

**OPERATIONS DE LOGEMENTS EN FAVEUR DES AGENTS DES SERVICES
PUBLICS**

Guide méthodologique au montage et à la réalisation des opérations

Mission Logement des Agents Publics (DGAFP, DIE, DHUP)

Octobre 2024

Version n°3 – 30 octobre 2024
Une réalisation COLLIERS – PhBC

TABLE DES MATIERES

I.	Introduction	6
II.	L'avant-projet, ses éléments structurants	7
A.	Un ensemble de logements destinés aux agents des services publics	7
B.	Des logements locatifs, ou en accession à la propriété ?	7
C.	Le choix du bien foncier ou immobilier	8
1.	Bien bâti ou non bâti ?	8
2.	Bien du patrimoine, ou foncier à acquérir ?	8
3.	La localisation géographique	9
4.	Bâtiments autonomes ou imbriqués ?	9
D.	Le statut domanial du bien choisi	9
E.	Le dimensionnement du projet	10
1.	Le dimensionnement des besoins	10
2.	La capacité constructive du bien	11
F.	La stratégie patrimoniale, vendre ou non ?	11
G.	La durée du contrat	12
H.	Le niveau social à retenir	12
I.	Les prescriptions à imposer, les sujets qui restent « ouverts »	15
J.	Les risques à transférer, ceux à conserver	16
K.	Comment assurer la pérennité dans le temps de l'opération ?	18
L.	Synthèse	19
III.	Qui fait quoi ? la répartition des rôles à prévoir	20
A.	Définir le besoin, et donc le programme	20
B.	Concevoir le projet	22
C.	Réaliser le projet	22
D.	Financer le projet	22
E.	Assurer la gestion des locataires	24
1.	Choisir les locataires	24
2.	Quittancer et recouvrer les loyers	25
3.	Deux montages à éviter, dans la plupart des cas :	25
4.	Relations avec les locataires	26
5.	Gérer les fins de baux	26
F.	Assurer la gestion de l'immeuble	27
1.	Entretien et gestion courante	27
2.	Gros entretien et réparations	27
3.	Gestion des sinistres	27
4.	Gestion des extérieurs et parties « partagées »	27
IV.	Les modes de réalisation envisageables et l'arbre de décision	28
A.	Une question préalable, commande publique ou non	28
B.	Les différentes possibilités envisageables	30
1.	Le bail emphytéotique de droit commun, un outil inadapté	31
2.	Le bail à construction, un outil également inadapté	32
3.	Le bail à réhabilitation	33
4.	Le bail emphytéotique administratif (BEA)	33

5.	L'AOT (autorisation d'occupation temporaire)	35
6.	Le marché de partenariat, un outil qui peut convenir dans certains cas	36
7.	La concession (pour travaux et services)	39
C.	Les contraintes qui résultent du choix du bien foncier ou immobilier	40
D.	Les contraintes qui résultent des prescriptions à imposer	41
E.	Les contraintes qui résultent des conditions imposées aux locataires	42
F.	Une question clef : « commande publique » ou « CGPPP » ?	43
G.	Le choix du contrat et les contraintes qui en découlent	44
1.	Une question préalable : un contrat, ou plusieurs, liés entre eux ?	44
2.	La transaction immobilière	44
3.	Les contrats de la commande publique	45
V.	La viabilité économique du projet	46
A.	Pourquoi faire de la viabilité économique un objectif majeur ?	46
B.	Le plan d'affaires, en quelques mots :	47
C.	Les contributions envisageables de la personne publique	48
1.	en crédits budgétaires	48
2.	la contribution « par apport »	48
D.	La stratégie patrimoniale et financière de la personne publique	48
1.	La redevance de mise à disposition du terrain	48
2.	L'enrichissement « in fine »	49
E.	La viabilité économique du projet	49
1.	Définition	49
2.	L'appréciation des risques	50
F.	Comment apprécier la viabilité économique du projet	50
1.	Le recours au simulateur économique de la mission Logement, OCaPI	50
2.	Comment utiliser OCaPI	50
3.	Le réexamen des éléments clefs du projet, pour atteindre la viabilité économique	50
4.	Comment se faire aider	51
VI.	Le montage « pas à pas » du projet	52
A.	Les études préalables	53
1.	Le diagnostic territorial	53
2.	L'« étude de marché »	53
3.	L'analyse de la domanialité	53
4.	L'analyse de la constructibilité	53
5.	La « capacité bâimentaire »	54
6.	Les audits préalables, en cas de réhabilitation	54
7.	Le zonage HLM	54
B.	Récapituler les contraintes à imposer	54
1.	Vendre ou mettre à disposition le terrain	55
2.	La durée de la mise à disposition	55
3.	La sélection des locataires	56
4.	Les contraintes pour les locataires en place	57
5.	La présence de « clauses de fonction » dans les baux	57
6.	Les solutions alternatives	59
7.	Les loyers à cibler	59
8.	Les modalités de gestion à définir	60
C.	Le choix de la catégorie de logements	60
1.	selon les loyers cible	61
2.	selon les contraintes retenues	61
D.	Quels acteurs économiques cibler ?	61

1.	Selon la ou les catégories de logement ciblées	62
2.	L'adéquation avec les missions à confier	62
3.	Commande unique ou missions séparées ?	63
4.	Groupeement ou missions distinctes ?	63
5.	La solidarité au sein du groupeement	63
E.	Vérifier la viabilité économique	63
1.	Utiliser OCaPI	64
2.	Au besoin, corriger les contraintes retenues	65
F.	La nature du contrat à passer	65
1.	Commande publique, ou CGPPP ?	65
2.	La nature du contrat, selon les contraintes retenues	66
3.	Les contraintes additionnelles, qui résultent de la nature du contrat	67
VII.	Préparer le contrat à passer	67
A.	Mettre en place une équipe projet	68
B.	Les démarches préalables, selon le contrat retenu	68
1.	La procédure de déclassement	69
2.	La nécessaire évolution des règles d'urbanisme	69
3.	L'EPMR et l'ESB	69
C.	Préparer le mode de dévolution	74
1.	Les règles de mise en concurrence	74
2.	Le calendrier général	76
3.	Les pièces écrites de mise en concurrence	77
4.	Le projet de contrat	77
5.	Les critères de jugement des offres	77
D.	Se faire aider	78
VIII.	Avant de lancer la mise en concurrence	78
A.	Les contacts préalables	78
1.	En matière d'urbanisme	78
2.	En matière de financement du logement	79
3.	Vis-à-vis de l'État propriétaire	79
B.	Les autorisations préalables	79
1.	La labellisation « immobilier de l'État »	79
2.	Pour les marchés de partenariat	79
C.	Quelques tests de cohérence	79
1.	Contraintes et choix de la méthode de dévolution	80
2.	Domanialité et choix du contrat	80
3.	Choix du contrat et contraintes additionnelles à prévoir	80
4.	typologie des logements	80
IX.	Quelques esquisses de pièces écrites, à compléter	81
A.	Le DCE	81
B.	Le contrat de concession	81
X.	Annexes	82
A.	Annexe 1 : textes relatifs au bail emphytéotique administratif	82
B.	Annexe 2 : textes relatifs aux procédures de publicité et mise en concurrence des concessions	83
C.	Annexe 3 : document FININFRA sur les missions d'AMO qu'il est opportun de mobiliser	84

I. Introduction

Pour traiter la question urgente du logement des agents publics, l'exécutif multiplie les pistes (portail de services, évaluation des besoins au niveau des territoires, cautionnement locatif, ...) et notamment la construction de parcs dédiés.

La question du logement est apparue comme une vraie préoccupation pour les agents dans le cadre de la consultation "Fonction publique +" sur les conditions de travail. Le ministre de la Transformation et de la Fonction publiques, a aussi fait de la question du logement l'une de ses priorités dans le cadre du chantier sur l'attractivité de la fonction publique avec, notamment, la création, en 2023, d'un comité interministériel du logement des agents publics (Cilap).



La feuille de route fixée par le ministre est donc aujourd'hui de travailler sur une approche territorialisée et à destination des 3 versants de la fonction publique. *"Le logement concerne des bassins d'emploi, de vie, des territoires. Il concerne l'ensemble des agents avec des problématiques spécifiques selon les régions."*

La priorité est donc de mesurer les besoins des agents, leur connaissance des dispositifs d'aides existants, et l'adéquation des mesures en place, au regard des besoins. D'importants progrès sont à faire, en matière de communication des dispositifs existants, sans oublier la possibilité d'apporter des solutions complémentaires, et des offres nouvelles.

La construction de logements, par des opérateurs sociaux ou non, qui pourraient construire des logements à destination des populations à aider, y contribuera.

Bien entendu, tout accroissement de la production de logements sociaux contribuera à mieux satisfaire ces besoins. Il en est de même pour la production de logements intermédiaires, les agents des services publics étant des locataires attractifs aux yeux des bailleurs.

Toutefois, eu égard à l'importance des besoins, il est opportun d'initier des opérations qui permettent d'accélérer la production de logements à destination des agents, notamment en mobilisant les patrimoines immobiliers publics (bâtis ou non bâtis) et en les mettant à disposition des acteurs économiques prêts à investir, réaliser puis gérer de tels logements, et sans vouloir se substituer à eux, dans l'acte de construire, puis de gérer ces logements. Ces démarches n'en seront que plus efficaces, si les opérations sont structurées pour être viables économiquement, et ne pas nécessiter de ressources budgétaires publiques, l'aide publique se limitant à l'apport foncier.

Le présent guide a pour ambition d'accompagner les décideurs publics, employeurs publics ou 'porteurs de projet' qui souhaitent participer à cette nouvelle politique publique. Il est rédigé à l'attention des « non spécialistes ».

Ce guide est rédigé « à environnement législatif et réglementaire actuel » (2024), même si des évolutions législatives potentielles se profilent, qui feront l'objet de mises à jour du document.

II. L'avant-projet, ses éléments structurants

Ébaucher un avant-projet de construction de logements, en faveur des agents des services publics, passe par la définition de plusieurs éléments structurants, qui conduiront à préciser les contours du projet.

Passons-les en revue :

A. Un ensemble de logements destinés aux agents des services publics

La réalisation d'une offre nouvelle de logements, au bénéfice des agents des services publics, ou de certaines populations à aider (soignants, ...) vise à constituer une offre complémentaire, en plus des solutions logement qui leur sont déjà offertes.

Fondamentalement, le premier choix consiste à décider si l'objectif est de réaliser des logements qui leur soient réservés, exclusivement, ou si l'on veut aider à l'accroissement d'une offre locative (le parc de logements sociaux, par exemple) au sein duquel un quota de logements leur sera réservé, ou sur lesquels ils seront prioritaires.

Les caractéristiques du marché locatif local (importance de l'offre face à la demande, notamment, difficultés sociales de la population, ...) et les difficultés des agents publics à se loger, au sein de ce marché locatif doivent guider la décision à prendre.

Si l'orientation retenue vise un accroissement global de l'offre locative, accompagné de mesures particulières en faveur des agents des services publics (réservations d'une partie des logements), nous invitons le lecteur à se reporter aux publications relatives au logement social (productions de l'Union Sociale de l'Habitat).

Si l'orientation retenue vise à réaliser une opération de logements exclusivement (ou prioritairement) destinée aux agents des services publics, nous invitons le lecteur à poursuivre la lecture, ce guide étant rédigé à cet effet.

B. Des logements locatifs, ou en accession à la propriété ?

L'objectif étant d'aider les agents des services publics à se loger, à augmenter l'attractivité des carrières correspondantes, et incidemment à améliorer le fonctionnement de ces services publics, en facilitant la mobilité professionnelle et en réduisant le nombre de postes vacants, l'orientation privilégiée est en faveur des logements locatifs, le marché locatif couvrant mal les besoins du fait des valeurs de loyer, et de la faiblesse en volume de l'offre (et en zone tendue, fréquemment de ces deux éléments). La puissance publique cherche également à optimiser l'efficacité de sa démarche, en s'assurant de la pérennité des efforts qu'elle consent, dans la durée (longue) des immeubles de logement qui seront construits.

Ces propos ne doivent pas être compris comme un refus d'envisager une démarche en faveur de l'accession à la propriété, mais ces opérations ne peuvent néanmoins conduire à des bénéfices dans la durée.

De ce fait, le guide se focalise sur la production de logements locatifs, et le lecteur est invité, s'il veut engager une démarche en faveur de l'accèsion à la propriété, à orienter son analyse sur d'autres documents produits à cet effet.¹

C. Le choix du bien foncier ou immobilier

Le choix du bien foncier ou immobilier, sur lequel l'opération est envisagée, est un premier élément structurant, auquel il faut prêter la plus grande attention, car pouvant être une source d'échec ou de réussite.

1. Bien bâti ou non bâti ?

On peut indifféremment s'orienter sur un bien bâti ou non bâti, le bien bâti présentant un avantage si le bâtiment existant a des caractéristiques permettant aisément une transformation en logements, et inversement présentant un inconvénient dans le cas contraire, ou si la démolition des bâtiments existants constitue une charge financière supplémentaire que l'opération devra absorber.

2. Bien du patrimoine, ou foncier à acquérir ?

Faut-il cibler un actif immobilier du patrimoine de la personne publique qui initie le projet, ou un bien à acquérir ? Faut-il que le bien que la personne publique mobilise au sein de son patrimoine soit vendu, ou « seulement » mis à disposition ? Nous verrons (paragraphe V, pages 36 et suivantes) les difficultés à établir la viabilité économique des projets, et à ce titre, l'impact d'un coût d'acquisition foncière constitue un handicap majeur, conduisant souvent à l'abandon des projets. Il est préférable de s'orienter vers un bien du patrimoine, pour lequel il sera possible de minimiser, voire annuler ce handicap.

Le choix de cet actif peut participer à la stratégie patrimoniale de la personne publique propriétaire, comme réemploi d'un actif non utilisé, ou devenu inutile. Certes, ce réemploi privera en grande partie ou en totalité le propriétaire d'une recette de cession, et ce « manque à gagner » doit se justifier par les avantages procurés par cette nouvelle opération de logements (participer à cette politique publique, à l'attractivité des métiers et au meilleur fonctionnement des services publics).

Plusieurs pistes encore peu explorées permettent d'identifier des actifs sur lesquels on peut envisager de réaliser des logements, au-delà des biens immobiliers « vacants ou devenus inutiles », en évitant ce « manque à gagner » : sur les sites administratifs, on trouve fréquemment des « dents creuses », fonciers résiduels et disponibles, sur lesquels un immeuble supplémentaire de logements peut être envisagé, sans perturber l'usage et le bon fonctionnement des services, sur les autres bâtiments existants. Sur ces terrains, qu'il n'est pas prévu de céder (trop imbriqués au sein du site), la construction de logements ne conduirait pas à un « manque à gagner » d'une cession non prévue.

¹ A noter incidemment que le bail réel solidaire (ci-après le « BRS ») est un produit en faveur de l'accèsion à la propriété, les dispositions du BRS conduisant les propriétaires du sol à ne jamais pouvoir récupérer la jouissance de leur actif (un propriétaire BRS a le droit de céder son bien à un tiers, et si ce tiers respecte les conditions BRS (plafonds de revenus) il bénéficie d'un nouveau BRS dont la durée « repart à zéro ». Le propriétaire du foncier n'a aucune garantie de récupérer son bien, un jour).

3. La localisation géographique

Ce sujet est essentiel, le mauvais choix d'un terrain ayant pu conduire à un échec d'un projet, les agents ne candidatant pas sur les logements, pour les louer, bien que neufs et de bonne qualité, lors de leur livraison, ... simplement parce que leur localisation présentait trop d'inconvénients (environnement non gratifiant, trajet domicile – travail trop important, ...). Il faut comprendre qu'un candidat locataire sera toujours plus exigeant qu'un candidat propriétaire, ce dernier ayant déjà consenti des « sacrifices et inconvénients » pour rester dans son budget, sacrifices que le locataire refusera le plus souvent.

Il faut donc veiller au choix de la localisation avec le plus grand soin, et au besoin sonder les agents sur la pertinence des localisations envisagées.

Des outils internet, faciles d'accès, peuvent apporter une aide précieuse pour apprécier la qualité d'une implantation, en donnant des courbes isochrones, identifiant les parties du territoire accessibles en un temps donné (à pied, transports en commun, vélos, véhicules) et illustrant ainsi la « pertinence urbaine » d'une implantation envisagée.² Ces outils permettent même de mettre en évidence l'intérêt d'envisager une approche « multi-employeurs publics » (y compris sur les trois versants de la fonction publique) en ne se limitant pas à un regard sur ses seuls agents, mais sur l'ensemble des services publics situés à proximité d'une implantation envisagée.

D'autres outils, également accessibles sur Internet, et généralement conçus et utilisés pour les entreprises privées, permettent de prendre en compte les lieux de résidence des salariés à aider, vérifier ainsi la réelle amélioration qu'une nouvelle offre de logements pourrait leur apporter, en profiter pour établir un plan de mobilité, de l'entreprise ou multi-employeurs publics.

4. Bâtiments autonomes ou imbriqués ?

Il peut être tentant d'envisager le réemploi, après transformation en logements, d'une partie de bâtiment qui ne répond plus aux besoins (par exemple du fait d'une réduction des surfaces occupées par les bureaux). Si de telles solutions ne sont pas à exclure, il convient toutefois de ne les envisager qu'avec la plus grande prudence, du fait des interactions qui viendront complexifier le projet (entretien partagé de l'immeuble, responsabilités partagées, ...). Il est recommandé de se limiter à des partages d'espaces libres, parkings, espaces verts, de veiller à une séparation claire du bâti, et des réseaux (eau, chauffage, électricité, ...).

D. Le statut domanial du bien choisi

S'agissant d'un bien choisi au sein du patrimoine d'une personne publique, il convient de s'interroger sur son statut afin de déterminer s'il relève du domaine public ou du domaine privé. Pour rappel, un bien relève du domaine public s'il appartient à une personne publique et s'il est affecté à l'usage direct du public (un palais de justice, par exemple) ou à un service public pourvu que, dans cette dernière hypothèse, il fasse l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. 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.

² Le lecteur se reportera sur les nombreux sites Internet cartographiques permettant de calculer ces « courbes isochrones », parmi lesquelles nous citerons www.geoportail.gouv.fr (d'autres sites privés sont aussi disponibles, gratuitement).

A contrario, les biens appartenant à des personnes publiques qui ne relèvent pas de leur domaine public font partie de leur domaine privé. Certains biens, par exemple, les immeubles à usage de bureaux relèvent par détermination de la loi du domaine privé des personnes publiques à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public.

L'enjeu de cette distinction est de taille, puisque le régime public ou privé de la domanialité ne confère pas au gestionnaire les mêmes pouvoirs, ce qui du bien aura des conséquences sur les montages contractuels à mettre en œuvre. Ainsi, un bien du domaine public est inaliénable et imprescriptible (L. 3111-1 du CGPPP), ce qui exclut, par définition, les opérations impliquant sa cession, notamment à un tiers privé (à un bailleur social, par exemple

Dès lors que le bien appartenant à la personne publique est bien à affecter à l'usage direct du public ou à un service public et que, dans cette dernière hypothèse, il fait l'objet d'un aménagement spécial, il relève automatiquement du régime de la domanialité publique. En revanche, pour sortir du régime protecteur de la domanialité publique, une décision expresse de déclassement, constatant la désaffectation matérielle du bien est indispensable.

Pour déclasser un bien relevant du domaine public et le faire entrer dans le régime de la domanialité privée, le gestionnaire devra mobiliser le service local du domaine de la DDFIP. Il veillera, notamment, à éviter la présence, dans le même ensemble immobilier, d'activités pérennes de services publics susceptibles de mettre en jeu la théorie de la domanialité publique globale (auquel cas le déclassement du bien serait impossible, par effet de contagion).

E. Le dimensionnement du projet

Le dimensionnement du projet doit résulter d'un croisement entre (1) le dimensionnement des besoins et (2) la capacité constructive du bien sur lequel il est prévu de réaliser l'opération.

1. Le dimensionnement des besoins

Le dimensionnement des besoins peut s'apprécier en fonction de la taille de la population à aider (nombre d'agents éligibles pour occuper ces logements), de l'importance de la pénurie actuelle (mesurable par le nombre de demandes en file d'attente, et la durée d'attente), volume qui est à corriger d'une part en prenant en compte les règles qui seront imposées aux locataires (par exemple un plafonnement des ressources), d'autre part en tenant compte de la qualité de l'emplacement prévu, en comparaison des autres offres locatives sur le marché immobilier local.

Il faudra donc d'une part qualifier et quantifier les besoins, à l'échelle de l'agglomération (via les diagnostics territoriaux que la mission Logement fait réaliser, et qu'il est utile de réclamer), d'autre part disposer d'une véritable « étude de marché » qu'il convient de réaliser, ou de faire réaliser, pour, en synthèse de ces approches, calibrer le besoin à satisfaire. Il faut aussi prévoir que l'offre de nouveaux logements doit se situer nettement en deçà de la demande, pour se donner structurellement une garantie de bon remplissage de l'ensemble des logements. Il est usuel à ce titre de souhaiter disposer de trois candidatures, dans le choix d'un nouveau locataire, et, par extension, cibler une « population éligible » représentant plus de trois fois le nombre de logements prévus.

2. La capacité constructive du bien

La capacité constructive du bien sur lequel il est prévu de réaliser l'opération doit s'apprécier, au travers d'une « étude capacitaire » à réaliser ou faire réaliser, par une évaluation du nombre de m² de planchers qu'il sera possible de prévoir, dans le respect notamment des règles d'urbanisme, d'une bonne intégration architecturale dans le tissu urbain. Il ne s'agit pas de faire dresser un avant-projet sommaire d'architecture, ni même une esquisse, par un architecte, mais de prendre en considération les règles du PLU (emprise au sol, hauteur, distances par rapport aux limites, prospects, contraintes de stationnement, ...) et la nature du tissu urbain avoisinant (souci d'intégration urbaine) pour estimer les volumes constructibles, et par déduction, les surfaces de plancher constructibles.

Le dimensionnement potentiel de l'opération sera au croisement de ces deux analyses, entre l'estimation du besoin, et la capacité constructive du terrain envisagé.

Selon les études et informations déjà disponibles, il conviendra d'engager des études et diagnostics complémentaires, sur les points qui pourraient manquer, ou, faute d'informations préalables, engager une étude globale d'« opportunité immobilière ».

F. La stratégie patrimoniale, vendre ou non ?

Dans l'hypothèse où le bien foncier bâti ou non bâti sur lequel le projet est envisagé fait partie du patrimoine de la personne publique, deux approches sont possibles : une vente ou une « mise à disposition ».

Le choix entre ces deux approches est à faire sur la base de critères économiques et de contrôle de l'opération. Toutefois, et en premier lieu, il convient de voir si la cession du bien est envisageable. Ce ne sera pas le cas si le bien relève du domaine public (sauf à prévoir une procédure de déclassement), ou s'il est imbriqué au sein d'un patrimoine public (ensemble hospitalier, caserne militaire, campus universitaire, cité administrative, ...) avec des accès partagés et des espaces communs, rendant la cession non souhaitable dans la plupart des cas.

Les critères économiques à prendre en considération seront évoqués au paragraphe V (page 46 et suivantes), lorsque sera vérifiée la viabilité économique de l'opération. Le plus souvent, cette viabilité n'est pas facilement obtenue, et il peut être nécessaire d'envisager des contributions financières de la personne publique, pour assurer l'équilibre. Dans de telles situations, majorer le montant de l'investissement du coût d'une charge foncière (le prix d'acquisition) est souvent une « fausse bonne idée », si en contrepartie on majore d'autant les contributions publiques, et même davantage, si on doit y rajouter la TVA et les intérêts bancaires, l'opération étant financée par emprunt. Dans une appréciation strictement économique, mais globale, il peut être moins coûteux pour la personne publique d'envisager une mise à disposition.

Cette analyse est renforcée par la prise en compte de considérations de nature différente, pour assurer le contrôle de l'opération.

Les efforts que la puissance publique fera, en espèces ou en nature, pour aider les agents des services publics à se loger, doivent trouver une contrepartie par le « bénéfice » qui en sera tiré, dans la durée. Il convient donc non seulement de construire des logements « au bénéfice de certaines populations », mais aussi de vérifier, dans la durée, que ce bénéfice est pérenne. Bien entendu, les modalités contractuelles pourront lier la personne publique et l'acteur économique qui réalisera puis gèrera ces logements, mais l'expérience montre que ces modalités s'estompent, voire s'oublient avec le temps, et qu'il n'existe pas de réelles sanctions, sur des biens vendus de longue date. Même si ces propos visent le « temps long » (plusieurs décennies), la perte à terme de ces « bénéfices » remet en cause la légitimité des efforts consentis par la personne publique, aujourd'hui.

Face à ce constat, il est observé des pratiques usuelles du monde du logement social et intermédiaire, reposant, en grande partie, sur des contrats d'occupation domaniale à long terme, tels que des baux emphytéotiques (le maximum est de 99 ans, les durées usuelles se situent entre 60 et 90 ans).

Par ces contrats, la personne publique :

- favorise des opérations sur lesquelles, en conservant la propriété du terrain, elle se donne les moyens d'un contrôle réel des dispositions contractuelles (respect d'un niveau de loyers, choix des locataires, liens entre le bail et l'exercice de fonctions sur des services publics, ...) avec au besoin des sanctions réelles en cas de non-respect (dénonciation et résiliation de la mise à disposition) ;
- légitime les efforts consentis initialement, par un enrichissement in fine du patrimoine, au terme de l'occupation.

Toutefois, les contrats d'occupation domaniale ne permettent pas à la personne publique de définir précisément un « besoin », et d'en contrôler ultérieurement la couverture.

G. La durée du contrat

La durée du contrat permettant l'occupation est un élément à prendre en compte, pour esquisser les fondamentaux de l'avant-projet.

La question de la durée du contrat pourrait n'être traitée qu'ultérieurement, au moment du choix du contrat (concession, marché de partenariat, ...), plus comme une conséquence de la rentabilité du projet, la problématique n'étant pas ici de dimensionner la durée précise du contrat, mais de réfléchir aux besoins de la personne en termes de durée d'affectation des biens au logement des agents publics.

En effet, la durée du contrat retenue devra tenir compte

- d'une part, des objectifs et/ou besoins de la personne publique,
- d'autre part, si le montage retenu est un montage avec un financement privé, de la durée nécessaire à l'amortissement des actifs.

Dans l'appréciation des objectifs de la personne publique, et dans la plupart des cas, le principe de réaliser des logements, en faveur des agents des services publics, est par nature une mesure de long terme. On partira donc « a priori » sur la possibilité de retenir des durées qui peuvent être longues (60 ans ou plus), en allongeant la durée si la viabilité économique de l'opération le nécessite, en la réduisant, au contraire, si sur une durée trop longue la rémunération du titulaire du contrat s'avérerait excessive.

Bien entendu, si l'opération envisagée ne vise qu'à couvrir des objectifs de court ou moyen terme (par exemple le logement des ouvriers d'un chantier majeur, sur 5 à 8 ans), a contrario, il conviendrait d'envisager une opération d'une autre nature, afin d'éviter qu'un patrimoine de logements locatifs ne devienne un jour inutile et vacant, du fait d'une diminution des besoins. Il ne serait pas non plus acceptable, pour permettre l'amortissement des actifs, que la mise à disposition dépasse la durée des besoins.

H. Le niveau social à retenir

Le niveau social de l'opération va se traduire par le choix de la catégorie des logements, entre :

- des logements sociaux (HLM) au sein desquels on peut distinguer trois niveaux, le PLAI, très social, le PLUS, social, et le PLS, moins social
- des logements intermédiaires

- des logements libres.

Les deux premières catégories (logements sociaux et logements intermédiaires) s'accompagnent de contraintes sur les loyers (plafonds de loyers), sur les ressources des locataires (plafonds de ressources), et sur l'accès à des aides (APL).

Toutes ces catégories ont des conséquences multiples sur les conditions économiques de l'opération :

- taux de TVA
- exonération temporaire de certaines taxes locales
- possibilité de recourir à des financements à des taux d'intérêt privilégiés³ ou non
- possibilité de bénéficier de subventions de l'État
- modalités dans les relations avec les locataires, lors du choix des locataires, ou dans la vie du bail.

Les plafonds de loyer et de ressources des locataires sont différents selon les territoires, plus élevés dans les zones tendues, plus faibles sur les territoires où le marché immobilier est moins tendu. Il convient en premier lieu d'identifier dans quelle zone se situe le projet d'implantation.

Deux zonages doivent être analysés :

- Le zonage 1/2/3 est un paramètre entrant dans le calcul des aides personnelles au logement (AL et APL). Il est également employé afin de déterminer les plafonds de loyer du logement social (PLAI et PLUS).
- Le zonage A/B/C qui permet de déterminer les plafonds de ressources, dont les montants servent au calcul des aides au logement, et le revenu fiscal maximum pour obtenir un logement social ou un logement à loyer intermédiaire.

Des sites internet permettent aisément d'identifier le zonage correspondant à la commune d'implantation, et de relever les plafonds de loyer et les plafonds de ressources qui s'appliqueront, selon la catégorie des logements qui seront réalisés :

- <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/zonage-abc>
- <https://www.service-public.fr/simulateur/calcul/zones>

Le choix à effectuer entre logements sociaux, logements intermédiaires ou logements libres pourrait instinctivement être abordé au travers du niveau de loyer qu'on souhaite retenir, à la recherche du loyer le plus faible possible, pour mieux aider les agents à se loger. Cette approche est à proscrire, dans la mesure où la réglementation prescrit des plafonds de loyer, laissant la liberté de pouvoir fixer un loyer à un niveau plus faible. L'analyse doit davantage se faire à partir des deux autres critères différenciant ces catégories de logements :

- Les plafonds de ressources des locataires,
- Les conséquences juridiques et économiques.

En premier lieu, il convient d'effectuer une analyse de la population à loger, selon les informations dont on dispose sur la composition familiale et les revenus. Il conviendra d'être prudents, pour les familles (couples avec ou sans enfants), dans la mesure où on ne dispose que rarement d'informations sur le revenu du conjoint.

- Les logements PLAI, très sociaux, ont des plafonds de ressources très bas, qu'il est rarement possible de respecter, pour des agents des services publics, salariés en CDI.

³ La notion de taux d'intérêt privilégié est relative, variant selon les taux des marchés financiers. Mais avec des « différentiels de taux » qui se sont à peu près maintenus, quelque soient les crises et remontées d'inflation.

Retenir la catégorie PLAi se traduira par une sélectivité très forte sur les personnes éligibles à ces logements, avec donc un risque de vacance des logements, dont il faut se prémunir

- Les logements sociaux PLUS ont des plafonds de ressources légèrement plus élevés. La sélectivité sera moins forte, et donc un risque de vacance moindre, mais qui peut néanmoins peser sur la viabilité économique du projet.
- Les logements PLS ont des plafonds de ressources plus élevés, qui vont conduire à une sélectivité moindre, et souvent acceptable.
- Les logements intermédiaires ont des plafonds de ressources les plus élevés, qui conduisent fréquemment à retenir cette option, lorsqu'on cherche à minimiser la sélectivité et le risque de vacance.
- Les logements libres ne sont accompagnés d'aucune contrainte.

Les conséquences juridiques et économiques sont nombreuses, et pèsent également dans le choix de la catégorie de logements :

- En matière de TVA (effet sur le montant de l'investissement à financer) :
 - Les PLAi bénéficient d'un taux de TVA très privilégié, de 5,5%
 - Les PLUS, PLS et logements intermédiaires bénéficient d'un taux de TVA privilégié, de 10%
 - Les logements libres sont au taux normal de TVA, à 20%.
- En matière de fiscalité locale :
 - Exonération de la taxe foncière, de 15 ans pour les logements sociaux, l'exonération pouvant être portée à 20 ans, sous certaines conditions (performance énergétique)
 - Exonération de la taxe foncière, de 20 ans pour les logements intermédiaires
 - Pas d'exonération pour les logements libres
- En matière d'aides à l'investissement :
 - Les PLAi et les PLUS bénéficient de subventions de l'État (plus fortes pour les PLAi) ; à noter toutefois que les subventions de l'État sont principalement orientées en faveur des PLAi, l'octroi d'une subvention pour des logements PLUS demandant à être vérifié ;
 - Les autres catégories (PLS, logements intermédiaires et libres) ne bénéficient pas de subventions de l'État
- En matière de financement de l'investissement :
 - les logements sociaux (PLAi, PLUS et PLS) et les logements intermédiaires bénéficient de prêts à des taux bonifiés, la bonification étant d'autant plus forte que le niveau social de la catégorie des logements est réduit,
 - les logements libres doivent s'en remettre aux conditions du marché financier
- En matière de choix des locataires :
 - une partie des logements des ensembles de logements sociaux font l'objet d'un « quota » réservé par le préfet, pour désigner des locataires prioritaires, sur la base de critères sociaux qui conduiront fréquemment à considérer que les agents qu'on souhaite aider à se loger sont moins prioritaires que d'autres.
 - les logements sociaux font de plus l'objet d'une gestion « en flux » conduisant, lors du départ d'un locataire et de son remplacement, de ne pas se limiter à l'opération, mais à proposer des logements sur les autres logements sociaux du territoire (en général l'agglomération). Cette disposition présente l'avantage de « fluidifier le remplissage global du patrimoine social », mais ne permet plus a priori de « dédier l'opération » aux seuls agents des services publics pour

lesquels l'opération a été réalisée, la gestion en flux pouvant conduire à proposer le logement à d'autres catégories de demandeurs. A noter qu'une exception a été prévue pour les soignants et les agents en charge de la sécurité publique. Ceci permettrait de dédier un immeuble à proximité d'un hôpital au bénéfice des soignants, par exemple, mais ne permet pas de dédier un immeuble à proximité d'un centre pénitentiaire au bénéfice des personnels pénitentiaires.

- Il n'y a pas de quota réservé, ni de gestion en flux, pour les logements intermédiaires et les logements libres.
- En matière de dispositions qui peuvent être insérées dans les baux :
 - La présence, dans les baux, de « clauses de fonction », liant le bail à l'exercice d'une fonction, est un élément essentiel contribuant à la pérennité, dans le temps, des mesures engagées par la personne publique, pour aider les agents des services publics. Des « expériences malheureuses » sont bien connues, ayant conduit des ensembles hospitaliers à faire réaliser des logements en faveur de leurs salariés, mais constatant, année après année, que l'offre de logements dont ils disposaient se réduisait, les agents quittant leur emploi (retraite, démission, ...) mais sans accepter de libérer leur logement. Ces employeurs publics se retrouvaient, in fine, avec un parc de logements occupé par des locataires sans lien avec leur activité, parc de logements devenu inopérant, malgré les efforts consentis pour le réaliser, car ne pouvant plus être proposé aux agents. Sur ce point majeur, il faut savoir que la faculté d'insérer dans les baux de telles clauses de fonction est radicalement différente, entre les logements sociaux et les logements libres et intermédiaires.
 - Sur les logements sociaux, il n'est pas possible aujourd'hui de lier le bail à l'exercice d'une fonction (même si c'est ce critère qui a été déterminant dans le choix du locataire), la réglementation ayant édicté un « droit au maintien dans les lieux », qui permet au locataire de conserver le logement, même s'il n'a plus de lien avec l'emploi qui lui a permis d'accéder à ce logement. A noter toutefois que de possibles évolutions législatives sont susceptibles de changer la donne.
 - Sur les logements intermédiaires et libres, il est possible, moyennant certaines précautions (cf paragraphe VI B6, page 59), de lier le bail à la fonction, conduisant le locataire à libérer son logement, dans un certain délai (usuellement 6 mois), s'il a quitté son emploi.

I. Les prescriptions à imposer, les sujets qui restent « ouverts »

La revue des « fondamentaux » doit logiquement conduire à se fixer des « choix a priori » et déterminer si ces choix sont des contraintes impératives, ou simplement des « préférences ».

Quatre points de vigilance doivent toutefois attirer l'attention des décideurs publics :

- Dès lors que la personne publique édicte des prescriptions, en vu de répondre à son objectif qui est celui de loger (ou faciliter le logement) les agents des services publics, la jurisprudence tend à assimiler ces objectifs à des « besoins » (pas ses besoins directs, mais les besoins des agents, avec la finalité d'un meilleur fonctionnement des services publics) et, de ce fait, l'opération sera considérée comme relevant de la commande publique. Il semble difficile d'imaginer qu'il n'y ait aucune prescription, ne serait-ce que du fait de la finalité de l'opération (on demandera au titulaire du contrat de loger exclusivement ou prioritairement ses agents), et peut être la fixation d'un loyer plafond, ce qui conduit à entrer dans le champ de la commande publique.

Nous mettons en garde les décideurs publics qui voudraient rester en dehors de la commande publique, et traiter l'opération comme une transaction immobilière, sous l'égide du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) des risques qui résultent de leur choix, pouvant aller jusqu'à l'annulation des contrats, avec des conséquences dommageables, notamment sur le plan budgétaire, et des sanctions judiciaires. Ils devront minimiser au maximum les prescriptions, voire les éviter, et assumer les risques d'une requalification des contrats.

- Le non-respect des règles de la commande publique⁴ est au nombre des fautes que le juge des comptes peut considérer comme graves au sens de l'article L. 131-9 du code des juridictions financières. Dès lors, en cas de préjudice financier significatif, la responsabilité du gestionnaire public pourrait être engagée.
- Les choix a priori pèsent, directement ou indirectement, sur la viabilité économique de l'opération, ce qu'il conviendra de vérifier avec attention, notamment lorsque l'on cherche à minimiser voire supprimer tout recours à des moyens budgétaires (subventions d'équilibre, ...)
- Un quatrième point de vigilance mérite d'être rappelé, du fait de la propension excessive de certains décideurs publics à chercher à « tout définir à l'avance ». Toute prescription est de nature à contraindre l'environnement économique du projet, et à peser dans la répartition des risques. Vouloir (chapitre suivant, page 16) transférer des risques sur le titulaire du contrat ne sera pas possible, si on a réduit ce dernier au rôle de simple exécutant d'un projet établi par le donneur d'ordre. Pour prendre un exemple, il est utile et nécessaire d'informer les candidats sur la population à loger (s'agit-il de célibataires et jeunes couples ayant besoin de logements T1 ou T2, ou les besoins se situent-ils plutôt sur des logements familiaux -T3 ou T4- que les agents ne trouvent pas sur le marché locatif ?), information de nature à donner aux candidats tous les éléments d'appréciation sur la typologie des logements à prévoir (combien de T1, de T2, ...). Mais définir par avance la répartition des logements par type, sur la base d'une enquête aussi bien faite que possible auprès des agents, est dangereuse, car correspondant à l'expression d'un besoin instantané, qui aura peut-être déjà évolué d'ici la livraison des logements neufs, et qui conduira à considérer que la personne publique prescriptrice endosse une part de responsabilité, si, ultérieurement, des logements restent vacants car inadaptés à la demande, vacance remettant en cause la viabilité économique de l'opération.

Il convient donc d'imaginer « avec mesure et prudence » les choix a priori qu'on veut faire, du fait de ces trois écueils potentiels, et envisager plutôt, pour la suite, des « orientations préférentielles », qu'il faudra ultérieurement valider, en laissant, pour certaines, une réelle liberté d'initiative aux candidats.

A ce titre, on n'imagine pas établir un projet architectural au préalable, optant résolument pour une approche plus ouverte, laissant aux candidats la liberté de concevoir leur projet, dans le respect des règles d'urbanisme et servitudes de voisinage, qu'il conviendra de porter à leur connaissance. Il en va d'un réel transfert de maîtrise d'ouvrage, sur le candidat qui sera retenu.

J. Les risques à transférer, ceux à conserver

Si la politique publique vise à aider les agents des services publics à se loger, et incidemment d'aider au meilleur fonctionnement des services publics par une revalorisation des filières et

⁴ V. CDBF, 2 décembre 2019, *Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) d'Alsace*, n° [238-794](#).

une réduction des vacances de postes, si elle entend favoriser la production d'une offre additionnelle de logements, en faveur de cette population, par la mise à disposition de terrains bâtis ou non bâtis, cette politique publique :

- n'entend pas mobiliser d'importants moyens budgétaires à cet effet ;
- ne cherche pas – a priori – à endosser les risques de la production de ces nouveaux logements, ni à endosser les risques du bailleur, en couvrant les impayés, ou le manque à gagner lié à la vacance de locataires ;
- ne s'est pas dotée des moyens d'une production en direct de ces opérations, ni d'une gestion locative ultérieure (à l'exception de quelques situations particulières qui ne peuvent être généralisées, telles que les CROUS pour les résidences étudiants)..

Construire, puis gérer des logements locatifs, requiert des compétences et savoir-faire dont la personne publique ne dispose pas toujours, ne peut pas ou ne veut pas forcément assumer et prendre à sa charge.

Il convient donc, dans la structuration du projet, d'identifier clairement les risques à transférer, ou à conserver⁵.

Sur ces opérations, le plus souvent, les orientations sont les suivantes, et peuvent valoir « préconisations » :

- Sur l'acte de construire, on vise à dégager la responsabilité de la personne publique en laissant la maîtrise d'ouvrage des bâtiments à construire sur le titulaire du contrat. Ceci suppose, dans le champ de la commande publique, à choisir les marchés et contrats qui le permettent, et à éviter (paragraphe précédent) des prescriptions trop intrusives, conduisant à un partage de fait de responsabilités. Sur des ensembles immobiliers administratifs, ceci suppose une délimitation précise des charges et responsabilités, notamment sur les abords et zones partagées (accès, alimentations en fluides, ...).

Ce transfert de responsabilité inclut également les composantes financières de l'investissement (mobilisation des financements), indispensable si on veut éviter tout biais permettant d'impliquer les budgets publics dans l'opération.

- Sur la gestion locative ultérieure, on vise aussi à dégager la responsabilité de la personne publique en laissant au titulaire du contrat cette responsabilité, dans les deux champs de la gestion des locataires et la gestion des immeubles.

La gestion des locataires inclut la gestion des entrées (choix des nouveaux locataires, au début comme lors du départ d'un ancien locataire), la facturation et le recouvrement des loyers et charges, ainsi que la conduite des éventuels contentieux, la gestion des départs des locataires, les relations avec les locataires, quel qu'en soit le motif (pannes, problèmes de voisinage, ...).

Il peut être tentant de vouloir rester impliqué dans le choix des nouveaux locataires, mais l'expérience montre que l'administration peut rencontrer des difficultés à proposer et choisir des nouveaux locataires dans des délais contraints (pour éviter que les manques à gagner dus à la vacance des logements ne déstabilisent la viabilité économique de l'opération), et à mobiliser les moyens humains nécessaires à cette activité ; il faut également éviter un transfert d'une part de responsabilité dans les choix « malheureux » de locataires qui ensuite seront la cause de problèmes (non-respect des règles du « vivre ensemble », notamment). Il est préférable de s'en tenir à un « scoring » des candidatures, attestant des éléments factuels liés aux finalités de l'opération (confirmation qu'un des deux membres du foyer est bien agent des services publics et donc peut légitimement bien candidater, identification précise du poste rempli, si on

⁵ Il est usuel, sur la question des risques, de chercher à identifier la partie la plus à même de les gérer (et donc de les réduire) au coût le plus bas. Si l'État n'a pas, à ce jour, la volonté ou la capacité à les assumer, le choix s'impose.

veut introduire dans le bail du locataire des « clauses de fonction », ...) tout en laissant au bailleur le choix final des locataires, parmi les candidatures validées.

La gestion des immeubles inclut la gestion courante, ainsi que le GER (grosses réparations). A nouveau, le transfert de responsabilité au titulaire du contrat est un objectif à retenir, sur la globalité de la gestion technique, couvrant gestion courante et grosses réparations. La gestion courante est directement liée aux relations bailleur – locataires, qu’il est préférable de ne pas dissocier, et impacte également les grosses réparations en cas de défaut d’entretien courant. La personne publique pourrait être tentée de vouloir disposer d’une implication, pour s’assurer du maintien en bon état d’un bien bâti qui lui reviendra in fine. Ce souci, légitime, doit se traduire par des mesures de contrôle au sein du contrat, et non dans un partage des responsabilités.

A ce titre, il convient d’être extrêmement prudent en présence d’avant projets qui n’impliqueraient que des parties de bâtiments, d’autres parties restant utilisées – et donc à la charge – de l’administration. Dans de telles situations, l’identification du périmètre dévolu au titulaire du contrat s’avèrera très difficile (« risques d’interface⁶ »), avec des transferts de responsabilités et de risques partiels, au détriment de la personne publique. De telles situations sont préférentiellement à éviter.

Une situation moins critique peut résulter de parties communes, équipements et réseaux à partager. Il conviendra donc d’engager un exercice fin de délimitation des périmètres de responsabilités et de risques, au besoin d’engager des frais (installation de compteurs),

K. Comment assurer la pérennité dans le temps de l’opération ?

Les efforts consentis par la personne publique, pour constituer une offre additionnelle de logements, au bénéfice des agents des services publics, trouvent leur légitimité dans la pérennité dans le temps des bénéfices que la personne publique en tirera.

Plusieurs registres différents mais complémentaires concourent à cette pérennité :

- La viabilité économique : pour un contrat dont la durée d’exécution est sur plusieurs décennies, la viabilité économique a pour premier objectif de minimiser, voire supprimer, le recours à des moyens budgétaires, dans un souci de gestion économe des deniers publics. Cette viabilité économique a une seconde vertu, tout aussi intéressante, visant à ce que l’opération trouve son équilibre naturel (en premier lieu, les recettes couvrent les dépenses) sans qu’il soit besoin de revenir régulièrement sur les termes contractuels, et conduire à des renégociations récurrentes. L’expérience montre qu’un contrat public est d’autant mieux respecté, et exécuté sans difficulté, qu’il a établi, d’entrée, les conditions d’un acte économique dans lequel chacun des acteurs y trouve son compte. Cette approche, qui privilégierait le mieux disant, plutôt que le moins disant⁷, est à retenir, pour des contrats de long terme.
- La pérennité dans le temps de l’opération passe également par le caractère durable des besoins à satisfaire. La réalisation d’une opération immobilière vise à réaliser des objets

⁶: Les risques d’interface, c’est-à-dire de mauvaise intégration des diverses prestations réalisées par des entreprises différentes (et qui auront tendance en cas de difficulté à se rejeter mutuellement la responsabilité). Ce risque, qui peut générer d’importants retards et/ou surcoûts, est évidemment proportionnel à la taille et à la complexité de l’opération à réaliser et au nombre des appels d’offres lancés qui peut atteindre plusieurs milliers dans certains cas pour des projets de grande ampleur d’où un coût de traitement important et un risque élevé de contentieux

⁷ Rappelons que c’est la règle, en matière de marchés publics

immobiliers dont la durée de vie et d'usage atteint ou dépasse le siècle (comment assurer la viabilité d'une opération, si les logements, à terme, restent vacants car ne correspondant plus à des besoins ?), d'où une vigilance qui peut peser sur le dimensionnement du projet, sur une vision pas trop restrictive des populations à loger, sur des solutions alternatives à prévoir contractuellement, si néanmoins de telles situations sont rencontrées.

- La pérennité dans le temps de l'opération passe également par l'adéquation durable aux besoins à satisfaire. A ce titre, des garanties doivent être trouvées pour s'assurer, en permanence, que les logements produits et loués vont au bénéfice de ceux pour lesquels ils ont été construits. Ceci conduit principalement à envisager des mesures permettant de lier les locataires aux emplois qu'ils occupent, et qui ont conduit à les faire bénéficier de ces logements, via des clauses de fonction dans les baux, chaque fois que possible (cf. chapitre II H). A défaut, notamment sur le logement social, des solutions alternatives sont à envisager pour garantir la « rotation du parc de logements » au bénéfice des populations à aider.
- On ne peut pas aborder cette question de pérennité du contrat sans évoquer, également, l'approche qualitative : les logements répondront aux besoins, et trouveront des locataires, à condition bien sûr que cette offre soit de qualité et attractive. Ceci suppose, tout au long de la vie de l'opération, un contrôle sur le respect des termes du contrat (en sachant se limiter à un contrôle, et non une approche trop intrusive conduisant à une co-responsabilité et à un partage des risques), termes du contrat au sein desquels des éléments qualitatifs pourront être insérés.

Un sujet particulier sera à traiter, pour trouver une réponse adéquate à une situation fréquemment rencontrée dans ces mises à disposition de long terme (baux emphytéotiques ou équivalents), dans lesquelles, sur des 5 ou 10 dernières années du contrat, le titulaire du contrat réduit excessivement ses dépenses d'entretien et de grosses réparations, dans la mesure où il sait qu'il devra remettre l'immeuble à court terme gratuitement à la personne publique. Une telle situation, inacceptable pour les locataires, l'est tout autant pour la personne publique : si celle-ci a consenti des efforts au début du contrat, justifiés par la valorisation à terme de son bien immobilier, ce n'est pas pour récupérer un immeuble mal entretenu et en situation de quasi-ruine. Des dispositions particulières, et qui ont montré leur efficacité, seront à faire figurer dans le contrat, pour parer à ces risques.

L. Synthèse

Cette revue des fondamentaux montre le nombre important d'orientations possibles, et les choix à envisager. Il n'est pas inutile sur ces différents points d'échanger avec d'autres porteurs de projet, bénéficier de l'expérience de ceux qui ont déjà engagé de telles opérations, tirer les conséquences des succès et des échecs d'opérations précédentes, et de le faire en amont, avant de « figer des choix » qui s'avèreront ultérieurement inappropriés, ou de nature à remettre en cause la faisabilité du projet.

La mission Logement peut être sollicitée librement, et pourra vous apporter les informations, et le soutien, dont vous avez besoin, dans un souci permanent d'apporter au décideur public les éléments lui permettant de sécuriser sa démarche, et éviter tout risque de remise en cause du projet.

III. Qui fait quoi ? la répartition des rôles à prévoir

Le porteur de projet doit très en amont se poser cette question « qui fait quoi ? », qui doit même être comprise comme « qui est responsable de quoi ? ».

En premier lieu, les réponses à apporter doivent être guidées par une clarification des objectifs de la personne publique :

- Vise-t-elle à satisfaire des objectifs généraux d'une politique publique d'aide au logement des agents des services publics, ou cible-t-elle plus particulièrement ses services publics, ses agents, voire à couvrir ses obligations (logement des agents lorsque les statuts le prévoient) ?
- Quel niveau d'implication aura-t-elle, dans la définition du projet, dans les conditions économiques et sociales à respecter, dans la gestion ultérieure des logements réalisés ? Ou vise-t-elle simplement à faciliter la réalisation de telles opérations de logement, sans s'impliquer au-delà de la mise à disposition d'un actif immobilier ?

La réponse donnée à ces premiers questionnements permet déjà d'orienter la nature du contrat à mettre en place :

- si on veut garder la main sur les logements, on fera davantage du contrat de la commande publique,
- si on veut au contraire laisser la main à un prestataire extérieur, on pourra conclure un contrat domanial, tel qu'un BEA, un bail à construction, ...

Au-delà de ces premières considérations, la réponse à apporter doit aussi être guidée par plusieurs considérations :

- Les savoir-faire et les métiers à mobiliser : Construire un immeuble de logements locatifs, puis le gérer, requiert des savoir-faire dont le porteur de projet ne dispose pas nécessairement, et fait appel à des métiers qu'il ne peut ou ne veut exercer. Bien entendu, cette première considération guidera les réponses.
- Un bon transfert des risques : L'approche préférentielle préconisée, sur le plan de la stratégie financière, est de réduire l'impact financier à charge de la personne publique, et, pour être plus précis, de minimiser voire réduire à zéro l'impact budgétaire (en d'autres termes, les moyens budgétaires dont la personne publique dispose peuvent être mieux utilisés sur d'autres dispositions aidant les agents des services publics à se loger, comme par exemple l'achat de réservations dans le parc locatif social, en visant, sur ces opérations à construire sur des terrains mis à disposition, à une offre complémentaire se limitant à une aide en nature, la mise à disposition du terrain). Réduire l'impact économique et budgétaire implique d'effectuer un bon transfert des risques, pour éliminer toutes les occurrences qui peuvent se traduire par des sollicitations budgétaires.

Passons en revue les rôles à prévoir.

A. Définir le besoin, et donc le programme

La définition du programme est usuellement la première tâche à accomplir, à la charge du maître d'ouvrage. Le programme définit les fondamentaux et éléments clefs de l'opération immobilière à réaliser.

Cette « maîtrise d'ouvrage », qui endosse la responsabilité globale de l'opération immobilière, doit être laissée, autant que faire se peut, au titulaire du contrat, la puissance publique, « porteur du projet » devant se contenter d'exprimer un objectif, définir des règles et contraintes à

respecter, choisir le candidat qui dans son offre répondra au mieux à ses objectifs, contrôler ensuite le bon respect des règles et contraintes.

Ne pas endosser le rôle de maître d'ouvrage est un élément fort, qui différencie ces opérations des opérations immobilières classiques que la personne publique réalise habituellement (construire un immeuble pour l'utiliser ensuite pour ses services). Il peut se comprendre, en rappelant que dans une opération de mise à disposition d'un terrain sur une longue période, si le terrain reste la propriété de la personne publique, le (ou les) bâtiment(s) qui sera construit sera la propriété du titulaire du contrat et ne deviendra la propriété de la personne publique qu'au terme du contrat.⁸

Ces éléments étant rappelés, la définition du programme reste néanmoins le domaine sur lequel la personne publique porteur du projet et le futur titulaire du contrat devront interagir.

Notre recommandation est de veiller, pour le porteur du projet, à ne pas être trop prescriptif, préférer exprimer des objectifs en termes fonctionnels, plutôt que définir des solutions techniques.

Quelques exemples concrets :

- Sur la typologie des logements à construire, il est indispensable que le porteur de projet documente le besoin (ce que le marché libre naturellement n'offre pas): cherche-t-il à aider les agents en début de carrière à se loger, pour des « premiers postes » (donc plutôt avec des petits logements, T1 ou T2) ou cherche-t-il à stabiliser des agents en poste, avec plutôt des logements familiaux de plus grande taille ? Mais, au-delà de cette « information », il doit éviter de définir une grille de logements (tant de T1, tant de T2, tant de T3, tant de T4) de crainte d'endosser une part de responsabilité, d'entraîner des surcoûts de construction, de devoir ultérieurement endosser des risques (« *les grands logements ne trouvent pas preneur, restent vacants, ce qui met en péril l'équilibre économique, et c'est la faute de la personne publique qui a imposé la création de ces logements* »).

Sur des opérations en réhabilitation, on a pu, en amont, faire réaliser une esquisse architecturale, par un architecte, pour vérifier que l'immeuble, du fait de sa structure, se prêtait à une transformation en logements, sans surcoûts techniques excessifs. Si cette pré-étude donne une image de ce que pourra être la composition de l'immeuble transformé en logements, il faudra se garder de prescrire cette solution comme une contrainte, mais seulement la communiquer et laisser aux candidats la liberté de proposer d'autres agencements.

- Sur la catégorie (sociale, intermédiaire ou libre) des logements, la personne publique peut avoir un choix préférentiel a priori, ou avoir convenu, dans des échanges en amont avec la collectivité territoriale, de la catégorie de logements à retenir. L'expérience montre que c'est souvent une erreur, faute de prendre en compte les conséquences d'un tel choix. Le porteur de projet a sans doute un objectif sur les niveaux de loyers

⁸ [Article L2213-10](#) du CGPPP

Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire 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.

(traduisant le fait qu'il vise à aider principalement ou non les plus bas salaires, parmi les personnes à loger), mais la réglementation ne fixant que des plafonds de loyer, il est toujours envisageable de cibler un niveau de loyer en dessous des plafonds. A contrario, le porteur de projet doit plutôt s'interroger sur d'autres considérations, par exemple la volonté de cibler le nouveau bâtiment au bénéfice exclusif (ou préférentiel) des soignants de l'hôpital situé à proximité, d'où la nécessité de prévoir des clauses de fonction dans les baux, mesure qui conduit à exclure certaines catégories de logements.

- Peut-on ou non envisager un commerce en pied d'immeuble, et est-ce même souhaitable ? Le porteur de projet doit se poser cette question, éventuellement interdire cette éventualité (par exemple pour des raisons de sûreté-sécurité au sein d'un pôle administratif), ou a contrario y voir un avantage additionnel (péréquation économique en faveur des logements, et attractivité pour la cité administrative à proximité). Il devra toutefois se restreindre à formuler les interdits, indiquer les possibilités, sans en faire un élément imposé du programme.

B. Concevoir le projet

La conception d'un projet immobilier est une mission dévolue à la maîtrise d'œuvre (architecte, bureaux d'études), commandée et pilotée par la maîtrise d'ouvrage. Dans une optique de laisser la maîtrise d'ouvrage du chantier de construction au titulaire du contrat (pour un bâtiment dont il sera propriétaire, sur toute la durée du contrat), il convient de lui laisser le pilotage de la maîtrise d'œuvre, dans la conception du projet, sans interférer dans les relations entre maître d'ouvrage et maître d'œuvre.

Bien entendu, le porteur de projet est dans son rôle, lorsqu'il vérifie le respect des prescriptions qu'il aura édictées, mais ce contrôle doit se faire dans un relationnel avec son interlocuteur sur le contrat, c'est-à-dire le maître d'ouvrage, et non en direct avec le maître d'œuvre. Une ligne rouge à ne pas franchir serait d'avoir des échanges avec la maîtrise d'œuvre, hors la vue du maître d'ouvrage.

Sur une opération portant sur une partie d'un bâtiment, propriété de la personne publique, et dont elle conserve l'usage, pour partie, une telle approche sera sans doute impossible, la contrainte des lieux, le caractère indissociable de certains enjeux techniques, ne permettant pas de scinder clairement les rôles, charges et responsabilités. Une analyse au cas par cas devra être conduite, pour reconsidérer les limites du projet.

C. Réaliser le projet

La réalisation du chantier reviendra à des entreprises de BTP qui ne seront pas à priori titulaires du contrat (même si elles appartiennent à un même groupe). A nouveau, il convient de ne pas s'immiscer dans les relations entre les entreprises, la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre. Il faudra se garder de s'enquérir des conditions économiques des marchés de travaux, ne serait-ce que pour ne pas être pris à partie lors de difficultés lors du chantier, ou dans sa clôture (travaux supplémentaires et réclamations financières). A ce titre, il faudra éviter de tomber dans le piège de propositions de travaux et prestations supplémentaires, que la maîtrise d'œuvre ou les entreprises s'empresseront de formuler, que le titulaire du contrat pourrait alors légitimement vouloir mettre à la charge du porteur de projet.

D. Financer le projet

Rappelons en premier lieu que pour mettre en œuvre leurs projets, les personnes publiques peuvent avoir recours à des montages à financement public ou à financement privé.

La différence tient donc au mode de rémunération du titulaire du contrat :

- dans les montages à financement public, la personne publique assure elle-même le financement des travaux et rémunère l'entreprise au fur et à mesure de leur réalisation ;
- dans les montages à financement privé (appelés aussi « à paiement différé »), le titulaire préfinance les travaux, la personne publique ne payant ces travaux, le plus usuellement, qu'à compter de leur livraison ou autorisant le titulaire à se rémunérer en tout ou partie sur l'usager en lui conférant un droit à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.

Le financement de l'investissement constitue un des éléments majeurs du contrat. La personne publique n'a pas à s'impliquer dans le financement, si ce n'est dans l'octroi « normal » des subventions et des prêts issus de la politique publique, pour les logements sociaux ou intermédiaires.

Plusieurs points de vigilance doivent être soulignés :

- Si l'octroi de subventions « classiques », pour des logements PLAi ou PLUS, ne pose pas de difficultés, des subventions des collectivités territoriales ou des subventions d'équilibre de la personne publique porteur du projet sont à considérer avec la plus grande réserve, d'une part dans un souci de neutralité budgétaire de ces opérations, d'autre part pour éviter qu'en contrepartie ces collectivités territoriales demandent à bénéficier, comme il est d'usage, qu'une quote part des logements produits leur soient réservés, en réduisant d'autant la production de logements réellement dédiés aux populations à aider. Ce commentaire bien entendu n'a pas lieu d'être, si l'opération prévue est également au bénéfice des agents des services publics de la collectivité territoriale, et que ces subventions constituent la contribution de la collectivité au bénéfice de l'opération, sans dénaturer l'objectif de réserver ces logements au bénéfice des agents des services publics.
- Les prêts « classiques » avec bonification du taux d'intérêt, que les logements sociaux ou intermédiaires peuvent mobiliser ne présentent pas de difficultés. Toutefois, comme pour les subventions, il faudra s'abstenir de solliciter la garantie des collectivités territoriales, pour éviter qu'en contrepartie ces collectivités territoriales demandent à bénéficier, comme il est d'usage, qu'une quote part des logements produits leur soient réservés, en réduisant d'autant la production de logements réellement dédiés aux populations à aider. Comme évoqué précédemment, ce commentaire bien entendu n'a pas lieu d'être, si l'opération prévue est également au bénéfice des agents des services publics de la collectivité territoriale, et que ces garanties sur emprunts participent à la contribution de la collectivité au bénéfice de l'opération.
- L'obtention des prêts et subventions étant de la responsabilité du maître d'ouvrage, donc du titulaire du contrat, il conviendra, pour la personne publique, de se contenter de poser comme contrainte à respecter que la totalité des logements construits soient dédiés au bénéfice des populations désignées, à aider, pour indiquer aux candidats qu'ils ne doivent pas solliciter des ressources qui auraient pour effet de ne pas respecter cette contrainte.
- Le projet demandera inéluctablement que le candidat propose d'investir dans l'opération une partie de ses fonds propres. Cette mesure, gage d'une implication durable du titulaire du contrat, doit être vue comme un élément positif de l'offre. Si, sur des projets importants d'infrastructures, ceci conduit à constituer des sociétés de projet, et les coûts qui en résultent, cette mesure n'est absolument pas nécessaire dans les opérations immobilières de production de logements, les organismes HLM procédant ainsi couramment.

- Les prêts, subventions, et fonds propres, s'ils couvrent dans la durée les besoins de l'opération, seront fréquemment insuffisants, notamment dans les premières années d'exploitation locative, quand les recettes (les loyers payés par les locataires) ne suffisent pas à payer les charges d'exploitation, et notamment les annuités de remboursement des emprunts. Des besoins additionnels de trésorerie seront donc nécessaires, par l'utilisation de la trésorerie générale de l'opérateur, qu'il est légitime de rémunérer (taux d'intérêts des établissements financiers). A ce titre, les contrôles opérés régulièrement (par exemple par l'ANCOLS sur les organismes de logement social) seront de nature à apporter un éclairage utile sur la capacité financière de l'opérateur. On vérifiera également que l'opération nouvelle ne pèse pas excessivement sur la trésorerie générale de l'opérateur.

Globalement, la personne publique ne doit pas s'immiscer dans le financement de l'opération, en se limitant à vérifier la solidité du plan de financement, en phase d'investissement, et la solidité du plan d'affaires (business plan) de gestion locative, en s'assurant que sur la durée du contrat les recettes locatives seront de nature à couvrir l'ensemble des charges, y compris les intérêts des financements, de la trésorerie immobilisée, et même une rémunération des fonds propres.

E. Assurer la gestion des locataires

La finalité du contrat vise à confier au titulaire non seulement la réalisation d'un immeuble de logements, son financement, mais aussi l'exploitation locative ultérieure, qui incidemment, par ses revenus, permettra de couvrir l'investissement initial. Cette exploitation locative, métier du bailleur immobilier, a deux composantes, la gestion des locataires et la gestion des immeubles. Ces deux composantes, sur de nombreux aspects, sont indissociables. Détaillons-les :

1. Choisir les locataires

Le choix des locataires intervient à la livraison de l'immeuble (le « premier peuplement ») et lors de la désignation d'un nouveau locataire, après le départ d'un ancien locataire (les « repeuplements ultérieurs »). La personne publique peut être tentée de s'impliquer dans ce domaine, en participant au choix des locataires, parmi les candidats, puisque c'est elle qui a désigné la population à aider, pour laquelle les logements sont construits. Ce serait une erreur, occasionnant un transfert de responsabilités et donc de risques (*« ce sont les locataires que vous avez désignés qui n'honorent pas leurs loyers, vous devez nous aider à supporter le poids de ces impayés »*). L'expérience a de plus montré que l'implication de l'administration dans le choix des locataires a trop souvent été la cause de dysfonctionnements « à charge de la puissance publique », l'administration n'arrivant pas à offrir à tout moment une réactivité pour procéder rapidement au choix du locataire, et réduire la durée de vacance des logements, période pendant laquelle aucun loyer n'est perçu. Il est préférable de convenir d'un mécanisme de candidatures « au fil de l'eau », la personne publique validant ces candidatures dès leur dépôt, pour attester que le candidat occupe bien un emploi au sein des services publics lui donnant droit à se voir proposer un logement, voire pour préciser l'emploi rempli, afin d'introduire dans le bail une clause de fonction, mais laissant au bailleur, titulaire du contrat, le soin de choisir le locataire, au sein de la file d'attente, soit dans l'ordre d'arrivée, soit au travers d'un scoring qui aura été convenu avec la personne publique.

2. Quittancer et recouvrer les loyers

La facturation, et le recouvrement des loyers et charges sont une tâche revenant directement au bailleur, incluant la conduite des précontentieux et contentieux éventuels. La personne publique ne doit pas s'impliquer dans ce rôle, pour lequel elle n'est pas normalement outillée. En matière de recouvrement, il n'y a pas lieu d'envisager une implication plus forte que ce qui relève des procédures judiciaires de droit commun (saisie sur salaires).

3. Deux montages à éviter, dans la plupart des cas :

Deux montages sont à éviter, du fait des conséquences négatives qui en découlent :

- Le montage « double bail », impliquant l'employeur public :

Un montage, inspiré des situations privées, lorsque des grandes entreprises créent, au sein de leur patrimoine immobilier, des logements qu'elles loueront à leurs salariés, consiste à procéder au travers de deux baux, (1) le logement est loué par le bailleur à l'employeur public, et (2) l'employeur public sous-loue le logement à son salarié, sous la forme d'un bail civil attaché à son emploi (logement qu'il devra donc quitter s'il quitte son emploi). Ce montage est à déconseiller, notamment pour des logements banalisés, en interministériel ou inter-versants, dès lors :

- qu'il implique l'employeur public dans la location à son agent,
- qu'il nécessite que l'employeur public dispose de ressources budgétaires pour honorer les charges du bail qu'il aura signé auprès du bailleur,
- qu'il implique l'employeur public dans l'ensemble des tâches de recouvrement des loyers et charges dus par son salarié,
- qu'il devra exécuter ces tâches dans le cadre de la comptabilité publique, qui se prête difficilement à un adossement dépenses-recettes,
- et surtout qu'il laisse à charge de l'employeur public les éventuels impayés et coûts de la vacance (même s'il a été tenu compte, dans le loyer à payer, d'une provision pour vacance et impayés) .

De plus, il conviendra d'analyser avec soin les possibilités – très limitées - de confier à un tiers les tâches opérationnelles de gestion locative et tenue comptable (quittancement, recouvrement des loyers et provisions de charges, paiement des charges, ...) , les textes en vigueur tant très restrictifs sur les possibilités de confier l'exécution et la comptabilisation des dépenses et des recettes en comptabilité publique (règles différentes selon les personnes publiques, État, collectivités locales, établissements publics, ...).

Des développements seront donnés au paragraphe VI B6 (page 59), proposant des alternatives plus acceptables.

- Le système des « loyers d'inoccupation » :

La volonté, pour certains décideurs publics, de vouloir « garder la main » sur le choix des locataires, a pour conséquence logique de devoir prévoir que le bailleur soit dédommagé du manque à gagner sur les logements vacants, au-delà d'un certain délai (un ou deux mois), et donc de prévoir que l'employeur public verse un « équivalent loyer », soit quand il ne trouve pas de locataire, soit quand il n'est pas assez réactif pour proposer des locataires dans les délais convenus. Le retour d'expérience de telles dispositions montre clairement qu'il faut les éviter, pour les raisons suivantes :

- Elles conduisent à mettre à charge de la personne publique un élément déterminant des risques de l'exploitation locative ce qui entraîne des conséquences importantes dans le choix du montage contractuel ;

- Elles constituent un risque qu'il faudra évaluer, ce qui peut se révéler très hasardeux, faute de disposer d'éléments sur ce que sera l'évolution de la demande, sur plusieurs décennies, et sur ce que peut représenter le manque de réactivité dans la proposition de nouveaux locataires (c'est pourtant dans les faits le risque principal) ;
- Elles conduisent de facto à un « coût budgétaire », pour la personne publique, qui ne manquera pas de poser des problèmes de disponibilité budgétaire immédiate (autorisations d'engagement et crédits de paiement), alors que le risque est de long terme ;
- Enfin (mais le sujet n'est pas sans importance), on ne saurait pas à qui revient la charge de ces « loyers d'inoccupation », pour une opération interministérielle, voire 'inter-versants de la fonction publique ».

Notre recommandation est donc de rechercher d'autres dispositions, maintenant le risque d'exploitation à charge du titulaire du contrat.

4. Relations avec les locataires

Au-delà des actions de facturation et de recouvrement des loyers et charges, les relations avec les locataires relèvent du bailleur, avec lequel le locataire est contractuellement lié, par le bail. Ces relations, portant notamment sur les conditions de jouissance paisible au sein de l'immeuble, constituent également un lien avec la gestion de l'immeuble, l'entretien courant, la gestion des sinistres, ... La personne publique devra se garder d'intervenir dans ces relations bailleur – locataire. Pourtant, on ne doit pas exclure que l'employeur public ait à connaître des difficultés dans ces relations, de l'insatisfaction de ses employés locataires dans la vie au quotidien de l'immeuble. Pour éviter de s'impliquer directement, il sera préférable de prévoir, dans les clauses du contrat, des dispositions permettant à la personne publique une intervention, en dehors de la relation directe entre le bailleur et le locataire : enquêtes régulières de satisfaction, dispositions contractuelles invitant / contraignant le titulaire du contrat à remédier à certains dysfonctionnements, dont il serait responsable, ...

5. Gérer les fins de baux

La gestion des fins de baux relève de la gestion du bail, entre le bailleur et le locataire, dans laquelle la personne publique ne doit pas s'immiscer. Pourtant, elle pourrait avoir de bonnes raisons de vouloir intervenir, notamment si elle souhaite au plus vite récupérer la disponibilité d'un logement, après le départ d'un ancien agent, pour pouvoir le proposer à d'autres candidats locataires de la population à aider (implicitement, on suppose la présence de clauses de fonction dans les baux), ou si au contraire, le changement d'emploi du salarié, au sein de son établissement, n'est pas de nature à justifier que le salarié libère son logement.

On traitera ce sujet différemment, selon que l'opération porte sur des logements banalisés en interministériel, ou si au contraire l'opération est ciblée sur un public privilégié (par exemple sur un hôpital, pour lequel des enjeux métier peuvent être pris en compte dans la hiérarchisation des candidatures logement).

Des clauses contractuelles devront être prévues, permettant régulièrement (une fois par an) ou à tout moment (lors du départ d'un agent) un échange entre la personne publique, les employeurs publics et le titulaire du contrat, pour échanger dans ces domaines : confirmation de l'emploi attaché au bail, ou non, définition précise de l'emploi, dans le cadre d'une modification de la clause de fonction, en cas de changement de locataire, ou d'emploi avec maintien dans les lieux, voire information sur les revenus, au titre du contrôle des plafonds de ressources, s'il y en a (logements sociaux ou intermédiaires) Ces échanges sont la

contrepartie indispensable à ces clauses de fonction, et au maintien du parc de logements au bénéfice des agents pour lesquels ces logements ont été réalisés.

F. Assurer la gestion de l'immeuble

Nous prenons comme hypothèse que l'immeuble appartient au titulaire du contrat, sur toute la durée du contrat, et de ce fait la gestion technique lui revient, qu'il s'agisse d'entretien courant, de gros entretien et réparations, ou de gestion de sinistres. Pourtant, la personne publique est concernée à double titre, dans la qualité de l'entretien courant, se traduisant dans la satisfaction des locataires, et dans la qualité technique de l'immeuble, en fin de contrat, lorsque l'immeuble lui sera remis et rentrera dans le patrimoine de la personne publique. Ces points, déjà évoqués au chapitre II K page 18 (dernier alinéa), devront conduire à insérer dans le contrat des clauses contractuelles adaptées.

Sur une opération portant sur une partie d'un bâtiment, propriété de la personne publique, et dont elle conserve l'usage, pour partie, des dispositions particulières devront être définies, adaptées à la spécificité locale, le caractère indissociable de certains enjeux techniques (clos-couvert, réseaux, circulations, ...), ne permettant sans doute pas de scinder clairement les rôles, charges et responsabilités.

Plus précisément,

1. Entretien et gestion courante

La personne publique ne doit pas intervenir dans ce domaine, en interférence directe avec le fonctionnement au quotidien de l'immeuble, et les relations entre le bailleur et les locataires.

2. Gros entretien et réparations

Au-delà du fait que la personne publique est légitime à rappeler au besoin le titulaire du contrat à ses obligations, dans un souci de récupérer in fine un immeuble en bon état d'entretien et de maintenance, les dispositions doivent être prises, pour éviter un « relâchement » dans les dernières années du contrat. Une disposition, mise en œuvre dans les marchés de partenariat et les concessions, qui a montré son efficacité consiste à imposer au titulaire du contrat à provisionner, chaque année, une somme destinée à ces dépenses futures de gros entretien et réparations ce qui permet de sanctuariser ces dépenses dans le futur (sans que ces provisions ne soient des plafonds). Bien entendu, le titulaire du contrat est autorisé à utiliser ces provisions pour couvrir les dépenses correspondantes selon un planning contractuel prévisionnel mis à jour au cours du contrat. Sur les dernières années du contrat (recommandation de 7 ans), et pour que ce risque de « relâchement » ne soit pas possible, il faudra assurer un contrôle du bon entretien de l'immeuble. (si le contrat prévoit que le montant des éventuelles provisions GER non consommées soient reversées à la personne publique, cette mesure, selon Eurostat, est consolidable).

3. Gestion des sinistres

La personne publique ne doit pas intervenir dans ce domaine, sur un immeuble dont elle n'est (pas encore) propriétaire. Elle doit, dans le contrôle de la bonne exécution du contrat, vérifier que le titulaire du contrat est convenablement assuré à ce titre.

4. Gestion des extérieurs et parties « partagées »

Par définition, tout équipement ou bien « partagé » doit conduire à des règles particulières, adaptées au contexte local : répartition des dépenses réelles sur la base de sous-compteurs

installés, ou sur la base de clefs de répartition convenues contractuellement, ou sur la base de forfaits. Les solutions envisageables sont multiples, à définir pour être intégrées dans le contrat.

IV. Les modes de réalisation envisageables et l'arbre de décision

A. Une question préalable, commande publique ou non

Dans un premier temps, il convient de s'interroger sur les règles en vigueur, et notamment l'application des dispositions du Code de la commande publique.

La transposition en droit national de la directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014 par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 désormais codifiés dans le CCP Code de la commande publique a entraîné trois évolutions importantes :

Evolution 1 : suppression des montages contractuels complexes sectoriels. Ces montages dits aller-retour ont été unifiés dans le régime du marché de partenariat prévu dans le CCP⁹.

Evolution 2 : il existe désormais une distinction claire entre outils domaniaux (AOT, COT, BEA ...) et les contrats de la commande publique.

Lorsque le contrat comporte des prestations réalisées selon les besoins exprimés par la personne publique et comporte une contrepartie économique correspondant à la valeur de la prestation, il sera qualifié de contrat de la commande publique ;

Les outils domaniaux sont quant à eux recentrés sur leur unique vocation d'occupation domaniale¹⁰.

Evolution 3 : la nouvelle définition de la notion de marché public de travaux fait rentrer dans le champ du CCP des pratiques contractuelles antérieures à la réforme.

L'article L. 1111-2 du CCP dispose que : *Les marchés de travaux ont pour objet (...) la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.*

La DAI MEFSIN indique donc que : « Désormais, le critère essentiel est que l'ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par l'acheteur, les moyens utilisés (marché classique, marché de partenariat, contrat de concession de travaux mais aussi, le cas échéant, vente en l'état futur d'achèvement, etc.) en vue de cette réalisation étant indifférents.

⁹ Référence : § 3-5 et suivant de la fiche technique de la DAI du Ministère de l'Économie et des Finances : Contrats de la commande publique et autres contrats

¹⁰ Réf : § 3-5 et suivant de la fiche technique de la DAI du Ministère de l'Économie et des Finances : Contrats de la commande publique et autres contrats

L'ouvrage est considéré être réalisé conformément aux besoins de l'acheteur lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou encore a exercé une influence déterminante sur la conception de celui-ci.

Ainsi, si la réalisation de l'ouvrage projeté répond à des spécifications définies de manière suffisamment détaillée par l'acheteur, ce montage sera donc qualifié de marché de travaux¹¹ ».

En synthèse, le contrat à passer est un contrat de la commande publique si :

- L'ouvrage est conçu **à l'initiative de la personne publique**
- L'ouvrage est conçu **en fonction de ses besoins**
- La personne publique exerce **une influence déterminante sur sa nature ou sa conception** :
 - préconisations formulées au travers d'un cahier des charges sur la structure architecturale du bâtiment (dimension, murs extérieurs et murs porteurs).
 - les demandes concernant les aménagements intérieurs sont spécifiques ou de grande ampleur : nombre / typologie de logements ...
- Si prescriptions : un des contrats de la commande publique uniquement
- Dans le cas contraire, il est possible de recourir à des montages situés hors de la commande publique.

Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, l'article L 2151-1 CG3P prévoit que *« les modalités de détermination du montant de la redevance (...) sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement ».*

Les conventions d'occupation domaniale constituent des actes juridiques permettant d'accorder à un opérateur un droit d'occupation du domaine. Dans ce cadre, la personne publique propriétaire ou gestionnaire du domaine ne répond pas à son propre besoin en matière de travaux ou de prestation de service mais laisse l'opérateur économique exercer une activité qu'elle n'a pas commandée et sur laquelle elle n'exerce aucune influence déterminante. La circonstance qu'une personne publique se borne à définir des orientations générales ou qu'elle se limite à imposer certaines conditions ou obligations à l'opérateur autorisé à exercer des activités sur le domaine occupé ne suffit pas à qualifier un besoin de sa part.

- Contrats de la commande publique envisageables

Les grands principes applicables à la commande publique sont les principes généraux du droit de la commande publique (transparence, égalité de traitement, liberté d'accès), les principes applicables à tous les contrats, sauf exceptions, les principes posés tant par la CJUE que le Conseil constitutionnel et les principes assurés par les appels d'offres et la durée limitée des contrats.

Le droit de la commande publique résulte de deux principales sources. Pour ce qui concerne le droit européen, il s'agit des principes généraux déduits des traités (égalité, transparence) et de

¹¹ Extrait du § 1.4.1. de la fiche technique de la DAJ du Ministère de l'Economie et des Finances : Contrats de la commande publique et autres contrats

trois directives dédiées. Pour ce qui concerne le droit national, il s'agit de principes généraux et du Code de la commande publique depuis 2019 auquel s'ajoutent un certain nombre d'arrêtés et d'avis d'application. En outre, plusieurs particularités nationales sont à relever : il s'agit du principe de l'allotissement (division des prestations par composante - conception/construction/maintenance ; division de la composante construction « par corps d'état ») et de l'interdiction du paiement différé.

La commande publique correspond schématiquement à une échelle d'externalisation, c'est-à-dire le choix entre faire ou « faire faire » et offre une palette de contrats dont :

- les marchés publics classiques en maîtrise d'ouvrage publique : contrat de fourniture, de travaux ou de service pour une activité gérée en régie ou externalisation de services simples ;
- le marché global : contrat de conception/réalisation/maintenance d'un ouvrage (logique de facility management en coût complet) ;
- le marché de partenariat : marché global de conception/réalisation/maintenance/exploitation d'un ouvrage avec l'externalisation de tout ou partie du financement ;
- la concession : externalisation complète d'une activité (financement compris) et d'une part substantielle du risque de demande

- Si le projet ne vise pas à satisfaire un besoin de la personne publique, il convient de s'interroger sur la nature du titre d'occupation à mettre en place.

L'occupation, sur le domaine public de l'État sera matérialisée par la délivrance d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT) constitutive de droits réels et, sur le domaine privé de l'État, d'un bail emphytéotique (BE) conclu sur le fondement des articles L 451-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime.

Plusieurs types de contrat sont envisageables, présentant des spécificités, entraînant des contraintes. Nous allons dans un premier temps les passer en revue, en effectuer une analyse comparative, en fonction des contraintes, puis proposer une approche, pour choisir le contrat le plus approprié.

B. Les différentes possibilités envisageables

Outre la cession (vente immobilière classique) bien connue de tous, mais qui n'est pas privilégiée dans notre approche, pour les raisons évoquées au paragraphe II F (volonté de contrôle dans la durée, et nécessité pour conforter la viabilité économique, et éviter une charge budgétaire), plusieurs solutions sont offertes, relevant toutes de la mise à disposition de foncier (bâti ou non bâti), dont les avantages sont rappelés :

Pour le propriétaire :

- La possibilité de valoriser économiquement son bien et de favoriser une meilleure utilisation de son patrimoine en cédant certains droits réels par un bail de longue durée et en récupérant, à terme, son bien construit ou amélioré et entretenu sans avoir eu à payer le coût des constructions ou des améliorations réalisées.
- Le fait de ne pas être lié au-delà de la durée du contrat initial conclu et ainsi engranger des plus-values qui peuvent se révéler intéressantes.
- La volonté de faciliter la réalisation des objectifs d'une politique publique annoncée.

Pour l'acteur économique qui réalisera ces logements :

- La perspective de pouvoir maîtriser et utiliser un terrain nu ou un immeuble bâti sur une durée longue, voire très longue (jusqu'à 99 ans), sans avoir à en payer le coût total.

Les différents instruments juridiques, mobilisables ou non, sont les suivantes :

1. Le bail emphytéotique de droit commun, un outil inadapté

(à ne pas confondre avec le BEA, traité plus loin)

S'accompagnant, pour une durée relativement longue mais limitée dans le temps, d'un transfert d'un droit réel sur son bien à un preneur à bail, social ou non.

- Base juridique : Il est régi par le code rural et de la pêche maritime (articles L 451-1 et suivants). Il s'agit d'un contrat de louage particulier par lequel le bailleur confère au preneur (« l'emphytéote ») un droit réel sur un immeuble (« l'emphytéose »).
- Nature des terrains concernés : nu (terrain à bâtir) ou bâti, quel que soit son usage, sur lequel pourront être effectués des travaux d'amélioration ou assimilés (travaux d'agrandissement, réhabilitation, surélévation ou de transformation d'usage).
- Statut domanial des terrains concernés : du fait de l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public, il n'est pas possible sur le domaine public
- Durées possibles du contrat : durée comprise entre 18 et 99 ans
- Droits conférés au titulaire : le contrat peut être cédé, sans condition ni restriction, faire l'objet d'une hypothèque et de servitudes, faire l'objet d'une saisie dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. On ne peut imposer au titulaire l'obligation de construire. S'il édifie des constructions, il dispose sur celles-ci des attributs de la propriété jusqu'au terme de l'emphytéose.
- Obligations pouvant être imposées au titulaire : les parties peuvent convenir librement de leurs engagements sachant que le preneur n'est tenu qu'aux améliorations ou réalisations prévues dans le bail et doit pouvoir, en vertu du droit réel dont il dispose, user de la faculté de construire, de louer le bien objet du bail, de céder le bail ou l'apporter en société. Rien n'interdit la cession des constructions édifiées par l'emphytéote en cours de bail sauf à tenir compte de l'obligation, de principe, faite au preneur de restituer au bailleur les constructions en fin de bail. Le preneur dispose, par ailleurs d'une entière liberté d'exploitation, de location du terrain d'assiette et des constructions existantes ou édifiées par ses soins. Il peut acquérir au profit de la propriété immobilière objet de l'emphytéose, des servitudes actives et après information du propriétaire, grever le fonds de servitudes passives pour une durée limitée ne pouvant excéder la durée du bail. Les parties peuvent convenir que l'engagement du preneur conduira à un acte de construction mais celui-ci ne doit pas constituer l'obligation déterminante du preneur. A défaut, il y a un risque de requalification de la convention en bail à construction. Le preneur doit pouvoir opérer toutes transformations sur les bâtiments (en veillant à ne pas diminuer la valeur du bien), tout changement de destination et ce, sans être assujéti au consentement du bailleur ; à défaut, le bail pourrait être requalifié de bail ordinaire.
- Compatibilité avec la commande publique : Le BE n'est pas un contrat de la commande publique s'il est bien destiné à permettre l'occupation domaniale (article L. 1100-1 du code de la commande publique), ce qui le rend inadapté dans la grande majorité des cas. En effet, dès lors que la personne publique édicte des prescriptions, en vue de répondre à son objectif qui est celui de loger (ou faciliter le logement) les agents des services publics, la jurisprudence tend à assimiler ces objectifs à des « besoins » (pas ses besoins directs, mais les besoins des agents, avec la finalité d'un meilleur fonctionnement des

services publics) et, de ce fait, l'opération sera considérée comme relevant de la commande publique.

- Devenir des constructions en fin de bail En principe, à l'expiration du bail emphytéotique, l'immeuble pris à bail redevient la propriété du propriétaire-bailleur. En outre, le preneur ne peut détruire les améliorations ou constructions réalisées, ni réclamer une indemnisation du fait de la cessation du bail (article L451-7 du code rural et de la pêche maritime). Cependant, il est possible de stipuler des conditions différentes dans le bail.

2. Le bail à construction, un outil également inadapté

S'accompagnant, lui aussi, pour une durée relativement longue mais limitée dans le temps, d'un transfert d'un droit réel sur son bien à un preneur à bail, social ou non.

- Base juridique : il est régi par le code de la construction et de l'habitation (L251-1 et suivants du CCH). C'est un 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 confère au preneur un droit réel immobilier, c'est-à-dire un droit de superficie sur le terrain et la propriété temporaire des constructions qui y sont édifiées pendant la durée du bail.
- Nature des terrains concernés : Le bail à construction peut être conclu sur un terrain nu, ou comportant déjà des constructions. Le preneur a l'obligation "d'édifier des constructions sur le terrain du bailleur". Ces constructions peuvent être à usage d'habitation, industriel, commercial ou agricole. C'est ce projet de construction précis et obligatoire qui distingue le bail construction du bail emphytéotique dans lequel le projet de construction est possible mais non obligatoire. Il devra s'agir de constructions nouvelles, de surélévation, d'extension de constructions existantes ou de reconstruction
- Statut domanial des terrains concernés du fait de l'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public, il n'est pas possible sur le domaine public
- Durées possibles du contrat : durée comprise entre 18 et 99 ans
- Droits conférés au titulaire : comme en matière de bail emphytéotique, si ce n'est l'obligation de construire, et de maintenir les bâtiments en bon état d'entretien. le preneur ne peut être privé du droit de céder tout ou partie de ses droits ou de les apporter en société, de la faculté de consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail. Le droit réel du preneur est susceptible d'hypothèque et peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.
- Obligations pouvant être imposées au titulaire. Comme en matière de bail emphytéotique, si ce n'est l'obligation de construire, et de maintenir les bâtiments en bon état d'entretien.
- Compatibilité avec la commande publique : La jurisprudence considère qu'un droit de jouissance précaire est incompatible avec la constitution du droit réel qui fonde le bail emphytéotique : l'introduction d'une clause résolutoire dans le bail entraînerait une disqualification en bail ordinaire. Or la commande publique exige systématiquement la présence d'une clause de résiliation pour motif d'intérêt général. Le BâC n'est donc pas envisageable dans le cadre de la commande publique
- Devenir des constructions en fin de bail La liberté des parties en la matière est totale mais il convient de prévoir clairement dans le contrat initial ce qui se passe à la fin du bail à construction. Si rien n'est prévu au contrat, le bailleur devient gratuitement propriétaire des constructions en fin de bail et profite des améliorations (cf. L251-2 du CCH), comme en matière de bail emphytéotique.

3. Le bail à réhabilitation

S'accompagnant, lui aussi, pour une durée relativement longue mais limitée dans le temps, d'un transfert d'un droit réel sur son bien à un preneur à bail social.

Il ne mérite attention que dans certains cas particuliers, visant à produire des logements sociaux conventionnés, dans un contrat confié à un acteur du logement social, sur une opération où la personne publique veut imposer l'obligation de faire l'opération, sans que cette dernière puisse être considérée comme une construction neuve, extension ou surélévation.

- Base juridique : il a pour fondement juridique les articles L252-1 à L252-4 du CCH et a été créé dans le but de réhabiliter le parc immobilier ancien privé, généralement bien situé en centre-ville, en vue du logement de personnes défavorisées par le biais du conventionnement de l'immeuble donné à bail. Sa particularité résulte du fait que les personnes pouvant être titulaires d'un tel bail sont restreintes : organismes HLM, SEM dont l'objet est de construire ou de donner à bail des logements, collectivités territoriales, organismes bénéficiant de l'agrément relatif à la maîtrise d'ouvrage prévu à l'article L365-2 du CCH.
- Nature des terrains concernés : biens bâtis à réhabiliter
- Statut domanial des terrains concernés : comme pour les BE et BâC
- Durées possibles du contrat : durée comprise entre 12 et 99 ans
- Droits conférés au titulaire : comme pour les BE et BâC
- Obligations pouvant être imposées au titulaire : Il résulte des dispositions de l'article L252-3 du CCH que la prise d'effet du bail entre les parties est subordonnée à la conclusion par le preneur d'une convention APL prévue à l'article L351-2 du même code dont la date d'expiration est identique à celle du bail. L'obligation de conventionnement s'explique par la vocation sociale du contrat : il s'agit de loger des personnes qui pourront bénéficier de l'APL et d'offrir des loyers plafonnés à des personnes sous plafond de ressources.
- Compatibilité avec la commande publique : comme pour les BE et BâC
- Devenir des constructions en fin de bail comme pour les BE et BâC. De plus, l'organisme Hlm est tenu au relogement des locataires à l'échéance du contrat si ceux-ci n'acceptent pas la proposition du propriétaire-bailleur, ou si ce dernier ne leur fait pas de proposition.

4. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

S'accompagnant, lui aussi, pour une durée relativement longue mais limitée dans le temps, d'un transfert d'un droit réel sur son bien à un preneur à bail, social ou non.

- Base juridique pour la conclusion de BEA

Par l'Etat :

- les BEA dit de « valorisation » : article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) ;
- les BEA « logements sociaux » : article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés et du CCH.

Par les collectivités locales :

- les BEA en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général : article L. 1311-2 du CGCT.

Les dispositions sont citées en annexe 1.

Le BEA se différencie sur plusieurs aspects des autres baux emphytéotiques. Il ne peut couvrir un besoin exprimé par la personne publique et est proscrit dans les opérations « aller-retour ».

Ainsi, le BEA n'a pas, en lui-même, pour objet de permettre la construction de logements. En revanche, dans l'hypothèse où un gestionnaire disposerait d'un immeuble qu'il entendrait valoriser, il pourrait envisager de le donner à bail à un preneur afin que ce dernier développe une activité propre de location de logements dans l'immeuble concerné. Toutefois, l'administration ne disposera pas d'un pouvoir de contrôle sur l'activité du preneur.

Il est réservé aux opérations consistant :

- à la restauration d'un bien, sa réparation ou sa « mise en valeur » pour les BEA de valorisation,
- ou à la réalisation de logements sociaux pour la construction de logements sociaux.

On notera que si, en principe, le BEA logements sociaux, n'est pas dans le champ de la commande publique, il appartient à la personne publique de veiller scrupuleusement à ce que les logements construits ne répondent pas à son besoin – dans le cas où le juge constaterait que les biens construits répondent à un besoin de la personne publique, il opérerait vraisemblablement une requalification en marché public. En outre, ce BEA étant focalisé sur les logements sociaux (opération d'intérêt général), il ne permet sans doute pas de décliner des logements de catégorie intermédiaire ou libre (si ce n'est accessoirement). De ce fait, il ne permet pas de restreindre la population à loger aux agents des services publics.

Dans certaines décisions, le juge a considéré que la réalisation de logements qui rentrent en fin de contrat dans le patrimoine de la personne publique constitue une valorisation de l'actif immobilier. Toutefois, cette option est sujette à caution puisque le législateur a clairement exclu la réalisation de travaux répondant à un besoin ou réalisés pour le compte des personnes publiques. A toutes fins utiles, il est recommandé d'établir un état des lieux et une estimation de la valeur des biens avant la signature du contrat et de l'annexer au BEA afin d'être en capacité de démontrer, en cas de contentieux, que cette valeur a été accrue grâce à ce contrat.

- Nature des terrains concernés : nu (terrain à bâtir) ou bâti, quel que soit son usage
- Statut domanial des terrains concernés : indifféremment sur le domaine public ou le domaine privé
- Durées possibles du contrat : durée comprise entre 18 et 99 ans
- Droits conférés au titulaire : La conclusion d'un BEA entraîne l'application de clauses exorbitantes de droit commun visant à limiter la liberté de gestion de l'emphytéote (preneur à bail). Le principe de libre cession qui est un élément essentiel du bail emphytéotique est encadré : la cession du bail est subordonnée à l'agrément du bailleur et le cessionnaire doit remplir certaines conditions ; le droit réel conféré au titulaire du bail, de même que les ouvrages dont il est propriétaire, sont susceptibles d'hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué et le contrat

constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la personne publique concédante, c'est-à-dire le bailleur ; seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail ; la personne publique bailleresse peut se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables.

- Obligations pouvant être imposées au titulaire : Le preneur se trouve, pour l'essentiel, dans une situation identique à celle du preneur d'un bail emphytéotique classique : il dispose d'un droit réel sur le bien, il doit l'entretenir et y effectuer les réparations de toute nature. Il dispose de la faculté de construire et peut faire sur le fonds toute opération d'amélioration qu'il souhaite, mais ne pourra réclamer aucune indemnité à cet égard. Toutefois, sa situation diffère de celle d'un emphytéote de droit commun, notamment en ce qu'il ne peut librement céder son bail, ni l'hypothéquer, si ce n'est en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué.
- Compatibilité avec la commande publique : le BEA ayant vocation à permettre l'occupation domaniale, il n'est pas un contrat de la commande publique en application de l'article L. 1100-1 du code de la commande publique à la condition qu'il n'ait pas pour objet la satisfaction des besoins de la personne publique ou qu'il ne soit pas réalisé pour le compte de la personne publique.
- Devenir des constructions en fin de bail : A l'expiration du bail, la propriété des ouvrages est transférée au bailleur automatiquement et sans indemnité, comme dans un bail emphytéotique de droit commun.

5. L'AOT (autorisation d'occupation temporaire)

C'est un véhicule spécifique permettant aux personnes publiques de consentir sur leur domaine public et sur celui mis à leur disposition, des AOT constitutives de droits réels qui ouvrent à leurs bénéficiaires les droits et les obligations du propriétaire pour une durée maximale de 70 ans.

- Base juridique
 - pour l'Etat : article L. 2122-6 du CGPPP
 - pour les collectivités locales : L. 1311-5 du CGCT.
- Nature des terrains concernés : nu (terrain à bâtir) ou bâti, quel que soit son usage
- Statut domanial des terrains concernés : les terrains doivent appartenir au domaine public (à l'exception du domaine public naturel¹²)
- Durées possibles du contrat : durée de zéro à 70 ans. L'AOT garde un caractère aléatoire (faculté de résiliation unilatérale par la personne publique)
- Droits conférés au titulaire : Le bénéficiaire dispose d'un droit réel sur ce qu'il construit, finance, et qu'il doit entretenir ou conserver pendant la durée de l'AOT. Le droit de cession est limité et contrôlé, selon un régime très restrictif des conditions de leur cession, qui les différencient des autres autorisations constitutives de droits réels telles que les baux à construction et les baux emphytéotiques. L'autorité qui délivre l'AOT a un droit de regard sur le bénéficiaire de la cession. Le droit d'hypothèque est réservé exclusivement à l'objet de garantir les emprunts contractés par le titulaire de

¹² Pour l'Etat : art. L. 2122-5 du CGPPP, pour les collectivités locales : L. 1311-8 du CGCT.

l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée.

- Obligations pouvant être imposées au titulaire : le programme peut être imposé par la personne publique
- Compatibilité avec la commande publique : l'AOT est compatible avec la commande publique comme outil juridique sous-jacent, même si son usage pourrait être considéré comme superfétatoire, les contrats de la commande publique envisagés (marché de partenariat, concession) pouvant également couvrir les modalités de mise à disposition du domaine public. Elle doit faire l'objet de mise en concurrence selon des modalités comparables
- Devenir des constructions en fin de bail : Les constructions reviennent à l'autorité qui a délivré l'AOT, à défaut d'être démolis.

Un exemple à citer concerne des logements existants faisant partie du château de Versailles, et que l'établissement public met à disposition de ses agents, assurant notamment la surveillance et la maintenance du monument historique. Les logements font l'objet d'une AOT, complétée par une convention d'occupation temporaire (COT) du logement.

6. Le marché de partenariat, un outil qui peut convenir dans certains cas

Le marché de partenariat, qui a succédé en 2015-2016 aux contrats de partenariat, PPP et autres montages aller-retour, est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale sous maîtrise d'ouvrage privée.

C'est un contrat à paiement public différé, qui implique un financement principalement privé pour l'ensemble des opérations à réaliser.

Le titulaire est en effet rémunéré par l'acheteur, sous forme de «loyers», à compter de la mise à disposition des ouvrages construits. Le paiement est ainsi dit «différé» parce qu'il rémunère les prestations commandées par l'acheteur, à partir de l'achèvement des travaux.

Le marché de partenariat est un contrat global ayant pour objet de confier à son titulaire plusieurs missions à des stades différents de la réalisation du projet, les missions principales obligatoires et les missions complémentaires.

Les missions principales obligatoires constituent le « noyau dur » des opérations qui doivent être confiées au titulaire du contrat. Elles englobent tout ou partie du financement, ainsi que la construction, la transformation, la rénovation, nécessaires au service public ou à une mission d'intérêt général.

Dans le cadre des missions complémentaires, le titulaire du contrat peut se voir confier tout ou partie de la mission de conception, et ainsi associer la conception à la réalisation pour une meilleure efficacité du contrat. Le titulaire peut également se voir confier l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation des bâtiments, ainsi que, par délégation, la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice d'une mission de service public. Toutefois, la gestion d'une mission de service public dans un marché de partenariat ne peut être qu'accessoire à la construction de l'équipement. Les objectifs de performance jouent un rôle décisif dans le choix du marché de partenariat. En effet, la rémunération du titulaire est étroitement liée à des critères de performance qui lui sont assignés par l'acheteur pour chaque phase du contrat.

Le lancement de la procédure de passation d'un marché de partenariat est précédé par une phase d'instruction qui comprend l'évaluation préalable des modes de réalisation du projet (EMRP) et l'étude de soutenabilité budgétaire (ESB). L'EPMR permet à la personne publique, grâce à une présentation du projet et à un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables pour le réaliser, d'assurer que l'outil de commande publique choisi est le mieux adapté au projet envisagé. L'EMRP doit aboutir à une comparaison objective et complète, en l'état des connaissances du montage du projet et des prévisions établies par l'acheteur. L'ESB est réalisée en même temps que l'EMRP, à partir d'un scénario de référence commun et partagé afin d'assurer la cohérence des deux études. Dans un souci de bonne gestion des deniers publics, l'étude de soutenabilité budgétaire appréhende tous les aspects financiers du projet. (coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur la situation financière, impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan, analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.)

Pour engager la procédure de passation d'un marché de partenariat, l'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet, en justifiant l'intérêt et l'ampleur du transfert de maîtrise d'ouvrage, la pertinence du périmètre des missions confiées, les modalités de partage des risques, le coût global du projet. Ceci doit également permettre de vérifier que la valeur du marché dépasse un seuil fixé par voie réglementaire.

La lecture de ces éléments (extraits *en italique* de la doctrine sur les marchés de partenariat) peut conduire le lecteur à douter que les marchés de partenariat correspondent à ses besoins, dans la mesure où le porteur de projet ne se positionne pas en « acheteur », ni en « utilisateur », ne prévoit pas de payer un « loyer », doute que la facilitation de mesures permettant une offre de logements aux agents des services publics, si elle relève sans doute d'une démarche d'intérêt général, soit constitutive d'une mission de service public, et enfin ne comprend pas la notion de soutenabilité budgétaire pour des opérations montées dans des conditions permettant d'exclure (ou minimiser au maximum) tout recours budgétaire.

Bien entendu, il en est autrement, dans le cas où le porteur de projet contribue directement au financement de l'opération, via le versement de « subventions d'équilibre » ou de « loyers d'inoccupation » (non souhaitable) ou au titre d'une partie du projet immobilier (par exemple la réalisation concomitante d'une gendarmerie et de logements pour les gendarmes). Dans de tels cas, l'EPMR et l'ESB doivent permettre une analyse des alternatives.

Il convient également de prendre en considération, de plus, un seuil minimal de « coût » de l'opération (dans le cas nous concernant, 10 M€ HT) en dessous duquel le recours aux marchés de partenariat n'est pas possible.

Pourtant, l'édiction de prescriptions (plafonnement des loyers, identification de la population à loger) étant considérée comme l'expression d'un besoin (même si ce n'est pas un besoin direct) et conduisant le contrat à se situer dans le champ de la commande publique, il n'y a pas d'autre alternative que les marchés de partenariat et les concessions, et donc, si le transfert de risque n'est pas suffisant pour considérer la possibilité d'une concession, il ne reste qu'un seul choix constitué par le marché de partenariat.

Nous retiendrons de ce fait que le recours à un marché de partenariat ne peut être envisagé que pour des opérations d'une certaine taille, et pour des opérations représentant un coût pour le pouvoir adjudicateur, notamment au travers des « loyers d'inoccupation » qui devraient être versés au titulaire du marché, en cas de vacance des logements. Rappelons à cette occasion que

nous déconseillons cette solution des loyers d'occupation (cf. chapitre III E3, page 25), donc que nous déconseillons les marchés de partenariat.

Ses principales caractéristiques sont les suivantes : il s'agit d'un contrat unique associant le plus souvent la conception, la construction, le financement privé et l'exploitation technique d'un ouvrage ; le périmètre minimum obligatoire porte sur la construction et tout ou partie du financement, le périmètre maximal pouvant aller jusqu'à l'exploitation commerciale (sans transfert significatif du risque de demande). Ce contrat déroge donc au principe d'allotissement des prestations.

La maîtrise d'ouvrage est transférée à l'opérateur privé ce qui déroge aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique.

Les investissements sont préfinancés par le titulaire jusqu'à la mise à disposition de l'ouvrage et financés par ses soins sur le long terme à compter de la mise à disposition. Le paiement par la personne publique a lieu sous la forme d'un loyer à compter de la mise à disposition effective de l'ouvrage ce qui déroge à l'interdiction du paiement différé prévue par le CCP. Le titulaire peut être autorisé à procéder à une opération de valorisation (par exemple immobilière) et à développer des recettes annexes. Ce marché doit prévoir des engagements performanciels sanctionnables pris en compte dans la rémunération du titulaire.

Il repose sur un partage des risques défini de façon obligatoire dans les clauses contractuelles.

En raison de son caractère dérogatoire, ce montage nécessite, avant le lancement de la procédure, la réalisation d'une évaluation préalable du mode de réalisation (instruite par FinInfra) et d'une étude de soutenabilité budgétaire (instruite par la DB / DGFIP). Enfin la légalité de ce marché est conditionnée à la démonstration de ce que le contrat présente un bilan plus favorable que les autres montages possibles, notamment au plan financier.

- Base juridique : les marchés de partenariat (Article L. 1112-1 CCP et articles L. 2200-1 et suivants CCP)
- Nature des terrains concernés : nu (terrain à bâtir) ou bâti, quel que soit son usage
- Statut domanial des terrains concernés : indifféremment sur le domaine public ou le domaine privé
- Durées possibles du contrat Les textes ne fixent aucune durée minimale ou maximale du marché de partenariat. En général, le marché de partenariat est conclu pour une période relativement longue. Le terme du contrat doit être fixé en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues.
- Paiement : le marché de partenariat déroge à l'interdiction du paiement différé. Les investissements sont préfinancés par le titulaire pendant la période de conception construction puis sont payés par la personne publique au moyen d'une redevance / loyer à compter de l'achèvement de l'ouvrage et de sa mise à disposition pendant la phase d'exploitation. Le titulaire peut dégager des recettes annexes et procéder à des opérations de valorisation pour minorer le montant à financer.
Les loyers comprennent le remboursement de l'investissement et du financement ainsi que le paiement des prestations demandées au titulaire (entretien, maintenance, exploitation, ...). A priori, les loyers seraient alors perçus par la personne publique, à minima via le titulaire pour le compte de la personne publique.
- Droits conférés au titulaire : le marché de partenariat vaut autorisation d'occuper le domaine. Le titulaire peut bénéficier de droits réels.

- Obligations pouvant être imposées au titulaire : libres, à définir au contrat/ la maîtrise d'ouvrage est obligatoirement transférée au titulaire le partage des risques doit également obligatoirement être prévu dans le marché.
- Compatibilité avec la commande publique : le marché de partenariat relève de la commande publique
- Devenir des constructions en fin de marché : les biens peuvent être mis à la disposition de la personne publique dès leur achèvement, ou au terme du marché. Une clause spécifique du marché devra préciser le choix qui aura été fait. Dès lors que la gestion locative, dans toutes ses composantes (gestion des locataires, gestion de l'immeuble) est confiée au titulaire du marché, notre recommandation est de ne transférer la propriété du bien bâti qu'au terme du contrat, ou dans les cas de résiliation. L'état des biens en fin de marché est contractualisé

7. La concession (pour travaux et services)

Ses principales caractéristiques sont les suivants : il s'agit d'un contrat unique associant la conception, la construction, le financement, l'exploitation technique et commerciale d'un ouvrage.

La maîtrise d'ouvrage est transférée à l'opérateur privé.

Une part substantielle du risque d'exploitation doit être transférée au concessionnaire, qui finance et exploite l'ouvrage à ses risques et périls sur la durée du contrat : le remboursement de l'investissement initial et couverture des différentes charges (charges financières et fiscales, exploitation-maintenance, gros entretien / renouvellement et charges de personnel et sa rémunération) découle des revenus tirés de l'exploitation commerciale (paiement par le locataire).

Enfin la durée de la concession définie en fonction de la durée d'amortissement des investissements réalisés

Le recours à un contrat de concession permet d'externaliser, auprès d'un opérateur économique, le financement et la gestion d'un ouvrage et/ou d'un service dont il assume notamment les risques d'exploitation. L'autorité concédante reste responsable du service public dont la gestion est déléguée et joue un rôle clé à chaque étape de la vie du contrat : c'est elle qui définit ce dont elle a besoin, qui négocie le contrat, fixe les tarifs et des objectifs sociétaux et environnementaux et qui en contrôle l'exécution.

Sur de nombreux aspects, (caractère global, délégation de maîtrise d'ouvrage, financement privé des investissements) le marché de partenariat et la concession se ressemblent, les différences à noter portent sur (1) la rémunération du titulaire du contrat, publique sur un marché de partenariat (via le versement d'un « loyer »), privée sur une concession (publique ou privée, via la perception de recettes auprès des usagers, (2) le risque, qui est le plus souvent modéré sur un marché de partenariat, et qui doit être fort sur une concession, notamment sur l'exploitation, où le transfert de risque doit être substantiel. :

La concession semble immédiatement plus adaptée au projet, dans la mesure où le titulaire du marché rémunère son activité par la perception des loyers auprès des « usagers » (les locataires), sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait un « loyer » payé par la puissance publique. Mais il ne peut y avoir de concession sans un réel risque d'exploitation : La part de risque transféré au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte

potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.»

Ce point majeur est déterminant, et peut disqualifier la solution concession, si certaines dispositions devaient être retenues (par exemple que la personne publique assure le paiement du loyer d'un logement qui n'aurait pas trouvé preneur, afin de conserver la disponibilité du logement ; autre exemple, que les logements soient pris à bail par l'employeur public, pour être sous loués au salarié dudit employeur).

A noter également que la concession exclut la faculté d'une rémunération publique, qui serait majoritaire, par rapport aux recettes d'exploitation (les loyers), ce qui conduit donc à exclure la concession, sur des opérations qui s'accompagneraient de subventions d'équilibre conséquentes.

- Base juridique : Articles L1121-1 à L1121-4 CCP
- Nature des terrains concernés : nu (terrain à bâtir) ou bâti, quel que soit son usage
- Statut domanial des terrains concernés : indifféremment sur le domaine public ou le domaine privé
- Durées possibles du contrat : librement fixé, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte-tenu des investissements nécessaires pour l'exécution du contrat. »
- Droits conférés au titulaire : librement fixés dans le contrat, ils peuvent s'aligner sur les droits usuels dans les BE, BâC, BEA
- Obligations pouvant être imposées au titulaire : librement fixées dans le contrat
- Compatibilité avec la commande publique la concession relève de la commande publique
- Devenir des constructions en fin de contrat : à définir librement dans le contrat

Le grand nombre de solutions envisageables, mais aussi les limites au recours à chacune de ces solutions, les contraintes qui résultent de la solution retenue, conduisent à devoir procéder à un examen comparatif, pour (1) identifier les solutions réellement envisageables, et (2) retenir la solution la plus appropriée.

C. Les contraintes qui résultent du choix du bien foncier ou immobilier

Selon que le bien est bâti ou non, que le projet de construction peut s'analyser comme une construction neuve (ou extension ou surélévation) ou non, selon que l'actif immobilier relève du domaine public ou du domaine privé, certaines des solutions envisagées se trouvent écartées :

	BE	BâC	BâR	BEA	AOT	MP	Concession
le terrain est nu et à construire	oui	oui	non	oui	oui	oui	oui
le terrain est bâti, mais avec construction nouvelle, extension ou surélévation	oui	oui	non	oui	oui	oui	oui
le terrain est bâti, bâtiment existant à réhabiliter	oui	non	oui	oui	oui	oui	oui

	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
le bien fait partie du domaine public	non	non	non	oui	oui	oui	oui
le bien fait partie du domaine privé	oui	oui	oui	oui	non	oui	oui

Comme indiqué au paragraphe II D, il convient d'être prudent lorsqu'il est prévu de déclasser le bien, alors qu'une activité de la personne publique perdure, de nature à maintenir la classification dans le domaine public, les procédures de déclassement étant vaines.

D. Les contraintes qui résultent des prescriptions à imposer

L'analyse est particulièrement sensible, dans la mesure où le décideur public peut légitimement être partagé entre le souhait de fixer un certain nombre de contraintes à celui qui deviendra le titulaire du contrat, mais simultanément ne pas souhaiter subir les conséquences qui en résultent.

La première approche est presque quantitative. Les prescriptions qui seront imposées au titulaire du contrat seront-elles en grand nombre, ou quasi inexistantes ? Bien entendu, la situation intermédiaire est d'autant plus difficile à apprécier, qu'on ne se trouve pas dans une disposition binaire, et que la question sera « à l'appréciation des tribunaux ». Retenons simplement que les services juridiques plaident la prudence, considérant que dès la première prescription, on entre dans une zone à risques. Une analyse des risques, et notamment du risque de requalification, mérite d'être conduite.

		BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
nombreuses contraintes imposées au titulaire	commande publique	non	non	non	oui	oui	oui	oui
très peu de contraintes imposées au titulaire	CGPPP	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui

Le décideur public, qui souhaite voir se réaliser une opération de logements, pour contribuer à faciliter le logement des agents des services publics, et qui va engager une mise en concurrence, pour choisir l'opérateur, veut-il que la construction soit une obligation du titulaire ? En simple bon sens, oui, sans doute ! Mais cette disposition exclut la solution à laquelle on oriente son choix en premier, le bail emphytéotique !

	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
le titulaire du contrat a l'obligation de construire	non	oui	oui	à apprécier	au choix	au choix	au choix
le titulaire du contrat a la faculté et non l'obligation de construire	oui	non	non				

Le décideur public veut-il imposer que figure dans le contrat une clause de résiliation pour motif d'intérêt général (à ne pas confondre avec la résiliation pour faute) ? Il y a peu de chance que la réponse soit positive, la logique de la puissance publique n'étant pas d'évincer un gestionnaire locatif, reprendre des financements qui ne lui conviennent pas, devoir assurer en régie un métier (la gestion locative) pour laquelle il n'est pas outillé ... Et pourtant, tout contrat relevant de la commande publique doit avoir de telles clauses ...

	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
refus d'une clause de résiliation pour motif d'intérêt général	oui	oui	oui	non	non	non	non
présence d'une clause de résiliation pour motif d'intérêt général possible, même si elle ne servira probablement pas	non	non	non	oui	oui	oui	oui
nécessité d'une clause de résiliation pour motif d'intérêt général	non	non	non	oui	oui	oui	oui

Sur quelle durée le contrat doit-il être envisagé ? ce point constitue rarement un déterminant fort de la décision de la personne publique, dès lors qu'on se positionne sur des durées de long terme. Pourtant, les « marges de fixation de la durée » diffèrent, selon les outils contractuels retenus. Notons néanmoins que la durée du contrat est logiquement la résultante du modèle économique, et non une donnée à choisir. :

DUREE DU CONTRAT	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
durée de moins de 12 ans	non	non	non	non	oui	oui si justifié	oui si justifié
durée entre 12 et 18 ans	non	non	oui	non	oui		
durée entre 18 et 70 ans	oui	oui	oui	oui	oui		
durée entre 70 et 99 ans	oui	oui	non	oui	non	non recommandé	
durée de plus de 99 ans	non	non	non	non	non		

Pour les marchés de partenariats et concessions, la durée doit être justifiée. Au-delà de 70 ans, il conviendra de s'interroger sur la réelle viabilité de l'opération.

E. Les contraintes qui résultent des conditions imposées aux locataires

Les contraintes qu'on souhaite édicter, pour les locataires, sont de plusieurs nature :

- Une sélection par les revenus du foyer des candidats habilités à occuper des logements
- Une sélection des candidats habilités à occuper des logements par le fait qu'un des membres du foyer appartient obligatoirement à la population à aider (par exemple agent des services publics, soignants, ...)
- Une disposition qui permette de contraindre les locataires à libérer leur logement, lorsqu'il n'y plus de lien d'un des membres du foyer aux emplois qui ont concouru à leur accès au logement (départ, démission, mutation, ...)

Ces contraintes pèsent principalement sur le choix de la catégorie de logement (social / intermédiaire / libre / mix) à retenir, mais également, dans une moindre mesure, sur la nature du contrat à envisager :

SELECTION PAR LE REVENU	log.sociaux	log.interm.	log.libres	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
sélection très forte par le revenu	PLAI			oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
sélection forte par le revenu	PLUS			oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
sélection moyenne par le revenu	PLS			oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
sélection modérée par le revenu		LLI		oui	oui	non	oui	oui	oui	oui
pas de sélection par le revenu			Libres	oui	oui	non	oui	oui	oui	oui

POPULATION CIBLE	log.sociaux	log.interm.	log.libres	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
sélection sur une population cible	difficile (DALO, gestion en flux)	oui	oui	oui	oui	difficile, et seulement log. sociaux	oui	oui	oui	oui

CLAUSE DE FONCTION	log.sociaux	log.interm.	log.libres	BE	BàC	BàR	BEA	AOT	MP	Concession
clause de fonction	non	oui	oui	oui	oui	non	oui	oui	oui	oui
clause de fonction via un bail employeur	non	oui	oui	oui	oui	non	oui	oui	oui	non
clause alternative (jeunes actifs)	oui	non	non	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui

F. Une question clef : « commande publique » ou « CGPPP » ?

Le panel des différentes solutions envisageables se réduit fortement, sur la question clef de savoir si l'opération relève ou non de la commande publique. Si la réponse est positive, les conséquences sont lourdes, tous les baux emphytéotiques étant éliminés, dans le champ de la commande publique, le BEA (bail emphytéotique administratif) ne recueillant pas l'accord de tous, sur sa possibilité d'être utilisé sur une justification de « valorisation ». En se situant sur un actif immobilier qui appartiendrait au domaine privé de la personne publique, la solution AOT est également éliminée, ce qui conduit à ne laisser pour seules solutions que les marchés de partenariat et les concessions, qualifiés par ailleurs de « marchés complexes » !

Imaginer, pour éviter cette complexité, d'abandonner toute prescription (pour se positionner dans le champ de la transaction immobilière et du CGPPP) ne semble pas non plus raisonnable : on ne peut vouloir initier des opérations de logements pour aider certaines populations (agents des services publics, soignants, ...) et laisser libre le titulaire du contrat de choisir les locataires qu'il veut, sans cibler la population à aider.

Dans un souci de sécurisation de l'action publique, la mission Logement s'emploie à assister les porteurs de projet à « affronter et dépasser » la complexité des contrats de concession, et des marchés de partenariat, au travers de ce guide, au travers de sollicitations diverses qui peuvent être formulées directement, et en leur conseillant les prestataires, AMO, et conseils rodés à ces sujets et pouvant apporter un appui direct dans la gestation et le portage du projet. FININFRA peut notamment apporter son concours aux porteurs de projets.

L'attention des décideurs publics est appelée sur les risques encourus si un contrat d'occupation domaniale était, à tort, conclu en lieu et place d'un contrat de la commande publique :

- le risque d'annulation des contrats, engageant la personne publique dans une longue procédure contentieuse en indemnisation, couteuse budgétairement ;
- le risque de requalification des contrats sans qu'ils soient annulés, dans la mesure où ils respectent les fondamentaux de la commande publique ;
- le risque au regard des dispositions relatives à la responsabilité des gestionnaires publics issues du code des juridictions financières (CJF) qui disposent, aux termes de son article L. 131-1, que « Tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat » est justiciable de la Cour des comptes et doit à ce titre répondre des infractions qu'il pourrait commettre en tant que gestionnaire public. Parmi ces infractions figurent notamment, en application de l'article L. 131-9 CJF, les atteintes « *aux règles relatives à l'exécution (...) des dépenses ou à la gestion des biens de l'Etat, (...)* » constitutives d'une faute grave et causant un préjudice financier significatif. Ces règles sont, non seulement celles qui régissent les phases d'exécution comptable des dépenses et des recettes publiques¹³ mais également les dispositions législatives ou réglementaires édictant des prescriptions qui ne sont pas détachables d'une procédure d'exécution de dépense ou de recette publique, dont les règles de la commande publique¹⁴.

¹³ Au titre des règles de la comptabilité publique, en recettes, le juge a par exemple, sanctionné l'émission d'un ordre de recettes en l'absence de créance (CDBF 19 déc. 2008, Centre régional des œuvres universitaires et scolaires [Crous] de Corte, n° [164-592](#)) ou à l'inverse le défaut d'émission de titre de recette (CDBF 20 mars 2012, Centre hospitalier de Marigot à Saint-Martin, n° [181-587](#)).

¹⁴ V. CDBF, 2 décembre 2019, Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) d'Alsace, n° [238-794](#).

Notons enfin que si des baux emphytéotiques, ou baux à construction sont mis en place, comme « contrats secondaires », ce serait « superfétatoire », dans la mesure où les marchés de partenariat et contrats de concession peuvent directement s'y substituer, et valent titre d'occupation. Il en va en revanche différemment pour les autres marchés publics qui ne valent pas titre d'occupation.

G. Le choix du contrat et les contraintes qui en découlent

1. Une question préalable : un contrat, ou plusieurs, liés entre eux ?

Est-il nécessaire d'imaginer un « contrat chapeau » (par exemple un marché de partenariat ou une concession) et des contrats secondaires subséquents (par exemple un bail notarié transférant les droits réels) ?

Si rien ne s'y oppose, cette modalité n'est pas nécessaire, le contrat « maître » pouvant inclure les dispositions qu'on aurait voulu faire figurer dans les contrats subséquents. Il convient simplement d'associer à l'établissement du contrat, et à sa signature, l'administration en charge de la gestion du patrimoine (pour l'État, le service local des domaines, au sein de la DDFiP), pour que la personne publique signataire du contrat soit habilitée à le signer (pour l'État et ses établissements publics, il faut qu'il bénéficie d'une CDU sur une durée englobant la durée du contrat ; ce n'est généralement pas le cas, d'où la nécessité d'établir une CDU « miroir ») et pour que le service en charge de la gestion du patrimoine puisse enregistrer le contrat et le transfert de droits réels comme il l'aurait fait pour un BE, par exemple.

Passons rapidement en revue quelques recommandations :

2. La transaction immobilière

a) Le bail emphytéotique

Le fait de ne pas pouvoir donner au projet de construction des logements le caractère d'une obligation contractuelle, alors que c'est l'objet principal du contrat, n'est pas acceptable, et conduira à lui préférer le bail à construction, s'il y a réellement construction neuve, surélévation ou extension d'un bâtiment existant. Si c'est une réhabilitation d'un bâtiment existant pour y réaliser des logements sociaux par un organisme HLM ou une SEM, le bail à réhabilitation constituera une alternative plus appropriée (sans toutefois pouvoir couvrir un besoin de la personne publique !) Une réhabilitation pour y réaliser des logements intermédiaires ou des logements libres n'a pas vraiment de solution adéquate, sauf à introduire dans le contrat, d'autres dispositions (conditions économiques par exemple) de nature à éliminer le risque de voir, après signature, que l'emphytéote ne réalise pas les logements qu'il avait proposés.

b) Le bail à construction

Il faudra vérifier que le projet correspond à une construction neuve, surélévation ou extension d'un bâtiment existant.

Comme il ne peut couvrir les besoins de la personne publique, il est recommandé de ne pas en faire usage.

c) Le bail à réhabilitation

Il faudra vérifier que le projet se limite à la réalisation de logements sociaux, par des acteurs du logement social. Les programmes mixtes (cocktail de logements sociaux, intermédiaires et libres) excluent cette solution.

Comme il ne peut couvrir les besoins de la personne publique, il est recommandé de ne pas en faire usage.

d) Le bail emphytéotique administratif

En l'état actuel de la réglementation et de son interprétation (notion de « valorisation »), il n'est pas conseillé d'en faire usage.

e) L'AOT (autorisation d'occupation temporaire)

C'est un outil spécifique à utiliser sur le domaine public, et qui se caractérise notamment par son caractère précaire, même s'il peut être constitutif de droits réels. Rappelons qu'il ne relève pas du champ de la commande publique.

3. Les contrats de la commande publique

a) Le marché de partenariat

La procédure préalable « EPMR & ESB » est un exercice demandant sans doute que le porteur de projet soit aidé par un conseil spécialisé. La mission Logement pourra le conseiller sur ce point.

Cette procédure préalable est chronophage, et il conviendra de prévoir les 3 à 6 mois qui lui sont nécessaires, jusqu'à la validation. Elle présentera toutefois l'avantage de consolider (ou non) l'analyse tant qualitative que quantitative des modes de réalisation envisageables en prenant en compte les différents risques du projet dans une vision en coût global. Il s'agit d'une bonne pratique obligeant le porteur du projet à se poser l'ensemble des questions nécessaires pour apprécier la faisabilité de son projet. De même, le fait de réaliser une ESB permet de vérifier en amont l'impact du projet sur la trajectoire budgétaire (s'il y a un impact) et de définir les conditions d'un financement public (s'il y a un financement public)

b) La concession

Le critère majeur, sur les contrats de concession, est le caractère substantiel du risque transféré sur le concessionnaire. Il conviendra de documenter ce transfert de risque, et, bien entendu, de veiller à ne pas le réduire par un recours excessif à des aides publiques (subventions d'investissement et d'équilibre) ou par une implication d'employeurs publics sur les risques de la gestion locative.

c) Les différentes formes de baux emphytéotiques

Ils sont, dans leur ensemble, incompatibles à la commande publique, ou de n'être qu'un contrat subséquent d'un marché de partenariat ou d'une concession (mais pour quelle utilité ?)

.

V. La viabilité économique du projet

A. Pourquoi faire de la viabilité économique un objectif majeur ?

De multiples raisons conduisent à se donner comme objectif la « viabilité économique » des opérations de logement :

- En premier lieu, l'objectif de la puissance publique est de faciliter la production de logements, et non de les produire elle-même, et d'endosser la charge de loger les agents des services publics (sauf exceptions pour quelques métiers). Son objectif est donc de créer les conditions pour que se réalisent ces opérations, mais qui doivent être « autoporteurs » (se justifiant économiquement par elles même) sans avoir à intervenir et prendre pour partie la charge de l'opération ;
- En second lieu, un objectif clairement affiché porte sur la sobriété budgétaire. Les ressources budgétaires sont rares, déjà mobilisées sur d'autres politiques publiques, et l'objectif clairement affiché est de restreindre et même totalement neutraliser les ponctions budgétaires, notamment le versement de subventions d'équilibre. Toutefois, pour devenir des opérations « économiquement équilibrées » et donc attractives pour les acteurs économiques, des aides et autres « coups de pouce » sont nécessaires, au-delà des mesures générales en vigueur (par exemple variation des niveaux de TVA, exonération de la taxe foncière pour certaines catégories de logement, ...). Plutôt que des ressources budgétaires rares, et venant en compétition avec d'autres politiques publiques, des apports (les mises à disposition), sur des « valeurs cachées et dormantes » sont préférables : tel est le cas des mises à disposition de biens fonciers et immobiliers, sans pour autant que ces mises à disposition soient qualifiées de « bradage du patrimoine public », dans la mesure où les biens restent en propriété, et le propriétaire public s'enrichit à terme en récupérant le bien bâti, d'une plus grande valeur que dans l'état où il a été mis à disposition initialement. L'autre conséquence de recherche de la sobriété budgétaire conduit à trouver le bon niveau des aides à apporter aux agents des services publics. Bien entendu, plus les loyers proposés seront bas, plus les logements seront attractifs et les emplois publics favorisés, mais la limite se trouve dans les limites budgétaires. Vaut-il mieux 10 logements à loyer exceptionnellement bas, ou 20 logements à prix bas et déjà attractifs ?
- Sur l'approche budgétaire, la raison suivante porte sur l'optimisation d'emploi de cette ressource rare et limitée : les opérations de logement, au-delà de leurs qualités, ont un défaut, celui de n'apporter de solutions que dans quelques années, le temps de voir ces logements être construits, avant d'être proposés à la location. Les besoins sont pourtant immédiats, et il est préférable d'utiliser les moyens budgétaires qui seraient disponibles sur des opérations à effet immédiat (par exemple des achats de réservation sur des parcs locatifs existants).
- Une autre raison qui guide à rechercher cette viabilité économique est d'inscrire cette politique publique dans la durée. Les besoins en logements sont durables, l'acte de construire est également un acte économique qui s'inscrit dans le long terme, et toutes les mesures doivent être prises pour éviter que les solutions imaginées aujourd'hui puissent être ultérieurement remises en cause. Il en serait ainsi si les opérations étaient « instables économiquement », de nature à voir les titulaires des contrats abandonner et demander leur résiliation. Il en serait également ainsi si l'équilibre des opérations était assujéti à des contributions budgétaires (versement de subventions annuelles) que des restrictions budgétaires viendraient remettre en cause.

- La dernière raison est de bon sens : plusieurs opérations, dans le passé, ont été faites avec le concours budgétaire d'administrations, qui, en contrepartie, considéraient que les logements correspondants étaient strictement réservés à leurs salariés, leurs ressources budgétaires n'ayant pas à basculer au bénéfice d'autres agents d'autres pôles ministériels. Il en résulte aujourd'hui une segmentation excessive des parcs de logements, un taux de vacance préjudiciable (un logement reste vacant parce qu'on ne trouve pas preneur parmi les agents du ministère concerné, alors que des candidats existent, sans solution logement, provenant d'autres pôles ministériels). Une approche interministérielle, voire inter-versants de la fonction publique, nous met à l'abri de cette « balkanisation » sans pour autant pénaliser la personne publique qui aura initialement fait l'effort de mettre à disposition le foncier étant bien spécifiquement gratifiée, in fine, par la valorisation de son bien.

B. Le plan d'affaires, en quelques mots :

Il est utile de bien comprendre le « plan d'affaires » (business plan) d'une opération locative de logements, sur un foncier mis à disposition.

L'opération s'analyse au travers de trois séquences décrites comme suit :

- (1) Une première séquence correspond à la phase de réalisation du projet immobilier ; le titulaire du contrat (souvent un groupement entre plusieurs acteurs économiques, agissant collectivement et solidairement) construit ou fait construire le projet immobilier, pour un prix (ou un coût, s'il el réalise lui-même), montant de l'investissement qu'il finance par utilisation de ses fonds propres, et qu'il complète par des financements bancaires de long terme (entre 30 et 45 ans). Le montant de l'investissement inclut toutes les dépenses de l'acte de construire, n'inclut pas de prix d'achat du foncier, puisqu'il bénéficie d'une mise à disposition, inclut les frais bancaires de la période de construction.
- (2) La deuxième séquence correspond aux premières années de l'exploitation locative, le titulaire du contrat disposant de ressources (les loyers et acomptes de charge payés par les locataires), pour couvrir les dépenses constituées des annuités d'emprunt(s) de financement qu'il a contracté(s), des dépenses d'exploitation courante, des charges fiscales (impôts locaux, sous réserve d'exonération), des provisions pour grosses réparations. Il est fréquent que les recettes ne couvrent pas, les premières années, l'ensemble des dépenses, auquel cas il devra compléter par des couvertures de trésorerie (utilisation de sa trésorerie générale, voire emprunts complémentaires, découverts rémunérés, ...) dont le remboursement viendra majorer les charges des années suivantes.
- (3) La troisième séquence se décompose en deux sous-séquences :
 - (a) La première commence au moment où les prêts principaux sont entièrement remboursés, les charges étant réduites d'autant, le solde d'exploitation locative devenant positif, ce qui permet de rembourser progressivement toutes les couvertures de trésorerie qui ont dû être mises en place les années précédentes.
 - (b) La seconde sous-séquence permet à l'opérateur économique de « libérer » ses fonds propres, et les rémunérer pour donner à l'opération dans son ensemble une profitabilité la justifiant.

Les dernières séquences diffèrent des schémas habituels des investissements immobiliers, qui se terminent par la revente de l'actif immobilier, dont le prix doit permettre le remboursement de tous les financements résiduels encore présents, la libération des fonds propres, et la rémunération de l'opération (nourrie également par la plus-value lors de la revente du bien).

Dans notre cas, le bien étant remis à la personne publique sans paiement en contrepartie, c'est bien par le prolongement des dernières séquences qu'on permet, via les revenus locatifs, de solder la totalité des financements, libérer les fonds propres et constituer la rémunération de l'opération

C. Les contributions envisageables de la personne publique

Si l'opération ne trouve pas intrinsèquement sa viabilité économique, elle doit être « aidée » et deux approches sont envisageables : l'aide en crédits budgétaires, ou l'aide en nature

1. en crédits budgétaires

L'aide en crédits budgétaires peut prendre de multiples formes, soit en versement unique, soit en versements réguliers, annuels par exemple :

- une subvention d'équilibre, versée au cours de la phase de construction viendra réduire le montant à financer par emprunt, donc la charge financière des années d'exploitation locative, permettant de raccourcir la deuxième séquence, réduire les intérêts composés des encours de trésorerie, trouver plus rapidement l'équilibre et la viabilité économique ;
- des versements réguliers pourraient correspondre à des opérations de « refroidissement des loyers », si le porteur de projet souhaite que le loyer effectivement proposé aux locataires soit plus faible que celui qui permettrait à l'opération d'être viable. Il faut donc alors construire un revenu complémentaire, venant compenser l'insuffisance des revenus locatifs (à noter qu'on peut aussi capitaliser ces versements de refroidissement des loyers),.

2. la contribution « par apport »

L'aide « par apport » vise à réduire le montant de l'investissement, et c'est ce que la mise à disposition du foncier opère, en réduisant ou supprimant la « charge foncière » dans le bilan d'investissement à financer. L'acteur économique perd la possibilité de faire des plus-values de revente, comme s'il avait initialement acheté le foncier. A noter toutefois que ces opérations de logement locatif ont plus une valeur d'usage, que d'être la source de plus-values de revente.

Ce sont clairement les contributions en nature qui sont privilégiées, pour les raisons évoquées au paragraphe V A

D. La stratégie patrimoniale et financière de la personne publique

1. La redevance de mise à disposition du terrain

Les services en charge de la gestion du patrimoine de la personne publique (les services locaux du domaine, pour l'État) peuvent être tentés par la fixation d'une redevance sur le montant le plus élevé possible, démarche logiquement assimilée à une bonne gestion des deniers publics (on notera toutefois que la pratique n'est pas la même sur les concessions, que sur les baux emphytéotiques, alors que l'opération sous-jacente peut être la même).

Cette approche est pertinente sur une opération ayant sa viabilité économique, sous forme de redevance annuelle, ou de redevance capitalisée (l'alternative pouvant être de raccourcir la durée de mise à disposition, pour pouvoir plus rapidement passer un nouveau contrat redéfinissant les conditions économiques de mise à disposition).

Cette approche ne tient plus, si l'opération nécessite des aides complémentaires pour trouver sa viabilité économique. En effet, les redevances impacteront l'opération, en majorant le montant

à financer (redevance capitalisée) ou en allongeant la durée nécessaire pour rembourser les financements, à la fois par leur montant, mais aussi par les frais financiers complémentaires qui en dérouleront.

Pour mémoire l'article L2125-1 du CGPPP stipule ; « Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. »

2. L'enrichissement « in fine »

L'alternative est de retenir une redevance nulle ou symbolique, et de cibler un enrichissement in fine. Encore faut-il s'assurer de la réalité de cet enrichissement in fine.

Ce sujet n'est pas sans risque, comme évoqué au chapitre II K (page 18):

Un sujet particulier sera à traiter, pour trouver une réponse adéquate à une situation fréquemment rencontrée dans ces mises à disposition de long terme (baux emphytéotiques ou équivalents), dans lesquelles, sur des 5 ou 10 dernières années du contrat, le titulaire du contrat réduit excessivement ses dépenses d'entretien et de grosses réparations, dans la mesure où il sait qu'il devra remettre l'immeuble à court terme. Une telle situation, inacceptable pour les locataires, l'est tout autant pour la personne publique : s'il a consenti des efforts au début du contrat, justifiés par la valorisation à terme de son bien immobilier, ce n'est pas pour récupérer un immeuble mal entretenu et en situation de quasi-ruine. Des dispositions particulières, et qui ont montré leur efficacité, seront à faire figurer dans le contrat, pour parer à ces risques.

Et au chapitre III F (page 27):

Au-delà du fait que la personne publique est légitime à rappeler au besoin le titulaire du contrat à ses obligations, dans un souci de récupérer in fine un immeuble en bon état d'entretien et de maintenance, les dispositions doivent être prises, pour éviter un « relâchement » dans les dernières années du contrat. Une disposition qui a montré son efficacité consiste à imposer au titulaire du contrat à provisionner, chaque année, une somme destinée à ces dépenses futures de gros entretien et réparations. Bien entendu, le titulaire du contrat est autorisé à utiliser ces provisions pour couvrir les dépenses correspondantes. Sur les dernières années du contrat, ce risque de « relâchement » ne sera pas acceptable, et des contrôles devront être effectués (la recommandation est de les effectuer sur les 7 dernières années). S'il est contractuellement prévu qu'il devra à la clôture du contrat, remettre à la personne publique le montant des provisions GER non consommées., cette mesure, effectivement dissuasive, présente néanmoins l'inconvénient majeur d'être consolidable.

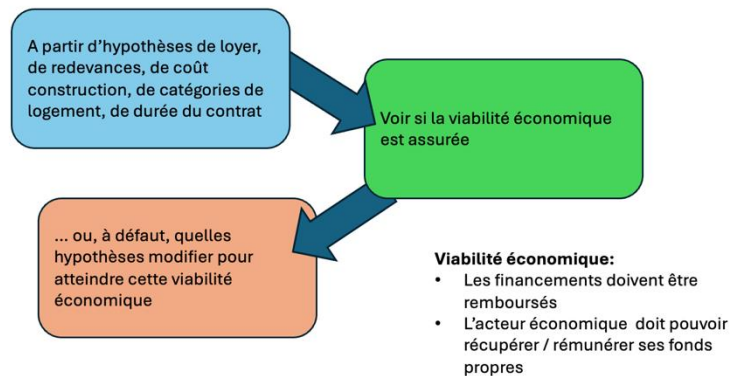
E. La viabilité économique du projet

1. Définition

La viabilité économique d'une opération peut simplement se définir comme la capacité, via l'ensemble des recettes (recettes locatives) à couvrir l'ensemble des dépenses de l'opération, y compris les charges résultant de l'investissement d'origine, et de dégager une marge constituant une rémunération légitime des fonds propres mobilisés sur cette opération.

Vérifier la viabilité économique d'une opération, c'est prendre en compte toutes les composantes du projet, les contraintes et prescriptions qui devront être respectées, et :

- vérifier que cette viabilité est acquise,
- à défaut, analyser au travers de quelles évolutions des composantes du projet, ses contraintes et prescriptions la viabilité économique peut être obtenue.



2. L'appréciation des risques

Cette analyse doit aussi être complétée par une appréciation des risques, qu'il n'est pas difficile d'identifier (dépassement de coût ou de délai de l'opération d'investissement, risques de vacance et d'impayés en gestion locative, dérive des coûts de maintenance, ...) mais pour lesquels il est beaucoup plus difficile de mesurer l'impact sur la viabilité globale de l'opération.

F. Comment apprécier la viabilité économique du projet

1. Le recours au simulateur économique de la mission Logement, OCaPI

Cette analyse n'est pas faisable « de tête », les différentes hypothèses ayant des conséquences sur de multiples postes de recettes et de dépenses, et la mission Logement a fait établir un outil, l'Outil de Calcul des Projets Immobiliers (OCaPI) qui permet d'effectuer rapidement cette analyse, y compris l'analyse de la sensibilité de l'opération face à certains risques, et d'être une aide efficace à la recherche d'une solution, lorsqu'on est contraint de modifier certaines hypothèses pour atteindre le résultat recherché. Cet outil permet aussi de déterminer l'importance des aides budgétaires qui devraient être apportées, au besoin.



Les porteurs de projet peuvent aisément contacter la mission Logement pour qu'une telle analyse soit conduite par ses soins, au bénéfice de leur opération.

2. Comment utiliser OCaPI

Les échanges pourront se faire aisément, en communiquant les fondamentaux du projet, en complétant – à la demande de la mission Logement - au besoin des informations complémentaires qui seraient nécessaires.

En retour, la mission Logement sera en mesure de vous transmettre son analyse, par mail ou échange direct

3. Le réexamen des éléments clefs du projet, pour atteindre la viabilité économique

La mission Logement vous proposera, au besoin, une séance d'échanges et de travail, si des modifications desdits fondamentaux doivent être envisagées, pour que ces évolutions soient explorées en direct avec vous.

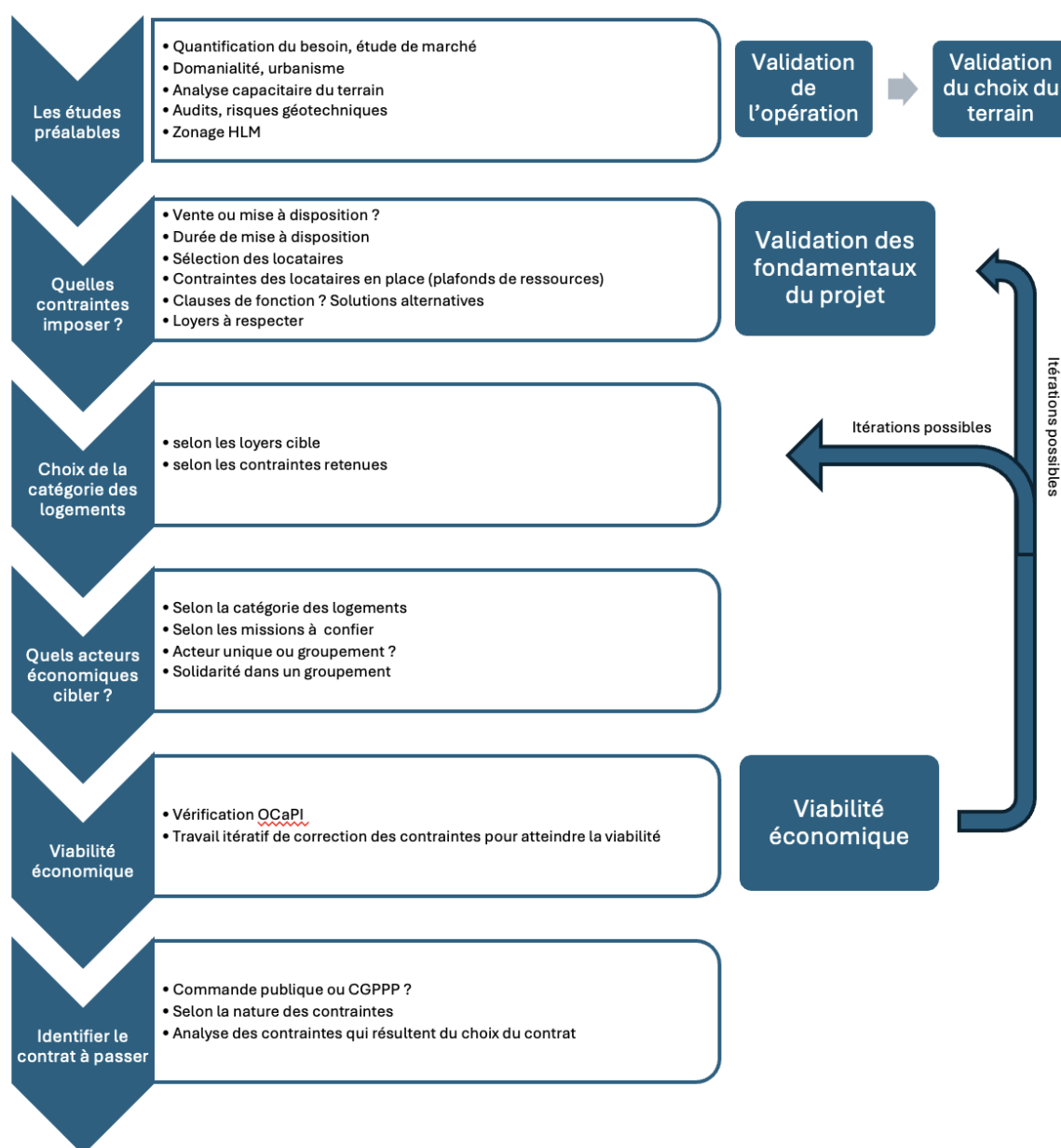
4. Comment se faire aider

La mission Logement peut également communiquer aux porteurs de projet le nom de prestataires aisément mobilisables (notamment via la plateforme UGAP) si ceux-ci souhaitent une analyse plus fine et en direct de cette viabilité économique.

VI. Le montage « pas à pas » du projet

Ce chapitre va présenter la démarche « pas à pas » de l'établissement du projet, nourri des éclairages donnés dans les chapitres précédents. Il couvre les différentes étapes à franchir pour définir le projet, dans l'ensemble de ses composantes, avant d'aborder (chapitre VII, page 67) les sujets à traiter dans la préparation du contrat, et (chapitre VIII, page 78) les tâches à accomplir, avant de lancer la mise en concurrence.

Le « fil directeur » proposé n'exclut pas les boucles et autres « retours en arrière », lorsque par exemple un choix préalable occasionne, à l'analyse, plus d'inconvénients que d'avantages.



A. Les études préalables

1. Le diagnostic territorial

Il est nécessaire d'effectuer une analyse des besoins, au niveau de l'agglomération, pour les quantifier :

- Y a-t-il une réelle inadéquation entre le marché immobilier local et le besoin exprimé par les agents des services publics ?
- Cette inadéquation est-elle mesurable (files d'attente HLM ou LLI, par exemple, enquêtes sociales conduites dans les administrations publiques, ...) ?
- Sur quoi porte cette inadéquation principalement ? le niveau des prix, le faible volume des petits logements, ou des grands logements, ... ?
- La population à aider se caractérise-t-elle, socialement, et permet-elle, ou légitime-t-elle que soient prévus des plafonds de ressources ?

Il est utile de contacter la mission Logement, qui conduit ces études dans les principales agglomérations et pôles d'emploi, ou qui pourra diligenter une telle étude pour accompagner le porteur de projet dans sa démarche.

2. L'« étude de marché »

Le diagnostic territorial qui analyse la situation au niveau de l'agglomération, doit être complété par une véritable étude de marché, permettant de vérifier que le terrain envisagé répond bien aux besoins, selon sa localisation, son environnement immédiat, la distance aux principaux pôles d'emploi des populations ciblées.

Cette étude de marché devra être d'autant plus approfondie, que le terrain proposé présentera quelques « faiblesses », pour lesquelles il faudra vérifier qu'elles ne sont pas rédhibitoires.

3. L'analyse de la domanialité

L'analyse de la domanialité devra être faite, avec au besoin l'appui des services spécialisés (pôles juridiques, services locaux des domaines), et les conséquences devront en être tirées, soit pour limiter la démarche au statut domanial existant, soit pour envisager une procédure de déclassement.

4. L'analyse de la constructibilité

Une analyse doit être conduite sur deux registres :

- Le droit de l'urbanisme, en vérifiant que les règles en vigueur (présentes au PLU) permettent la réalisation de l'opération projetée, du fait de la nature des occupations du sol autorisées, et en récupérant l'ensemble des dispositions réglementaires que l'opération devra respecter (règles de hauteur et de prospect, contraintes sur l'emprise au sol, l'obligation de parkings, ...)
- La présence d'éventuels risques naturels ou technologiques, qui pourraient soit remettre en cause l'opération, soit conduire à certaines restrictions.

Les services urbanisme de la collectivité territoriale, ou la DDT, sont en mesure d'aider à l'établissement d'une telle analyse.

On ne peut pas exclure la nécessité de devoir envisager une modification ou une révision du PLU, si les dispositions en vigueur présentent des difficultés (il arrive fréquemment hélas que les PLU positionnent les fonciers des personnes publiques dans des zonages particuliers, sur

lesquels « tout est interdit, sauf les bâtiments des services publics ». Une opération de logement peut de ce fait être interdite, bien qu'elle participe au bon fonctionnement des services publics ») ; il conviendra alors de prendre contact avec la collectivité territoriale, pour voir comment les dispositions du PLU peuvent être modifiées, sous quelle forme et dans quel délai.

5. La « capacité bâtementaire »

L'étude capacitaire (ou de capacité bâtementaire) vise à exploiter le faisceau des contraintes collecté dans l'analyse précédente, pour évaluer l'importance en volume de l'opération qui peut être envisagée, donc par déduction en surface de plancher et en nombre de logements. Il ne s'agit pas d'un avant-projet, ni même d'une esquisse architecturale, mais d'une simple analyse en volume.

Cette étude peut se définir ses propres limites : si la hauteur n'est pas réglementée dans le PLU, le choix peut néanmoins être fait de vouloir s'intégrer dans le tissu urbain existant, et de se définir un nombre maximum de niveaux.

6. Les audits préalables, en cas de réhabilitation

Si le projet vise à utiliser un bâtiment existant, pour le réhabiliter, le surélever, lui créer des extensions, ... il convient d'établir des audits préalables, comme en matière de cession (présence de plomb, de termites, de mûre, ...), et il en sera de même en matière de pollutions de sols, surtout si l'usage passé du terrain a été industriel. La mise à disposition de l'actif immobilier visant à transférer au preneur les droits, charges et obligations du propriétaire, il convient de l'informer comme en matière de vente.

7. Le zonage HLM

Il conviendra également de relever le zonage HLM de la commune d'implantation du terrain (zonage 1/2/3 et zonage A/B/C) pour noter les plafonds de loyers et les plafonds de ressources qui seront à respecter, selon le choix des catégories de logements.

L'ensemble de ces études préalables doivent conduire :

- A légitimer le projet,
- A valider le choix du terrain,
- A esquisser ce que pourrait être la taille de l'opération.

Pour les terrains qui s'avèreraient offrir une constructibilité significativement trop importante, il ne faut pas immédiatement « restreindre le périmètre ». En effet, peut-être sera-t-il utile, lors de l'analyse de la viabilité économique, d'imaginer des solutions pour atteindre une viabilité qui n'est pas obtenue d'emblée. Selon que le terrain choisi peut être partiellement vendu ou non, on pourra envisager une opération plus large, incluant la production de logements locatifs en faveur des agents des services publics, mais aussi soit des logements libres à vendre, ou des logements locatifs libres « sans restriction de clientèle », pour disposer ainsi d'une péréquation apportant cette viabilité économique.

B. Récapituler les contraintes à imposer

Comme détaillé dans les chapitres précédents, II, III et IV, les contraintes retenues par la personne publique vont peser significativement sur la nature du contrat à passer, et sur la viabilité économique de l'opération.

La méthode que nous proposons d'adopter est simple : elle consiste dans un premier temps à retenir les prescriptions qu'on souhaite imposer, en cohérence avec les objectifs recherchés que cette opération immobilière doit faciliter, dans un second temps d'en déduire les conséquences sur la catégorie de logements à envisager, et sur les acteurs économiques qui pourront répondre

à la mise en concurrence, avec « droit de remords » au besoin, dans un troisième temps, d'analyser la viabilité économique, avec possibles itérations sur ces prescriptions, pour in fine définir un « package », ensemble cohérent de contraintes assurant l'équilibre économique, tout en répondant aux objectifs de politique publique en faveur des agents des services publics.

1. Vendre ou mettre à disposition le terrain

Les chapitres précédents ont rappelé la finalité de réaliser une solution pérenne, avec pour conséquence de s'orienter prioritairement sur du logement locatif, et de disposer d'un moyen de contrôle durable que les logements produits resteront au bénéfice (exclusif ou prioritaire) des populations qu'on souhaite aider, la mise à disposition de terrains publics étant le meilleur garant, et la méthode la plus efficace d'aider à l'émergence de ces opérations de logement sans « brader le patrimoine », la personne publique trouvant la juste rémunération des efforts qu'elle fait, en mettant à disposition une partie de son patrimoine, par l'enrichissement dont elle bénéficie in fine, en récupérant un bien bâti de plus grande valeur.

Sur des actifs immobiliers qui disposeraient d'une constructibilité plus importante que celle nécessaire à la réalisation des logements en faveur des populations à aider, il convient toutefois de conserver, comme pistes possibles dans la recherche de viabilité, de scénarios offrant une « péréquation économique » au bénéfice des objectifs de la personne publique :

- Soit imaginer une opération locative de plus grande taille, dont une partie seulement des logements serait réservée au bénéfice des populations à aider, les autres logements pouvant être loués aux conditions du marché locatif ; in fine, l'ensemble reviendrait à la personne publique, rémunérant la mise à disposition ;
- Soit imaginer une opération immobilière comprenant d'une part la réalisation de logements locatifs, réservée au bénéfice des populations à aider, et par ailleurs une opération de promotion immobilière « classique » de vente de logements, en accession à la propriété. Cette hypothèse suppose bien sûr que la cession partielle du foncier soit envisageable.

L'erreur serait alors sans doute de procéder préalablement à la division foncière, pour définir et distinguer la partie locative de la partie accession, alors que, sauf contexte local très particulier, la personne publique ne dispose pas des éléments permettant de définir le « découpage idéal » (importance relative de chacune des deux parties, localisation optimale des limites de propriété, ...). Il est alors préférable, dans le cadre d'un contrat de la commande publique (marché de partenariat, ou préférentiellement concession) de solliciter une « offre globale » qui optimisera ce découpage, dans les objectifs assignés par la personne publique. Le découpage foncier sera donc établi in fine, sur la base de la meilleure offre globale qui aura été retenue.

2. La durée de la mise à disposition

La durée de la mise à disposition est nécessairement longue, les financements de l'investissement initial étant toujours sur des durées d'amortissement de plusieurs décennies.

Viser une durée de mise à disposition « courte a priori » n'a pas réellement de sens, lorsqu'un patrimoine de logements a par nature une durée d'usage de long terme (plus d'un siècle). Vouloir récupérer le bien à date prédéterminée pour un autre usage (sans doute en démolissant l'immeuble de logements) ne trouvera sans doute pas sa pertinence économique, et il convient sans doute d'envisager d'autres usages pour le bien considéré (la mission Logement peut être consultée au sujet des opérations de « logements provisoires »), rechercher un foncier plus pérenne, pour l'opération de logements locatifs. Il est préférable de se donner comme approche de ne pas faire de la durée de mise à disposition une « prescription définie d'avance », mais plutôt le résultat des analyses de viabilité économique, la durée retenue devant (1) suffire à

établir la viabilité économique, et (2) offrir au titulaire du contrat une rentabilité raisonnable sans être excessive.

3. La sélection des locataires

Assez naturellement, le projet visant à produire une offre de logements au bénéfice de certaines populations, on projette naturellement une sélection des locataires, en premier lieu pour privilégier – ou strictement limiter – le choix des candidats parmi la population cible, en second lieu pour donner une priorité, au sein de la population cible, aux candidats ayant le plus besoin d’être aidés, via notamment une analyse du niveau de ressources du ménage.

Plusieurs questions doivent être arbitrées :

- Souhaite-t-on donner une exclusivité, ou une priorité, aux candidats issus de la population cible ? Derrière cette question se cache un enjeu économique, et un coût potentiel pour la personne publique : faut-il, lorsqu’aucun candidat issu de la population cible ne se présente pour louer un logement, laisser le logement vacant dans l’attente qu’un candidat se déclare, dans les mois à venir, ou accepter alors que le logement puisse être loué à un « tiers » ? Il n’est pas tenable, économiquement, de laisser des logements vacants, au-delà d’une durée de « vacance frictionnelle », et cette demande d’exclusivité déboucherait alors sur une prise en charge, par la personne publique, d’un « versement compensatoire » aux recettes locatives que le titulaire du contrat ne peut plus percevoir (les « loyers d’inoccupation », évoqués chapitre III E3, page 25). Dispositif couteux, difficile à quantifier par avance (nul ne sait ce que sera l’évolution de la demande dans les décennies à venir), ponctionnant les moyens budgétaires, que nous recommandons donc d’éviter. Il convient de définir contractuellement la durée « normale » de recherche d’un locataire, et de cadrer les conditions dans lesquelles le titulaire du contrat sera autorisé, faute de candidats, à retenir des candidatures de locataires extérieurs à la population cible
- Si des modalités ont été définies, autorisant le titulaire du contrat à prendre des « locataires extérieurs », faute de candidats issus de la population cible, il faudra également veiller à ne pas être pénalisés, non pas par manque de candidats issus de la population cible, mais du fait d’une excessive lenteur de la personne publique pour sélectionner et proposer des candidats. Ce sujet a déjà été évoqué aux chapitres II J page 16 et III E3, page 25, l’expérience montrant qu’il est difficile de maintenir dans la durée une réactivité forte, indispensable au bon remplissage du projet immobilier.
- Quelle « rigidité » entend-on donner à une hiérarchisation par les revenus, dans le choix des candidatures issues de la population cible ? Selon que la solution est trouvée via le choix des catégories de logement (plafonds de ressources des logements sociaux ou intermédiaires), ou via de simples dispositions contractuelles librement définies, la « flexibilité » dans le choix des locataires existera ou non. Lorsqu’un directeur d’hôpital a été contraint de fermer un bloc opératoire, faute d’agents de toutes professions pour le faire fonctionner, les postes étant vacants, et qu’il veut « reconstituer l’attractivité » de ces postes de travail, via une facilitation au logement, afin de rouvrir le bloc opératoire, s’il a choisi une solution « logement social », il pourra sans doute faciliter l’embauche d’infirmiers de bloc, de techniciens de maintenance (à condition d’avoir bien ciblé entre PLAi , PLUS ou PLS), mais il ne pourra pas aider au recrutement d’un chirurgien, ... sans lequel le bloc opératoire ne fonctionnera pas !

C’est donc avec attention qu’il faut définir les modalités de sélection des locataires, en veillant également, si on retient la solution « logement social », à vérifier localement (services du préfet) que les dispositions réglementaires (quota de réservation DALO, droit au logement opposable, et gestion en flux) ne viendront pas contrecarrer l’objectif de créer un parc de logements locatifs réservé à une population cible.

On notera, sur la base de cette réflexion, que certains choix conduisent à exclure certaines catégories de logements, certains types de contrats, et que ceci doit être regardé avec prudence, notamment dans les communes carencées, au titre de la loi SRU (un logement « social de fait », avec des loyers du même niveau que les logements HLM, mais sans plafonnement des revenus, n'est pas un logement social, et ne répondra donc pas aux exigences de la loi SRU).

4. Les contraintes pour les locataires en place

Les contraintes pour les locataires en place porteront principalement sur les plafonds de ressources, et sur l'appartenance à la « population cible ». L'appartenance à la population cible, via des clauses de fonction, sera traitée au paragraphe suivant. Le contrôle régulier (annuellement) des plafonds de ressources, usuel sur le logement social, doit être assumé.

5. La présence de « clauses de fonction » dans les baux

La présence de clauses de fonction, dans les baux, se traduisant par l'obligation qu'un des membres du foyer locataire soit sur un emploi bien identifié, consacrant son appartenance à la population cible, s'apprécie non seulement lors de la sélection initiale, à la prise à bail, mais également tout au long de la durée du bail.

Ce point a déjà été abordé au paragraphe II H :

- *La présence, dans les baux, de « clauses de fonction », liant le bail à l'exercice d'une fonction, est un élément essentiel contribuant à la pérennité, dans le temps, des mesures engagées par la personne publique, pour aider les agents des services publics. Des « expériences malheureuses » sont bien connues, ayant conduit des ensembles hospitaliers à faire réaliser des logements en faveur de leurs salariés, mais constatant, année après année, que l'offre de logements dont ils disposaient se réduisait, les agents quittant leur emploi (retraite, démission, ...) mais sans accepter de libérer leur logement. Ces employeurs publics se retrouvaient, in fine, avec un parc de logements occupé par des locataires sans lien avec leur activité, devenu inopérant, malgré les efforts consentis pour le réaliser, car ne pouvant plus être proposé aux agents. Sur ce point majeur, il faut savoir que la faculté d'insérer dans les baux de telles clauses de fonction est radicalement différente, entre les logements sociaux et les logements libres et intermédiaires.*
- *Sur les logements sociaux, il n'est pas possible aujourd'hui de lier le bail à l'exercice d'une fonction (même si c'est ce critère qui a été déterminant dans le choix du locataire), la réglementation ayant édicté un « droit au maintien dans les lieux », qui permet au locataire de conserver le logement, même s'il n'a plus de lien avec l'emploi qui lui a permis d'accéder à ce logement. A noter toutefois que de possibles évolutions législatives sont susceptibles de changer la donne.*
- *Sur les logements intermédiaires et libres, il est possible, moyennant certaines précautions (cf paragraphe C5), de lier le bail à la fonction, conduisant le locataire à libérer son logement, dans un certain délai (usuellement 6 mois), s'il a quitté son emploi.*

Sur les logements sociaux, il faut retenir, pour l'instant, la totale incompatibilité avec de telles clauses de fonction. Un addendum sera produit, dès que des évolutions législatives seront effectives.

Le rapport du député David AMIEL, paru en avril 2024, s'empare de ce sujet, et formule plusieurs propositions :

L'impossibilité de lier un logement social à l'exercice d'un métier décourage les employeurs publics d'investir à long terme pour développer le parc social et réduit le parc disponible pour les agents publics

L'activation d'une clause de fonction dans le parc social est prévue pour les seuls agents de l'État mais elle est peu utilisée

Pour sécuriser la mise à disposition de logements sociaux supplémentaires pour des agents publics, une nouvelle clause de fonction est nécessaire

l'article L.442-7 du CCH devrait être réécrit.

- *La rédaction de l'article doit être clarifiée.*
- *Il doit pouvoir s'appliquer à l'ensemble des agents publics dont les difficultés à se loger menacent gravement le bon fonctionnement des services publics*

- *Ses conditions d'application doivent naturellement être transparentes et connues à l'avance, vis-à-vis des personnels concernés comme des bailleurs sociaux, en particulier préalablement à l'obtention du logement.*
- *La possibilité de faire exception dans certaines situations à l'obligation de quitter le logement social à la fin des fonctions doit naturellement être prévue.*
- *La mise en oeuvre devra être coordonnée, entre employeurs publics, au niveau local.*
- *Ce dispositif nécessitera de faire exception à la gestion des réservations en flux.*

Recommandation 18

Moderniser la clause de fonction de l'article L. 442-7 du CCH, pour la rendre applicable aux conventions de réservations conclues par les employeurs du service public avec l'ensemble des bailleurs sociaux portant sur l'attribution d'un logement à des agents dont les difficultés à se loger menacent gravement le bon fonctionnement des services publics. La nouvelle rédaction devra garantir l'information préalable des agents sur l'obligation qui leur sera faite de libérer le logement s'ils cessent d'exercer les fonctions qui ont justifié son attribution, prévoir naturellement des exceptions et donner au niveau local la capacité d'avoir les adaptations nécessaires.

Faciliter la gestion de logements associés à une clause de fonction dans le logement intermédiaire

Recommandation 21

Expérimenter un régime légal de conventions de réservation conclues par des employeurs publics avec des personnes morales propriétaires de logements placés sous le régime du logement locatif intermédiaire en vue d'attribuer de tels logements à des agents en raison des fonctions qu'ils exercent pour ces employeurs.

Sur les autres catégories de logements, intermédiaires ou libres, il conviendra d'être prudent, ces logements relevant potentiellement de la loi de 1989.

En effet, ces logements relèvent du parc locatif privé et il convient de se référer soit au code civil soit à la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 pour vérifier si des clauses de fonction peuvent s'appliquer.

L'article 2 de la loi 6 juillet 1989 précise son champ d'application. Sont concernés par les dispositions de cette loi les locaux à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale.

Le même article exclut explicitement de l'application de la loi de 1989 les logements attribués ou loués en raison de l'exercice d'une fonction. En creux, cela dit qu'un logement loué en raison de l'exercice d'une fonction, puisqu'il ne peut pas faire l'objet d'un bail loi de 1989, ne peut faire l'objet que d'une convention de bail civil.

Dans ce contexte, une pratique couramment utilisée dans les entreprises, sur le parc locatif privé, consiste à prendre à bail le logement, par l'entreprise (l'entreprise étant une personne morale, la loi de 1989 ne s'applique pas), qui, dans un deuxième temps, sous-loue à son salarié le logement.

La jurisprudence souvent visée (Cass. 3e civ., 6 mai 2021, n° 20-10.869, F-D : JurisData n° 2021-007020) est interprétée, à notre avis à tort, comme faisant obligation que le bailleur soit l'employeur du locataire. Cette solution de « double bail » ne nous semble pas opérante (le député David AMIEL note « Une telle implication directe dans la gestion des logements accordés à leurs agents ou salariés à raison de leur fonction relève toutefois d'un métier spécifique que de nombreux employeurs ne souhaitent pas développer en interne ».) et présente de plus l'inconvénient majeur de transférer une partie du risque de gestion sur l'employeur public (vacance et impayés), comme expliqué au chapitre III E 3, page 25. Sous réserve d'un examen jurisprudentiel, il nous semble préférable de se limiter à établir un accord écrit et explicite entre le bailleur et l'employeur public, dans lequel ce dernier demande la présence d'une clause de fonction, définit précisément la fonction, sans pour autant que cet accord constitue un bail, et donc sans reléguer le bail avec le locataire réel en bail de sous location entre le salarié et son employeur. En tout état de cause, il conviendra de notifier cet accord au candidat locataire, et lui faire accepter que son bail est un bail civil, hors application de la loi de 1989, et que la présence de cette clause de fonction l'obligera à libérer son logement, dans un délai donné (souvent 6 mois) s'il quitte sa fonction.

6. Les solutions alternatives

La finalité de ces clauses de fonction est de s'assurer en permanence que les logements produits, destinés à loger les agents des services publics, conserveront en permanence cette destination, sans que certains logements perdent cette finalité en étant occupés par d'anciens agents des services publics, ayant quitté l'emploi qui leur a permis de bénéficier de leur logement, mais en refusant de quitter les lieux, réduisant ainsi l'offre de logements.

En l'état actuel de la réglementation, l'incompatibilité « logements sociaux / clause de fonction » constitue un handicap majeur, de nature à faire abandonner le projet, sur les fonciers où la production de logements sociaux est impérative (communes carencées, emplacement réservé, ...).

Une alternative existe néanmoins, par un autre biais garantissant le renouvellement régulier des locataires, donc la faculté de choisir en permanence les nouveaux locataires au sein de la population cible, en utilisant les dispositions de l'article 109 de la loi Elan, permettant de dédier des logements sociaux en faveur des jeunes actifs de moins de 30 ans, sur un bail d'une durée maximum de deux ans (bail d'un an renouvelable tant que le locataire satisfait aux conditions, notamment d'âge et de revenus). Cette « clause d'âge » remplaçant la « clause de fonction » ne correspond pas pleinement aux objectifs originaux, mais permet néanmoins d'assurer une « rotation » du parc de logements, et de dédier une opération aux « jeunes actifs de moins de 30 ans travaillant dans les services publics », et ainsi faciliter les débuts de carrière et prises de premier poste.

Les évolutions attendues de la réglementation permettront – espérons-le – de mieux résoudre cette difficulté.

7. Les loyers à cibler

La détermination des loyers objectifs est difficile, dans la mesure où il faut répondre à des objectifs contradictoires :

- Retenir des valeurs assez basses pour constituer une aide réelle aux agents des services publics (au-delà d'une première aide, consistant « simplement » à constituer une offre, là où le marché immobilier privé pêche par la faiblesse de l'offre, plus que par le niveau des loyers) ;
- Retenir des valeurs attractives pour garantir le bon remplissage des logements (le pire est d'avoir des logements vides, faute de candidats locataires, ... d'où l'importance aussi de bien choisir la localisation de l'opération)
- Retenir des valeurs assez fortes pour constituer une recette suffisante, et ainsi garantir la viabilité économique de l'opération.
- Respecter les plafonds de loyer réglementaires, selon la (les) catégorie(s) de logements retenue(s).

Faute d'éléments de repère, la méthode peut consister à retenir une valeur de départ, et ensuite, lors de l'analyse de la viabilité économique, faire varier ces valeurs pour trouver les bonnes valeurs à retenir, compatibles avec ces objectifs contradictoires.

A noter que les loyers plafonds réglementaires peuvent être majorés, dans certains cas précisés au sein du Code de la Construction et de l'Habitation, lorsque l'opération présente des qualités environnementales ou énergétiques. Ce « bonus », qui permet aux bailleurs sociaux de majorer leurs loyers, n'est pas détaillé ici, le loyer objectif à définir étant celui que réellement le locataire supportera. Il n'est donc pas totalement impossible de retenir des loyers objectifs légèrement supérieurs aux plafonds de loyers « de base » (ceci contraindra seulement le titulaire du contrat à atteindre les performances énergétiques et environnementales justifiant ce dépassement). Au-delà d'un dépassement minime, il sera utile de vérifier auprès de la DDT la réelle possibilité de retenir les loyers objectifs qu'on souhaite se fixer.

On devine, sans qu'il soit besoin de faire des calculs, que des valeurs extrêmement basses ne permettront sans doute pas d'obtenir la viabilité économique attendue (sans négliger de plus les problèmes de « cohérence sociale » qui peuvent en découler).

Les personnes publiques qui plaident des loyers très bas, au prétexte que leurs agents, dans le cas d'une prise de poste hors de leur lieu de résidence familial, ont déjà la charge de leur logement familial, qu'ils conservent, et de ce fait ne peuvent pas supporter un loyer plus élevé, pour un logement sur leur lieu de travail, posent en fait un problème insoluble : les logements sociaux et intermédiaires ne peuvent être que des résidences principales, ce qui exclut donc l'usage des logements sociaux ou intermédiaires produits, pour ces « célibataires professionnels ». La seule solution identifiée porte sur des locations temporaires, d'une durée maximale de 10 mois (donc bien adaptée à des emplois saisonniers) et non de 2 ou 3 ans, durée vraisemblable de la fonction justifiant l'attribution du logement, avant d'obtenir une mutation vers sa résidence familiale.

8. Les modalités de gestion à définir

Les modalités de gestion à imposer, et donc à énoncer lors de la mise en concurrence au travers des pièces écrites de consultation, puis au sein du contrat, relèvent des éléments précédents :

- Sur le choix des locataires pour le « premier peuplement » ;
- Sur les modalités de choix des locataires lors des repeuplements ultérieurs,
- Sur les modalités d'application des contraintes imposées aux locataires (plafonds de revenus, clauses de fonction);
- Sur les mécanismes de révision des loyers, dans le respect des plafonds réglementaires (selon la catégorie des logements) et des loyers cibles fixés contractuellement

D'autres modalités de gestion pourront également être retenues, pour garantir un niveau de qualité :

- Qualité courante, via des enquêtes de satisfaction des locataires. Dans l'hypothèse souhaitable où l'opération dispose d'une viabilité économique ne nécessitant aucune contribution budgétaire, il faudra identifier quelle « sanction » pourra résulter de mauvais résultats de ces enquêtes de satisfaction. Ce pourrait être une augmentation du délai à respecter pour trouver des candidats locataires au sein de la population cible, ou une obligation contractuelle d'engager des travaux de maintenance, si les défauts sont sur ce registre ;
- Qualité « in fine » de l'immeuble, par des dispositions garantissant un bon niveau de « GER » sur la totalité de la vie du contrat, dernières années incluses (les dispositions ont été évoquées au chapitre III F2, page 27)

C. Le choix de la catégorie de logements

Le choix de la catégorie de logements va résulter :

- Soit de contraintes externes,
- Soit des dispositions qu'on a retenues

Les contraintes externes peuvent principalement résulter de l'application de la loi SRU, obligeant à offrir un quota de logements sociaux dans toute nouvelle opération. A noter que la novation attendue (discours du premier ministre sur les logements intermédiaires) sur les modalités de décompte des logements intermédiaires, au regard de la loi SRU, devrait consacrer que les logements intermédiaires ne viennent pas couvrir les besoins en logements sociaux, dans les communes carencées, mais sans non plus augmenter le nombre de logements sociaux à produire.

Les contraintes résultant des dispositions retenues sont rappelées ci-dessous :

1. selon les loyers cible

La comparaison du loyer cible retenu, et des plafonds de loyer des différentes catégories de logement (sous réserve des dépassements autorisés, comme évoqué au chapitre B7 ci-dessus, page 59) conduira à exclure certaines catégories, car correspondant à des publics disposant de revenus bien inférieurs.

On notera que rien n'oblige, réglementairement, à adopter la catégorie la plus « basse », les valeurs étant des plafonds, et rien n'interdisant, par exemple, à avoir par exemple des logements intermédiaires avec des loyers de niveau PLS.

La possibilité, lors de la vérification de la viabilité économique, d'avoir la nécessité de rehausser les loyers, peut peser sur le choix de la catégorie des logements, qui devra être réexaminée, de façon itérative.

2. selon les contraintes retenues

Si, en premier lieu, les loyers cible impactent directement la catégorie des logements envisageables, d'autres dispositions seront tout aussi importantes :

- le refus de mettre en place des plafonds de ressources conduit à exclure les logements sociaux et intermédiaires
- la fixation d'un plafond de ressources conduira, selon le niveau retenu, à exclure les PLAi, les PLUS, les PLS, les logements intermédiaires ;
- une sélection stricte des locataires, au sein de la population cible, sera de nature à sans doute disqualifier les logements sociaux ;
- l'introduction de clauses de fonction conduira, sous réserve d'évolution législative, à exclure les logements sociaux

D. Quels acteurs économiques cibler ?

L'opération projetée fait recours à de multiples savoir-faire, et donc aux métiers correspondants :

- Le « savoir monter une opération immobilière, et mobiliser les financements, par recours aux fonds propres ou à des emprunts bancaires, sur toute la durée de l'opération », préfigurant l'intervention d'un investisseur immobilier, assumant le rôle de maître d'ouvrage ;
- Le « savoir réaliser une opération immobilière », en général pour la vendre (en bloc ou à la découpe, selon la terminologie consacrée), préfigurant le métier de la promotion immobilière ;
- Le « savoir concevoir un projet immobilier », préfigurant les métiers de la maîtrise d'œuvre, architectes et bureaux d'études ;
- Le « savoir bâtir », préfigurant l'intervention d'un constructeur immobilier, entreprise de bâtiment ;
- Le « savoir gérer un patrimoine locatif », dans ses différentes composantes, de gestion des immeubles et de gestion de leur remplissage, et des relations avec les locataires, préfigurant un gestionnaire immobilier, dans sa compréhension la plus large ;
- Le « savoir conduire les opérations de gros entretien et maintenance », préfigurant les métiers du bâtiment ;
- Le « savoir assurer l'entretien courant », préfigurant les métiers du facility management.

Il n'existe pas d'acteur économique regroupant l'ensemble des savoir-faire, et donc apte à assurer en direct, dans son ensemble, les missions à couvrir. Ce sont donc au travers de contrats que les différents métiers collaboreront, soit les uns étant les « fournisseurs » des autres, soit dans des groupements d'entreprise, travaillant de concert.

Au travers des choix qui sont faits sur le projet, de l'étendue des missions à couvrir, plusieurs approches sont possibles, et il peut être utile de les analyser, soit pour guider la mise en concurrence selon des orientations choisies, soit pour définir certaines prescriptions, tout en laissant une relative liberté sur l'organisation des acteurs économiques qui répondront à la mise en concurrence.

A noter toutefois que trois « métiers » vont ressortir dans l'organisation, sur des rôles clef d'ensemblier :

- Le promoteur immobilier, qui réalisera l'opération, et devra la vendre à un investisseur, qui la gardera en propriété tout au long de la durée de vie du contrat ; c'est lui qui pilotera et coordonnera les métiers de la maîtrise d'œuvre et les entreprises ;
- L'investisseur immobilier, détenteur d'un patrimoine de logements (sociaux, intermédiaires ou libres) ;
- Le gestionnaire immobilier, qui assurera la gestion de ce patrimoine, en déléguant tout ou partie de son rôle à des « facility managers » ;

L'investisseur immobilier constitue réellement l'acteur clef :

- Il réalise l'opération en maîtrise d'ouvrage interne, ou en confie la réalisation à un promoteur
- Il gère lui-même et en régie la gestion de ce patrimoine, ou délègue à des « property managers » et « facility managers » ces missions.

Comment se positionner, face aux différentes organisations possibles ?

1. Selon la ou les catégories de logement ciblées

Selon la (ou les) catégorie(s) de logements du projet, les détenteurs de patrimoine peuvent être divers :

- Pour des logements sociaux, les « investisseurs » seront des « acteurs de l'habitat social », organismes HLM ou sociétés d'économie mixte, ou des collectivités territoriales ;
- Pour les logements intermédiaires, les « investisseurs » pourront être soit des « acteurs de l'habitat social », organismes HLM ou sociétés d'économie mixte, soit des investisseurs institutionnels ;
- Pour les logements libres, les « investisseurs » seront investisseurs institutionnels ;
- Pour un programme mixte, composé de plusieurs catégories de logements, les investisseurs pourront être un « groupement », sauf à identifier un investisseur en mesure de couvrir toutes les catégories prévues.

Il ne serait pas « prudent » de retenir une offre formulée par un promoteur immobilier, se portant fort de trouver ultérieurement un investisseur à qui il vendra l'opération qu'il aura réalisée, et qui devra appliquer toutes les dispositions contractuelles convenues, sur la totalité de la durée du contrat, sans que cet « investisseur » soit identifié. En effet, les enjeux sont trop importants, sur des décennies, pour que le décideur public se contente d'identifier « qui va construire au meilleur coût », donc son interlocuteur sur les premières années, sans élément d'appréciation sur qui sera l'interlocuteur suivant, sur les décennies de vie du contrat.

2. L'adéquation avec les missions à confier

Notre recommandation est clairement de se donner comme objectif d'identifier un co-contractant couvrant l'ensemble des missions.

La raison en est simple : toute « frontière » entre deux métiers, deux missions, deux savoir-faire, est par nature un risque de nature à mettre la personne publique en risque sur l'opération, si elle s'immisce dans les interférences entre ces missions, alors que l'objectif originel est de faciliter ces opérations de logement, mais sans en endosser les aléas et les risques.

Cette approche globale peut toutefois ne pas être toujours possible, par exemple lorsque l'opération de logement est « insérée dans un ensemble immobilier administratif », ne permettant pas d'externaliser la maîtrise d'ouvrage, ou de scinder l'entretien-maintenance d'un immeuble commun. De telles situations sont de nature à complexifier l'opération et augmenter les risques, et il conviendra de les aborder avec la plus grande prudence.

3. Commande unique ou missions séparées ?

On pourrait être tenté également d'imaginer, même dans l'hypothèse où la totalité des missions sont externalisées, de procéder par le choix d'acteurs sur chacune des missions, comme il est de règle en matière de maîtrise d'ouvrage publique (obligation d'allotissement). A nouveau, nous recommandons de ne pas suivre cette approche (y compris sur la maîtrise d'œuvre de conception !) afin de maintenir en bloc, avec le transfert de maîtrise d'ouvrage, et la cession de droits réels (conférant au titulaire du contrat les charges et responsabilités du propriétaire), l'ensemble des risques de l'opération, y compris ceux qui résultent des répartitions entre métiers.

4. Groupement ou missions distinctes ?

En poursuivant notre recommandation, la question ne se limite pas à l'organisation d'une seule mise en concurrence, et d'une seule « commande », mais bien de cibler l'identification, pour la personne publique, d'un interlocuteur unique, à qui s'adresser, tout au long de la vie du contrat, sans risquer d'être impliqué dans des conflits en responsabilité (qui est responsable d'un sinistre sur un immeuble, la conception qui aurait été défectueuse, l'entreprise qui aurait « mal construit », le mainteneur qui aurait mal maintenu ? La personne publique doit s'affranchir de ces débats, et exiger auprès d'un interlocuteur unique le seul objectif réel : que le sinistre soit réparé).

Il n'est pas illégitime que tous les acteurs ne soient pas identifiés d'entrée, dans un groupement, s'ils ne joueront qu'un rôle de « fournisseurs », ou qu'il est légitime de les choisir plus tard (par exemple les entreprises à qui seront confiées les opérations de construction). La personne publique doit se garder d'intervenir dans le choix ultérieur des « fournisseurs et autres acteurs identifiés ultérieurement », ne serait-ce que pour éviter d'engager sa responsabilité.

5. La solidarité au sein du groupement

Disposer d'un interlocuteur unique est utile, « meneur de jeu » du groupement d'acteurs économiques titulaires conjoints du contrat, disposer de plus d'une solidarité entre membres du groupement l'est encore plus, pour se prémunir de la défaillance d'un des membres du groupement. On demandera usuellement que les groupements répondant à la mise en concurrence identifient un mandataire commun, au sein d'un groupement conjoint et solidaire.

E. Vérifier la viabilité économique

Vérifier la viabilité économique, en d'autres termes, vérifier que l'opération immobilière ne nécessite pas de ressources non prévues de la personne publique, est indispensable, ne serait-ce que pour s'assurer que l'ensemble des contraintes imposées dans le contrat, et que les candidats devront intégrer dans leur offre, permet effectivement d'atteindre cet équilibre économique, sans sollicitation financière de la personne publique.

Nous recommandons aux porteurs de projet de solliciter la mission Logement, pour conduire de concert cette analyse, en utilisant l'outil développé à cet effet, OCaPI.

1. Utiliser OCaPI

OCaPI va établir, à partir des données et des hypothèses pesant directement sur les équilibres économiques, un « plan d'affaires » (business plan) simulant le compte d'exploitation de l'investisseur, et vérifiant que les revenus locatifs permettent de couvrir les charges d'exploitation, et de rémunérer l'investissement (remboursement des emprunts et découverts de trésorerie, et rémunération des fonds propres).

La mission Logement effectuera, pour le compte du porteur de projet, cette analyse, à partir des données et hypothèses de prescription qui lui seront communiqués, dans un délai rapide de moins d'un mois.

Les données à communiquer sont les suivantes :

- Les données :
 - La localisation de l'opération projetée (identification de la commune) et donc le zonage HLM qui en découle ;
 - La taille de l'opération, exprimée en surface de plancher (SDP) ou en surface habitable ;
 - Le nombre de logements envisagés ;
 - Le coût prévisionnel de construction (coût complet, incluant tous les honoraires et autres frais, mais sans coût d'acquisition foncière). Bien entendu, ce coût sera confronté aux offres lors de la mise en concurrence. Faute d'éléments d'information, on prendra un coût moyen raisonnable, pas trop bas pour éviter un appel d'offres infructueux !
 - Le programme de l'opération, exprimé sous forme de répartition par nombre de logements ou par surface de plancher, pour chacune des catégories de logements envisageable (PLAi, PLUS, PLS, intermédiaire ou libre). Bien entendu, ceci permet de ne sélectionner qu'une seule catégorie de logements, pour l'ensemble de l'opération.
 - les financements pré identifiés, dont bénéficiera l'opération
- Les hypothèses de prescription :
 - La durée de mise à disposition, exprimée en années ;
 - La rémunération de cette mise à disposition (redevance d'occupation) en précisant si elle est versée en une fois, en début de contrat (redevance capitalisée) ou annuellement ;
 - Le loyer appliqué aux locataires, exprimé en euros par m² habitable, ainsi que les charges, également exprimées en euros par m² habitable ;
 - les dotations au gros entretien – réparations (GER), exprimées en euro par m² habitable, qui sera exigé chaque année

OCaPI complètera par d'autres hypothèses qui peuvent au besoin être corrigées, si des éléments particuliers le justifient :

- Pour la simulation économique, l'évolution annuelle des coûts, différenciant les recettes et les dépenses,
- Pour l'exploitation locative, des hypothèses de taux de vacance et de taux d'impayés, les charges fiscales et autres charges que le gestionnaire locatif devra supporter, et sa rémunération de gestion

Sur la base de ces éléments, OCaPI indiquera si la simulation de plan d'affaires qui en résulte permet aux recettes de couvrir les charges, et de rémunérer l'investissement (remboursement

des emprunts et découverts de trésorerie, remboursement et rémunération des fonds propres), pour que l'investisseur soit en mesure, au terme du contrat, de remettre à la personne publique le bien bâti, sans paiement additionnel.

2. Au besoin, corriger les contraintes retenues

Cette viabilité économique peut être atteinte ou non.

Si elle est atteinte, plusieurs mesures peuvent être envisagées, dont l'intérêt sera à analyser de concert avec le porteur de projet, pour orienter un choix final :

- Diminuer le loyer facturé aux locataires ;
- Augmenter le montant de la redevance ;
- Réduire la durée du contrat

Si cette viabilité n'est pas atteinte, de même, plusieurs mesures peuvent être envisagées, dont l'acceptabilité sera à analyser de concert avec le porteur de projet, pour orienter le choix final :

- Augmenter le loyer facturé aux locataires ;
- Modifier le programme, en prévoyant d'augmenter la part de logements plus « rémunérateurs » ;
- Diminuer la redevance ;
- Augmenter la durée du contrat ;
- Prévoir des « ressources additionnelles », telles que des subventions d'équilibre ;

OCaPI permettra également de mesurer la « sensibilité » de certaines hypothèses sur le résultat. Par exemple :

- Un coût prévisionnel de prescription plus élevé que l'hypothèse retenue est-il de nature à supprimer cette viabilité économique, et donc à conduire à un appel d'offres infructueux ?
- Un taux de vacance plus élevé (résultant par exemple d'une population cible restreinte, et d'une contrainte de devoir attendre x mois, avant de louer un logement vacant à un locataire extérieur à la population cible) est-il de nature à supprimer cette viabilité économique, et donc à conduire à un appel d'offres infructueux, ou à de réelles difficultés dans la vie du contrat ?

La flexibilité d'OCaPI permet, sur tel ou tel élément cité ci-dessus, de simuler plusieurs hypothèses, si le porteur de projet n'a pas d'« a priori ».

F. La nature du contrat à passer

Sur la base des caractéristiques propres à chacun des types de contrats, tels que détaillés au chapitre IV (page 28 et suivantes), le choix sera fait, les modalités de passation du contrat dépendant de ce choix.

Rappelons les éléments principaux :

1. Commande publique, ou CGPPP ?

L'importance des prescriptions imposées, pouvant s'analyser comme l'expression d'un besoin, incite à se positionner dans le champ de la commande publique.

Le « besoin exprimé » n'étant pas un besoin direct, pour un usage ultérieur direct, mais pouvant s'analyser comme la simple définition de l'intérêt général légitimant la mise à disposition du patrimoine de la personne publique, le choix n'est pas aisé, et peut conduire à analyser plus en détail le contexte de l'opération, pour sécuriser juridiquement l'opération.

A titre d'exemple, le logement des jardiniers du château de Versailles, dans les logements existants du château, n'a pas été considéré comme relevant de la commande publique. Rappelons toutefois que cette décision pouvant être livrée à l'appréciation du juge, le respect des modalités de la commande publique (plus strictes que celles des transactions CGPPP) est une ligne de conduite à suivre, pour réduire les impacts négatifs d'une éventuelle requalification.

2. La nature du contrat, selon les contraintes retenues

Rappelons, sans redétailler les spécificités de chaque type de contrat, les « contraintes et exclusions principales » :

- Le bail emphytéotique de droit commun :
 - Ne peut inclure de clauses de résiliation pour motif d'intérêt général, et, de ce fait, n'est pas compatible avec la commande publique ;
 - Ne peut porter sur le domaine public ;
 - Ne peut s'accompagner de prescriptions obligeant le preneur à construire, ou à soumettre son usage, et ses évolutions, et la revente, à un accord préalable de la personne publique ;
- Le bail à construction :
 - Ne peut inclure de clauses de résiliation pour motif d'intérêt général, et, de ce fait, n'est pas compatible avec la commande publique ;
 - Ne peut porter sur le domaine public ;
 - Doit nécessairement porter sur une construction nouvelle, ou une surélévation ou une extension d'une construction existante.
 - Ne peut s'accompagner de prescriptions obligeant le preneur, qu'en matière d'obligation de construire, et de maintenir le bâtiment en bon état d'entretien.
- Le bail à réhabilitation :
 - Ne peut concerner que les acteurs du logement social ;
 - Doit nécessairement porter sur la réhabilitation de constructions existantes ;
 - Ne peut inclure de clauses de résiliation pour motif d'intérêt général, et, de ce fait, n'est pas compatible avec la commande publique ;
 - Ne peut porter sur le domaine public ;
 - Doit s'accompagner nécessairement d'une convention APL.
- Le bail emphytéotique administratif :
 - Il est interdit sur des opérations « aller-retour » (ce qui n'est pas le cas si l'opération se limite à la production de logements) et ne peut porter que sur la restauration d'un bien, de sa réparation ou de sa « mise en valeur ».
 - Son utilisation nécessite sans doute que la notion de « mise en valeur » inclut également la valorisation in fine dont la personne publique bénéficie (restitution sans contrepartie du bien bâti)
- L'AOT :
 - Elle ne peut concerner que le domaine public ;
 - La mise à disposition ne peut dépasser 70 ans ;
 - Son caractère précaire est sa caractéristique principale, pouvant rebuter des « acteurs économiques de long terme » comme les investisseurs immobiliers.
- Le marché de partenariat :
 - C'est un outil de la commande publique
 - Il ne peut être utilisé, qu'après démonstration que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet ;

- Il ne peut être utilisé que pour les opérations d'une certaine taille (10 M€ HT)
- Il ne peut être utilisé que si la personne publique peut être considérée comme « acheteur » (ce qui ne correspond pas à la réalité du montage, sauf en cas de contribution à l'équilibre d'exploitation, ou de réalisation d'équipements « en plus » - par exemple un commissariat de police, une antenne municipale, en pied d'immeuble)
- La part « construction » doit ressortir comme la composante majeure du marché, la part « exploitation » étant accessoire.
- La concession :
 - C'est également un outil de la commande publique
 - Il correspond mieux aux projets, dans la mesure où l'investissement n'est pas payé par un « acheteur public », au travers d'un loyer, mais par des usagers (les locataires, via leurs loyers)
 - Il ne peut être utilisé qu'en présence d'un risque réel d'exploitation, transféré au concessionnaire.

3. Les contraintes additionnelles, qui résultent de la nature du contrat

Au-delà des exclusions citées ci-dessus, les contraintes additionnelles portent sur la plage potentielle de durée du contrat (se reporter au chapitre IV C, page 40).

VII. Préparer le contrat à passer

On a jusqu'à présent évoqué deux intervenants, la personne publique, et le porteur de projet.

La personne publique (personne morale), est l'organisation dont est issu le porteur de projet (personne physique), qui va jouer un rôle essentiel dans l'émergence du projet. Elle est généralement celle qui va mettre un actif de son patrimoine à disposition, sur lequel l'opération de logements sera réalisée, contribution majeure (mais pas totalement désintéressée, puisqu'elle sera gratifiée, in fine, par la remise de l'opération dans son patrimoine, sans avoir eu à en assurer le financement.

A noter, toutefois, que la personne publique, qui porte le souhait de voir se réaliser une opération de logements en faveur des agents des services publics, n'est pas nécessairement celle qui va mettre un actif de son patrimoine à disposition. En effet, dès lors que le propriétaire de ce patrimoine mis à disposition sera « gratifié in fine » par la pleine propriété des logements qui auront été réalisés, rien n'empêche que l'initiative vienne d'une autre personne morale : un préfet peut convaincre une collectivité locale, un directeur de centre hospitalier, un acteur du transport ferroviaire, de la pertinence d'un tel projet, qui sera aussi au bénéfice de ses agents, tout en jouant un rôle essentiel pour faire émerger une telle opération.

Le porteur de projet est celui qui détient la vision et la responsabilité globale du projet. C'est la personne ou l'entité qui initie le projet et en assume la responsabilité principale, qui est souvent responsable de définir les objectifs du projet, d'allouer les ressources nécessaires et de prendre les décisions stratégiques. Le porteur de projet peut être un individu, une organisation publique, dont le rôle est axé sur la vision globale du projet et sur la prise de décisions stratégiques pour garantir sa réussite.

Pour passer des intentions, du concept, à la réalisation, il va falloir mettre en place une équipe projet.

A. Mettre en place une équipe projet

Si le porteur de projet est celui qui détient la vision et la responsabilité globale du projet, l'équipe projet sera chargée de mettre en œuvre cette vision en réalisant les activités spécifiques du projet. Le porteur de projet et l'équipe projet sont complémentaires, collaborent étroitement pour assurer le succès du projet dans son ensemble.

Comment composer une équipe projet, auprès du porteur de projet ?

- L'équipe projet est constituée des membres qui sont chargés de piloter les actions nécessaires pour atteindre les objectifs du projet.
- Elle est composée de personnes avec des compétences et des expertises diverses, nécessaires à la réalisation des différents enjeux du projet.
- Les membres de l'équipe projet travaillent ensemble sous la direction du porteur de projet pour mettre en œuvre les tâches préparatoires et atteindre les objectifs fixés.
- L'équipe projet peut inclure des chefs de projet, des spécialistes techniques, des experts fonctionnels, des analystes, etc.
- Son rôle est d'exécuter les tâches opérationnelles de la personne publique, de résoudre les problèmes rencontrés et de faire avancer le projet dans sa définition, dans les actions conduisant au choix du titulaire du contrat, à la mise au point du contrat, voire au suivi du contrat dans la phase d'investissement.

Les équipes projet sont fréquemment constituées sur les opérations publiques, pour assumer les tâches de la maîtrise d'ouvrage. Sur les opérations de logement en faveur des agents des services publics, et même si la maîtrise d'ouvrage a vocation à être transférée au titulaire du contrat, la constitution n'en est pas moins nécessaire.

En effet, elle sera en charge :

- De piloter les démarches préalables,
- De rédiger, ou de piloter la rédaction des « pièces écrites » de la mise en concurrence,
- De réaliser les actions orchestrant la mise en concurrence,
- De participer à l'analyse des offres,
- De mettre au point le contrat, avec le lauréat pressenti.

Ces missions sont usuellement couvertes par les équipes des projets en maîtrise d'ouvrage. L'équipe projet sera constituée de façon similaire, avec des participants apportant les mêmes compétences.

Elle devra toutefois veiller à ne pas « outrepasser ses prérogatives » dès lors que la maîtrise d'ouvrage est transférée au titulaire du contrat :

- Elle devra se positionner non pas comme « chargée de la réalisation du projet », mais davantage comme « acheteur veillant aux caractéristiques de ce qu'il veut acheter » ;
- ... et même, dès lors qu'elle ne représente pas un « acheteur public » comme il est dit pour les marchés de partenariat, de s'en tenir à un « représentant des clients futurs » (les locataires) et d'un « acheteur public à terme » (même si c'est dans plusieurs décennies) en veillant à se garantir d'une « qualité finale du bien remis en fin de contrat ».

B. Les démarches préalables, selon le contrat retenu

Les études préalables, détaillées au chapitre VI A (page 53) sont bien entendu à réaliser en priorité. Certaines ont permis de « dimensionner » le projet, dans une cohérence avec la demande, la part non couverte que l'opération nouvelle permettra de couvrir, et dans quelques

investigations à conduire pour apporter, lors de la mise en concurrence (audits pour des réhabilitations d'immeubles existants).

Ces démarches préalables ont pu identifier des thématiques qui restent à traiter. Passons-les en revue :

1. La procédure de déclassement

L'analyse de la domanialité a dû conduire à identifier le terrain comme faisant partie du domaine public, ou du domaine privé de la personne publique propriétaire, ou conclure sur une incertitude au regard des activités passées (qui ont pu conférer la domanialité publique) ou actuelles.

Cette information a dû être exploitée dans le choix du type de contrat à passer, en prenant en compte cette domanialité, ou inversement conduire à envisager un déclassement, soit si le statut de domaine public présente des inconvénients considérés comme majeurs, soit pour « purger l'incertitude sur la domanialité du bien ».

Nous invitons les porteurs de projet à conduire une réflexion sur l'opportunité d'un tel déclassement, les outils de la commande publique étant pour la plupart adaptés au domaine public, et la domanialité publique pouvant présenter de réels avantages (par exemple les logements du château de Versailles, cité page 36).

Si la pertinence du déclassement est confirmée, la procédure adéquate devra être conduite en amont, avec l'aide des services « ad hoc » (pour l'État, les services locaux des domaines).

2. La nécessaire évolution des règles d'urbanisme

L'analyse des règles d'urbanisme en vigueur a pu conduire à identifier une réelle difficulté, interdisant la réalisation du projet, en dépit des souhaits des personnes publiques, et notamment de la collectivité territoriale compétente en matière d'urbanisme (on trouve souvent les cités administratives, les hôpitaux, dans des zonages spécifiques, sur lesquelles la réalisation de logements est interdite, si ce n'est des loges de gardien au sein des immeubles. Pourtant, une résidence pour les agents à proximité des lieux de travail peut présenter de réels avantages, et aucun inconvénient !).

La procédure de modification, ou de révision, du PLU devra être engagée préalablement, en veillant à prévoir les délais suffisants pour s'assurer de son bon aboutissement, avant la signature du contrat (ce qui laisse néanmoins la faculté de travailler en parallèle, en « temps caché »).

3. L'EMPR et l'ESB

D'autres démarches préalables doivent être engagées, dans l'hypothèse où le choix se serait porté sur un marché de partenariat (nous rappelons que cette solution n'est pas recommandée, sauf dans des situations très précises faisant de la personne publique un « acheteur public »).

L'évaluation préalable des modalités de réalisation (l'EMPR) est un préalable obligatoire, à la passation d'un marché de partenariat¹⁵. Cette EMPR permet à la personne publique, grâce à une

¹⁵ les acheteurs ne peuvent y recourir que si la valeur du marché est supérieure aux seuils fixés par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru (2, 5 et 10 millions HT). La valeur du MPa est évaluée en tenant compte de la

présentation du projet et à un comparatif en coût complet des différents montages contractuels envisageables pour le réaliser, d'assurer que l'outil de commande publique choisi est le mieux adapté au projet envisagé. L'EPMR doit aboutir à une comparaison objective et complète, en l'état des connaissances du montage du projet et des prévisions établies par le porteur de projet. la procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé (par la personne publique) ne saurait à lui seul constituer un avantage (article 2211-6 CCP).

Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public ou privé, cette évaluation doit également comporter une analyse de la compatibilité du projet avec la politique immobilière du propriétaire.

L'organisme expert, la Mission d'Appui au Financement des Infrastructures (FININFRA¹⁶), rend un avis sur l'EMRP. La Mission se prononce dans un délai de six semaines à compter de sa saisine. Au-delà de ce délai et à défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable.

Le contenu de l'EPMR est le suivant :

- Présentation générale du projet (objet, durée, économie et financement du projet, identification des risques du projet)
- Analyse comparative des modes de réalisation :
 - Enjeux du projet guidant les choix du mode de réalisation
 - Identification des modes de réalisation envisageables au regard des caractéristiques et enjeux du projet, des attentes de l'acheteur et de la capacité du marché à répondre à la demande.
 - Analyse qualitative des modes de réalisation : analyse comparative des risques entre les différents modes de réalisations envisageables, sur la base de la matrice des risques
 - Analyse comparative des coûts et délais :
 - Comparaison du calendrier ainsi que des coûts en valeur
 - Comparaison de la valeur actuelle nette du projet sans et avec prise en compte de l'impact des risques propres à chaque mode de réalisation envisageable

rémunération du titulaire versée par l'acheteur, et, le cas échéant, des revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine et des éventuels concours publics (article R. 2211-2 CCP).

¹⁶ Sont disponibles sur la page EPMP du site internet de Fin Infra : EPMP | economie.gouv.fr

Plan type du rapport d'évaluation préalable du mode de réalisation (version du 2 janvier 2017)

Fiche de saisine de FinInfra (version du 22 janvier 2019)

Le modèle financier : Modèle financier V5-1 (fonctionne sur MS -Excel2013). C'est une version beta qui intègre le marché global de performance

La matrice de risque : même si le paramétrage des lois de risque est basé sur dires d'experts, il est à considérer comme purement indicatif. Il doit être adapté à la nature du projet ainsi qu'au degré de l'aversion au risque de la personne publique.

- Tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts (et de recettes le cas échéant) pour les différents modes de réalisation envisageables
- Bilan avantages-inconvénients de chaque mode de réalisation

L'étude de soutenabilité budgétaire (ESB) est réalisée en même temps que l'EMPR, à partir d'un scénario de référence commun et partagé afin d'assurer la cohérence des deux études. Dans un souci de bonne gestion des deniers publics, l'étude de soutenabilité budgétaire appréhende tous les aspects financiers du projet.

L'étude de soutenabilité budgétaire comprend cinq éléments obligatoires :

- le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle,
- l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de *l'acheteur* et son effet sur la situation financière,
- l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de *l'acheteur*,
- ses conséquences sur l'endettement et les engagements hors bilan de *l'acheteur*,
- une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat.

si le projet ne repose pas sur un paiement public, le recours au marché de partenariat paraît difficilement envisageable.

Un avis motivé doit être rendu par les services du ministre chargé du budget dans un délai de six semaines à la suite de sa saisine. Au-delà de ce délai et à défaut de réponse expresse, l'avis est réputé favorable.

Plus précisément, et en reprenant les éléments de doctrine (en bleu)

Pour engager la procédure de passation d'un marché de partenariat, l'acheteur doit démontrer que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet et que la valeur du marché dépasse un seuil fixé par voie réglementaire (dans notre cas, 10 M€, constitué du montant cumulé des loyers perçus sur toute la durée du contrat, majoré des éventuels concours publics, par exemple via les « loyers d'inoccupation »)

Le bilan favorable

Le bilan est établi à partir des éléments développés dans l'EMRP dont il est la conclusion logique.

Pour l'établissement du bilan, l'acheteur doit notamment tenir compte de ses propres capacités à conduire l'opération, mais aussi des caractéristiques du projet lui-même.

Le bilan doit permettre de comparer tous les montages contractuels envisageables et de démontrer la pertinence du choix contractuel retenu. Il répond désormais à une appréciation globale fondée sur une approche qualitative et doit établir que le recours au marché de partenariat présente plus d'avantages que celui des autres montages de la commande publique (contrat de concession, marché public « classique »). Le porteur de projet peut vouloir la réalisation du projet, tout en excluant catégoriquement de réaliser lui-même l'opération, et devenir bailleur des agents des services publics, activité qui peut ne pas relever de son objet social. Les alternatives à comparer seraient alors la cession du terrain, et la concession.

Le bilan fait l'objet d'une appréciation globale. Il tient compte de critères relatifs notamment au transfert de la maîtrise d'ouvrage (a), aux contours des missions confiées au titulaire (b), au partage des risques avec le titulaire du contrat (c) et au coût du projet (d), sans qu'il soit nécessaire que chaque critère pris individuellement démontre un bilan favorable. C'est globalement que l'appréciation du bilan favorable doit être portée. Il est difficile de parler de transfert de maîtrise d'ouvrage, si la maîtrise

d'ouvrage public est exclue et n'a jamais été envisagée. L'attribution de la maîtrise d'ouvrage au titulaire du marché de partenariat est néanmoins un élément essentiel.

a) L'appréciation de l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage

L'acheteur doit expliciter les avantages attendus et plus largement les conséquences du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire pour la conduite opérationnelle du projet. Il apprécie les avantages et inconvénients du transfert de la maîtrise d'ouvrage par rapport à l'étendue des missions susceptibles d'être confiées, à la complexité de l'opération, aux capacités, compétences et moyens dont il dispose. En effet, le transfert de maîtrise d'ouvrage au titulaire constitue l'un des éléments de la définition du marché de partenariat au sens de l'article 67 I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015. En marché de partenariat, la personne publique garde le contrôle stratégique de son projet (définition du programme fonctionnel des besoins, opportunité et faisabilité de l'opération, localisation du site etc.) et confie au titulaire la maîtrise opérationnelle du projet (traduction des besoins du programme par une proposition architecturale, technique et fonctionnelle, élaboration avec les équipes d'architectes et bureaux d'études de l'Avant-Projet-Sommaire, de l'Avant-Projet-Détaillé et du Projet [PRO], responsabilité de l'obtention des autorisations administratives, réalisation des études d'exécution, etc...). La répartition de ces missions et le périmètre des missions confiées au titulaire doit faire l'objet d'une appréciation fine, au cas par cas. L'exclusion de toute participation publique au projet, au-delà de la mise à disposition du terrain, permettrait de simplifier cette analyse, mais corrélativement conduit à exclure les marchés de partenariat).

b) L'appréciation du périmètre des missions susceptibles d'être confiées

L'acheteur doit décrire avec précision l'étendue des missions qu'il entend confier au titulaire et expliquer l'intérêt du périmètre choisi au regard des objectifs et exigences suivants : optimiser le coût global du projet et les délais de réalisation, imposer des objectifs de performance et/ou maîtriser la complexité d'ensemble de l'opération.

L'acheteur doit également prévoir le schéma dans lequel le titulaire du contrat est autorisé à réaliser des prestations annexes pour autrui afin de générer des recettes de valorisation. Pour apprécier le périmètre de ces activités, il incombe à l'acheteur de s'assurer notamment que le montant du « loyer » est inférieur à celui qu'il aurait dû verser en l'absence de ces revenus. La notion de loyer (payé par la personne publique au titulaire du marché de partenariat) ne doit pas être confondue avec les loyers payés par les locataires des logements. Toute « activité accessoire » (par exemple, réaliser un commerce en pied d'immeuble et le louer, pour que les loyers perçus par ce commerce permettent de réduire les loyers des logements) doit néanmoins être « légitimée ».

c) Des modalités de partage de risques

Les risques doivent être recensés et répartis entre les différents acteurs.

La nature des risques varie selon la phase du projet à laquelle ils se rapportent (le risque de conception, le risque de construction, le risque lié au respect des délais et de l'enveloppe financière, celui lié à la disponibilité de l'ouvrage, au respect des objectifs de performance énergétique de l'ouvrage, à la qualité des prestations et le risque de maintenance). Ces risques peuvent être permanents ou liés à une phase du projet.

Dans un sens large, l'acheteur doit identifier les principaux risques internes (le risque opérationnel, etc...) et externes (le risque d'évolution du cadre légal et réglementaire, etc...) au contrat.

Après recensement, l'acheteur doit justifier leur répartition avec le titulaire du marché. La répartition des risques dépend tout particulièrement de la nature du projet, de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter sa réalisation. L'acheteur doit chercher un équilibre dans le partage des risques et prendre en compte divers

mécanismes de transfert de risque ainsi que les surcoûts ou garanties associées permettant de couvrir tout ou partie des risques.

Enfin, l'acheteur doit mesurer les conséquences du partage des risques tant sur la répartition des responsabilités à assumer avec son cocontractant que sur l'évaluation du prix à payer. Certains transferts de risques ne sont pas pertinents et risquent de renchérir inutilement le coût du contrat. Ce serait le cas, si par exemple on prévoit de transférer au titulaire du marché de partenariat les risques de vacance locative, tout en imposant une vacance frictionnelle excessive, due à un long délai au cours duquel la personne publique peut proposer des locataires, et le bailleur ne pas avoir le droit de retenir d'autres candidatures en dehors de ces propositions.

d) L'appréciation du coût global du projet

Le marché de partenariat repose sur un financement privé de tout ou partie des investissements, généralement plus coûteux qu'un financement budgétaire adossé à un endettement direct de la personne publique, compte tenu notamment des coûts de structuration.

Afin d'apprécier le coût global du projet, il est nécessaire que l'acheteur produise une analyse précise des conditions de financement attendues pour le projet de marché de partenariat ainsi que des éventuels leviers de son optimisation.

L'appréciation du critère du coût global doit permettre de démontrer, que dans le cas où le mode privé de financement est plus onéreux que le financement public, cet inconvénient est compensé par des économies générées ailleurs pour l'acheteur. Cette comparaison sera difficile à établir, s'il y a un refus d'implication directe pour qu'une telle opération de logements soit réalisée en régie, par la personne publique elle-même. Les alternatives à analyser correspondent plutôt à un scénario de cession (si la cession est envisageable) en prenant en compte (1) la perte de contrôle de l'opération, sur le long terme, en cas de cession, et (2) la comparaison entre cession et mise à disposition, au regard d'une stratégie patrimoniale.

Si le choix se fait finalement sur un marché de partenariat, nous recommandons le recours à une prestation d'assistance, pour l'élaboration d'une EPMR et d'une ESB, la mission Logement pouvant aider à identifier les prestataires ad hoc.

Le lecteur trouvera en annexe 3 une fiche FININFRA de recommandations sur les prestations à prévoir pour ces missions d'AMO.

C. Préparer le mode de dévolution

Une fois que les éléments structurants de l'opération ont été définis, l'étape suivante vise à préparer la confrontation au « monde réel » dans la recherche du ou des acteurs économiques qui pourront mettre en œuvre ce projet.

Pour la suite, nous développerons principalement les modalités relatives à la commande publique, et plus précisément aux contrats de concession. En effet,

- Dans le champ de la commande publique, les marchés de partenariat ne correspondant pas, sauf exceptions, aux caractéristiques du projet, c'est le contrat de concession, seule alternative, qui peut être retenu ;
- Pour les porteurs de projet qui décideraient de s'inscrire en dehors de la commande publique (donc en transaction CGPPP avec un risque de requalification), notre recommandation est de s'aligner néanmoins sur les procédures de la commande publique, pour réduire les conséquences d'une éventuelle requalification.

Nous n'aborderons pas non plus les opérations qui pourraient être traitées sans mise en concurrence, avec un opérateur « in house » lié à la personne publique passant le contrat.

1. Les règles de mise en concurrence

Pour les contrats de la commande publique :

Les documents législatifs et réglementaires qui régissent la publicité et la mise en concurrence sont les articles du code de la commande publique :

- L3122-1 et R3122-1 et R3126-3 (publicité préalable)
- L3121-1 et R 3121-5 (mise en concurrence)

Ces articles figurent en annexe 2 (paragraphe X B **page**).

L'autorité concédante dispose d'une liberté de principe dans le choix et l'organisation de la procédure de passation. Seules certaines dispositions encadrent cette liberté en fixant des exigences procédurales minimales. Ces dispositions constituent un socle commun de règles inhérentes à la passation de tout contrat de concession. Il s'agit de garanties procédurales dont l'autorité concédante ne peut se départir et qui jalonnent chaque étape de la procédure de passation du contrat de concession.

- L'obligation de traçabilité, telle qu'elle résulte de l'article L3122-2 (*L'autorité concédante consigne, par tout moyen approprié, les étapes de la procédure de passation des contrats de concession.*)
- Les modalités de publicité à respecter, telles qu'elles résultent de l'article R3122-1 (en annexe) visant l'obligation d'utiliser le formulaire européen (à charger sur internet). *Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'État, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.*
- Les modalités d'examen des candidatures, précisant les motifs d'exclusion (articles L3123-1 à L 3123-17) et de sélection des candidats (articles L3123-18 à 21, et R3123-20 et 21). On retiendra notamment :
 - L'autorité concédante ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité

économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du contrat de concession.

- Après examen des capacités et aptitudes des candidats, l'autorité concédante élimine les candidatures incomplètes ou irrecevables et dresse la liste des candidats admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession.
- La faculté de pouvoir prévoir une phase de négociations, dans un dialogue compétitif avec les candidats pour identifier et arrêter les modalités définitives. Ces dispositions sont encadrées par l'article L3124-1 (*Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.*) et R3124-1 (*Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L. 3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5.*)
- Le choix des offres, encadrées par l'article L3124-5 (*Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Parmi ces critères peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État*) et par les articles R3124-4 à 6 (:
 - Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, , sur une pluralité de critères non discriminatoires.
 - Les critères et leur description sont indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation..
 - L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.
 - Les offres non éliminées sont classées selon ces critères. L'offre la mieux classée est retenue.

Globalement, aucune contrainte particulière n'est à noter.

On retiendra :

- la négociation est librement organisée par les autorités concédantes auprès d'un ou plusieurs soumissionnaires. La négociation ne peut pas porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.
- Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base d'une pluralité de critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution : notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation, et liés à la qualité du service rendu aux usagers (pour la gestion d'un service public délégué)

- La confidentialité de la procédure de passation : il est interdit à l'autorité concédante de communiquer des informations confidentielles qu'elle détient dans le cadre du contrat de concession, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, sauf accord du concessionnaire
- L'existence, pour collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, d'une commission d'analyse des offres (comme pour les délégations de service public, et avec les mêmes prérogatives)

Pour les conventions portant occupation domaniale sur le domaine public, « l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. », article L. 2122-1-1 du CG3P. Dans le dernier état de la jurisprudence, les baux conclus sur le domaine privé ne sont soumis à aucune procédure de sélection préalable (CE, 2 décembre 2022, n°[460100](#), Commune de Biarritz) ; il convient toutefois d'orchestrer une mise en concurrence, pour éviter toute critique de favoritisme. .

2. Le calendrier général

Le calendrier général de la procédure de passation du contrat se décompose donc comme suit :

1) Démarrage

- a) définition de la nature et de l'étendue des besoins
- b) définition des prescriptions et autres contraintes imposées
- c) rédaction du document à publier

2) publication préalable de l'avis de concession

- a) obligatoire au JOUE et au BOAMP (ou au JAL) et dans une publication spécialisée
- b) déclenchement de la phase de réception des candidatures (30 jours mini ou 25 par voie électronique)

3) envoi de l'invitation à présenter une offre

- a) déclenchement de la phase de réception des offres (22 jours mini, ou 17 par voie électronique)
- b) possibilité de simultanéité (l'invitation à présenter une offre ne vaut pas validation de la candidature); on peut donc lancer cette phase en "temps caché"

4) réception des candidatures

- a) analyse des candidatures
- b) décision de validation ou de rejet de chaque candidature (la notification de rejet d'une candidature peut n'être communiqué qu'en phase n010)
- c) pour les collectivités territoriales: tâches confiées à la commission

5) phase éventuelle de communication

- a) communication des renseignements et documents demandés par les candidats (au moins 6 jours avant la remise des candidatures ou des offres)

6) réception des premières offres (optionnel)

- a) analyse des premières offres
- b) identification des thématiques à aborder
- c) identification des candidats admis à la phase de négociation
- d) envoi des invitations

7) phase de négociation (optionnel)

- a) conduite des négociations
- b) rédaction des évolutions (autorisées)
- c) communication aux candidats et invitation à formuler une dernière offre

8) réception des "dernières" offres

- a) analyse des offres
- b) classement des candidats

- c) rédaction d'un rapport (analyse, notation et raisons du choix)

9) choix de l'offre

- a) identification de l'offre la mieux classée et la meilleure au regard de l'avantage économique global
- b) pour les collectivités territoriales, saisine de l'assemblée délibérante, délibération décisionnelle

10) notification de la décision

- a) au soumissionnaire retenu
- b) aux autres candidats, information sur le nom du soumissionnaire retenu, et sur les motifs de rejet de leur offre

11) délai de "stand still"

- a) 16 jours mini (11 si voie électronique)

12) signature de la concession

- a) transmission au représentant de l'État sous quinzaine
- b) publication au JOUE dans un délai maximum de 45 jours, après notification

3. Les pièces écrites de mise en concurrence

Les pièces écrites de la mise en concurrence sont donc :

- la publication préalable de l'avis de concession, dont le contenu est :
 - la valeur de la concession, telle qu'estimée au moment de l'envoi de l'avis, avec précision de la méthode de calcul choisie (chiffres d'affaires hors taxe du concessionnaire durant la durée du contrat)
 - la hiérarchisation des critères d'attribution par ordre décroissant d'importance (pluralité de critères non discriminatoires d'ordre environnemental, social ou d'innovation)
 - l'indication des pièces et information obligatoires à produire
 - les conditions d'attribution et les étapes de la procédure
 - le choix des moyens de communication au cours de la procédure
 - le choix du nombre de candidats admis à présenter une offre
 - les conditions d'exécution
 - les délais de remise des candidatures
 - l'invitation éventuelle à présenter une offre (en cas de simultanéité candidatures et offres)
 - les conditions de ratification du service rendu à l'utilisateur
 - l'adresse internet où les candidats peuvent prendre des documents de consultation.
- Les documents de consultation, décrivant au mieux l'opération, sa finalité, les prescriptions impératives à respecter, les orientations offrant a contrario une relative marge de souplesse, les registres sur lesquels des innovations peuvent être proposées

4. Le projet de contrat

Si le projet de contrat ne fait pas partie des documents obligatoires à fournir, il peut être utile d'établir un avant-projet, le porter à la connaissance des candidats, au besoin les inviter à le compléter par les éléments résultant de leur offre, lors de la remise des plis. Cette méthode permet de faciliter ultérieurement la mise au point du contrat, en supprimant les divergences cachées dans le « non – dit ».

5. Les critères de jugement des offres

la publication préalable de l'avis de concession inclut l'affichage des critères d'attribution, leur hiérarchisation par ordre décroissant d'importance (pluralité de critères non discriminatoires d'ordre environnemental, social ou d'innovation). Il sera utile de tester ces critères de jugement

des offres, pour vérifier que la pondération entre eux donne en résultat une bonne synthèse des enjeux de natures différentes.

D. Se faire aider

Sauf à disposer en interne d'équipes rompues à la passation des marchés publics, et au pilotage de tels dossiers, nous recommandons que les porteurs de projet / personnes publiques s'assurent le soutien de consultants pour les accompagner dans la conduite de ces processus, l'assistance pouvant porter sur tout ou partie des missions suivantes, en veillant au respect du formalisme :

- Rédaction des pièces écrites de la mise en concurrence,
- Rédaction d'un projet de contrat
- Dépouillement et analyse des offres initiales
- Accompagnement dans les phases de dialogue compétitif
- Dépouillement et analyse des offres finales
- Rédaction du rapport final
- Mise au point du contrat avec le lauréat pressenti
- Accompagnement général sur le calendrier d'ensemble

La mission Logement pourra aider les porteurs de projets à identifier les prestataires en situation de pouvoir apporter une réelle expérience sur de telles missions. Elle mettra également en place une base documentaire, alimentée par les opérations, au fur et à mesure, au titre de partage des bonnes pratiques.

VIII. Avant de lancer la mise en concurrence

Avoir défini le projet, choisi la procédure à suivre et le type de contrat, et préparé la mise en concurrence, sont des étapes premières.

Quelques autres actions préalables sont également à conduire, qui seront rappelées succinctement ci-après.

A. Les contacts préalables

1. En matière d'urbanisme

Par définition, l'opération à réaliser (construction neuve, extension, surélévation, réhabilitation, mais aussi simplement un changement d'affectation) devra respecter les dispositions en vigueur, figurant en général dans le plan local d'urbanisme (PLU). Nous avons évoqué au chapitre VI A 4, page 53, l'attention à porter à ce sujet, les actifs immobiliers des personnes publiques étant (trop souvent) dans des zonages particuliers qui leur sont propres, sans doute pour les protéger, mais dont l'effet est de restreindre à l'excès les « marges d'évolution » de ces patrimoines.

Un contact effectif avec la collectivité locale, au-delà de son intérêt politique, doit permettre de s'assurer que le projet ne rencontrera pas de difficultés (instruction ultérieure des demandes de permis de construire, ...), et qu'il ne contrevient pas aux intentions de la collectivité territoriale, pour de futures évolutions du PLU (risques de sursis à statuer, à éviter). Bien entendu, cette recommandation tombe, si la personne publique portant le projet a la compétence en matière d'urbanisme.

Ces contacts seront également l'occasion de prendre connaissance des risques, contraintes, servitudes d'utilité publique, ... qui pourront apporter des contraintes supplémentaires.

2. En matière de financement du logement

Il est également recommandé de prendre préalablement l'attache des autorités en charge du financement du logement (en général la DDT, à moins que l'État n'ait délégué ses prérogatives à une collectivité territoriale), si l'opération a prévu d'avoir recours à des aides publiques sur le logement social, pour vérifier la disponibilité de ces aides, dans le calendrier opérationnel de l'opération.

3. Vis-à-vis de l'État propriétaire

Pour les administrations de l'État, pôles ministériels et établissements publics de l'État, dans la très grande majorité des cas, l'État est propriétaire du patrimoine, et a mis à disposition ses actifs à l'occupant, via une convention d'utilisation (CDU), sur quelques années, conventions régulièrement renouvelées.

Les opérations envisagées étant des contrats de long terme, et prévoyant sauf exception une cession temporaire de droits réels, l'occupant public (pôle ministériel, établissement public, ..) n'est pas habilité à établir et signer un tel contrat, dans la mesure où ce contrat dépasserait, calendairement, la durée de mise à disposition traduite dans la CDU, et dans la mesure où il ne dispose pas des prérogatives pour consentir des cessions temporaires de droits réels. Il convient de ce fait de prendre contact avec les services de l'État propriétaire dans le territoire (les services locaux des domaines, SLD, au sein des DDFiP), pour :

- Aligner la durée de la CDU à la durée du futur contrat ;
- Prévoir l'intervention des SLD dans la signature du contrat.

B. Les autorisations préalables

1. La labellisation « immobilier de l'État »

Au-delà des démarches auprès des services domaniaux, qu'on peut analyser comme un « enregistrement notarial » de l'opération, au sein du patrimoine de l'État, une validation du projet, par le propriétaire, doit être conduite, pour valider sa cohérence par rapport à la stratégie patrimoniale de l'État. L'interlocuteur à contacter est le responsable régional de la politique immobilière de l'État (le RRPIE) auprès du préfet de région, ou son équipe (la mission MRPIE). Notre recommandation est de les contacter en amont, dès les premières étapes, même si in fine, le projet devra être présenté en Conférence Régionale de l'Immobilier Public (CRIP), voir en conférence nationale (CNIP) au-delà d'une certaine importance du projet, ces CRIP ou CNIP labellisant (ou non) le projet, pour en autoriser la réalisation.

2. Pour les marchés de partenariat

Rappelons, pour les marchés de partenariat, la nécessité d'obtenir les autorisations préalables, après établissement des EPMR et ESB (point détaillé au chapitre IV A6, page 36) article R2221-1 (*Pour les projets de l'État, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat.*).

C. Quelques tests de cohérence

Il n'est pas inutile, au terme des actions de préparation au lancement opérationnel de l'opération, et plus précisément de la procédure de mise en concurrence, d'effectuer quelques tests de cohérence, du fait du grand nombre de « solutions envisageables », mais également du grand nombre d'« incompatibilités », que ce guide passe en revue.

Sous la forme d'une « check list » avant l'envol, listons les principaux points de contraintes à vérifier :

1. Contraintes et choix de la méthode de dévolution

- Édition d'un certain nombre de contraintes (population à loger prioritairement ou exclusivement, niveau de loyers, clauses de fonction, ...) ⇒ commande publique, et :
 - commande publique ⇒ formalisme de la mise en concurrence à respecter
 - commande publique ⇒ obligation d'insérer une clause de résiliation pour motif d'intérêt général ⇒ baux emphytéotiques, ou à construction ou à réhabilitation proscrits
- Faible nombre de contraintes imposées ⇒ risque néanmoins d'une requalification en commande publique ⇒ recommandation de respecter le formalisme de la commande publique, pour minimiser les effets d'une éventuelle requalification
- Absence de contraintes imposées ⇒ sommes-nous toujours sur les mêmes objectifs de création de logements en faveur de populations à aider ?
- Obligation de réaliser la construction prévue ⇒ bail emphytéotique proscrit, choisir le bail à construction

2. Domanialité et choix du contrat

- Sur le domaine public ⇒ non-cessibilité et inaliénabilité ⇒ obligation de choisir les contrats adaptés (AOT, concessions, marchés de partenariat)
- Sur le domaine privé liberté de choix plus grande
- Domanialité incertaine ⇒ recommandation de prudence, et de conduite d'une procédure de déclassement préalable, si le type de contrat retenu y contraint
- Présence d'activités conférant la domanialité publique, sur place ou au voisinage immédiat ⇒ recommandation de prudence, y compris sur l'effectivité d'une procédure de déclassement

3. Choix du contrat et contraintes additionnelles à prévoir

- Attention à la durée du contrat, différente selon le type de contrat retenu
- En commande publique,
 - le marché de partenariat vise une réalisation financée par le titulaire du contrat, mais payée (principalement) par la personne publique, sur toute la durée du contrat
 - la concession vise une réalisation financée par le titulaire du contrat, mais payée (principalement) par les utilisateurs, sur toute la durée du contrat

4. typologie des logements

- logements sociaux ou intermédiaires ⇒ plafonds de ressources à respecter, plafonds de loyer à respecter
- logements sociaux ⇒ gestion locative future à négocier (quota DALO, gestion en flux)
- clauses de fonction dans les baux :
 - exclus sur les logements sociaux (en l'état actuel de la réglementation) ; solutions alternatives envisageables (remplacer la clause de fonction par une clause d'âge)
 - envisageables sur les logements intermédiaires ou libres, sur des modalités à respecter pour sortir du champ de la loi de 1989.

IX. Quelques esquisses de pièces écrites, à compléter

A. Le DCE

B. Le contrat de concession

(en attente)

FININFRA suggère de demander le contrat de concession relatif au projet de la cité internationale des chercheurs de Toulouse, dont nous pourrions peut-être nous inspirer, au MESR ; nous n'en disposons pas mais apparemment il est très intéressant

Nous n'en disposons pas. Qui peut le récupérer ? Il faudra aussi vérifier sa bonne adéquation aux opérations visées (pour information, le MPa CROUS de Grenoble est structuré sur la base d'un bâti remis à la livraison, et dont la gestion locative est assurée par le porteur de projet, et n'a pu être repris, de ce fait).

X. Annexes

A. Annexe 1 : textes relatifs au bail emphytéotique administratif

Article L1311-2 du code général des collectivités territoriales

Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article [L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime](#) en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même si le bien sur lequel il porte, en raison notamment de l'affectation du bien résultant soit du bail ou d'une convention non détachable de ce bail, soit des conditions de la gestion du bien ou du contrôle par la personne publique de cette gestion, constitue une dépendance du domaine public, sous réserve que cette dépendance demeure hors du champ d'application de la contravention de voirie.

Un tel bail ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur ou d'une autorité concédante soumis au code de la commande publique.

Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine.

Lorsque le bail a pour objet l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, la collectivité territoriale informe le représentant de l'État dans le département de son intention de conclure un tel bail au moins trois mois avant sa conclusion.

Article L2341-1 du CGPPP

I. – Un bien immobilier appartenant à l'État ou à un établissement public mentionné au treizième alinéa de l'article [L. 710-1](#) du code de commerce, au premier alinéa de l'article [5-1](#) du code de l'artisanat ou à l'article [L. 510-1](#) du code rural et de la pêche maritime peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article [L. 451-1](#) du même code, en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur. Ce bail est dénommé bail emphytéotique administratif.

Un tel bail peut être conclu même s'il porte sur une dépendance du domaine public. Il ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'[ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015](#) relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'[ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016](#) relative aux contrats de concession.

Dans le cas où un tel bail serait nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce contrat prévoit, dans le respect des dispositions du présent code, les conditions de l'occupation du domaine.

Il peut prévoir l'obligation pour le preneur de se libérer du paiement de la redevance d'avance, pour tout ou partie de la durée du bail.

II. – Lorsque le bien objet du bail emphytéotique fait partie du domaine public de la personne publique, le bail conclu en application du I satisfait aux conditions particulières suivantes :

1° Les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la personne publique propriétaire, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail et, le cas échéant, des conventions non détachables conclues pour la réalisation de l'opération.

Par dérogation à l'alinéa précédent, les droits résultant du bail ne peuvent faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre, prévues à l'article [L. 2122-1-1](#), s'y oppose ;

2° Le droit réel conféré au preneur et les ouvrages dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés par le preneur pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du bail ; le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la personne publique propriétaire ;

3° Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du bail. La personne publique propriétaire peut se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail et, le cas échéant, les conventions non détachables ;

4° Les modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire sont prévues dans le bail ;

5° Les constructions réalisées dans le cadre de ce bail peuvent donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public.

III. – L'une ou plusieurs de ces conditions peuvent également être imposées au preneur lorsque le bien fait partie du domaine privé de la personne publique.

B. Annexe 2 : textes relatifs aux procédures de publicité et mise en concurrence des concessions

Article L3122-1

Afin de susciter la plus large concurrence, les autorités concédantes procèdent à une publicité dans les conditions et sous réserve des exceptions définies par décret en Conseil d'État, selon l'objet du contrat de concession ou sa valeur estimée hors taxe.

Article L3121-1

L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'État.

Elle peut recourir à la négociation.

Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre.

Article R3122-1

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession publie un avis de concession qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

Cet avis est établi conformément au modèle fixé par le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011.

Article R3126-3

L'autorité concédante qui envisage d'attribuer un contrat de concession, publie un avis de concession, qui comporte notamment une description de la concession et des conditions de participation à la procédure de passation.

L'avis de concession est établi conformément au modèle fixé par un arrêté du ministre chargé de l'économie annexé au présent code.

Article R3121-5

Les contrats de concession sont passés dans le respect des règles de procédure prévues par les chapitres Ier à V du présent titre, sous réserve des règles particulières propres aux contrats de concession relevant du chapitre VI du présent titre.

C. Annexe 3 : document FININFRA sur les missions d'AMO qu'il est opportun de mobiliser

Recommandations relatives à la passation d'un marché d'AMO juridique et financier en vue de la réalisation d'un projet d'investissement

1. Organisation de la consultation

Il est recommandé que les accords-cadres de prestations intellectuelles de conseil pour la préparation, la passation et le démarrage d'un projet d'investissement soient conclus de façon allotie :

- un lot : prestations de conseils dans les domaines juridique et financier
- un lot : prestations de conseils dans le domaine technique

L'un de ces lots prévoit une mission de coordination avec l'autre lot afin d'assurer un pilotage efficace des prestations pour la personne publique.

Il est en outre recommandé que ces accords-cadres comportent :

- une tranche ferme (études préalables / cadrage) et
- différentes tranches optionnelles

Les tranches optionnelles ne sont déclenchées que si la personne publique décide de recourir au marché de partenariat (MP) ou au marché global de performance à paiement différé (MGPEPD)

2. Décomposition et livrables des prestations attendues du lot « juridique et financier »

2.1. Tranche Ferme : Cadrage juridique et financier du projet et préparation de la consultation et études préalables au marché de partenariat (prix global et forfaitaire)

La réalisation de cette mission nécessite tout d'abord que soit préalablement réalisée par l'AMO technique une étude de préprogrammation permettant d'aboutir à un chiffrage des travaux (sur la base de ratios) et à un calendrier prévisionnel de travaux. Cette mission technique devra également permettre d'identifier, le cas échéant en lien avec les AMO juridique et financiers, le périmètre pertinent pour chaque mode de réalisation. Sur cette base, les AMOs juridique et financier vont procéder à :

- o l'identification des modes de réalisation envisageables (schémas juridiques envisageables au regard du projet). L'analyse de ces schémas peut conduire à exclure certains montages ne répondant pas aux attentes / objectifs de la personne publique
- o l'analyse des risques du projet
- o le chiffrage du projet selon les différents modes de réalisation avec et sans prise en compte des risques
- o la modélisation financière du projet sur la durée d'amortissement des investissements (ou la durée envisagée pour le marché de partenariat)
- o l'élaboration d'un calendrier de passation des différentes procédures

L'AMO se prononce sur le choix du mode de réalisation le plus pertinent pour la réalisation du projet. Fin Infra est à la disposition de la personne publique au cours de cette mission accompagner l'AMO sur (i) l'analyse des risques, (ii) le chiffrage des coûts du projet selon les modes de réalisation et (iii) l'analyse de la pertinence du recours aux différents montages.

Si le marché de partenariat ou le marché global de performance à paiement différé est envisageable, l'AMO finalise alors les études préalables (EPMR et ESB) selon les méthodologies applicables à chacun de ces marchés.

Les livrables sont les suivants : chiffrage des travaux ; calendrier des travaux ; note de cadrage juridique et financière ; modèle financier ; évaluation préalable du mode de réalisation du projet (EPMR) ; étude de soutenabilité budgétaire (ESB) ; planning détaillé de la procédure de consultation.

2.2. Tranche Optionnelle 1 : Assistance à la préparation du dossier de consultation des entreprises (prix global et forfaitaire)

Les livrables attendus de la part des AMOs juridique et financier sont les suivants : l'avis de marché ; le règlement de la consultation (le cas échéant) ; le projet de contrat ; le guide de rédaction des offres (y compris les cadres de réponse).

L'AMO technique est en charge de la rédaction du programme technique (performanciel) et de certaines parties du contrat et du guide de rédaction des offres.

2.3. Tranche Optionnelle 2 : Assistance à la passation, à l'analyse des candidatures et des offres, à la négociation, à la mise au point et à la signature du marché (prix global et forfaitaire)

Les prestations attendues sont les suivantes :

2.3.1. Analyse des candidatures reçues : sélection des candidats

- o proposition d'un cadre et d'une méthodologie d'analyse des candidatures ;
- o rédaction des réponses aux éventuelles questions juridiques et financières posées par les candidats pendant la phase de préparation des candidatures ;
- o vérification de la complétude des candidatures ;
- o analyse des candidatures au regard des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ;
- o rédaction des demandes de compléments relatifs aux aspects techniques, juridiques et financiers des candidatures ;
- o rédaction des volets juridiques et financiers du rapport d'analyse des candidatures (le cas échéant), l'AMO technique rédige les parties relatives à la capacité technique ;
- o préparation des projets de courrier aux candidats non retenus (le cas échéant) ;
- o préparation des projets de réponse aux questions des candidats non-retenus (le cas échéant).

2.3.2. Analyse des offres initiales

- o proposition d'un cadre et d'une méthodologie d'analyse des offres sur la base des critères définis dans le règlement de consultation ;
- o rédaction des réponses aux éventuelles questions techniques, juridiques et financières posées par les candidats pendant la phase de préparation des offres ;
- o vérification de la complétude des offres ;
- o analyse des offres au regard des critères annoncés dans le règlement de consultation (à ce stade les offres ne sont pas nécessairement notées dans la mesure ou une phase de négociation doit s'ouvrir) ;

2.3.3. Négociation avec les candidats

- o analyse de l'ensemble des compléments techniques, juridiques et financiers qui pourraient être transmis par les candidats à la suite des questions adressées par la personne publique ;
- o analyse des incidences et conséquences possibles des clauses juridiques et financières proposées par les candidats, et formulation de contre-propositions en vue de réduire les risques juridiques et financiers le cas échéant ;
- o préparation et participation aux réunions de négociations ;
- o mise à jour de la documentation juridique et financière de la consultation à l'issue de chaque cycle de négociation ;

- o actualisation de la liste exhaustive de recommandations pour la négociation des clauses juridiques, financières, comptables et fiscales avec commentaires justificatifs, sur la base des propositions de chaque candidat.

2.3.4. Assistance à la préparation du dossier de demande des offres finales

Au titre de cette mission, les livrables attendus sont les suivants :

- le règlement de la consultation de l'offre finale (le cas échéant) ;
- un projet de contrat intégrant les modifications acceptées par la personne publique à l'issue des négociations ;
- le guide de rédaction des offres finales (y compris les cadres de réponse).

Le marché peut par ailleurs prévoir un ou plusieurs offres intermédiaires au cours desquelles les AMO accompagnent la personne publique sur l'ensemble des prestations mentionnées aux points précédents.

2.3.5. Assistance à l'analyse des offres finales et à la mise au point du marché

- o analyse des volets techniques, juridiques et financiers des propositions finales au regard des critères de notation définis dans le règlement de consultation de l'offre finale ;

- o rédaction des demandes de clarifications et de précisions formulées sur les offres finales des candidats ;

- o analyse des réponses apportées par les candidats aux demandes de clarifications et de précisions ;

- o rédaction des parties techniques, juridiques et financières du rapport d'analyse des offres finales et proposition de notation de celles-ci sur les critères afférents (le cas échéant) ;

- o rédaction du courrier d'information au candidat désigné partenaire pressenti ;

- o préparation et participation à la mise au point du marché avec le partenaire pressenti et à toute réunion organisée à cet effet ;

- o analyse des demandes formulées par le partenaire pressenti en phase de mise au point et formulation éventuellement de contrepropositions ;

- o assistance à l'équipe projet dans le cadre de la mise au point de l'ensemble des pièces contractuelles et financières en vue de la signature du marché ;

- o rédaction de l'avis d'attribution du marché de partenariat et des courriers de rejet des offres aux candidats non-attributaires ;

2.4. Tranche Optionnelle 3 : Assistance à l'exécution et au suivi du marché de partenariat ou du marché global de performance (prix unitaires)

Cette tranche optionnelle est activée en fonction des besoins complémentaires repérés au démarrage du projet et des besoins de la personne publique [il est recommandé de prévoir une durée d'assistance d'un an à compter de la signature du marché].