses, exorbitantes du droit commun, aurait pour conséquence de conférer au contrat un caractère administratif⁹². De plus, ces baux, assortis d'une convention non détachable de mise à disposition pour constituer un montage « aller-retour », se verraient soumis aux obligations découlant de la directive 2004/18.

S'il est, d'un strict point de vue juridique, possible de recourir à de tels montages, deux considérations doivent pourtant être prises en compte.

D'une part, un tel contrat « sui generis » n'aurait pour seule différence pratique avec le contrat de partenariat que de dispenser la personne publique de procéder à une évaluation préalable.

⁹² CE, 31 juillet 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. Lebon p.909, concl Blum.

D'autre part, les opérateurs, et surtout leurs prêteurs, hésiteraient devant un projet reposant sur un contrat « sui generis » qu'ils n'ont pas l'habitude d'utiliser. Nous estimons que le recours à un montage contractuel peu usité serait de nature à renchérir le coût de financement du projet d'une dizaine de points de base au moins.

Ainsi, il ne paraît pas optimum d'envisager, pour les projets menés par les Universités, de recourir à un contrat « sui generis » peu rassurant pour les opérateurs économiques, alors même qu'il existe des instruments juridiques sécurisants permettant d'arriver au même résultat.

2.7 Le montage ad hoc entre personnes publiques de la Caisse des Dépôts et Consignations

2.7.1 Description du montage

La Caisse des Dépôts et Consignations (CDC), souhaitant intervenir aux côtés des Universités pour la réalisation de l'Opération Campus, propose un montage juridico-financier fondé sur la mise en place :

- d'un partenariat public-public entre la CDC, les Universités et, éventuellement, des collectivités locales, au travers de la création d'une société commune, dénommée la Société de Réalisation (SDR), chargée au travers de la conclusion d'une AOT constitutive de droit réel avec les Universités de porter l'immobilier, d'assurer la maîtrise d'ouvrage et de financer les opérations de rénovation universitaire ;
- d'un montage de droit privé entre la SDR et les opérateurs : la SDR serait chargée de passer (i) un contrat global de conception-construction-maintenance et (ii) des contrats de financement.

Ce montage ad hoc repose donc tout à la fois sur un partenariat public-public et sur un partenariat public-privé.

2.7.2 Contrats et mécanismes supports du montage

L'efficacité du montage ad hoc entre personnes publiques repose sur deux contrats et les mécanismes clefs qui peuvent se résumer comme suit :

- La conclusion entre l'Université et la SDR d'une AOT constitutive de droits réels et d'une convention de mise à disposition non détachable (montage aller-retour). Cette AOT mettra à la charge de la SDR le financement, la

construction et l'entretien-maintenance de bâtiments universitaires. Ces bâtiments seront ensuite mis à disposition de l'Université.

Il est prévu que cette AOT soit conclue en dehors de toute mise en concurrence en raison des liens spécifiques unissant l'Université et la SDR caractérisant une relation dite de « *in house* ».

- La conclusion par la SDR :

 Ü d'un contrat global relatif à la conception, la construction et l'entretien-maintenance avec des opérateurs dont la conclusion :

- est soumise à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics
- échappe (i) à l'obligation d'allotir issue du Code des Marchés Publics et (ii) à la loi MOP.

 Ü d'un contrat de financement auprès d'établissements bancaires.

2.7.3 Avantages et inconvénients du montage

Le montage ad hoc entre personnes publiques présente certains avantages indéniables :

- Il permet de conserver tous les avantages d'un partenariat public-privé, à savoir la maîtrise d'ouvrage privée et la possibilité de conclure un contrat global lorsque la mise en œuvre d'un PPP classique n'est pas possible ou souhaitée,
- Il permet, grâce à la SDR dont le capital est détenu intégralement par des personnes publiques, de maintenir la propriété des bâtiments universitaires dans la sphère publique.

Le principal inconvénient de ce montage réside dans sa nouveauté : en l'absence de retour d'expérience, il est complexe dans sa mise en œuvre, mais cet inconvénient disparaîtra dès qu'il aura connu quelques expérimentations.

2.8 Les procédures de passation de ces différents montages

Les procédures de passation des différents contrats énumérés plus haut dérivent tous d'une norme mère, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* (ci-

après « Directive Marchés »)⁹³. En effet, soit les textes de droit français sont supposés être conformes à cette directive qu'ils transposent, soit, en l'absence de transposition, il convient d'appliquer directement les dispositions de la directive.

La Directive Marchés s'applique aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à son article 1.9 – parmi lesquels se trouvent les établissements publics de l'Etat et donc les Universités.

2.8.1 L'AOT aller-retour constitutive de droits réels

Les montages aller-retour basés sur l'octroi d'une AOT constitutive de droit réel échappent à l'application des règles de passation propres aux marchés publics. Cette solution a été explicitement affirmée par le Conseil d'Etat s'agissant des BEA⁹⁴ ainsi que pour les montages en AOT⁹⁵. Pour parvenir à une telle conclusion, le Conseil d'Etat se fonde sur le double critère que l'administration « *n'assure pas la direction technique des actions de construction, ne devient propriétaire des ouvrages qu'au terme du bail, et ne joue ainsi ni pendant la réalisation desdits ouvrages ni avant le terme fixé, le rôle de maître d'ouvrage* ».

En revanche, ils constituent des marchés publics de travaux au sens communautaire (a) et leur octroi est soumis à une procédure précisée par le Code du Domaine de l'Etat (b).

a) L'application du droit communautaire

En effet, le droit communautaire a une vision plus large et plus « réaliste » des marchés publics. C'est ainsi que l'article 1^{er} b) de la Directive Marchés donne la définition suivante des marchés publics de travaux :

« Les "marchés publics de travaux" sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.»

Le « *par tout moyen que ce soit* » oblige à considérer les AOT aller-retour avec constitution de droits réels comme entrant dans le champ d'application de la

⁹³ Les Universités ne sont pas soumises à l'autre directive sur les marchés publics, la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite « Directive Secteurs Spéciaux ») : cf pour une application au photovoltaïque, infra, Annexe I, point 2.4.

⁹⁴ CE sect., 25 février 1994, *Société SOFAP Marignan Immobilier*, RFDA 1984, 510, concl. Arrighi de Casanova.

⁹⁵ Avis CE n°356960 du 31 janvier 1995, GACE, 2^{ème} éd., p.343.

Directive Marchés. S'agissant des contrats de partenariat, le point a été expressément jugé par le Conseil d'Etat⁹⁶.

Il résulte de ce qui précède que les montages aller-retour fondés sur l'octroi d'une AOT constitutive de droits réels doivent respecter les règles de mise en concurrence énoncées par la directive n°2004/18, à savoir :

- Û Publicité préalable au Journal officiel de l'Union européenne,
- Û Choix de la procédure : la procédure de principe est l'appel d'offres, c'est à dire une procédure qui exclut toute négociation avec les candidats. Le dialogue compétitif ne sera possible, par exception, que si le projet est complexe⁹⁷ ;
- Û Délai de présentation des candidatures : 37 jours dans les procédures restreintes⁹⁸ ou en cas de recours au dialogue compétitif, pouvant être réduits de 7 jours si l'envoi est fait par voie électronique ;
- Û Délai de présentation des offres : 52 jours pour les procédures ouvertes⁹⁹ et 40 jours pour les procédures restreintes. En cas d'avis de pré-information, ces délais peuvent être réduits « *en règle générale, à 36 jours mais, en aucun cas, à moins de 22 jours* » ;
- Û Choix des offres : l'administration doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de critères définis avant le lancement de la compétition et pondérés.

b) La procédure administrative

(i) La délivrance d'une AOT non constitutive de droits réels

L'article R.53 du Code du Domaine de l'Etat dispose :

⁹⁶ CE, 29 octobre 2004, *J.P. Sueur et autres, UNSFA, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et Fédération Nationale des Elus Socialistes et Républicains, Syndicat National des entreprises du second oeuvre du bâtiment*, req. n°269814, 271119, 271357, 271362, concl. D. Casas).

⁹⁷ L'article 29 point 1 de la directive 2004/18 précise qu'il n'est possible de recourir au dialogue compétitif que lorsque le projet est « particulièrement complexe », et l'article 1^{er} point 11-c) de la directive précise : « un marché public est considéré comme "particulièrement complexe" lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir (...) les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet. »

⁹⁸ C'est à dire, selon la terminologie bruxelloise, l'appel d'offres restreint.

⁹⁹ C'est à dire l'appel d'offres ouvert.

« Sous réserve des règlements particuliers qui attribuent compétence à d'autres autorités administratives, notamment à l'autorité militaire, les préfets, agissant en qualité de représentants des ministres chargés de la gestion et de la garde du domaine public national dans le département, autorisent les occupations temporaires et le stationnement sur les dépendances de ce domaine et prennent les décisions relatives à leur administration. »

C'est au vu de l'acte affectant le domaine de l'Etat aux Universités que l'on pourra déterminer si celles-ci peuvent octroyer directement des AOT sans droit réel.

Toutefois, la jurisprudence¹⁰⁰ a reconnu que l'article L.726-2 du Code de l'Education conférerait aux instances des Universités la compétence pour consentir des AOT traditionnelles sur le domaine qui leur est affecté ou qui est mis à leur disposition. Cette compétence s'étend à la fixation et à la perception de la redevance d'occupation du domaine.

Si les biens concernés par l'AOT relèvent de la propriété d'une collectivité territoriale, il conviendra de regarder la convention mettant à disposition de l'Université les biens en cause, afin de déterminer si l'Université se voit reconnaître la possibilité d'accorder directement une telle AOT.

S'agissant de leur propre domaine, ce sont bien les Universités, en tant que propriétaire, qui délivreront de telles autorisations.

(ii) La délivrance d'une AOT constitutive de droits réels

L'article L.719-14 du Code de l'Education prévoit *in fine* que :

¹⁰⁰ CAA Paris, 27 avril 1999, *Université Paris IX Dauphine*, Rec. Lebon p.512 : « Considérant qu'aux termes de l'article 20 de la loi susvisée du 10 juillet 1989 : "Les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent se voir confier, par l'Etat, la maîtrise d'ouvrage de constructions universitaires. A l'égard de ces locaux comme de ceux qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les établissements d'enseignement supérieur relevant du ministre de l'éducation nationale ou du ministre de l'agriculture exercent les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation des biens" ; Considérant qu'au cours de sa séance du 8 janvier 1996, le conseil d'administration de l'UNIVERSITE de PARIS IX DAUPHINE a fixé, au nombre des "tarifs divers" votés pour l'année universitaire 1996-1997, celui d'une "carte de parking" dont le montant, sauf pour le personnel, s'élève à 1.000 F hors taxes ; Considérant que la fixation des redevances pour occupation du domaine public d'une personne morale de droit public fait partie des droits que celle-ci exerce en sa qualité de propriétaire ; que si le tarif de stationnement des automobiles dans les parcs que l'Etat a mis, parmi les autres locaux universitaires, à la disposition d'un établissement d'enseignement supérieur constitue une redevance d'occupation du domaine public, sa fixation, qui ne relève pas du droit de disposition et qui ne modifie pas l'affectation des biens, a été transférée, par application des dispositions spéciales de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1989 précitées et par dérogation aux dispositions générales du code du domaine de l'Etat, au conseil d'administration de l'université ».

« Les biens qui sont utilisés par l'établissement pour l'accomplissement de ses missions de service public peuvent faire l'objet d'un contrat conférant des droits réels à un tiers, sous réserve de l'accord préalable de l'autorité administrative compétente et de clauses permettant d'assurer la continuité du service public. »

Quelle est l'autorité administrative compétente ? Il faut se reporter à l'encadrement législatif général sur les AOT constitutives de droits réels qui résulte des dispositions combinées des articles L.2122-6, L.2122-10 L.2122-14 du CG3P.

Le premier est celui qui institue la possibilité d'accorder des droits réels sur le domaine public, et l'article L.2122-14 précise que cette possibilité est applicable « aux établissements publics de l'Etat, tant pour le domaine public de l'Etat qui leur est confié que pour leur domaine propre ».

Mais l'article L.2122-10 précise que *« lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, les dispositions de l'article L. 2122-6 ne leur sont applicables que sur décision de l'Etat »*, et l'article L.2122-14 ajoute que *« des décrets en Conseil d'Etat apportent les adaptations nécessaires aux dispositions relatives à la gestion du domaine public par les établissements publics de l'Etat, et notamment les conditions dans lesquelles les décisions prises par les autorités compétentes de ces établissements sont, dans les cas prévus à l'article L. 2122-10, soumises à approbation de leur ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine. »*

Ces décrets en Conseil d'Etat sont les articles R.57- 2 et suivants du Code du Domaine de l'Etat.

L'article R. 57-4 II précise que, même s'agissant du troisième alinéa de l'article R.57-3 I, c'est-à-dire du cas du domaine public propre d'un établissement public, « s'il apparaît (...) que tout ou partie des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont la réalisation est envisagée sont nécessaires à la continuité du service public auquel est affecté le domaine public concerné par la demande, il ne peut y être fait droit que sur accord préalable du ministre de tutelle et du ministre chargé du domaine, ou du préfet après avis du directeur des services fiscaux, selon que le montant des travaux projetés est ou non supérieur à 3 000 000 euros hors taxes. »

Il est clair que, la plupart du temps, les ouvrages à édifier participeront de la continuité du service public. L'accord préalable des Ministres de tutelle des Universités sera donc requis.

Il est précisé que *«faute d'obtention de cet accord préalable dans un délai de deux mois à compter de la saisine du préfet ou de quatre mois à compter de la saisine des ministres, l'autorité compétente de l'établissement public ou autre organisme gestionnaire est tenue de refuser le caractère constitutif de droit réel au titre d'occupation du domaine public demandé ».*

En conclusion, même sur le domaine public dont elle est propriétaire, l'Université devra recueillir l'accord préalable des autorités de l'Etat pour accorder des AOT créatrices de droits réels.

2.8.2 Les autres AOT et les montages sur le domaine privé

Comme pour l'AOT aller-retour, il n'existe pas de texte en droit français régissant la passation des AOT « concessives » et des montages sur le domaine privé (baux emphytéotiques, baux à construction).

Toutefois, ces montages sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la Directive Marchés et de constituer des concessions de travaux publics (a). Ils peuvent aussi constituer des délégations de service public (b). A défaut, ils constitueront de simples procédures de valorisation du domaine public qui, en l'état du droit, ne sont soumis à aucune procédure de passation d'origine nationale ou communautaire (c).

a) Les concessions de travaux publics

Le modèle économique des AOT « concessives », des baux emphytéotiques et des baux à construction repose sur la rémunération du titulaire du contrat par les usagers. De tels montages ne constituent donc pas des marchés publics au sens de l'article 1^{er}.2 de la Directive Marchés (texte cité supra point précédent).

Mais de tels montages sont susceptibles de constituer des concessions de travaux publics, ainsi définie à l'article 1er.3 :

« La "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. ».

Que le montage doive présenter les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux implique qu'il réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

Tel peut être le cas, d'après la jurisprudence, de certains projets¹⁰¹, et notamment, ainsi qu'on le verra en Annexe I, des projets photovoltaïques.

En revanche, s'il s'agit d'un pur projet de valorisation, sans immixtion de l'Université dans la définition du programme, alors on ne pourra parler de concession de travaux publics.

La Directive Marché a été transposée en droit interne par divers textes. Les concessions de travaux de l'Etat et de ses établissements publics sont aujourd'hui régies par le décret n°2010-406 du 26 avril 2010¹⁰².

Les concessions de travaux publics sont soumises aux obligations de publicité et de passation suivantes :

- Û Un avis doit être publié au Journal officiel de l'Union européenne pour les concessions d'un montant supérieur ou égal à 4 845 000 € HT ;
- Û Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à cinquante-deux jours à compter de la date d'envoi de l'avis à l'office des publications officielles de l'Union européenne (délai réduite à quarante-cinq jours si l'avis est envoyé par voie électronique) ;
- Û Le délai de réception des offres est librement fixé par le pouvoir adjudicateur ;
- Û Lorsque le montant de la concession est supérieur au seuil précité, la personne publique, une fois qu'elle a fait son choix, doit notifier aux candidats évincés le rejet de leurs offres, en précisant les motifs de ce rejet ;
- Û Un délai de seize jours doit être respecté entre la notification du rejet des offres aux concurrents évincés et la signature du contrat (délai réduit à onze jours en cas de transmission électronique de la notification).

¹⁰¹ Le Conseil d'Etat a ainsi expressément jugé qu'un bail emphytéotique administratif accompagné d'une convention aux termes de laquelle l'entrepreneur était chargé de construire et de gérer un casino municipal en se rémunérant sur l'exploitation de l'ouvrage constituait une concession de travaux publics au sens des directives alors applicables (CE ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, concl. S. Lasvignes, RFDA 1994 p.728).

¹⁰² Décret n°2010-406 du 26 avril 2010 *relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique* venant compléter l'ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 *relative aux concessions de travaux publics*.

Par ailleurs, l'administration peut imposer aux candidats de confier à des tiers un pourcentage minimal de 30 % de la valeur globale des travaux.

Les contrats de travaux conclus par les concessionnaires sont eux-mêmes soumis aux mêmes formalités de publicité que les contrats de concession, le délai mentionné plus haut étant de trente-sept jours.

b) Cas particulier des délégations de service public

L'AOT qui consiste à confier la réalisation d'un ouvrage au titulaire et de l'exploiter pourrait être requalifiée de délégation de service public au sens la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite la « Loi Sapin » qui prévoit que :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

En conséquence, si l'AOT concessive confie la gestion d'un service public à son titulaire alors la requalification en délégation de service public du montage juridique est tout à fait envisageable.

Le point de savoir si une AOT constitue une simple convention de gestion domaniale est parfois malaisé et la jurisprudence a indiqué les critères à prendre en compte¹⁰³.

La Loi Sapin impose un certain nombre de règles pour la passation des délégations de service public :

- Û Publicité préalable : l'avis de publicité doit obligatoirement faire l'objet de deux insertions : l'une dans un journal d'annonces légales, l'autre dans une publication spécialisée ;
- Û Réception des candidatures : un délai de 1 mois doit séparer la date de réception des candidatures et la dernière publication ;

¹⁰³ CE, 10 mars 2006, *Société Unibail Management*, req. n°284802.

Û Négociation libre avec les candidats admis à négocier dans les respects des principes de la commande publique ;

Û Choix du cocontractant.

c) Les montages de pure valorisation du domaine

Enfin, il est des montages qui ne constituent ni une concession de service ni de travaux publics et qui ne répondent à aucun besoin propre aux Universités. Ils sont exclusivement octroyés dans un objectif de valorisation financière du domaine. Il en va ainsi de certaines AOT et de certains baux emphytéotiques et baux à construction.

Ces montages qui ont pour unique objet de participer à la valorisation du domaine public ne sont, en l'état actuel du droit français, soumis à aucune règle de mise en concurrence. C'est ce que rappelle encore le Conseil d'Etat dans une jurisprudence du 10 juin 2009¹⁰⁴ dans laquelle il évoque « *la conclusion d'une convention portant simplement occupation du domaine public maritime, dont la passation n'est soumise à aucune procédure particulière* ».

Cependant, comme tout pouvoir discrétionnaire, celui de conclure un tel contrat doit néanmoins respecter la légalité, tant externe (règles de compétence et de procédure) qu'interne (exactitude matérielle, absence d'erreur de droit, absence de détournement de pouvoir).

Une obligation de non-discrimination d'origine communautaire s'impose également à l'administration : la CJCE a jugé que la Ville de Biarritz avait porté atteinte à la liberté d'établissement en opposant une condition de nationalité à un artiste peintre qui souhaitait louer un local appartenant à la commune¹⁰⁵.

Dès lors, la doctrine¹⁰⁶ en a notamment conclu que ce principe de non-discrimination impliquait une obligation de transparence, telle qu'énoncée pour les concessions de service par l'arrêt *Telaustria*¹⁰⁷ de la CJCE :

« (...) *nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter*

¹⁰⁴ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, req. n°317671

¹⁰⁵ CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff 197/84.

¹⁰⁶ Voir L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^{ème} Edition, 1017.

¹⁰⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

En effet, (...), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. »

En outre, la jurisprudence du Conseil d'Etat « Société EDA » (citée plus haut point 1.2.2) rappelle que :

« s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités »¹⁰⁸.

En d'autres termes, si l'occupation du domaine vise des activités de production, de distribution ou de services, la personne publique doit alors respecter les principes tirés du droit de la concurrence.

Compte tenu de l'état évolutif de la jurisprudence sur ces questions de concurrence, et aussi en considération de principes de saine gestion, on ne saurait trop recommander aux Universités de procéder à une consultation minimum des opérateurs intéressés avant de signer de tels contrats.

¹⁰⁸ CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, req. n°202260.

Exemple : l'installation d'une start up

Des chercheurs de l'Université viennent de créer une start up et demandent au président de leur mettre des locaux à disposition pour les aider à démarrer leur activité : comment faire ?

La valorisation de la recherche fait partie des missions de l'Université.

Le plus simple est d'accorder une AOT sans droits réels (si on est sur le domaine public).

Il ne s'agit pas de répondre aux besoins de l'Université, un appel d'offres n'est donc pas nécessaire, mais il vaut mieux respecter une certaine transparence (par exemple publication sur le site internet de l'Université).

LA MISE EN CONCURRENCE S'IMPOSE-T-ELLE TOUJOURS ? EXEMPLE : LA GESTION D'UNE CAFETERIA PAR UNE ASSOCIATION

L'Université souhaite confier l'exploitation d'une cafétéria sur son campus à l'une de ses associations: doit-elle organiser une mise en concurrence ?

Si le droit de la commande publique n'impose pas de procédure spécifique de mise en concurrence, la jurisprudence communautaire impose une obligation de transparence, tirée du principe de non-discrimination, et le droit général de la concurrence implique que le gestionnaire du domaine respecte les principes de libre concurrence. On peut toutefois penser que certains projets, comme l'exploitation d'une cafétéria par une association universitaire, rendent difficile, voire absurde une mise en concurrence.

La jurisprudence administrative offre des pistes de réflexion intéressantes :

- dans un arrêt de 1997¹⁰⁹, le Conseil d'Etat estime qu'une personne publique peut confier la gestion d'un service public à un tiers, sans mise en concurrence, dès lors que celui-ci ne s'apparente pas à un « opérateur sur un marché concurrentiel », au regard de son objet et de ses modalités d'organisation. Il s'agissait en l'espèce de l'association pour le festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence à laquelle la Commune d'Aix-en-Provence avait confié la gestion d'un service public. Le juge estime que l'association ne peut être regardée comme « *un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'une marché public* ».

○ Si l'association à qui l'Université veut permettre d'occuper son domaine, par exemple pour l'exploitation d'une cafétéria, ne s'apparente pas à un opérateur sur un marché concurrentiel, la mise en concurrence n'est pas obligatoire. Il faut toutefois mener une analyse au cas par cas pour vérifier si tel est bien le cas.

- dans un arrêt de février 2010¹¹⁰ par lequel il annule un décret relevant le seuil en deçà duquel les marchés publics peuvent être conclus sans concurrence, le Conseil d'Etat estime que l'absence de mise en concurrence préalable à un marché peut s'expliquer par le fait que de telles formalités sont « *manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré* ».

○ Il s'agit là d'une autre piste de réflexion appelant une analyse au cas par cas, selon la nature du projet, son objet et les sommes financières en jeu.

¹⁰⁹ CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, req. n°284736.

¹¹⁰ CE, 10 février 2010, *P.*, req. n°329100.

2.8.3 Les contrats de partenariat

Il convient de distinguer trois types de procédure de passation pour les contrats de partenariat : la procédure négociée, la procédure d'appel d'offres, et la procédure dite de dialogue compétitif.

a) Procédure négociée

(i) Cas dans lesquels on peut recourir à la procédure négociée

Il n'est possible de recourir à une procédure négociée que lorsque le montant du contrat est inférieur à un seuil variable selon la nature de la personne publique. En ce qui concerne les établissements publics de l'Etat, les seuils sont les suivants :

- 4.845.000 € HT si le contrat a pour objet principal des travaux ;
- 125.000 € HT si le contrat a un autre objet.

(ii) Caractéristiques de la procédure négociée

Depuis la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat, la procédure négociée est autorisée pour les contrats de partenariat¹¹¹. Cette procédure nécessite toutefois la publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Pour le reste, elle est librement définie par la personne publique qui doit simplement veiller à respecter les principes fondamentaux de la commande publique : transparence de la procédure et égalité de traitement des candidats.

La personne publique pourra par exemple organiser un dialogue avec les candidats, afin d'identifier les solutions répondant au mieux à ses besoins.

Rappelons que deux délais dans la procédure de passation doivent être respectés, même en cas de procédure négociée : le délai entre l'avis d'appel public à la concurrence et le dépôt des candidatures (40 jours) et le délai de rendu de l'offre finale (30 jours).

¹¹¹ Article 7.III de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, article 5 du décret n°2009-243 du 2 mars 2009.

b) Procédure d'appel d'offres

(i) Cas dans lesquels on peut recourir à l'appel d'offres

L'ordonnance de 2004 prévoit qu'un contrat de partenariat peut être conclu à l'issue d'une procédure d'appel d'offres.

En pratique, cette procédure est peu utilisée en contrat de partenariat. Les contrats jusqu'ici conclus se fondent très majoritairement sur la notion de complexité, qui permet de recourir à la procédure de dialogue compétitif.

(ii) Caractéristiques de la procédure d'appel d'offres

Il s'agit d'un appel d'offres restreint dont le décret n°2009-243 du 21 mars 2009 détaille les étapes¹¹².

La sélection se fait donc en deux temps : il convient d'abord de sélectionner des candidatures, puis de sélectionner les offres qui seront faites par els candidats retenus.

Dans ce type de procédure, aucune négociation ou dialogue avec les candidats ne peut avoir lieu.

c) Procédure du dialogue compétitif

(i) Cas dans lesquels on peut recourir au dialogue compétitif

Selon l'article 5 de l'ordonnance de 2004, on peut recourir au dialogue compétitif si « *la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». En d'autres termes, le projet doit être complexe.

La notion de complexité est ainsi duale : elle permet d'une part de justifier le recours à un contrat de partenariat, et d'autre part de mener une procédure de dialogue compétitif.

Toutefois, il faut relever que l'on peut recourir à cette procédure, indépendamment du critère d'éligibilité retenu pour justifier le recours à un contrat de partenariat : ainsi, la personne publique peut, à l'issue de l'évaluation préalable, estimer que le recours au contrat de partenariat

¹¹² Article 4 du décret n°2009-243 du 2 mars 2009.

est justifié par l'urgence attachée au projet, puis recourir à la procédure de dialogue compétitif si son projet est en outre complexe.

(ii) Caractéristiques de la procédure de dialogue compétitif

Les différentes étapes de la phase de dialogue sont définies strictement dans l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004.

La procédure comprend essentiellement deux phases : une phase de dialogue sur les propositions et une phase de jugement des offres. C'est la logique même du système, qui est d'aider la personne publique à définir ses besoins, puis, ceux-ci étant bien précisés, de choisir l'offre la plus avantageuse.

- Le dialogue

La première phase se déroule sur la base d'un programme fonctionnel établi par la personne publique, qui énonce les besoins de la personne publique, et à partir duquel la personne publique échange avec chacun des candidats.

La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives avec possibilité, entre deux phases, d'éliminer certains candidats dont les propositions ne répondent pas à ses besoins, selon les critères de jugement des offres préalablement établis. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

La personne publique doit veiller à respecter les idées innovantes proposées par les candidats et à ne pas révéler aux candidats des informations communiquées par d'autres. Cela peut être difficile dans la mesure où la précision des besoins de l'administration se nourrit précisément du dialogue avec tous les candidats. L'administration peut ainsi être tentée de « tester » sur les candidats des propositions ou variantes émanant de l'un d'entre eux ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.

La seconde phase commence lorsque l'administration estime que la discussion est arrivée à son terme. Elle invite alors les candidats à remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue.

- Le jugement des offres

Commence alors la phase de jugement des offres, et la phase dite de « mise au point ». Celle-ci est nécessaire car, compte tenu de la complexité des offres en dialogue compétitif, il faut faire préciser aux candidats certains aspects de leurs offres.

Mais « mise au point » ne veut pas dire « renégociation » du contrat. Selon les textes :

« La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire »¹¹³.

L'ordonnance prévoit également, depuis la loi du 28 juillet 2008, qu'il est possible de réitérer ces demandes, et sous les mêmes réserves, au « candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse ». Cet ajout officialise une pratique courante qui consiste à permettre un échange exclusif avec un seul candidat. Pour mettre cette faculté en œuvre, nous conseillons d'indiquer aux candidats ayant remis une offre finale et ayant produit des clarifications et confirmations que la phase de clarification va se poursuivre après une certaine date avec celui de candidats qui, à cette date, paraîtra avoir remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Il faut alors prévoir que, si des difficultés apparaissent ou persistent avec ce candidat, la mise au point sera continuée avec le candidat paraissant classé second.

¹¹³ Article 7 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004.

3. Résumé : que change la dévolution dans la gestion du patrimoine universitaire?

Aux termes de cette analyse, il convient de se demander ce que change la dévolution au titre de l'article L.719-14 du Code de l'Education au regard des règles d'utilisation du patrimoine universitaire. Les conséquences analysées ci-dessous seraient les mêmes si l'Université devenait propriétaire d'un bien initialement propriété d'une collectivité territoriale (par l'un des mécanismes exposés au point 1.1.4 de la première partie).

3.1 Des conséquences limitées ...

La dévolution n'amène pas un bouleversement dans tous les modes de gestion du patrimoine universitaire.

Il convient d'abord de remarquer que certaines règles sont d'application générale et s'imposent quel que soit le régime de la propriété : ainsi le principe de spécialité, ou la nécessité de respecter le droit de la concurrence.

D'autres dépendent du point de savoir si le bien est soumis ou non à un régime de domanialité publique, et concernent donc une catégorie plus vaste que le patrimoine dont les Universités sont propriétaires : ainsi certains montages sont réservés au domaine public (AOT), d'autres au domaine privé (baux, baux emphytéotiques et baux à construction).

Par ailleurs, on a signalé que le régime actuel de l'affectation ou le nouveau régime de la mise à disposition emportent déjà des conséquences pratiques très proches de celui de la propriété (première partie, point 1.2.1.).

On a aussi exposé que, même si elles sont pleines propriétaires, les Universités devront tout de même solliciter l'approbation préalable de l'Etat pour octroyer des droits réels (deuxième partie, point 2.8.1 b). L'autorisation de l'Etat est également requise en tout état de cause, quel que soit le statut de la propriété, préalablement à la conclusion d'un contrat de partenariat (deuxième partie, point 2.5.11).

Enfin, et au-delà de tout aspect juridique, les utilisations du patrimoine universitaire sont soumises à contrainte financière : quand bien même les Universités seraient libres de lancer des projets reposant sur des contrats de partenariat ou des AOT avec droits réels, encore faudrait-il trouver des financements. Or, en l'absence de recettes propres des Universités, ces financements ne peuvent venir que de l'Etat et doivent, de plus, être sécurisées à long terme pour que les projets soient « bancables » : bien que les Universités soient des personnes publiques, donc insusceptibles d'être mises en liquidation, les banques n'accepteront de prêter¹¹⁴ que si le soutien financier de l'Etat est acquis à l'Université pour

¹¹⁴ ... prêter aux Universités elles mêmes dans les projets sous maîtrise d'ouvrage universitaire, ou à leurs partenaires privés dans le cadre de projets en PPP : en effet, les financements de ces derniers sont garantis par une cession Dailly

toute la durée du projet. Ainsi, les opérations du Plan Campus reposent en général sur une convention de financement par laquelle l'Etat accepte, dans des termes plus ou moins contraignants, d'apporter son soutien financier au projet.

3.2 ... mais bien réelles

Cela dit, il existe une différence essentielle entre la pleine propriété et l'ensemble des autres régimes, à savoir la possibilité, dans le premier cas, de procéder à des actes de disposition.

Ainsi, la conséquence la plus tangible du transfert en pleine propriété du patrimoine sur la base de l'article L.719-14 du Code de l'Education sera de permettre aux Universités d'aliéner leurs biens (sous réserve d'une désaffectation préalable pour ceux d'entre eux sous régime de domanialité publique) sans demander d'autorisation aux tutelles. D'autre part, même si elles doivent recueillir l'approbation préalable de leur ministre de tutelle et du ministre des finances, elles pourront aussi accorder sur leur domaine public des droits réels, notamment dans le cadre de montages en AOT ou en contrats de partenariat : un certain nombre de montages en deviennent possibles, comme le montage en AOT-LOA.

Tel est, du point de vue de l'utilisation du patrimoine, le grand changement juridique opéré par le transfert.

L'essentiel est peut être ailleurs : actuellement, il est vrai que les obligations de maintenance et de renouvellement pèsent sur l'Université, mais les crédits correspondants sont négociés annuellement (ou au mieux dans le cadre des conventions quadri-annuelles) avec l'Etat. La dévolution permettra d'introduire une planification de la maintenance et des investissements de renouvellement, elle permettra de réfléchir à la stratégie immobilière à long terme des Universités. A condition bien sûr que la planification nécessaire des besoins se double d'une planification des efforts financiers ; or, les Universités, contrairement aux collectivités locales, autres grands gestionnaires de patrimoine éducatif, n'ont pas de ressources propres. Par conséquent, un des grands enjeux du transfert sera de sécuriser à long terme l'aide de l'Etat, qui devra porter sur l'investissement mais aussi sur la maintenance et le renouvellement : tel est l'objet des troisième et surtout quatrième parties.

dite acceptée des loyers payés par l'Université au partenaire privé. Le mécanisme de l'acceptation fait que la contrepartie réelle des banques n'est pas le partenaire privé mais la personne publique.

Ü FICHE SYNTHETIQUE : TRANSFERT DE PROPRIETE ET VALORISATION

	AVANT LA DEVOLUTION		APRES LA DEVOLUTION	
	Domaine public	Domaine privé	Domaine public	Domaine privé
Aliénation	NON	NON	NON Le bien doit être déclassé pour tomber dans le domaine privé et être aliéné	OUI
Autorisation d'occupation temporaire avec droits réels	NON (du moins dans le cadre L762-2)	NON L'AOT implique que l'on soit sur le domaine public	OUI Mais autorisation de l'Etat	NON L'AOT implique que l'on soit sur le domaine public
Autorisation d'occupation temporaire sans droits réels	OUI Si autorisation du propriétaire	NON L'AOT implique que l'on soit sur le domaine public	OUI Mais autorisation de l'Etat	NON L'AOT implique que l'on soit sur le domaine public
Contrat de partenariat avec droits réels	NON Sauf autorisation du propriétaire	NON Sauf autorisation du propriétaire	OUI Mais autorisation de l'Etat	OUI Mais autorisation de l'Etat
Contrat de partenariat sans droits réels	OUI Mais autorisation de l'Etat	OUI Mais autorisation de l'Etat	OUI Mais autorisation de l'Etat	OUI Mais autorisation de l'Etat
Bail emphytéotique	NON	OUI A condition que l'affectation n'entraîne pas un régime de domanialité publique	NON	OUI A condition que l'affectation n'entraîne pas un régime de domanialité publique
Bail à construction	NON	OUI A condition que l'affectation n'entraîne pas un régime de domanialité publique	NON	OUI A condition que l'affectation n'entraîne pas un régime de domanialité publique

Location	NON	OUI Si autorisation du propriétaire	NON	OUI
<p>⊖ Le fait de devenir propriétaire permet d'aliéner les biens relevant du domaine privé et de recourir à différents contrats sans avoir à demander une autorisation au propriétaire. Toutefois l'autorisation de l'Etat s'impose le plus souvent pour les établissements publics.</p>				

TROISIEME PARTIE : LE MECANISME DU TRANSFERT DE PROPRIETE

1. Les pré-requis pour un transfert de propriété réussi

L'Inspection Générale des Finances et l'Inspection Générale de l'Administration de l'Education Nationale et de la Recherche ont formalisé, dans un cahier des charges d'octobre 2007¹¹⁵, les pré-requis nécessaires à l'application des nouvelles compétences élargies des Universités. Nous reprenons ci-dessous les recommandations formulées en ce qui concerne le point spécifique du transfert de la propriété des biens de l'Etat aux Universités.

1.1 Remise à niveau de la comptabilité patrimoniale

Pour mener à bien une politique immobilière, les Universités doivent avant tout avoir une connaissance fiable de leur patrimoine, tant dans sa consistance (inventaire physique et juridique) que dans sa valeur.

Le cahier des charges préconisait ainsi la réalisation d'un inventaire physique des biens des Universités, qui doit passer par un recensement de l'ensemble des biens, en lien avec la Direction générale de la comptabilité publique en charge de la fiabilisation du tableau général des propriétés de l'Etat.

Cet inventaire physique du patrimoine universitaire doit s'accompagner d'un inventaire juridique de l'ensemble des biens, afin de connaître leur statut et le régime juridique qui leur est applicable. Comme nous l'avons vu en effet, les biens des Universités sont divers : ils peuvent être la propriété de l'Etat, de collectivités territoriales, ou appartenir à l'Université elle-même. L'identification de l'origine des biens universitaires peut d'ailleurs être délicate : ancienneté des titres d'affectation ou d'attribution à titre de dotation (la mise en place des nouvelles conventions d'utilisation devrait toutefois aider les Universités sur ce point, voir première partie, point 1.2.1), existence de dons et legs avec charges... En outre, les biens des Universités pourront relever du domaine public ou du domaine privé de la personne publique propriétaire, ce qui a des incidences sur l'utilisation et la valorisation qui peuvent en être faites.

Par ailleurs, le cahier des charges suggérait de mettre en place une valorisation comptable des biens au bilan des Universités, et donc dans un premier temps de déterminer la valeur

¹¹⁵ Inspection Générale des Finances (n°2007-M-067-04) et Inspection Générale de l'Administration de l'Education Nationale et de la Recherche (n°2007-091), *Cahier des Charges établi en vue de l'élargissement des compétences des universités prévu par la loi relative aux libertés et responsabilités des universités.*

comptable des biens (avec l'appui de France Domaine). Cela s'accompagnera par la mise en place d'une pratique d'amortissements comptables (voir quatrième partie, point 1) prenant en compte le financement du renouvellement des biens transférés par l'Etat.

Le rapport de l'IGAENR d'avril 2009¹¹⁶ relevait cependant que les missions d'audit de l'inspection « *ont constaté que l'estimation de la valeur des biens immobiliers effectuée par France Domaine était assez souvent inférieure à celle du marché, surtout lorsque les immeubles concernés sont situés en cette ville ou dans les grandes agglomérations* ».

1.2 Définition d'une politique immobilière

Le cahier des charges de 2007 préconisait la mise en place d'un schéma directeur reprenant les grandes orientations de la politique patrimoniale (investissement) et immobilière (maintenance) de l'établissement public. L'objectif est de permettre aux Universités d'effectuer une programmation à vocation pluriannuelle, ce qui doit permettre :

- d'optimiser la programmation de la maintenance des bâtiments, éventuellement en s'appuyant sur un diagnostic technique externe afin d'identifier les besoins de l'Université et de vérifier le bon emploi de ces crédits sur ce poste.
- de rationaliser ses choix patrimoniaux, notamment en matière d'investissement (nécessité ou non de constructions nouvelles, identification du foncier disponible, opportunité d'une cession d'une partie du patrimoine...).

La circulaire du 16 septembre 2009 du Ministère du budget met en avant à ce titre le rôle des SPSI (schémas pluriannuels de stratégie immobilière) qui doivent permettre de recenser :

- les immeubles mis à disposition ou loués par l'Etat
- les biens détenus en pleine propriété (biens propres, dons, legs...)
- les immeubles pris à bail ou occupés à un titre quelconque
- les biens mis à disposition par une collectivité territoriale ou une autre structure

Selon le calendrier préconisé par la circulaire, les projets de SPSI doivent avoir été envoyés pour avis aux tutelles et à France Domaine avant le 30 juin 2010. Les tutelles devront alors rendre un avis concernant la compatibilité des orientations immobilières définies dans les SPSI avec l'objet social et les missions dévolues à l'opérateur (ici, l'Université). En outre, France Domaine rendra un avis (dans les quatre mois de la transmission du SPSI) relatif à la conformité de ce schéma à la politique immobilière de l'Etat et sur son équilibre financier.

¹¹⁶ Rapport IGAENR, avril 2009, *La modernisation de la gestion publique : un levier pour l'autonomie des Universités*.

Ensuite, le SPSI est approuvé par le conseil d'administration, étant entendu qu'il devra avoir pris en compte les remarques relatives à l'éventuelle non-conformité à la politique immobilière de l'Etat. Une fois approuvé, le SPSI est transmis aux tutelles et à France Domaine, et aux préfets éventuellement concernés.

1.3 Gouvernance

Le cahier des charges établi par l'IGAENR et l'IGF en octobre 2007 précisait, en ce qui concerne la gestion de la fonction immobilière au sein des Universités que :

« Selon la mission, les fonctions dites du propriétaire doivent être exercées au niveau central :

- *tenue de l'inventaire physique et juridique du patrimoine ;*
- *tenue de la comptabilité du patrimoine ;*
- *programmation et élaboration du schéma directeur ;*
- *le cas échéant, maîtrise d'ouvrage (en cas de maîtrise d'ouvrage mandatée, c'est le suivi des mandataires qui devra être exercée à ce niveau) ;*
- *maintenance du propriétaire ;*
- *connaissance et suivi de l'utilisation des locaux.*

Les autres fonctions liées à la gestion immobilière (entretien courant, maintenance dite du locataire, gestion des salles, etc.) peuvent en revanche être confiées, selon les choix de chaque établissement, au niveau central ou décentralisé au sein de l'université. »

Les Universités sont invitées à réfléchir aux modalités pratiques devant permettre de faire émerger en leur sein une stratégie immobilière : l'IGAENR, lors de ces audits, a pu constater que cette fonction est généralement intégrée au sein d'autres équipes de la direction (finances ou moyens), la fonction immobilière étant ainsi trop souvent réduite à sa dimension technique¹¹⁷, au détriment de sa dimension programmatique et politique.

L'objet de cette Etude n'est pas de préconiser une organisation spécifique au sein des Universités répondant aux enjeux de la loi LRU et de la possibilité du transfert de propriété du patrimoine universitaire.

Il convient toutefois d'inciter chaque établissement à mener une réflexion afin de déterminer quelle organisation répondra le mieux aux objectifs qu'il se fixe. Les questions devant être posées sont les suivantes :

¹¹⁷ « La pratique immobilière répond alors plus à l'urgence des besoins qu'à la réalisation d'objectifs partagés » in Rapport IGAENR, avril 2009, *La modernisation de la gestion publique : un levier pour l'autonomie des Universités*.

- La stratégie immobilière de l'Université sera-t-elle mieux servie par la mise en place d'une organisation dédiée des services (création d'une direction, vice-présidence « patrimoine ») ?
- Quelles fonctions à quel niveau (central/décentralisé) ?
- Comment gérer les rapports avec l'Etat (Etat propriétaire, Etat tutelle, France Domaine...) ?
- Quel rôle donné au PRES en matière immobilière ?

2. Les modalités du transfert

2.1 Quels sont les établissements qui peuvent demander le transfert de propriété ?

L'article L.719-14 du Code de l'Education énonce que l'Etat peut transférer la propriété de certains biens « aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui en font la demande ».

L'article L.711-9 du Code de l'Education prévoit en outre qu'un décret doit préciser « les conditions dans lesquelles les établissements publics administratifs dont les missions comportent l'enseignement supérieur et la recherche peuvent demander à bénéficier (...) du transfert des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat qui leur sont affectés ou sont mis à leur disposition, dans les conditions fixées par l'article L.179-14 ».

C'est sur le fondement de ce texte qu'a été pris le décret n°2008-606 du 26 juin 2006 dont l'article 3 indique :

« Le transfert des biens mobiliers et immobiliers prévu à l'article L.719-14 du code de l'éducation peut bénéficier aux établissements publics administratifs disposant, conformément aux dispositions de l'article 1er du présent décret, des responsabilités et compétences élargies en matière budgétaire et de gestion des ressources humaines. »

L'article 1^{er} du décret impose deux conditions pour que les établissements puissent demander les compétences et responsabilités élargies (et donc, *in fine*, la dévolution de la propriété) : d'une part, dispenser des formations conduisant à la délivrance d'un diplôme conférant le grade de master ou de doctorat ou délivrer l'un de ces diplômes, d'autre part, disposer d'une école doctorale ou d'au moins une unité de recherche reconnue par l'Etat ou être associés à l'une de celles-ci.

Les PRES, qui sont le plus souvent constitués sous la forme d'EPCS ne pourraient ainsi bénéficier de la dévolution du patrimoine universitaire qu'à condition de remplir les conditions posées par le décret de 2008. Même si ces conditions étaient remplies, ils devraient en outre être à ce jour affectataires de bâtiments pour pouvoir en demander la dévolution, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Ainsi, le transfert de propriété peut être demandé :

- par les EPSCP.
- par les établissements publics administratifs dont les missions comportent l'enseignement supérieur et la recherche et qui bénéficient des responsabilités et compétences élargies, conformément au décret n°2008-606.

2.2 Quels sont les biens dont l'établissement peut demander le transfert ?

Le nouvel article L.719-14 du Code de l'Education issu de l'article 32 de la loi LRU énonce que :

« L'Etat peut transférer aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui en font la demande la pleine propriété des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat qui leur sont affectés ou sont mis à leur disposition. »

Ce dispositif concerne ainsi exclusivement les biens propriété de l'Etat, qui sont jusque là affectés ou mis à disposition des Universités. Il ne peut être mis en place par exemple pour les biens dont les collectivités locales sont propriétaires.

Bien sûr, la grande majorité des biens des Universités appartiennent aujourd'hui à l'Etat, et c'est donc la plupart des biens qui pourront bénéficier de ce transfert. Toutefois, il ne faut pas oublier que quelques biens sont de la propriété d'une autre collectivité publique, et que ceux-ci ne pourront en bénéficier. Rappelons à ce titre que les locaux des IUFM (récemment intégrés dans les Universités) appartiennent le plus souvent aux départements et ne pourront ainsi bénéficier du transfert prévu par l'article L.719-14.

Aussi, si l'Université dispose de biens mis à disposition par une autre personne que l'Etat (sur les biens des collectivités territoriales, voir point 1.1.4 de la première partie), elle devra veiller, à prendre en compte, dans sa gestion patrimoniale, les spécificités de ces locaux (par exemple, si elle décide de procéder à l'aliénation d'une partie de ces locaux, les bâtiments dont elle ne sera pas propriétaire devront être exclus de l'opération).

2.3 Peut-on demander un transfert partiel ?

L'une des grandes questions que posera le transfert est évidemment de savoir si les Universités pourront choisir les immeubles à transférer. La tentation est en effet grande de ne prendre que les immeubles en bon état ou les bâtiments historiques prestigieux et de laisser à l'Etat l'immobilier vétuste et demandant de grosses réparations.

L'article L.719-14 du Code de l'Education parle du transfert « *des* » biens et non du transfert « *de* » biens. Mais on ne peut en tirer la conclusion que c'est l'intégralité des biens qu'il faudrait transférer, et les travaux préparatoires ne sont pas éclairants à cet égard. Par conséquent, le périmètre exact du transfert dépendra de la négociation globale avec l'Etat.

A la date de rédaction de cette étude, une éventuelle « doctrine » de l'Etat n'est pas encore fixée.

2.4 Comment se fait le transfert ?

2.4.1 La décision de transférer

L'article L.719-14 du Code de l'Education indique que « *l'Etat peut transférer aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel qui en font la demande* » les biens en cause.

La dévolution de propriété doit ainsi être demandée par l'Université.

Il faut répéter que le transfert est optionnel, il ne peut être imposé aux Universités, et les travaux préparatoires de l'article L.719-14 en indiquent clairement les raisons : « *une partie des bâtiments universitaires sont dans un état catastrophique. Les universités ne pourront donc sans doute pas toutes faire face aux frais considérables de remise en état qu'ils exigent. C'est pourquoi votre commission adhère à la proposition du Gouvernement de laisser à chaque établissement la faculté d'opter ou non pour la dévolution du patrimoine immobilier mis à sa disposition par l'État* »¹¹⁸.

A l'inverse, l'Etat « peut » transférer la propriété des biens en cause, ce qui signifie qu'il n'est pas obligé de le faire. Il appréciera vraisemblablement si l'Université concernée a pris toutes les mesures pratiques et de bonne gouvernance pour assurer la bonne administration du nouveau patrimoine. Interviendra aussi le point de savoir si l'Université accepte le transfert de l'intégralité du patrimoine ou seulement de la partie « intéressante ».

Le transfert est opéré conjointement par le ou les Ministre(s) de tutelle, le Ministre chargé des domaines, et, le cas échéant, le Ministre affectataire du bien transféré.

2.4.2 Conditions du transfert

¹¹⁸ Sénat, Rapport n°372 de M. Jean Léonce Dupont, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 11 janvier 2007.

Les conditions du transfert de propriété, précisées par l'article L.719-14 du Code de l'Education, sont les suivantes :

a) Gratuité du transfert ?

L'article L.719-14 du Code de l'Education précise que le transfert « *ne donne lieu ni à un versement de salaires ou honoraires au profit de l'Etat ni à aucune indemnité ou perception de droits ou de taxes au profit de l'Etat* ».

Nous attirons l'attention des Universités sur le fait que si l'opération même du transfert est gratuite, il y aura des frais liés à l'audit et à l'expertise préalable au transfert.

Le transfert s'opère bien à titre gratuit, mais pas les étapes nécessaires à sa préparation. La gratuité est affirmée vis-à-vis de l'Etat.

Selon les termes de la ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche : « *seuls sont exclus lors du transfert immobilier les prélèvements et versements au profit de l'Etat, qu'il s'agisse du versement d'honoraires ou de salaires ou de la perception de droits ou taxes. Il s'agit donc de tous les prélèvements et versements liés à la procédure de transfert de propriété et non des éventuels prélèvements et versements, salaires et autres indemnités liés à l'audit et à l'expertise préalable de ce patrimoine* »¹¹⁹.

Les prestations notamment des experts en sécurité seront ainsi rémunérées.

b) Mise en place d'une convention pour la mise en sécurité du patrimoine

L'article L.719-14 du Code de l'Education prévoit que le transfert « *s'accompagne, le cas échéant, d'une convention visant à la mise en sécurité du patrimoine, après expertise contradictoire* ».

Cette convention n'est pas obligatoire mais semble devoir s'imposer lorsque les biens en cause ne respectent pas les normes de sécurité et incendies des bâtiments accueillant du public. Elle servira surtout de support aux négociations financières entre l'Etat et l'Université.

Selon le rapport présenté devant l'Assemblée Nationale lors de l'examen de la loi LRU¹²⁰ :

¹¹⁹ Travaux parlementaires, séance du 12 juillet 2007 au Sénat.

¹²⁰ Rapport n°80 de M.Apparu, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 18 juillet 2007.

« Cette convention vise à définir les modalités par lesquelles l'Etat assumera la charge de la mise aux normes de sécurité et incendie : il peut par exemple s'agir d'une programmation de travaux ou d'un transfert de fonds pour financer ces travaux. La signature de cette convention doit être précédée d'une expertise contradictoire. Le transfert de propriété pourra être étalé dans le temps pour tenir compte des la progression des travaux de mise en sécurité. »

A ce jour, nous ne disposons pas d'information précise sur la convention de mise en sécurité : le rapport public annuel de la Cour des Comptes de février 2009 énonçait que « la DGES a indiqué que la réflexion avait encore peu avancé sur les modalités précises d'application de l'article 32 [de la loi LRU, devenu l'article L.719-14 du Code de l'Education]. Elle envisage néanmoins la mise en place de nouveaux schémas directeurs de sécurité et l'élaboration d'un référentiel sur lequel pourra s'appuyer l'expertise contradictoire ».

En outre, se pose la question de savoir qui, de l'Etat ou de l'Université, prendra en charge les frais et la conduite de cette expertise.

2.4.3 La détermination de la valeur des biens transférés

Si le transfert est gratuit, le bien transféré se voit cependant affecter une valorisation, effectuée par France Domaine. La remise à niveau, au sein des Universités, d'une comptabilité patrimoniale implique en effet la valorisation comptable des biens inscrits à leur bilan (voir cinquième partie, point 1.1).

La circulaire du Service des Domaines du 24 décembre 2009 relative au parc immobilier des opérateurs de l'Etat (dont font partie les Universités) indique que « le service France Domaine effectue une évaluation en valeur de marché des biens des opérateurs (biens remis en dotation, biens propres, à l'exception des prises à bail). Cette phase devra être achevée en janvier 2010 et les évaluations seront communiquées aux opérateurs et à leur(s) ministère(s) de tutelle »¹²¹.

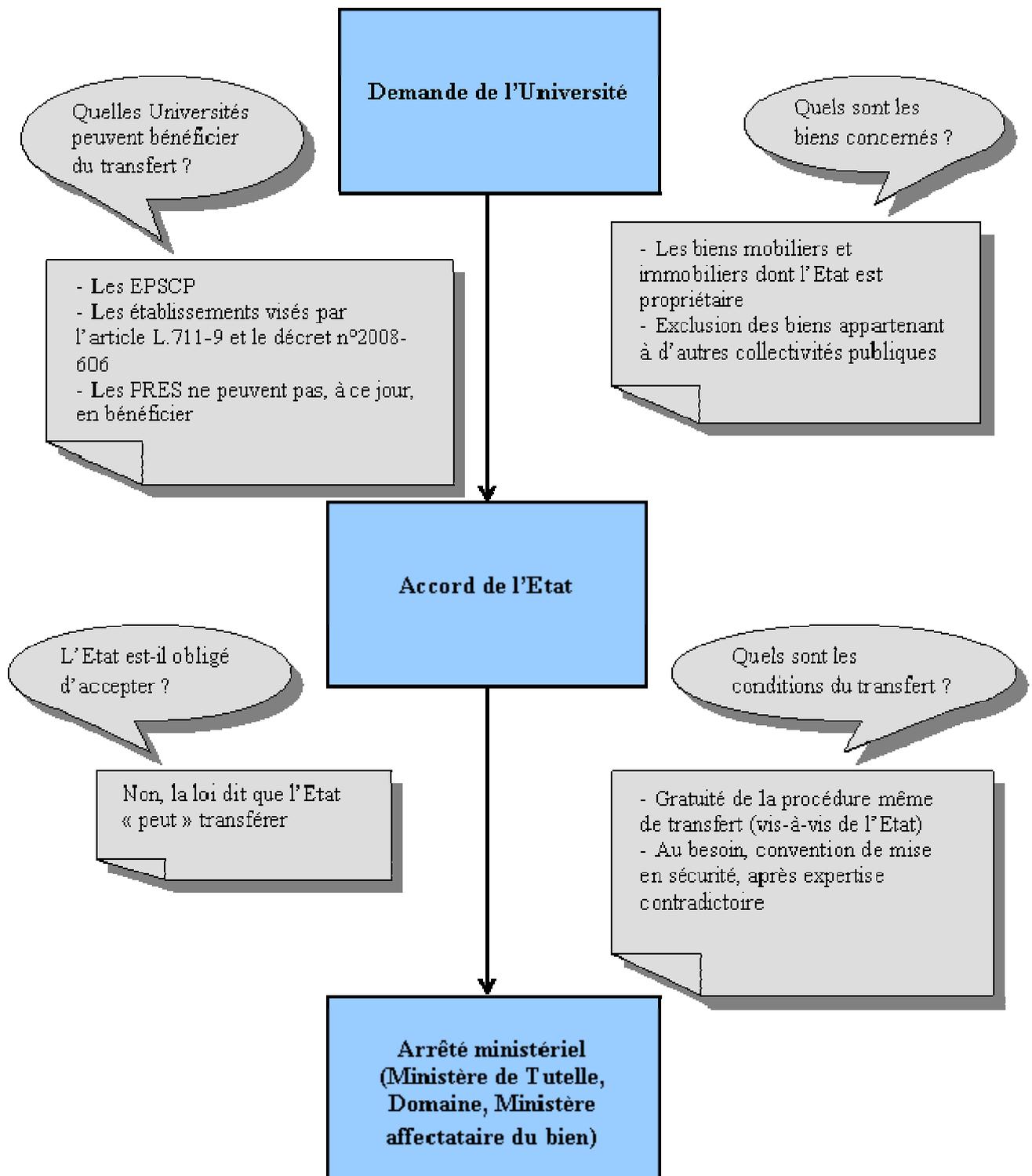
Les biens des Universités appartenant à ce jour à l'Etat devraient ainsi avoir été valorisés par France Domaine.

A ce jour, le mode de valorisation de France Domaine n'est pas connu. S'il devait s'agir non de la valeur nette comptable de ces biens dans la comptabilité actuelle de l'Etat mais de la valeur vénale, alors les valorisations seraient très élevées : certes, les contraintes fonctionnelles d'un bâtiment universitaire en diminuent la valeur, mais la valeur des terrains d'assiette est potentiellement très importante au moins pour les éléments de patrimoine situés dans les centres-villes.

¹²¹ Circulaire de la DGFP du 24 décembre 2009 relative au parc immobilier des opérateurs de l'Etat.

Or, la valorisation d'entrée est un élément très important car elle déterminera le montant des dotations aux amortissements que l'Université devra dégager dans les années ultérieures (voir quatrième partie, point 1.3).

Ü FICHE SYNTHETIQUE : MECANISME DU TRANSFERT DE PROPRIETE



QUATRIEME PARTIE : CONSEQUENCES DU TRANSFERT POUR L'ETABLISSEMENT

1. Financement du transfert et impact comptable

1.1 Le financement de la politique immobilière

Les canaux de financement de la politique immobilière sont multiples.

Une grande partie des crédits de l'Etat relatifs à la construction et la réhabilitation des bâtiments universitaires relèvent du Contrat de Projet Etat-Région (CPER) : créé par la loi du 29 juillet 1982, c'est un contrat passé entre l'Etat et les collectivités territoriales permettant le financement des projets patrimoniaux des établissements et désignant les axes prioritaires en termes de crédits d'investissement.

Le contrat pluriannuel d'établissement (dit contrat quadriennal), prévu par l'article L.711-1 du Code de l'Education tel que modifié par la loi LRU, permet d'établir les relations entre l'établissement et l'Etat. En ce qui concerne plus spécifiquement l'immobilier, le contrat d'établissement concerne les seuls crédits de maintenance, ce qui recouvre les interventions lourdes de remise en état du clos et du couvert, de mise à niveau des équipements techniques, de rénovation intérieure et d'aménagement des espaces extérieurs. Rappelons qu'en application de l'article L.762-2 du Code de l'Education, les établissements sont responsables de la maintenance des bâtiments qui leur sont mis à disposition (voir également supra première partie, point 1.2.1 sur les conventions d'utilisation).

Avec la loi LRU, il est appelé à devenir un contrat global précisant les moyens alloués aux établissements : budgets de fonctionnement et d'investissement et montants et plafonds relatifs à la masse salariale.

Les crédits de mise en sécurité font l'objet de plans spécifiques de financement, relevant de la DGES.

Enfin, les crédits de logistique relèvent de la dotation globale de fonctionnement annuelle attribuée aux établissements.

1.2 La question du financement du patrimoine transféré aux Universités

On rappelle (cf supra, première partie, point 1.2.1) qu'aux termes de l'article L.762-2 du Code de l'Education issu de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, les Universités exercent, à l'égard des locaux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'Etat, les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du

droit de disposition et d'affectation. Il en va de même, en vertu du même article, des locaux pour lesquels l'Etat a transféré aux Universités la maîtrise d'ouvrage.

Depuis la réforme de 1989, les établissements publics d'enseignement supérieur sont donc maîtres d'ouvrage de droit commun des travaux de maintenance (grosses réparations et renouvellement, mise en sécurité) du patrimoine immobilier que l'Etat met à leur disposition ou pour lequel il leur confie la maîtrise d'ouvrage, alors qu'auparavant ils n'avaient la responsabilité que des réparations locatives ou d'entretien. Les établissements sont aussi responsables de la programmation de l'ensemble de leurs opérations de maintenance. C'est pour cela que les moyens apportés par l'Etat sont inscrits dans les contrats quadriennaux conclus entre ce dernier et les Universités.

Ainsi, pour tous ces bâtiments déjà mis à disposition par l'Etat, les obligations de maintenance, de gros entretien et de renouvellement pèsent déjà sur les Universités et ne seront pas affectées par le transfert de patrimoine en toute propriété.

Néanmoins, il est évidemment très important de savoir comment sécuriser à long terme le financement du patrimoine transféré, c'est-à-dire la contribution de l'Etat au financement du patrimoine immobilier pouvant être transféré aux Universités, ainsi que ses modalités de calcul.

Dans le document en date du 9 juillet 2009 diffusé aux sept Universités ayant alors demandé la dévolution immobilière, la DGES précise que « *l'Etat finance, si besoin, des travaux de mise en sécurité préalable ; de manière récurrente, une contribution aux besoins induits par le patrimoine transféré, c'est-à-dire à l'effort réel d'amortissement et aux besoins techniques de renouvellement* ».

En ce qui concerne le choix de la méthode de calcul de la contribution au renouvellement, plusieurs pistes de réflexion sont menées :

- Financement *ad hoc* déterminé à intervalles réguliers dans le cadre d'une discussion : tous les 4 ans, l'établissement présenterait un programme pluriannuel d'investissement servant de base à une discussion avec l'Etat et devant permettre de définir le financement accordé. Le Ministère note toutefois que cette méthode aurait notamment pour inconvénient de manquer de visibilité sur le long terme et de restreindre l'autonomie des établissements qui n'auraient aucune assurance sur le résultat de la discussion menée.
- Financement forfaitaire globalisé déterminé en fonction de la dotation aux amortissements : l'Etat verserait ainsi une subvention annuelle en fonction du montant de la dotation aux amortissements. Toutefois, l'amortissement comptable ne paraît pas être le bon reflet des besoins immobiliers, et les évolutions de la contribution de l'Etat resteraient soumises à discussion régulière avec l'Etat.
- Financement forfaitaire globalisé déterminé en fonction de la surface : là encore, il n'est pas sûr que la surface soit le bon référent.

- Financement forfaitaire globalisé déterminé en fonction de l'activité hébergée : le calcul se ferait alors selon le nombre d'étudiants présents et de « publiants » hébergés. Cela signifie cependant que des ajustements seront nécessaires selon l'évolution de l'activité de l'établissement.

1.3 Comptabilité

Le transfert de propriété des biens immobiliers a une incidence comptable importante.

En effet l'Etat, en transférant la propriété de l'immobilier, transfère également aux Universités la charge du renouvellement du patrimoine. Dès lors, l'Université ne peut plus procéder à la neutralisation des dotations aux amortissements. Pour les biens dont le renouvellement n'incombe pas à l'établissement, on pratique en effet la « neutralisation » des dotations aux amortissements par une recette : cela ne sera plus le cas pour les biens immobiliers transférés.

Or, le décret financier des EPSCP impose l'équilibre du compte de résultat¹²², ce qui signifie que le résultat, après dotation aux amortissements, doit être positif ou nul.

La question comptable est donc un élément important du problème du financement du transfert de propriété des biens immobiliers de l'Etat.

1.4 Résumé : ce que change la dévolution

La dévolution en pleine propriété va ainsi créer des charges nouvelles. Toutefois, celles-ci sont strictement limitées à la dotation de la provision pour amortissement, dans la mesure où les obligations de maintenance et de gros entretien-renouvellement pèsent déjà sur les Universités.

Il faut toutefois insister sur le point suivant : ainsi qu'on l'a vu plus haut (première partie, point 1.2.1), le régime de la simple affectation va prendre fin au profit de la signature de conventions de mise à disposition, avec paiement d'un loyer à des prix de marché. Par conséquent, pour les Universités, le choix financier sera essentiellement de savoir si elles préfèrent payer un loyer ou abonder une dotation aux amortissements. Par ailleurs nous avons aussi signalé plus haut qu'à la date de rédaction de la présente Etude, la question de savoir si les Universités devront payer un loyer budgétaire pour tout leur patrimoine ne semble pas définitivement tranchée.

¹²² Article 9 du décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies.*

2. Fiscalité et assurances

2.1 Fiscalité locale¹²³ : la dévolution du patrimoine ne change pas fondamentalement la donne

2.1.1 Contribution économique territoriale

Les personnes publiques sont frappées par la contribution économique territoriale (ancienne taxe professionnelle) en ce qui concerne leurs activités « professionnelles », c'est-à-dire, les activités lucratives.

Cependant, sont exonérés de cette contribution, en vertu de l'article 1449 du Code Général des Impôts « *les établissements publics et les organismes de l'Etat, pour leurs activités de caractère essentiellement culturel, éducatif, sanitaire, social, sportif ou touristique* ».

En outre, l'article 1464 H du CGI prévoit une exonération spécifique pour les activités des EPSCP qui sont gérées par des services d'activités industrielles et commerciales (SAIC).

2.1.2 Taxe d'habitation

La taxe d'habitation est due par les personnes qui ont, « *à quelque titre que ce soit, la disposition ou la jouissance des locaux imposables* » (art. 1407 CGI).

Toutefois, l'article 1408 du Code Général des Impôts exonère les EPSCP de la taxe d'habitation.

2.1.3 Taxe foncière

Une réponse ministérielle¹²⁴ rappelle que les articles 1382 et 1394 du Code Général des Impôts prévoient une exonération, respectivement de la taxe foncière sur les propriétés bâties et de la taxe foncière sur les propriétés non bâties, pour les

¹²³ Les Universités bénéficient d'un régime d'exonération en matière d'impôt sur les sociétés pour leurs activités conduites dans le cadre des missions de service public de l'enseignement supérieur et de la recherche et en matière de TVA pour leurs prestations de recherche.

¹²⁴ JOAN du 23 décembre 2008, question écrite n°23213.

immeubles appartenant aux établissements lorsqu'ils sont affectés à un service public ou une utilité générale et qu'ils sont non productifs de revenus.

Ne seront donc assujettis que les biens pour lesquels l'Université aura décidé d'exercer une activité lucrative, productrice de revenus.

Si la dévolution en tant que telle ne modifie pas le régime fiscal général applicable aux Universités, tant en matière d'impôts commerciaux que de fiscalité locale, leur attention est appelée sur les conséquences, le cas échéant, que pourraient avoir les activités, notamment de valorisation, qu'elles pourront mener une fois devenues propriétaires. Il en va ainsi des octrois de droits réels qu'elles pourront accorder ou de la cession de leurs terrains.

En outre, les montages contractuels que les Universités devenues propriétaires pourront envisager sur leur domaine n'ont pas les mêmes incidences fiscales.

2.2 Assurances : absence d'obligation de s'assurer pour les biens dont les Universités sont propriétaires

Dans une réponse ministérielle¹²⁵ relative aux conséquences de l'opportunité ouverte par l'article L.719-14 du Code de l'Éducation, il est rappelé que la personnalité reconnue aux EPSCP ainsi que leur autonomie fait échec à l'extension de la règle selon laquelle « l'État est son propre assureur ». Toute Université peut donc conclure un contrat d'assurance de « responsabilité civile » permettant de couvrir les risques liés au fonctionnement normal des bâtiments.

Plus particulièrement, un tel contrat d'assurance de « responsabilité civile » a pour objet d'assurer l'EPSCP des conséquences pécuniaires de la responsabilité qu'il encourt du fait de ses activités et de ses biens.

Le contrat couvre dans ce cas tous les dommages corporels, matériels et immatériels causés aux tiers et imputables au service public. Il peut englober également la responsabilité de l'établissement public engagée par application des articles 1382 et suivants du Code civil¹²⁶. Il résulte de ces éléments que des dommages peuvent provenir des immeubles appartenant aux EPSCP sont susceptibles de causer des dommages aux tiers et qu'à ce titre, il ne peut qu'être recommandé aux EPSCP de les assurer.

¹²⁵ JOAN du 23 décembre 2008, question écrite n°23213.

¹²⁶ L'article 1386 du Code Civil dispose que « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ».

Il convient de soulever en outre l'hypothèse de dommages causés aux biens immobiliers des EPSCP, y compris ceux loués et occupés temporairement, de sorte que la personne publique pourra également souscrire un contrat d'assurance permettant de couvrir un tel risque.

Toutefois, la réponse ministérielle indique que « *sauf dans les hypothèses expressément prévues par des textes (cas des assurances « automobiles »), il n'en résulte pas la conséquence directe selon laquelle ces établissements se trouveraient dans l'obligation de s'assurer* ».

Il n'y a donc pas, pour les biens appartenant aux Universités, d'obligation de s'assurer : cette décision relève de l'appréciation de chaque établissement, en fonction des risques encourus.

Dans son rapport d'avril 2009 « La modernisation de la gestion publique : un levier pour l'autonomie des universités », l'IGAENR indique qu'elle « *considère que des précisions sont attendues de la part de la tutelle en matière d'assurances des biens immobiliers* » (p.47).

Rappelons enfin que l'article L.242-1 du Code des Assurances prévoit que l'obligation de souscrire une assurance dommage-ouvrage en cas de réalisation d'un bâtiment ne s'applique pas aux personnes morales de droit public lorsque celles-ci font réaliser pour leur propre compte des travaux de bâtiment pour un usage autre que l'habitation.

A cet égard, il faut préciser que l'article L. 242-1 du Code des Assurances a été modifié par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 et que désormais, les « *personnes morales assurant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat conclu en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat [qui vise les seuls contrats de l'Etat et de ses établissements publics]* » ne sont plus soumises à l'obligation de souscrire une assurance de dommages.

Il ressort de ces différentes dispositions que, dans le cadre de la passation d'un contrat de partenariat ayant pour objet la construction d'un immeuble destiné à l'enseignement, ni l'EPSCP ni le titulaire du contrat n'ont l'obligation de s'assurer pour les dommages résultant des travaux de construction entrepris.

Ajoutons enfin que, si les personnes publiques envisagent de conclure des contrats d'assurances, certains de ces contrats sont soumis, en ce qui concerne leurs règles de passation, aux dispositions de l'article 29 du Code des Marchés Publics. Partant, il faudra que les EPSCP procèdent à la conclusion de marchés publics de services d'assurances sur appel d'offres, selon une procédure négociée ou selon une procédure adaptée lorsque le montant estimé du besoin est inférieur à un certain seuil.

3. La responsabilité des Universités du fait de leur patrimoine

3.1 La responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics

3.1.1 La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème

On rappelle (cf supra, point 1.2.1) qu'aux termes de l'article L.762-2 du Code de l'Education issu de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1989, les Universités exercent, à l'égard des locaux qui leur sont affectés ou qui sont mis à leur disposition par l'État, les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation. Il en va de même, en vertu du même article, des locaux pour lesquels l'Etat a transféré aux Universités la maîtrise d'ouvrage.

Pour les immeubles affectés par l'Etat, les Universités sont donc déjà responsables non seulement de la maintenance courante, mais aussi du gros entretien et des grosses réparations auxquelles se réfère l'article 606 du Code Civil.

D'un strict point de vue juridique, la dévolution ne changera donc rien aux obligations des Universités ainsi qu'aux responsabilités qu'elles encourent en cas de manquement à ces obligations. Comment le rappellent les travaux préparatoires de la loi LRU¹²⁷, les établissements « *sont, par ailleurs, responsables des dommages résultant d'un défaut d'entretien de l'immobilier même si l'État en est le propriétaire* ».

Tout au plus le transfert de patrimoine en toute propriété est-il une occasion supplémentaire de s'interroger sur l'étendue exacte de ces responsabilités.

3.1.2 Notions de travaux et ouvrages publics

La notion de travail public vise un travail immobilier exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale, ces trois critères ayant été formalisés dans la décision « Commune de Montségur »¹²⁸ du Conseil d'Etat. Il convient en outre d'indiquer que la qualification de travaux publics n'implique pas que l'on se situe sur le domaine public.

¹²⁷ Sénat, Rapport n°372 de M. Jean Léonce Dupont, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 11 janvier 2007.

¹²⁸ CE, 20 juin 1921, *Commune de Montségur*, Rec. Lebon p.573, GAJA, 14^e éd., n° 39.

Reçoivent également la qualification de travaux publics les travaux immobiliers exécutés par des personnes publiques dans le cadre d'une mission de service public soumise à un régime de droit public¹²⁹. Cette seconde définition permet de couvrir les travaux immobiliers réalisés pour le compte d'une personne privée, dès lors qu'ils entrent dans le cadre de l'accomplissement par une personne publique d'une mission de service public.

La notion d'ouvrage public correspond au résultat de l'opération de travaux publics et consiste ainsi en un immeuble appartenant à une personne publique et affecté à une utilité générale.

3.1.3 Personne auprès de laquelle la réparation est demandée

Rappelons qu'en application de l'article L.762-2 du Code de l'Education, les Universités sont considérées, pour les biens qui leur sont mis à disposition, comme les maîtres d'ouvrages (CE, 24 janvier 1990, *Université des Sciences et Techniques de Lille I*, req. n°69947), et qu'elles sont donc devenues « responsables des dommages résultant de l'utilisation ou de la présence des biens mis à leur disposition par l'Etat » (TA Nancy, 14 septembre 1993, *consorts Favre c. Université Nancy II*, req. n°90720).

Dès lors, les règles que nous exposons sont valables tant lorsque l'Université est propriétaire des biens en cause, que lorsque ceux-ci ont été mis à sa disposition par l'Etat. En d'autres termes, le transfert de propriété des biens de l'Etat vers les Universités ne modifie pas sur ce point la responsabilité de l'Université.

Il convient de relever que, dans certaines hypothèses, la responsabilité de plusieurs personnes peut être recherchée :

- Les dommages ont été causés par des travaux pour l'exécution desquels une personne publique a fait appel à un entrepreneur : la victime peut demander réparation soit à l'entrepreneur, soit à la personne publique maître de l'ouvrage, soit à l'un et l'autre solidairement¹³⁰.
- Les dommages ont été causés par l'exécution de travaux ou l'exploitation de l'ouvrage relevant d'une société concessionnaire : la victime peut demander réparation auprès de l'entrepreneur ou de la société concessionnaire qui est considérée comme s'étant substituée à la personne publique concédante, sous réserve du cas de l'insolvabilité de la société en cause.

¹²⁹ TC, 28 mars 1955, *Effimieff*, Rec. Lebon p.617.

¹³⁰ CE, 4 mars 1955, *Ville d'Orléans*, Rec. Lebon p.140.

3.1.4 Conditions d'engagement de la responsabilité pour dommages de travaux publics

La responsabilité pour dommages de travaux publics répare les conséquences de l'exécution d'une opération de travaux publics, ainsi que celles liées à la conception, à l'existence même de l'ouvrage.

La responsabilité d'une personne publique pour dommage de travaux publics peut être engagée si le préjudice, certain, entretient un lien de causalité avec un fait imputé à la personne estimée responsable.

Deux distinctions permettent d'appréhender la diversité du régime de la responsabilité pour travaux publics : celle entre les dommages « permanents » des dommages « accidentels », et celle entre usagers, participants et tiers à l'ouvrage, cette dernière distinction ne s'appliquant que lorsque l'on est en présence de dommages accidentels.

a) Accidents de travaux publics

Le régime de responsabilité varie selon la qualité de la victime : participant aux travaux, usagers de l'ouvrage, ou tiers.

(i) Dommages subis par les participants

Pour que la responsabilité de la personne publique soit engagée, il faut qu'il y ait une faute, la charge de la preuve pesant sur la victime. Il s'agit donc d'un régime assez strict pour la victime.

(ii) Dommages causés aux usagers

En principe, la responsabilité du maître d'ouvrage ou de l'entrepreneur à l'égard des usagers des ouvrages publics est une responsabilité pour faute, mais la faute est dans ce cas présumée. En d'autres termes, la victime n'a pas à apporter la preuve de la faute, et ce sera au maître d'ouvrage de démontrer qu'aucune faute n'a été commise pour s'exonérer de toute responsabilité au titre d'un défaut d'entretien normal.

La notion de défaut d'entretien normal recouvre plusieurs formes :

Ü il peut s'agir tout d'abord d'un défaut d'entretien au sens strict : par exemple la présence de bris de verre dans une cour d'école traduit un défaut d'entretien, la carence de nettoyage ayant permis qu'un élève se blesse (CE, 25 juin 1969, *Ville de Toulouse*, req. n°70382, 72623),

- Ù il peut s'agir d'un défaut de conception ou d'un vice de l'ouvrage,
- Ù le défaut d'entretien normal peut également être lié aux règles de sécurité : c'est l'exemple de la chute d'un poteau de basket présentant des marques de corrosion identiques à celles affectant le poteau qui s'était effondré deux semaines avant l'accident (CAA Paris, 23 novembre 1995, req. n°94PA01302).

Dans le cas des Universités, les usagers seront principalement les étudiants et enseignants des bâtiments universitaires.

(iii) Dommages causés aux tiers

Le régime applicable est celui de la responsabilité sans faute, c'est-à-dire que la preuve de l'absence de faute ne pourra pas avoir d'effet exonératoire pour le maître d'ouvrage, et les tiers auront droit à réparation dès lors que le lien de cause à effet entre les travaux ou ouvrages et le dommage est établi.

En d'autres termes, ce n'est qu'en présence d'un cas de la force majeure ou d'une faute imputable au tiers lui-même que la responsabilité ne pourra être valablement engagée.

b) Dommages permanents de travaux publics

Le dommage permanent s'analyse comme une charge qui est imposée à certains membres de la collectivité, sans qu'il y ait une faute, et pour le service de l'intérêt général : par exemple, la gêne causée aux riverains ou aux commerçants pendant les travaux, et, par la suite, d'éventuelles pertes de vue, troubles de voisinage ... etc.

Pour que la responsabilité au titre de dommages permanents de travaux publics soit engagée, le dommage causé ne doit pas être simplement certain : il doit pouvoir être qualifié d'« anormal » (particulière gravité) et de « spécial » (par rapport au nombre de victimes).

3.1.5 Causes d'exonération

Il existe plusieurs causes d'exonération :

- le caractère non fautif du fait dommageable alors que l'on se situe de la responsabilité pour faute ;
- la survenance du dommage est due à un événement de force majeure. Les conditions d'admission d'un cas de force majeure sont cependant

particulièrement restrictives en droit administratif : il faut en effet pouvoir démontrer que l'événement en cause présente un caractère d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. L'appréciation de la notion est ainsi strictement définie par le juge et appréciée par lui au cas par cas. ;

- l'attribution du dommage à une faute de la victime : l'usage inadéquat de l'ouvrage par la victime, l'imprudence de l'usager, appréciée au cas par cas, sont de nature, à tout le moins, à atténuer la responsabilité.

En revanche, le fait d'un tiers, quelque soit la nature de la responsabilité en jeu, n'est jamais considéré comme exonératoire.

3.2 La responsabilité du fait des pouvoirs de police spéciale

3.2.1 La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème

La responsabilité du chef d'établissement du fait des pouvoirs de police spéciale s'étend aux locaux et enceintes universitaires, sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer si ceux-ci relèvent de la propriété de l'Université. Le transfert de propriété des biens immobiliers de l'Etat ne sera ainsi pas de nature à modifier cette responsabilité du chef d'établissement.

Nous rappelons ci-dessous les principes de cette responsabilité.

3.2.2 Les pouvoirs de police spéciale des chefs d'établissement

Les franchises universitaires, apparues dès le XIIème siècle alors que l'Eglise, afin de protéger l'indépendance de l'Université de Paris, accordait à celle-ci le privilège d'exercer sa propre police et interdisait par là même aux archers du roi de pénétrer dans l'enceinte universitaire, trouvent aujourd'hui leur traduction dans deux textes :

- Le décret du 15 novembre 1811 portant régime de l'Université impériale, qui prévoit, en son article 157, que « *hors cas de flagrant délit, d'incendie ou de secours réclamés de l'intérieur des lycées, collèges et autres écoles publiques appartenant à l'Université, aucun officier de police ou de justice ne pourra s'y introduire pour constater un corps de délit ou pour l'exécution d'un mandat d'amener ou d'arrêt dirigé contre des membres ou élèves de ces établissements, s'il n'en a l'autorisation spéciale et par écrit de nos procureurs généraux, de leurs substituts ou de nos procureurs impériaux.* ». En d'autres termes, sauf cas de flagrant délit ou d'appel à la force publique par les autorités universitaires, la police ne peut pénétrer dans les enceintes universitaires si elle ne bénéficie pas d'une autorisation du procureur de la République.

- Le décret n°85-827 du 31 juillet 1985 *relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, pris en application de l'article L.712-2 du Code de l'Education selon lequel le président de l'Université « 6° [II] est responsable du maintien de l'ordre et peut faire appel à la force publique dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ; »

Si le premier texte prévoit ainsi une dérogation en matière de police judiciaire, le second met en place un régime de police administrative spéciale que nous exposons ci-après.

L'article 1^{er} du décret de 1985 indique :

« Le président d'université (...) sont responsables de l'ordre et de la sécurité dans les enceintes et locaux affectés à titre principal à l'établissement dont ils ont la charge. Leur responsabilité s'étend aux locaux mis à la disposition des usagers en application de l'article 50 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur et à ceux qui sont mis à la disposition des personnels, conformément à l'article 3 du décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique. Elle s'exerce à l'égard de tous les services et organismes publics ou privés installés dans les enceintes et locaux précités. »

La dernière phrase de l'article étend ainsi la responsabilité du président de l'Université aux organismes installés sur le patrimoine universitaire : organismes de recherche, antennes CROUS, entité privée bénéficiant d'une AOT....

3.3 La responsabilité pénale

L'obligation de maintien de l'ordre incombant aux présidents des Universités au sein des locaux universitaires et les obligations de sécurité attachées à ces bâtiments sont source d'une responsabilité accrue au plan pénal.

3.3.1 La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème

L'éventuelle mise en cause de la responsabilité des chefs d'établissement n'est pas impactée par le fait de savoir si les chefs d'établissement sont ou non propriétaires des locaux universitaires.

3.3.2 Les infractions en cause

Les présidents d'Université peuvent être poursuivis pour les infractions suivantes :

a) Les atteintes involontaires à la vie (art. 221-6 CP) et atteintes involontaires à l'intégrité des personnes (art. 222-19 et 222-20 CP)

(i) Atteintes involontaires à la vie (art. 221-6 CP)

Pour ces infractions, les dispositions du Code Pénal viennent sanctionner le fait de causer la mort d'autrui « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » (3 ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende).

Il faut en outre préciser que constitue une circonstance aggravante la « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » la sanction encourue étant alors de cinq ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende.

(ii) Atteintes involontaires à l'intégrité des personnes (art. 222-19 et 222-20 CP)

Là aussi, les dispositions du Code Pénal viennent sanctionner le fait de causer à autrui « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » une incapacité de travail.

La « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* » est là encore considérée comme une circonstance aggravante.

Si l'incapacité de travail est inférieure à trois mois, la peine encourue est de 1 an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende (art. 222-20 CP).

Si l'incapacité de travail est de plus de trois mois, la peine encourue est de 2 ans d'emprisonnement et 3.000 euros d'amende, ou de 3 ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende si la circonstance aggravante est avérée (art. 222-19 CP).

b) Le risque causé à autrui (art. 223-1 CP)

Le Code Pénal prévoit une infraction pénale en incriminant le simple « *fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente* », la notion de

risque impliquant que l'infraction sera constatée quand bien même aucun préjudice n'en serait résulté.

La responsabilité sera engagée dès lors que sera relevée une « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* ». La peine encourue est d'1 an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende.

3.3.3 Une obligation de moyen et non de résultat

L'obligation pesant sur les présidents d'Universités est une obligation de moyen et non de résultat.

Il ressort de l'article 121-3 du Code Pénal qu'un fonctionnaire ne peut être condamné pour des faits non intentionnels commis dans l'exercice de ses fonctions que s'il est établi qu'il n'a pas accompli « *les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».

Le juge mènera ainsi une appréciation *in concreto*, en prenant en considération, dans le cas des présidents des Universités qui nous intéresse, les contraintes de la gestion administrative et les démarches entreprises pour obtenir les moyens nécessaires en vue d'assurer la sécurité de l'établissement.

Rappelons en outre que la loi du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* a précisé dans l'article L.121-3 du Code Pénal que « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ».

En d'autres termes, si le lien de causalité est indirect, la faute doit alors présenter une particulière gravité pour que la responsabilité pénale de son auteur puisse être engagée. Cette disposition introduite pour les personnes physiques a notamment été appliquée par la chambre criminelle de la Cour de Cassation dans l'affaire du DRAC¹³¹. La loi du 10 juillet 2000 permet ainsi de trouver un juste équilibre entre une pénalisation excessive de la société et la déresponsabilisation des acteurs sociaux et décideurs publics.

¹³¹ Cass. Crim., 12 décembre 2000, Bull. n°114. Sur les délits non intentionnels, voir la circulaire de la chancellerie CRIM 2000-09 F1 du 11 octobre 2000 (NOR : JUSD0030175C).

3.4 Les infractions pénales d'urbanisme

3.4.1 La dévolution ne change pas fondamentalement les données du problème

Les personnes mises en cause pour des infractions pénales d'urbanisme ne se limitant aux seuls propriétaires (cf point 3.4.3 ci-dessous), la dévolution de la propriété ne modifie pas fondamentalement la donne sur ce point.

3.4.2 Les éléments constitutifs des infractions

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous souhaitons rappeler la diversité des infractions pénales d'urbanisme. Le Code de l'Urbanisme vise plusieurs séries de règles dont la transgression est susceptible d'être pénalement sanctionnée. Relevons notamment :

- Les manquements aux dispositions générales d'aménagement et d'urbanisme

Il s'agit des cas de travaux violant les servitudes générales ou particulières d'usage des sols (article L.160-1 du Code de l'Urbanisme) : méconnaissance des dispositions des projets d'aménagement, des plans d'urbanisme, des plans d'occupation des sols et des plans locaux d'urbanisme.

Sont également visées l'exécution de travaux ou l'utilisation du sol en méconnaissance des dispositions du Code de l'Urbanisme (règles de constructibilité, régime de la reconstruction à l'identique, protection de certains espaces...).

- Les manquements aux dispositions communes aux diverses autorisations et aux déclarations préalables

Sont ainsi réprimés, en vertu de l'article L.480-4 du Code de l'Urbanisme, les travaux entrepris en méconnaissance des dispositions relatives au permis de construire, de démolir et d'aménager ou des déclarations de travaux. On peut penser à la construction sans permis, ou à la construction en violation des dispositions du permis de construire

- Les manquements aux dispositions propres aux constructions

Une infraction pénale d'urbanisme peut être constituée au motif d'une méconnaissance des dispositions relatives au contenu du projet architectural

faisant l'objet de la demande de permis de construire (L.431-2 du Code de l'Urbanisme).

- Les manquements aux dispositions relatives au contrôle de la conformité des travaux

Au titre de ces manquements est visée la violation de l'article L.461-1 du Code de l'Urbanisme relatif au droit de visite et de vérification destiné à contrôler la conformité des travaux.

3.4.3 Personnes responsables au titre de ces infractions

Les personnes physiques et morales¹³² pouvant être tenues pénalement responsables des infractions d'urbanisme sont, selon les termes de l'article L.480-4 du Code de l'Urbanisme, « *les utilisateurs des sols, les bénéficiaires des travaux, les architectes, les entrepreneurs ou autres personnes responsables de l'exécution desdits travaux* ».

Si l'on met de côté les professionnels visés par cet article (architectes, entrepreneurs), il convient de dire un mot des notions d'« utilisateurs des sols » et de « bénéficiaires des travaux ».

Au regard de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, la notion de bénéficiaire des travaux désigne en premier lieu le propriétaire du terrain ou de la construction. Il en résulte que les Universités, en tant que propriétaires de biens immobiliers et par conséquent bénéficiaires de travaux, peuvent être tenues pénalement responsables d'éventuelles infractions pénales d'urbanisme. Mais la catégorie de « bénéficiaires des travaux » dépasse la seule notion de propriétaire.

Notons à ce titre que, s'agissant d'un bien faisant l'objet d'une location, la jurisprudence retient que la responsabilité pénale du bailleur peut être engagée, s'il s'avère que celui-ci bénéficie réellement des travaux effectués par le preneur. Dans le cas contraire, il n'a pas à répondre de l'utilisation illicite de son bien¹³³.

¹³² Le principe de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales est admis depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 (art. 54) et l'article L. 480-4-2 du Code de l'Urbanisme précise que « les personnes morales peuvent être déclarées responsables dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal des infractions définies aux articles L. 160-1, L. 480-3, L. 480-4, L. 480-4-1, L. 480-12 et L. 510-2 » du Code de l'Urbanisme.

L'article 121-2, alinéa 3 du Code pénal prévoit que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». La responsabilité cumulative est toutefois exclue dans le cas prévu à l'article 121-3 alinéa 4 disposant que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposerait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

¹³³ Cass. Crim., 9 mars 1999, RD imm. 2000, p.105.

La responsabilité de l'Université pourrait ainsi être recherchée lorsqu'elle est propriétaire mais aussi dès lors qu'elle peut être considérée comme bénéficiaire des travaux, ou utilisatrice des sols. Mais pour que la responsabilité soit retenue en matière de délit d'urbanisme, il faut pouvoir démontrer un élément intentionnel. La Cour de Cassation estime cependant que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article L.121-3 alinéa 1^{er} du Code Pénal* »¹³⁴.

La dévolution de la propriété du patrimoine universitaire ne semble pas devoir modifier la donne en matière de responsabilité au titre des infractions pénales d'urbanisme. En effet, au titre des ces infractions, ce n'est pas la seule responsabilité du propriétaire qui peut être recherchée, mais également celle du bénéficiaire des travaux ou de l'utilisateur des sols, dès lors que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis.

¹³⁴ Cass. Crim., 12 juillet 1994, Bull. Crim 1994, n°280.

4. Tableau synoptique : ce que change la dévolution

	AVANT Biens propriété de l'Etat	APRES Biens propriété des Universités	COMMENTAIRES
UTILISATION DES BIENS			
Aliénation	NON	OUI	La dévolution permet à l'Université d'aliéner les biens de son domaine privé
Octroi de droits réels sur le domaine public	NON	OUI mais autorisation Etat	La dévolution permet à l'Université d'octroyer des droits réels sur son domaine public, mais elle doit avoir obtenu l'autorisation de l'Etat (tutelle + ministère finances - L.2122-10 CG3P et R.57-3 et 57-4 CDE)
Contrat de partenariat (sur le domaine public ou le domaine privé)	OUI si absence de droits réels et autorisation Etat	OUI même avec octroi de droits réels, mais autorisation Etat	La dévolution ne change pas la donne, l'Université doit obtenir l'autorisation de l'Etat à deux titres: - article 9 ordonnance du 17 juin 2004 pour tout contrat de partenariat - en cas d'octroi de droits réels : voir ligne ci-dessus
Contrats sur le domaine privé (bail emphytéotique, bail à construction)	NON	OUI	La dévolution permet à l'Université de conclure de tels baux sur son domaine privé
FINANCES ET COMPTABILITE			
Paiement de loyers budgétaires	OUI	NON	La mise en place des conventions d'utilisation appelées à remplacer l'ancien système de l'affectation implique, en principe, le paiement d'un loyer à l'Etat au prix de marché pour l'occupation des biens lui appartenant
Charges d'amortissement	NON	OUI	La dévolution implique que l'Université supporte le poids de l'amortissement comptable du patrimoine
Charges de maintenance et renouvellement	OUI	OUI	La dévolution ne change pas la donne : qu'elle soit propriétaire ou non de son patrimoine, l'Université en assume financièrement les obligations de maintenance et renouvellement

Fiscalité (CET, TH, TF)	---	---	La dévolution ne change pas la donne, les exonérations accordées n'étant pas liées à la qualité de propriétaire, mais le plus souvent aux activités menées
Assurances	« L'Etat est son propre assureur »	Pas d'obligation de s'assurer	La dévolution n'entraîne pas l'obligation pour l'Université de souscrire un contrat d'assurance de « responsabilité civile », c'est une faculté à apprécier au cas par cas
RESPONSABILITE DU FAIT DU PATRIMOINE			
Responsabilité du fait des travaux et ouvrages publics	OUI	OUI	La dévolution ne change pas la donne, les Universités étant déjà responsables des dommages résultant du défaut d'entretien, même si l'Etat est le propriétaire
Responsabilité du fait des pouvoirs de police spéciale du chef d'établissement	OUI	OUI	La dévolution ne change pas la donne, la responsabilité du chef d'établissement du fait de ses pouvoirs de police spéciale sur les locaux universitaires n'étant pas liée à la qualité de propriétaire des locaux
Responsabilité pénale	OUI	OUI	La dévolution ne change pas la donne, la responsabilité pénale du chef d'établissement n'étant pas liée à la qualité de propriétaire des locaux
Infractions pénales d'urbanisme	OUI	OUI	La dévolution ne change pas la donne, les personnes pouvant être mises en cause au titre de ces infractions ne se limitant pas aux seuls propriétaires

CDE : Code du Domaine de l'Etat

CET : contribution économique territoriale

CG3P : Code Général de la Propriété des Personnes Publiques

TH : taxe d'habitation

TF : taxe foncière (sur les propriétés bâties ou non bâties)

CONCLUSION GENERALE

Il a été souvent cité, au cours de cette étude, l'article L.762.2 du Code de l'Education issu de l'article 20 de la loi du 10 juillet 1989 *d'orientation sur l'éducation*, aux termes duquel les Universités « *exercent les droits et obligations du propriétaire, à l'exception du droit de disposition et d'affectation des biens* » sur les biens appartenant à l'Etat qui leur sont affectés ou mis à disposition par ce dernier, ou pour lesquels l'Etat leur a confié la maîtrise d'ouvrage.

L'Etude a insisté sur le fait que, depuis 1989, ces dispositions :

- rendent les Universités d'ores et déjà quasi-proprétaires de leur immeubles, leur interdisant seulement d'aliéner ou, ce qui en constitue une modalité, d'accorder des droits réels sur lesdits immeubles ;
- font déjà peser sur elles des obligations de maintenance lourde et de gros entretien-renouvellement, ainsi que les responsabilités qui leur sont attachées.

N'était l'exemple illustre de la Sorbonne, on pourrait dire que tel est le cas de la quasi-totalité du patrimoine universitaire.

Rien de tout cela ne changera avec la dévolution en toute propriété prévue par le nouvel article L.719-14 du Code de l'Education.

Mais, comme le notent les travaux préparatoires de la loi LRU¹³⁵, « *si la réforme de 1989 a permis un accroissement important de l'autonomie des établissements dans le domaine immobilier, elle a surtout transféré les obligations du propriétaire et peu de droits. L'aboutissement de cette réforme consisterait logiquement à procéder au transfert de propriété du patrimoine immobilier de l'Etat au profit des établissements* ».

De fait, la grande innovation de l'article L.719-14 est de permettre aux Universités de disposer pleinement de leurs biens immeubles, c'est-à-dire de les aliéner et d'accorder des droits réels sur les immeubles, essentiellement dans le cadre d'AOT, de contrats de partenariats et du montage ad hoc entre personnes publiques de la Caisse des Dépôts et Consignations. Encore faut-il préciser que, s'agissant de l'octroi de droits réels, l'autorisation préalable de l'Etat demeure nécessaire.

¹³⁵ Sénat, Rapport n°372 de M. Jean Léonce Dupont, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 11 janvier 2007.

Toutefois, ces droits nouveaux ont une contre partie budgétaire : il ne s'agit pas de la nécessité de financer la maintenance lourde, qui existe déjà, mais de celle de doter de sommes suffisantes les dotations aux amortissements, qui dépendront elles mêmes de la valorisation retenue par les services des domaines au moment du transfert.

Il faut cependant relativiser le poids de cette charge nouvelle, car, selon le nouveau régime de la mise à disposition, les Universités devront en tout état de cause payer un loyer budgétaire représentant la valeur locative réelle du bâtiment. On a signalé que ce dernier point semblait encore en discussion : il est évidemment fondamental de savoir ce qu'il en sera en définitive, s'agissant de l'un des critères importants du choix entre *statu quo* et dévolution.

Par ailleurs, il est apparu que la dévolution du patrimoine permettra aux Universités de s'interroger sur leur mécanisme d'assurances, même si l'Etude relève qu'aucune obligation juridique en la matière ne pèse sur les établissements. Il ressort également des analyses menées que si la dévolution ne modifie pas le régime fiscal général applicable aux Universités, celle-ci autorise le développement d'activités, notamment de valorisation, aux règles fiscales propres (vente par exemple). En outre, les montages contractuels que les Universités devenues propriétaires pourront envisager sur leur domaine n'ont pas les mêmes incidences fiscales.

Enfin, sous réserve de l'interprétation souveraine des tribunaux s'agissant des aspects de droit pénal, le régime de responsabilité des responsables universitaires ne paraît pas modifié par la dévolution du patrimoine en pleine propriété.

ANNEXE I

UN EXEMPLE DE VALORISATION : LE PHOTOVOLTAÏQUE

Nous nous situons ici dans l'hypothèse où l'Université serait propriétaire de ses biens.

Les personnes publiques peuvent envisager différentes solutions pour valoriser financièrement leur domaine. La production d'électricité photovoltaïque en est une.

Mais la production d'électricité photovoltaïque n'a pas qu'un objectif financier. Il s'agit bien sûr d'un moyen de lutter contre l'effet de serre en augmentant la part d'énergie renouvelable dans le bilan énergétique national. C'est d'autre part l'un des seuls moyens de satisfaire aux objectifs de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*. Celle-ci prévoit notamment en matière de consommation des bâtiments neufs que :

- Ø Tous les bâtiments publics faisant l'objet d'une demande de permis de construire déposée à compter de la fin 2010 présentent une consommation d'énergie primaire inférieure à un seuil de 50 kilowattheures par mètre carré et par an en moyenne ;
- Ø Toutes les constructions neuves faisant l'objet d'une demande de permis de construire déposée à compter de la fin 2020 présentent une consommation d'énergie primaire inférieure à la quantité d'énergie renouvelable produite dans ces constructions, et notamment le bois-énergie.

Pour satisfaire à ces normes, les Universités devront donc installer des installations de production d'énergie renouvelables, dont le photovoltaïque.

L'économie de ces projets repose sur l'obligation d'achat, à un prix avantageux, de l'électricité ainsi produite par Electricité de France (EDF) et les distributeurs non nationalisés (DNN). Les tarifs sont révisés régulièrement à la baisse, et en dernier lieu en mars 2010, pour tenir compte de la baisse tendancielle du coût de production des équipements.

Les textes régissant l'obligation d'achat de l'énergie

- § Article 10 de la loi n°2000-108 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*
- § Décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000
- § Arrêtés modifiés des 12 janvier 2010 et 16 mars 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil

Il convient dès lors d'examiner :

- (i) les conditions dans lesquelles les Universités mettent en œuvre des projets visant à produire de l'électricité photovoltaïques,
- (ii) les montages juridiques qui s'offrent à elles pour ce faire,
- (iii) enfin, les principales clauses devant figurer dans les autorisations ou contrats.

1. Les Universités ne bénéficient pas du régime de l'obligation d'achat

L'article 10 de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* dispose :

« Sous réserve de la nécessité de préserver le bon fonctionnement des réseaux, Electricité de France et, dans le cadre de leur objet légal et dès lors que les installations de production sont raccordées aux réseaux publics de distribution qu'ils exploitent, les distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée sont tenus de conclure, si les producteurs intéressés en font la demande, un contrat pour l'achat de l'électricité produite sur le territoire national par :

[...]

2° Les installations qui utilisent des énergies renouvelables, à l'exception de celles utilisant l'énergie mécanique du vent implantées dans les zones interconnectées au réseau métropolitain continental, ou qui mettent en œuvre des techniques performantes en termes d'efficacité énergétique, telles que la cogénération. [...] ;

La première question est de savoir si les Universités sont au nombre de ces « producteurs » qui peuvent bénéficier du droit de rachat par EDF de l'électricité photovoltaïque qu'ils produisent.

Il ressort des différents textes, et en particulier de la loi n°2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*, que si la compétence relative à l'organisation du service public de l'électricité incombe à l'Etat, les communes et leurs établissements publics de coopération, celle relative à la production même d'électricité est partiellement comprise dans leurs attributions et celle liée à la production d'électricité photovoltaïque n'en fait pas partie. Il a fallu un texte spécifique, les articles L. 2224-32 et L. 2224-33 du Code Général des Collectivités Territoriales, pour autoriser expressément les communes et leurs établissements publics à produire de l'énergie renouvelable et à surtout à bénéficier de l'obligation de rachat prévue par la loi de 2000.

S'agissant des Universités, établissements publics de l'Etat soumis au principe de spécialité, aucun texte ne les fait participer de près ou de loin au service public de l'électricité et ne prévoit que ces entités publiques ont le droit de bénéficier du mécanisme de rachat de l'électricité photovoltaïque institué par l'article 10 de la loi du 10 février 2000.

Il résulte de ce constat que les Universités ne peuvent pas bénéficier directement du rachat de l'électricité produite par EDF. Mais elles peuvent en bénéficier indirectement.

En effet, il est tout à fait envisageable qu'elles initient des projets d'électricité photovoltaïque sur leur domaine en confiant à des tiers, éligibles à l'obligation de rachat, la mission de construire et d'exploiter des installations photovoltaïque. Il

convient dès lors d'étudier les montages juridiques susceptibles d'être mis en œuvre pour concrétiser ces projets.

Remarque : les Universités peuvent-elles produire de l'électricité ?

Que les Universités ne puissent, en l'état des textes, bénéficier des tarifs avantageux de rachat prévus par la loi est distinct du point de savoir si elles peuvent produire de l'électricité et, éventuellement la revendre à des tiers.

Elles peuvent certainement produire de l'électricité et toute forme d'énergie pour leurs besoins propres.

La question de savoir si elles pourraient revendre à des tiers l'énergie d'installations excédentaires est plus délicate. Il est probable que le principe de spécialité s'y oppose : il n'entre pas dans l'objet des universités de produire de l'énergie pour la revendre à des tiers, sauf à considérer qu'il s'agit d'une activité annexe à la couverture de ses propres besoins.

2. Montages juridiques envisageables

2.1 La délégation de service public

Selon l'article 3 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. »

Il ressort de cette définition qu'une délégation de service public (DSP) ne peut être conclue par une personne publique que si cette dernière a compétence pour exercer l'activité dont elle entend charger un tiers, et si cette activité constitue un service public.

Or :

- § D'une part, il est douteux que la production d'électricité sur la base de l'article 10 de la loi de 2000 présente un caractère de service public : celui-ci est défini très précisément, en ce qui concerne la production, par les articles 1er et 2 de la loi de 2000 ; il ressort il est vrai de l'article 5 de la loi que l'obligation pour EDF de racheter l'électricité produite dans le cadre de l'article 10 constitue une « *charge imputable aux missions de service public assignées aux opérateurs électriques* » mais il est douteux que l'activité de production elle-même puisse être qualifiée de service public ;
- § D'autre part, il n'entre pas dans les missions de l'Université de produire de l'électricité : s'agirait-il d'un service public que l'Université n'en serait donc pas chargée.

Pour l'ensemble de ces raisons, la délégation de service public n'est pas un montage envisageable.

2.2 Le contrat de partenariat : un cadre pour des projets globaux

On rappelle qu'aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 :

« Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission

globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. »

En l'espèce, les panneaux photovoltaïques ne participent pas à une mission de service public liée à la production d'électricité et peuvent difficilement être considérés comme « *nécessaires au service public* » dont les Universités ont la charge, à savoir celui de l'enseignement et de la recherche.

En outre, l'article 1^{er} II précise que « *la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle est liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* ».

Or, tout l'intérêt du projet repose sur la valorisation du domaine par les Universités : il ne s'agit donc pas de payer un tiers pour réaliser un investissement mais, au contraire, de tirer des revenus grâce à l'activité qu'il exerce sur le domaine de l'Université.

Il faut donc exclure le contrat de partenariat si le projet consiste seulement à installer des panneaux photovoltaïques sur des bâtiments préexistants.

En revanche, il est usuel (et même, les exemples contraires vont devenir de plus en plus rares avec les contraintes issues des loi du Grenelle de l'environnement) d'inclure un projet photovoltaïque à l'intérieur d'un contrat de partenariat plus global portant sur la construction d'une université nouvelle ou sur la réhabilitation lourde de bâtiments existants. Les principales clauses contractuelles sont alors les suivantes :

- § le partenaire privé est autorisé à installer sur le domaine public universitaire des installations de production photovoltaïque ;
- § il peut être soumis à des obligations de production minimale, notamment afin que le bâtiment satisfasse aux critères de consommation nette issus du Grenelle de l'environnement ;
- § le partenaire conclut le contrat d'achat avec EDF et est rémunéré par celui-ci : en effet, pour les raisons invoquées plus haut, l'Université ne peut bénéficier par elle-même de l'obligation d'achat. Aux termes de l'article 11 d) de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, le partenaire privé peut en effet être autorisé à se procurer des recettes « *en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, à l'occasion d'activités étrangères aux missions de service public de la personne publique et qui ne leur portent pas préjudice* ». Mais il reversera évidemment une partie de ces recettes à l'Université. Il est d'usage de prévoir une partie fixe, garantie, et une partie proportionnelle aux recettes réelles.

La plupart des contrats de partenariat récemment conclus comportent de telles clauses. Les Universités pourront notamment consulter le contrat concernant la reconstruction du centre Clignancourt de Paris IV ou le contrat de performance énergétique concernant des lycées de la Région Alsace. Ces contrats sont publics et peuvent être demandés à la Mission d'Appui à la Réalisation des Contrats de Partenariat (MAPP) ou sont consultables sur son site : <http://www.ppp.bercy.gouv.fr/index.php>

2.3 Les projets concernant uniquement l'installation d'un équipement photovoltaïque

Le contrat de partenariat, on vient de le voir, ne peut convenir qu'aux projets immobiliers globaux dans lesquels le photovoltaïque n'est qu'un élément.

En revanche, lorsque les Universités souhaiteront équiper leurs bâtiments existants (et, singulièrement, leurs toits) de panneaux photovoltaïques, elles devront avoir recours à d'autres éléments, qui seront d'ailleurs différents selon qu'il s'agit de domaine public ou de domaine privé.

2.3.1 Sur le domaine public des Universités : l'AOT avec droits réels ou la convention domaniale

Dans l'hypothèse où les Universités entendraient valoriser leur domaine public en y installant des panneaux photovoltaïques, elles pourraient accorder une autorisation d'occupation temporaire à un opérateur lui confiant la tâche d'édifier et d'exploiter des panneaux photovoltaïques.

Ainsi que l'Etude l'a souligné, les Universités ne sont pas autorisées, en application de l'article L. 762- 2 du Code de l'Education, à octroyer des droits réels sur les dépendances qui ont été mises à leur disposition par l'Etat. Cette restriction ne vaut pas pour les biens propres aux Universités (même si, dans ce cas, une autorisation du Ministère de tutelle et du Ministère des finances demeure nécessaire).

En conséquence, les Universités pourront, selon le régime juridique du patrimoine, soit conclure des autorisations d'occupation temporaires constitutives de droits réels en application de l'article L. 2122-6 et suivants du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, soit de simples conventions domaniales classiques sans droit réel.

Il faut cependant savoir qu'il y a deux systèmes d'installation : certaines sont seulement posées sur un bâtiment existant, d'autres sont intégrées au bâti. Dans

ce dernier cas « *le système photovoltaïque remplace des éléments du bâtiment qui assurent le clos et couvert, et assure la fonction d'étanchéité. Après installation, le démontage du module photovoltaïque ou du film photovoltaïque ne peut se faire sans nuire à la fonction d'étanchéité assurée par le système photovoltaïque ou rendre le bâtiment impropre à l'usage* ». ¹³⁶

Les installations intégrées au bâti donnent droit à un tarif de rachat plus élevé.

Or, si les installations sont intégrées au bâti, et que ce dernier relève d'un régime de domanialité publique, il est probable que c'est l'installation elle-même qui devra faire partie du domaine public. Dans ce cas, c'est l'Université qui est propriétaire de l'installation, et elle accorde des droits réels à l'opérateur. Il est donc probable que l'installation de panneaux intégrés au bâti suppose que l'Université soit pleine propriétaire de son patrimoine.

Par ailleurs, il faut souligner que, contrairement à ce qui se passe dans un montage « aller-retour » (cf deuxième partie, point 2.4.1), les prêteurs ne sont pas garantis par une cession Dailly acceptée des créances détenues sur l'Université, puisque l'opérateur est supposé se rémunérer entièrement par le contrat de rachat conclu auprès d'EDF. Il est donc possible que les prêteurs demandent donc une sûreté sur les équipements. Dans ce cas, il faudra accorder des droits réels à l'opérateur.

2.3.2 Sur le domaine privé des Universités

Les panneaux sont en général posés sur des toits, mais ceux-ci peuvent être ceux de bâtiments appartenant au domaine privé. Par ailleurs, des panneaux peuvent être aussi installés au sol, sur des terrains relevant de la domanialité privée.

Il faut exclure *a priori* les schémas locatifs, car, qu'il s'agisse d'un bail commercial ou d'une convention régie par le Code Civil, un contrat de location suppose des possibilités de résiliation par le propriétaire qui sont incompatibles avec la nécessité du maintien des installations pour une durée suffisante.

Deux types de montage, qui prévoient l'octroi de droits réels à leur titulaire sont alors envisageables, et couramment employés, pour réaliser les installations photovoltaïques sur le domaine privé : le bail emphytéotique et le bail à construction. Ces deux modèles ont été analysés dans le corps de l'Etude (deuxième partie, point 2.6).

2.4 La procédure de passation

La procédure de passation dépendra de la qualification juridique des montages choisis.

¹³⁶ Annexe II à l'arrêté du 12 janvier 2010.

2.4.1 Certains montages seront des concessions de travaux publics

On a exposé plus haut (deuxième partie, point 2.8.2 a) la définition et le régime des concessions de travaux publics.

Il faut ici préciser que la directive applicable est bien la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 (Directive Marchés) et non la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* (dite « Directive Secteurs Spéciaux »).

La Directive Marchés s'applique dans tous les cas sauf ceux spécifiquement visés par la Directive Secteurs Spéciaux.

Cette dernière s'applique « *aux pouvoirs adjudicateurs (...) qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7* » (directive, article 2 a).

Les activités ainsi visées sont celles dites d'opérateurs de réseaux. Elles sont relatives notamment à l'eau, aux services de transport, au gaz et à l'électricité. Plus précisément, l'article 3.3 de la directive dispose que :

« En ce qui concerne l'électricité, la présente directive s'applique aux activités suivantes :

- a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, ou*
- b) l'alimentation de ces réseaux en électricité. »*

En l'espèce, même si le contrat portait notamment sur la production d'énergie, l'Université ne l'accorderait pas dans le cadre d'une des deux activités susmentionnées. Aussi la Directive Marchés serait seule applicable.

Cela précisé, on rappelle que l'article 1^{er} b) de la Directive Marchés donne la définition suivante des marchés publics :

« b) Les "marchés publics de travaux" sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un "ouvrage" est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

Par ailleurs, aux termes de l'article 1^{er}.3 3 de la directive 2004/18 précitée :

« La "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à

l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix. ».

Il résulte de ces textes que les montages photovoltaïques seront considérés comme des concessions de travaux publics si trois conditions sont réunies :

- a) Les ouvrages devront répondre aux besoins de l'Université

La réponse à cette question dépendra du point de savoir si on se situe :

- dans une hypothèse de simple valorisation du domaine public par laquelle l'Université permettrait à un tiers d'occuper son domaine pour exploiter une installation industrielle répondant aux besoins dudit industriel, auquel cas le critère de la satisfaction n'est pas rempli et la qualification de marché public est exclue,
- ou si l'Université entend satisfaire un des ses besoins, en faisant édifier, selon ses directives et pour répondre à ses besoins, une installation de production d'énergie : il en ira ainsi dans l'hypothèse où il apparaîtrait que l'installation de panneaux photovoltaïque répond en réalité au besoin de l'Université d'améliorer le bilan thermique de ses bâtiments, ou à sa volonté de « verdir » sa production énergétique : dans ce cas, on aura sans doute à faire à un marché public.

- b) Il devra s'agir de travaux

La directive parle de travaux et le décret du 31 mars 1992 renvoie à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991, qui mentionne « *les contrats dont l'objet est de réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil* ».

Or, tel ne sera pas toujours le cas, notamment pour les nouvelles techniques dans lesquelles les installations sont composées de films souples.

- c) Enfin, il devra s'agir d'un paiement tiré de l'exploitation

Pour la jurisprudence communautaire, cette condition de paiement par l'exploitation est une condition nécessaire mais non suffisante pour caractériser une concession. En effet, si, malgré le paiement par l'usager, le contrat prévoit, par exemple en raison de l'octroi de garanties ou d'avantages divers, que le cocontractant ne supporte pas le risque d'exploitation, alors il s'agira d'un marché et non d'une concession. Il y a

concession seulement si ce mode de rémunération est signe du transfert de risque¹³⁷.

De même, dans sa communication sur les concessions, la Commission souligne la différence entre concession et marché en relevant que :

« Même si dans la plupart des cas l'origine de la ressource – prélevée directement sur l'utilisateur de l'ouvrage – est un élément significatif, c'est la présence du risque d'exploitation, liée à l'investissement réalisé ou aux capitaux investis, qui reste déterminante, en particulier lorsqu'un prix est payé par l'autorité concédante »¹³⁸.

En l'espèce, les projets photovoltaïques satisferaient vraisemblablement aux deux conditions posées par la jurisprudence communautaire pour reconnaître une concession :

- § le titulaire ne serait pas (ou pas essentiellement) payé directement par l'Université ; il s'agit bien d'un contrat à titre onéreux, mais la rémunération consiste bien en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage ;
- § d'autre part, le titulaire supporterait probablement le risque d'exploitation, et notamment le risque d'ensevelissement.

Si ces trois conditions sont réunies, alors les montages seront considérés comme des concessions de travaux publics. La procédure de passation a été exposée plus haut (deuxième partie, point 2.8.2 a).

2.5 Les montages de pure valorisation

Si le montage retenu pour le projet ne répond pas aux caractéristiques ci-dessus, aucun texte formel, d'origine interne ou communautaire, n'impose de procédure formalisée de passation (voir deuxième partie, point 2.8.2 c).

Toutefois, une obligation de non-discrimination d'origine communautaire s'impose également à l'administration. La doctrine¹³⁹ en a conclu que ce principe de non-discrimination impliquait une obligation de transparence, telle qu'énoncée pour les concessions de service par l'arrêt « Telaustria »¹⁴⁰ de la CJCE. Comme l'explique

¹³⁷ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, §40 ; CJCE 18 janvier 2007, *Jean Auroux* précité ; CJCE 18 juillet 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-382/05.

¹³⁸ Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 29 avril 2000, 2000/C 121/02, § 2.1.2. et 2.2. Pour les concessions de services, la Commission indique : « une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'utilisateur, notamment par la perception de redevances, sous quelques formes que ce soit. Le mode de rémunération de l'opérateur est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation ».

¹³⁹ Voir L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^{ème} Edition, 1017.

¹⁴⁰ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

l'avocat général Fenelly dans ses conclusions sous l'arrêt « Telaustria », ces exigences ne vont pas jusqu'à rendre obligatoire une publicité préalable mais il est néanmoins requis que l'administration consulte plusieurs entreprises.

On ne saurait trop conseiller aux Universités d'adopter des procédures permettant la mise en concurrence réelle de plusieurs opérateurs compétents, voire de se soumettre volontairement à des procédures contraignantes. En effet, les principales clauses des contrats, que l'on va étudier maintenant, devront faire l'objet d'une négociation compétitive avec plusieurs candidats.

3. Les principales clauses des contrats

Quel que soit le montage envisagé, les clauses des contrats que l'Université négociera avec les opérateurs seront similaires. Sans avoir la prétention d'être exhaustif, on attire l'attention sur les clauses ci-après. Par ailleurs, on ne saurait trop conseiller aux Universités de s'entourer de conseils compétents afin de ne pas être trop démuni face à des opérateurs professionnels et rompus à la négociation.

3.1 La durée

Aucun opérateur ne s'engagera sur plus de 20 ans sur des recettes garanties, ce qui est la durée pendant laquelle EDF s'engage sur un tarif donné. A l'inverse, une durée de moins de 20 ans ne permet en principe pas de rentabiliser l'investissement.

3.2 Les interfaces avec les toitures de l'Université

Que l'installation soit ou non intégrée au bâti, il faut bien stipuler que l'opérateur privé est responsable de tout dommage qui pourrait survenir au toit du fait des travaux ou de l'entretien des installations. Notamment, si les panneaux sont intégrés au bâti, l'opérateur doit être responsable de tout défaut d'étanchéité. L'opérateur doit reconnaître avoir parfaite connaissance des toitures et renoncer à soulever quelque réclamation que ce soit de ce fait.

Par ailleurs, lorsque les installations sont intégrées au bâti, l'octroi de droits réels attaché à l'AOT abouti à l'inclusion d'une propriété privée au sein du domaine public : il est alors recommandé de procéder à une division en volumes.

3.3 Les travaux

Ils doivent être effectués dans des conditions et selon des modalités compatibles avec l'usage du bâtiment. Le contrat veillera à ce que l'opérateur s'engage à éviter des gênes excessives.

3.4 Gestion des retards

L'opérateur doit s'engager sur une date contractuelle de livraison, quel que soit le système choisi. C'est particulièrement vrai en cas d'intégration au bâti, mais aussi si les panneaux sont simplement posés : en effet, on peut penser que l'opérateur ne s'engagera à payer la redevance qu'à compter du raccordement au réseau ; tout retard dans les travaux entraînera donc un retard dans la perception de la redevance.

3.5 L'entretien et la maintenance

Les panneaux sont destinés à revenir à l'Université, qui a donc un intérêt particulier à contrôler que la maintenance est correctement faite. Si elle ne possède pas de compétences en interne, l'Université devra s'entourer d'un conseiller technique qui expertisera le plan de maintenance et de gros entretien-réparation de l'opérateur.

3.6 Les clauses de modification et de changement technologique

Pour les montages ayant le caractère d'autorisation ou de contrats administratifs (ce qui n'est pas le cas des montages en bail emphytéotique et en bail à construction), l'administration dispose toujours d'un pouvoir de modification unilatérale. Existant même sans texte, ce principe gagnerait tout de même à être précisé dans le contrat ou l'autorisation. Il paraît particulièrement important en la matière, compte tenu des changements technologiques très importants qui interviendront nécessairement pendant les 20 ans des montages. Le partenaire privé ne peut pas refuser d'exécuter la modification demandée.

Bien évidemment, ce pouvoir de l'administration a comme corollaire la nécessité d'indemniser l'opérateur de tous les coûts qu'il expose du fait de la modification. Il est donc obligatoire de prévoir une procédure détaillée permettant à l'Université de savoir à quoi elle s'expose ; notamment, en cas de financement de projet, le partenaire privé réclamerait le coût de restructuration de son financement, notamment le coût de débouclage des instruments de couverture de taux, qui peuvent être très importants. Il faut donc prévoir une phase dans laquelle l'opérateur présente un devis détaillé.

A noter que la modification peut, compte tenu des progrès techniques, entraîner au contraire une économie ou un surcroît de gain. Il conviendra alors de prévoir les modalités de partage de cette économie.

3.7 La rémunération

Comme il a été dit, l'octroi d'une autorisation du domaine public comporte nécessairement paiement d'une redevance, qui tient compte de l'ensemble des avantages procurés par l'occupation. Les mêmes principes sont, en bonne

administration, aussi valables sur les montages sur le domaine privé. On conseille de négocier une partie fixe, indépendante de l'ensoleillement, et une partie variable, dépendant des résultats.

3.8 Les risques

Dans une opération de ce genre, l'Université ne doit supporter aucun risque.

L'opérateur supportera notamment les risques de conception et de construction ; ceux de raccordement au réseau ; les risques de dégradation du patrimoine universitaire ; ceux de l'octroi des autorisations nécessaires ; l'ensemble des risques de retard ; le risque de surcoût dans les coûts de construction ou de raccordement. Bien entendu, il supportera le risque principal, à savoir le risque de production, qui dépend essentiellement de l'ensoleillement (qui ne dépend pas de lui) et de la façon dont les panneaux sont entretenus ; il supporte d'autant plus ce risque qu'il s'est engagé à verser une part fixe importante de la redevance.

L'opérateur supportera également le risque de changement de tarif, du moins pendant la durée du contrat de rachat par EDF, qui est de 20 ans. En revanche, il ne pourra s'engager au-delà.

En revanche, l'opérateur aura du mal à s'engager sur la durée nécessaire pour le raccordement au réseau, qui ne dépend pas de lui : tout retard dans le raccordement qui ne lui serait pas imputable sera donc en général considéré comme une cause légitime de retard au paiement de la redevance.

3.9 Les pénalités

Comme on l'a dit, le retard dans les travaux est préjudiciable à l'Université et justifie l'octroi de pénalités. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'opérateur est déjà pénalisé du fait que, en retard, il ne peut pas lui-même percevoir de revenus.

Par ailleurs, il est des cas où une certaine production minimum est nécessaire à l'Université pour atteindre des objectifs de consommation énergétique du bâtiment. Dans des cas de ce genre, il pourrait être légitime d'infliger en outre des pénalités de performance (éventuellement contrebalancées par des bonus en cas de dépassement des performances).

3.10 Les clauses de résiliation anticipée

Quel que soit le montage choisi, les violations graves de ses obligations par une partie doivent permettre à l'autre partie d'obtenir la résiliation pour faute du contrat : tel sera par exemple le cas d'un non paiement prolongé de la redevance due à l'Université.

Par ailleurs, s'agissant des AOT, l'Université a toujours la faculté de mettre fin de façon anticipée à l'autorisation pour motif d'intérêt général. Attention, une telle possibilité n'est pas possible s'agissant des montages sur le domaine privé (bail emphytéotique, bail à construction).

Le contrat précisera soigneusement les cas de résiliation anticipée, ainsi que les modalités de calcul des indemnités de résiliation.

Il est toujours dû au partenaire privé une indemnité en cas de résiliation anticipée. Il a en principe droit à la valeur non amortie des installations, même en cas de résiliation pour faute : il ne faut pas oublier en effet que la partie privée a financé des installations qui, en fin de contrat quelle qu'en soit la cause, reviennent à l'Université. L'absence d'indemnisation serait donc l'équivalent d'un enrichissement sans cause. A noter que, dans les montages financés selon la technique du financement de projet, les contrats prévoient en général que l'opérateur a droit, non à la valeur non amortie de ses actifs, mais à la valeur non amortie financièrement des passifs ayant servi à les financer : en clair, il s'agira des fonds propres non amortis et de l'encours restant dû aux prêteurs du prêt ayant servi à financer les installations.

L'indemnité prévue à l'alinéa précédent est due dans tous les cas de résiliation. Par ailleurs, viennent s'y greffer des éléments en plus ou en moins selon les cas de résiliation anticipée :

- en cas de résiliation anticipée pour motif d'intérêt général, l'opérateur a droit à l'indemnisation de son manque à gagner ; le contrat devra soigneusement préciser son mode de calcul ;
- en cas de résiliation pour faute du partenaire privé, celui-ci devra en outre indemniser l'Université de l'ensemble des préjudices subis par celle-ci du fait de la résiliation : par exemple frais exposés pour lancer une nouvelle procédure, perte de redevance ...etc. En principe, l'opérateur demande une limitation de cette indemnité. Par ailleurs, on peut même envisager, dans ce cas de résiliation, de ne pas rembourser tout ou partie des fonds propres de l'opérateur.

3.11 La fin du contrat

Au terme du contrat, quelle qu'en soit la cause, les installations reviennent gratuitement à l'Université (sous réserve des clauses indemnitaires en cas de résiliation anticipée). Que faire alors des panneaux ?

En l'état actuel des textes, l'Université, comme on l'a vu, n'a pas le droit d'exploiter elle-même des installations photovoltaïques. Au terme des vingt ans de contrat, elle aurait donc le choix entre choisir un autre opérateur ou exploiter elle-même les panneaux pour son propre usage.

Par ailleurs, si les panneaux ne sont pas intégrés au bâti, l'Université peut négocier une clause obligeant l'opérateur à démanteler les panneaux, et cela à ses frais ; bien

évidemment, cette clause a un prix et ne pourra que se répercuter négativement sur le montant de la redevance.

Le choix entre ces différentes formules dépendra beaucoup, dans les mois et les années à venir, de l'évolution de l'état de la technique et du maintien du rendement des panneaux avec le temps.

ANNEXE II SIGLES

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif

AOT : Autorisation d'Occupation Temporaire

AOT-LOA : Autorisation d'Occupation Temporaire – Location avec Option d'Achat

BEA : Bail Emphytéotique Administratif

CCH : Code de la Construction et de l'Habitation

CDE: Code du Domaine de l'Etat

CDC : Caisse des Dépôts et Consignations

CE : Conseil d'Etat

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales

CGI : Code Général des Impôts

CG3P : Code Général de la Propriété des Personnes Publiques

CMF : Code Monétaire et Financier

CMP : Code des Marchés Publics

CP : Contrat de Partenariat

CPER : Contrat de Projet Etat Région

DGES(IP) : Direction Générale de l'Enseignement Supérieur (et de l'Insertion Professionnelle)

DSP : Délégation de Service Public

EPCS : Etablissement Public de Coopération Scientifique

EPSCP: Etablissement Public à caractère Scientifique, Culturel et Professionnel

GACE : Grands Avis du Conseil d'Etat, éditions Dalloz

GAJA : Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, éditions Dalloz

IGAENR : Inspection Générale de l'Administration de l'Education Nationale et de la Recherche

IGF : Inspection Générale des Finances

JCPA : Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales

Loi MOP : loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée

Loi LIR : loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche

Loi LRU : loi n°2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et Responsabilités des Universités

PRES : Pôle de Recherche et d'Enseignement Supérieur

RFFP : Revue Française de Finances Publiques

SAIC : Services d'Activités Industrielles et Commerciales

SDR : Société de Réalisation

SPSI : Schéma Pluriannuel de Stratégie Immobilière

VEFA : Vente en l'Etat Futur d'Achèvement

ANNEXE III TEXTES

- Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.*
- Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.*
- Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.*
- Loi n°89-486 du 10 juillet 1989 *d'orientation sur l'éducation.*
- Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (« loi Sapin »).*
- Loi n°99-587 du 12 juillet 1999 *sur l'innovation et la recherche (« loi LIR »).*
- Loi n°2000-108 du 10 février 2000 *relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.*
- Loi n°2007-1199 du 10 août 2007 *relative aux libertés et responsabilités des universités (loi LRU).*
- Loi n°2009-967 du 3 août 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.*
- Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat.*
- Ordonnance n°2009-864 du 15 juillet 2009 *relative aux contrats de concession de travaux publics.*
- Décret n°85-827 du 31 juillet 1985 *relatif à l'ordre dans les enceintes et locaux des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.*
- Décret n°86-455 du 14 mars 1986 *relatif à la suppression des commissions des opérations immobilières et de l'architecture et modalités de consultation du service des domaines.*
- Décret n°87-155 du 5 mars 1987 *relatif aux missions et à l'organisation des œuvres universitaires.*
- Décret n°94-39 du 14 janvier 1994 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.*
- Décret n°2000-250 du 15 mars 2000 *portant classification d'établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.*
- Décret n°2000-893 du 13 septembre 2000 *relatif aux conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics d'enseignement supérieur peuvent fournir des moyens de fonctionnement à des entreprises ou à des personnes physiques.*
- Décret n°2000-1196 du 6 décembre 2000 *fixant par catégorie d'installations les limites de puissance des installations pouvant bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité.*

- Décret n°2000-1264 du 26 décembre 2000 *fixant les conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel peuvent prendre des participations et créer des filiales.*
- Décret n°2002-549 du 19 avril 2002 *relatif aux services d'activités industrielles et commerciales des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel,*
- Décret n°2008-606 du 26 juin 2008 *précisant les conditions dans lesquelles certains établissements publics administratifs peuvent demander à bénéficier de responsabilités et compétences élargies, être habilités à créer une fondation partenariale et bénéficier du transfert des biens mobiliers et immobiliers appartenant à l'Etat qui leur sont affectés ou sont mis à leur disposition.*
- Décret n°2008-618 du 27 juin 2008 *relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel bénéficiant des responsabilités et compétences élargies.*
- Décret n°2008-1248 du 1^{er} décembre 2008 *relatif à l'utilisation des immeubles domaniaux par les services de l'Etat et ses établissements publics.*
- Décret n°2009-243 du 2 mars 2009 *relatif à la procédure de passation et à certaines modalités d'exécution des contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics ainsi que les personnes mentionnées aux articles 19 et 25 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004.*
- Arrêté du 17 décembre 2001 *modifiant l'arrêté du 5 septembre 1986 relatif aux opérations immobilières poursuivies par les collectivités et organismes publics.*
- Arrêté du 14 avril 2003 *pris en application de l'article 35 du décret n°94-39 du 14 janvier 1994 relatif au budget et au régime financier des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.*
- Arrêté du 21 avril 2009 *relatif au modèle de convention mentionné à l'article R.128-12 du code du domaine de l'Etat.*
- Arrêté du 12 janvier 2010 *fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil.*
- Circulaire du Premier ministre du 16 janvier 2009 *relative à la politique immobilière de l'Etat.*
- Circulaire de la DGFP du 24 décembre 2009 *relative au parc immobilier des opérateurs de l'Etat.*

ANNEXE IV BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- F. Bergère, X. Besançon, L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *Le guide opérationnel des PPP*, Le Moniteur, 3^{ème} Edition, 2010.
- C. Bréchon (dir.), *Le droit des marchés publics*, Le Moniteur (ouvrage en ligne).
- J. Dufau, *Le domaine public*, Le Moniteur, 5^{ème} Edition, 2001.
- Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, Tome 2, LGDJ, 13^{ème} Edition, 2008.
- L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 5^{ème} Edition, 2006.
- N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Imprimerie Nationale, 2003.
- Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz (ouvrage en ligne).
- Encyclopédies *JurisClasseur Administratif*, *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics* (ouvrages en ligne).

Articles de doctrine :

- D.Dalmas et S.Valcke, *Les services d'activités industrielles et commerciales des établissements d'enseignement supérieur – l'innovation juridique pour l'innovation scientifique ?*, Droit Administratif, janvier 2003, p.8.
- J.D.Dreyfus, *Immobilier universitaire et stimulation du partenariat public-privé*, AJDA 2008, p.974.
- F. Dupont-Marillia, *Le nouveau décret financier des universités : une occasion manquée...peut-être pas*, AJDA 2008, p.2003.
- E. Fatôme, *Externalisation et protection des biens affectés au service public*, AJDA 2007, p.959.
- F.X. Fort, *Une évolution en demi-teinte pour les universités*, JCPA n°43, 2007 p.2278.
- J.Y. Gacon, *La pertinence et les modalités du recours au contrat de partenariat dans le domaine de l'immobilier universitaire*, AJDA 2008, p.1421.
- Y. Gaudemet, *Les droits réels sur le domaine public*, AJDA 2006, p.1094.
- J.L.Hodemon, *Le service d'activités industrielles et commerciales : une innovation bienvenue ?*, AJDA 2003, p.165.
- T. Le Mercier, *Les fondations ou la rencontre des mondes économiques et universitaires*, AJDA 2008, p.2379.
- Ch. Maugüe et G. Bachelier, *Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques*, AJDA 2006, p.1073.

- C.Vautrot-Schwarz, *La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale*, AJDA 2009, p.568.
- G.Vayrou, *Un aspect de la nouvelle politique immobilière de l'Etat : l'intégration du patrimoine dans le bilan d'un opérateur*, RFFP n°105, février 2009, p.77.

Rapports et études :

- AMUE, *Trois regards sur la gestion du patrimoine immobilier des établissements d'enseignement supérieur*, avril 2007.
- AMUE, *Schéma directeur immobilier des universités*, septembre 2009.
- Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Lettre d'Information Juridique*, n°130, décembre 2007, p.22 et s.
- Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Lettre d'Information Juridique*, n°124, avril 2008, p.24 et s.
- Rapport à Madame la Ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Pour rénover l'enseignement supérieur parisien*, B.Larroutourou, 5 octobre 2009.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, NOR : ECOX0400219P.
- Rapport de l'IGAENR n°01-060 d'août 2001, *Les incubateurs publics d'entreprises technologiques innovantes*, rapporteur JF.Cuby.
- Rapport de l'IGAENR, avril 2009, *La modernisation de la gestion publique : un levier pour l'autonomie des Universités*.
- Rapport de l'Inspection Générale des Finances (n°2007-M-067-04) et de l'Inspection Générale de l'Administration de l'Education Nationale et de la Recherche (n°2007-091), *Cahier des Charges établi en vue de l'élargissement des compétences des universités prévu par la loi relative aux libertés et responsabilités des universités*, octobre 2007.
- Travaux parlementaires de la loi LRU, et notamment :
 - Sénat, Rapport n°372 de M. Jean Léonce Dupont, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 11 janvier 2007.
 - Assemblée Nationale, Rapport n°80 de M. Benoist Apparou, fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales, déposé le 18 juillet 2007.