

Stades : peut-on recourir au BEA ?

- Malgré l'intervention du législateur et les précisions apportées par la jurisprudence récente, le recours au BEA en matière de construction/rénovation/exploitation de stades se heurte à des difficultés persistantes.
- La sécurité juridique du projet nécessite une attention toute particulière et les contraintes de financement mériteraient également d'être assouplies.

Auteurs

Xavier Bigas et Jérôme Léron, avocats à la Cour, cabinet Lyon-Caen

Mots clés

BEA • Stade • Activité d'intérêt général • Mission de service public • Contrôle • Domaine public • Droit réel • Procédure de passation • Publicité et mise en concurrence • Club résident • Égalité de traitement • Requalification • Financement •

Dans son rapport « Grands Stades Euro 2016 » publié en 2008⁽¹⁾, la commission présidée par Monsieur Philippe Séguin a relevé, à propos du bail emphytéotique administratif, que « les incertitudes juridiques, éventuelles ou supposées, qui pèsent sur sa compatibilité au regard des règles du droit de la concurrence, rendent aujourd'hui difficile, aux yeux des acteurs, sa généralisation »⁽²⁾ et a recommandé de « demander aux pouvoirs publics de conforter la sécurité juridique des acteurs des projets de « grands stades », et notamment les clubs, en précisant l'état actuel du droit, s'agissant des possibilités offertes pour le recours au BEA »⁽³⁾. Dans une tendance favorable à la généralisation des BEA « sectoriels », le législateur a alors expressément indiqué la possibilité d'y recourir « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation »⁽⁴⁾, ce que certains ont jugé superfétatoire⁽⁵⁾. Le Conseil d'État vient également d'apporter des éclaircissements procéduraux importants dans une affaire relative au stade Jean Bouin⁽⁶⁾. Pourtant, on ne saurait parier sur une généralisation du recours au BEA pour la construction/rénovation/exploitation de stades⁽⁷⁾. Cela tient tout d'abord aux risques importants de requalification du contrat et aux conséquences néfastes sur la validité de la procédure

(1) www.grandstadeol.com/IMG//rapports_officiels/08.11.24_rapport_seguin_de_la_commission_grands_stades_euro_2016.pdf.

(2) P.50-51.

(3) P.87.

(4) Article 21-I de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009.

(5) G. Clamour, « Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés », *Contrats et marchés publics* n° 3, mars 2009, comm. 73.

(6) Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Asso. Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527, à paraître au recueil ; P. Hansen, « L'épilogue de l'affaire du stade Jean Bouin », *CP-ACCP* n° 106, janvier 2011, p. 56.

(7) Utilisé à Lens (stade Félix Bolleart), Dax (stade Maurice Boyau) et Saint-Étienne (mais seulement dans le cadre de la mise à disposition de la toiture du stade Geoffroy Guichard pour la production d'énergie photovoltaïque) avec des procédures en cours à Paris (Parc des Princes) et Nancy (stade Marcel Picot).

de passation et du montage (I). À cette incertitude persistante en terme de sécurité juridique s'ajoutent celles spécifiques au secteur sportif, tenant tout à la fois à la place du club résident dans le montage et aux difficultés touchant le financement du projet (II).

I. Les risques importants de requalification

Malgré la jurisprudence récente du Conseil d'État, la passation d'un BEA avec une ou plusieurs convention(s) non détachable(s) sans procédure de passation préalable n'est pas recommandée.

A) Les éclaircissements du Conseil d'État dans l'affaire « Jean Bouin »

Par un arrêt du 3 décembre dernier, la section du contentieux du Conseil d'État vient de lever une partie des incertitudes juridiques, que la doctrine avait relayées⁽⁸⁾, en excluant toute procédure formalisée de mise en concurrence pour une convention prévoyant la gestion d'un stade par une association et son occupation par un club sportif professionnel.

Le premier enseignement de cet arrêt est qu'un contrat reste une simple convention d'occupation domaniale alors même qu'il impose à l'association preneuse la mise à disposition d'une partie des installations à un club de rugby professionnel, le Stade français, qu'il prévoit un programme d'investissement mis à la charge de l'association en échange d'une redevance réduite, et que la ville dispose d'un pouvoir de contrôle lui permettant de veiller à la conformité de l'utilisation des installations sportives et à la préservation du bien donné à bail.

Le Conseil d'État a affirmé que si l'organisation, à l'initiative de la ville, de spectacles sportifs liés à la présence d'un club de rugby professionnel, concernait une activité d'intérêt général⁽⁹⁾, elle ne caractérisait pas, pour autant, obligatoirement une activité de service public⁽¹⁰⁾. Il s'agit d'une première clarification d'importance en matière d'exploitation des enceintes sportives, la jurisprudence antérieure étant plus hésitante sur ce point⁽¹¹⁾. Autre point intéressant, le Conseil d'État établit une nette distinction entre le pouvoir de contrôle exercé par la personne publique sur l'utilisation du domaine et celui qui témoigne d'une organisation d'une mission de service public ou de la dévolution de son exercice à un cocontractant. Même s'il a pour effet d'octroyer des droits réels au preneur, le BEA laisse en effet à la personne publique la possibilité, en imposant à son cocontractant des obligations tenant à la préservation du domaine, de conserver un contrôle étroit sur l'utilisation du bien pendant toute la durée du bail⁽¹²⁾. Dans l'arrêt Ville de Paris et association Jean Bouin, les stipulations de la convention sont analysées comme traduisant uniquement la volonté de la ville

de rentabiliser ou valoriser son patrimoine et de vérifier ou d'en assurer la sauvegarde, et non d'organiser un service public⁽¹³⁾, excluant le recours à une procédure de passation de délégation de service public.

Le second apport majeur de l'arrêt est de juger solennellement qu'aucun principe général n'impose à une personne publique qui attribue une convention d'occupation domaniale d'engager une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, s'appuyant sur un principe général de transparence fondé sur le principe de non-discrimination, a souvent été interprétée comme imposant des obligations minimales de publicité et de mise en concurrence à tous les contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs, mêmes situés hors du champ de la commande publique⁽¹⁴⁾. Le Conseil d'État s'écarte de cette interprétation. S'il reste loisible à la personne publique d'opter pour une procédure de mise en concurrence, il ne s'agit pas d'une obligation alors même, précise l'arrêt, que l'occupant serait un opérateur sur un marché concurrentiel susceptible de tirer un avantage économique de l'occupation du domaine⁽¹⁵⁾.

Aussi le BEA offre-t-il *a priori* une souplesse appréciable et trouve toute sa pertinence pour la gestion des stades, la personne publique pouvant garder un pouvoir de contrôle sur l'utilisation du stade et contracter directement soit avec le club résident, soit avec un opérateur privé auquel la présence de ce club est imposée. La clarification, attendue, est d'importance, mais le gré à gré est réservé aux concessions exclusivement domaniales.

Toutefois, en termes de sécurité juridique, exigence fondamentale et compréhensible des acteurs de ce type de projet, cette souplesse se heurte à certains risques persistants de requalification susceptibles d'entacher de nullité le montage n'ayant pas été précédé de la procédure de passation adéquate.

B) Des écueils persistants

Les incertitudes relevées par la commission « Grands Stades » restent d'actualité. Or, en cas de doute sur la qualification juridique du montage, c'est la procédure la plus rigoureuse qui doit être mise en œuvre⁽¹⁶⁾.

Pour les travaux, en vertu de l'arrêt Ville de Paris et association Jean Bouin, la seule surveillance des investissements par l'autorité gestionnaire du domaine n'est pas suffisante pour entraîner la requalification du contrat, dès lors qu'ils sont supportés par le cocontractant privé, exécutés à sa seule initiative et sous sa seule responsabilité⁽¹⁷⁾. Mais cela ne remet pas en cause plusieurs risques, sur la question de la définition des besoins⁽¹⁸⁾, appréciée de manière très extensive par le juge⁽¹⁹⁾, sans qu'une maîtrise d'ouvrage privée des travaux puisse y faire échec⁽²⁰⁾.

(8) P. Bayeux et B. Clavagner, « Les modes de gestion des équipements sportifs utilisés par les clubs professionnels », AJDA 2005 p. 1438; P. Hansen, « La construction d'enceintes sportives dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs », CP-ACCP n°89, juin 2009, p. 71; T. Rouveyran, « Enceintes sportives : pourquoi choisir le BEA? », CP-ACCP n°98, avril 2010, p. 42.

(9) La mission d'intérêt général ne se confondant pas avec la mission de service public, CE 5 octobre 2007, Société UGC Ciné-Cité, Rec. P.418.

(10) Voir également dans le même sens, CAA Marseille, 24 juin 2003, Cne de Nice, n°98MA00426. Le Conseil d'État prend néanmoins le soin de préciser que la convention passée entre la ville et l'association n'encadrerait pas les créneaux horaires d'occupation du stade par les scolaires.

(11) CE Sect., 13 juillet 1961, Ville de Toulouse, Rec. p. 513.

(12) CE Sect., 25 février 1994, SA Sofap Marignan Immobilier, Rec. p. 94.

(13) Cf. sur ces clauses: CE 10 mars 2006, Société Unibail Management, n°284802.

(14) CJCE 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98, Rec. I, p. 10745; CJUE 3 juin 2010, The Sporting Exchange Ltd, aff. C-203/08.

(15) Voir également CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n°317671.

(16) CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, précit.

(17) Voir également CAA Nancy, 11 octobre 2007, Asso. Aubette Demain, n°06NC00733.

(18) TA Bordeaux, réf., 26 novembre 2007, Sté Norbail Immobil., CP-ACCP, mars 2008 n°75, p. 60.

(19) CE ass., 4 novembre 2005, Sté JC Decaux, Rec. P.273 concl. D. Casas.

(20) TA Paris, réf., 3 février 2009, Sté Ken Club, n°0900393.

Or, lorsqu'il s'agit de rénovation lourde à la charge de l'emphytéote sur des stades appartenant à une collectivité locale, le choix du BEA hors procédure de passation particulière pourrait s'avérer particulièrement dangereux. Dans ce cas, l'existant à rénover ne permet pas au cocontractant privé d'avoir la pleine et entière initiative comme c'est le cas pour une création *ex nihilo*. Il y a également des obligations particulières lorsque le stade est classé, ainsi qu'un programme de réparation susceptible d'être fixé par le gestionnaire du domaine et qui doit évidemment être exécuté avant la rénovation proprement dite. Le choix d'un montage « aller-retour » dans lequel la collectivité territoriale se voit restituer tout ou partie des locaux par une location présente également des risques importants de requalification. En effet, la collectivité va préciser ses besoins quant aux installations qu'elle désire louer ultérieurement. En outre, le risque d'exploitation est très réduit puisque les ouvrages concernés par un montage « aller-retour » sont réalisés en contrepartie du versement d'un loyer par le gestionnaire du domaine⁽²¹⁾. Or, de tels montages sont très couramment utilisés par les collectivités en matière d'enceintes sportives en général et de stades en particulier, pour réaliser des salles de réunion et de séminaires, de restauration voire des vestiaires. Ainsi, les risques de requalification en marché public ou en concession de travaux demeurent importants malgré l'arrêt Ville de Paris et association Jean Bouin de sorte que l'on ne saurait trop conseiller à tout gestionnaire du domaine, vu l'importance des montants généralement en jeu⁽²²⁾, lorsque la rénovation ou la construction d'un stade est envisagée, de passer par une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence s'il souhaite recourir au BEA⁽²³⁾.

II. Les incertitudes inhérentes au secteur sportif

Mais, si ces risques demeurent conséquents, ils peuvent être palliés par l'organisation d'une procédure de passation adéquate alors que d'autres incertitudes, spécifiques au secteur sportif, sont plus difficiles à prévenir.

A) La place incertaine du club résident

L'affaire Jean Bouin a également permis au Conseil d'État de préciser que le gestionnaire du domaine peut prévoir une place pour un club résident en tant que sous-occupant, sans requalification automatique du contrat. Une telle solution est à l'opposé de celle retenue en formation plénière par la cour administrative d'appel de Paris, qui considérait que la garantie d'occupation accordée au club, en raison des retombées espérées en termes de rayonnement sportif, révélait la volonté du gestionnaire du domaine d'organiser, au sein d'un équipement

municipal et sous son contrôle, une activité de divertissement et de spectacle sportif liée à la présence d'un club professionnel résident⁽²⁴⁾.

Mais si cette solution jurisprudentielle permet de réduire les risques de requalification du contrat attachés à l'attention que la collectivité bailleuse peut prêter à la situation du club en tant que sous-occupant, toutes les questions procédurales ne sont pas réglées. Ainsi, pour les contrats où une procédure de passation formalisée doit être organisée, la candidature d'un club professionnel en tant qu'acteur principal ou au sein d'une société dédiée au projet, suscite des difficultés en matière d'égalité de traitement⁽²⁵⁾, d'autant que le club résident du stade va fortement influencer sur les choix effectués.

En l'absence de procédure formalisée, lorsqu'il est certain qu'aucune requalification n'est encourue, le BEA permet d'éviter les écueils liés à une éventuelle rupture d'égalité. Ce montage pourrait ainsi favoriser la participation du club, soit directement⁽²⁶⁾, soit dans le cadre d'une société *ad hoc*⁽²⁷⁾. Cela permet de s'assurer en amont que le stade sera adapté aux exigences de l'exploitation commerciale lors des matchs professionnels. Le club résident va également se constituer un patrimoine et bénéficier d'une nouvelle source de financement.

Néanmoins, outre les risques importants de requalification (voir *supra*) et partant, la difficulté à intégrer le club dans la procédure en tant que soumissionnaire, la participation directe ou indirecte du club au montage contractuel est délicate à mettre en œuvre, en raison du risque sportif encouru. Celui-ci rend particulièrement réticents les organismes financiers pour le cas (fréquent vu les montants engagés) où leur concours est envisagé. Une rétrogradation sportive aura en effet des conséquences évidentes sur les recettes (billetteries, droits télévisuels, valeur financière de l'effectif professionnel...) et pourrait empêcher le club d'assumer ses obligations. Cette difficulté amène certains à appeler de leurs vœux la création de ligues fermées⁽²⁸⁾, sans risque de rétrogradation. Et si le risque sportif peut être minimisé grâce aux autres activités, favorisant ainsi le choix des stades multifonctionnels, ceux-ci nécessitent des investissements généralement plus importants. De plus, leur potentiel de développement varie en fonction du bassin économique d'implantation.

Les difficultés à obtenir un financement privé lorsque le club résident est directement au cœur du projet doivent d'autant plus être soulignées que les sociétés anonymes à objet sportif ou les sociétés anonymes sportives professionnelles ne peuvent bénéficier de garantie d'emprunt ou de cautionnement par les collectivités locales⁽²⁹⁾. À ce titre, les aides accordées aux sociétés sportives professionnelles sont très encadrées par un régime juridique spécifique et bien plus restrictif que celui prévu par les articles L.1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. En effet, les sociétés sportives ne peuvent bénéficier d'aides publiques⁽³⁰⁾, hors compensation de

(21) Pour une requalification en marché public, TA Bordeaux, réf. 26 novembre 2007, Sté Norbail Immo.; TA Nice, réf. 6 décembre 2006, Sté Cirmad Gd Sud, n°0605880; voir également T. Rouveyran, « Enceintes sportives : pourquoi choisir le bail emphytéotique administratif ? » op. cit.; pour un rejet de demande de requalification, notamment en raison d'une faible surface concernée par rapport à l'ensemble (100 m² en comparaison des 6600 m² du projet), CAA Nancy, 11 octobre 2007, Asso. Aubette Demain, op.cit.

(22) Voir la situation de Stade de France après que le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelle la validation législative du contrat de concession par sa décision n°2010-100 QPC du 11 février 2011.

(23) Comme cela est le cas pour le Parc des Princes et devrait l'être pour le stade Marcel Picot.

(24) 25 mars 2010, Asso. Paris Jean Bouin, Ville de Paris, n°09PA01920, 09PA02632, 09PA03008; P. Pimat, « L'affaire du stade Jean Bouin », CP-ACCP n°98, avril 2010, p. 51.

(25) P. Bayeux et B. Clavagnier, op. cit., p. 1438; P. Cuche et K. Debaecker, « Retour sur le contrat de partenariat du stade de Lille », BJCP n°63, p. 104.

(26) C'est le cas du RC Lens pour le stade Félix Bollaert.

(27) C'est le cas du Le Mans FC pour la MMArena et ce serait peut-être celui de l'AS Nancy-Lorraine pour le stade Marcel Picot.

(28) P. Bayeux et B. Clavagnier, *ibid.*

(29) Article L.113-3 du code du sport.

(30) Article L.122-11 du code du sport.

missions d'intérêt général⁽³¹⁾ pour des subventions ne pouvant alors dépasser 2,3 millions d'euros par saison et par discipline⁽³²⁾ dans des cas strictement énumérés⁽³³⁾ et ne visant pas la conception/construction/exploitation de stades⁽³⁴⁾. Et si les collectivités territoriales peuvent verser des subventions « en exécution de contrats de prestation de services, ou de toute convention dont l'objet n'entre pas dans le cadre des missions d'intérêt général visées à l'article L. 113-2 »⁽³⁵⁾, le versement est limité à 30 % du total des produits du compte de résultat de l'année précédente, dans la limite de 1,6 million d'euros par saison sportive⁽³⁶⁾. Un tel régime est donc particulièrement restrictif pour les clubs, voire même discriminant dès lors que les entreprises exerçant une activité non sportive et investissant dans ce domaine ne sont soumises « qu' » au régime de droit commun⁽³⁷⁾.

B) Des règles contraignantes pour l'équilibre financier du projet

La question des concours financiers à l'emphytéote est au cœur du montage contractuel recourant au BEA, qui permet le financement privé des travaux de réalisation ou de rénovation des stades, mis à la charge du preneur. Mais les caractéristiques du BEA expliquent que son choix n'est pas privilégié lorsque les investissements à réaliser sont importants.

D'abord, les droits réels accordés à l'emphytéote d'un BEA ne sont pas une garantie aussi solide que celle des titulaires d'un bail emphytéotique de droit commun⁽³⁸⁾, engendrant une certaine réticence des établissements financiers.

Ensuite, le montant de la redevance d'occupation est souvent présenté comme un moyen d'alléger le coût incombant au partenaire privé, un montant réduit pouvant constituer un concours financier indirect de la part de la collectivité publique.

Pour autant, cette faculté nécessite la fixation d'un « juste prix »⁽³⁹⁾. Elle doit tenir compte des avantages tirés de l'utilisation du bien (article L. 2125-3 du CG3P). Pour un stade, le juge administratif contrôle le montant du loyer acquitté par le club résident en fonction des recettes tirées de son utilisation telles que la vente des places et des produits dérivés aux spectateurs, de la location des emplacements publicitaires et des charges liées à l'organisation des matchs que la collectivité peut supporter (entretien des terrains, maintenance des installations, nettoyage, électricité...) ⁽⁴⁰⁾. Mais, s'agissant d'un BEA, la collectivité doit également tenir compte des obligations de construction ou de

valorisation du bien par l'emphytéote, qui autorise de diminuer le montant de la redevance, selon une pratique que le Conseil d'État vient de confirmer dans l'arrêt Ville de Paris et association Jean Bouin⁽⁴¹⁾. Le choix d'un montant approprié est délicat, dans la mesure où une redevance insuffisante est susceptible d'être requalifiée en subvention, contrevenant aux dispositions précitées du code du sport⁽⁴²⁾.

Enfin, pour les BEA dans lesquels la collectivité verse au preneur un loyer en contrepartie de l'utilisation d'équipements réalisés à son initiative, l'intérêt financier du recours à ce type de contrat est également limité en raison des seuils retenus pour l'application du fonds de compensation pour la TVA (FCTVA). En effet, si l'article L. 1615-13 du CGCT offre la possibilité à une collectivité territoriale de bénéficier de ce fonds sur la part de la rémunération versée au cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci, cette possibilité est limitée aux rémunérations inférieures à 10 millions d'euros sur toute la durée du bail, montant comprenant non seulement la part de rémunération versée en contrepartie des coûts d'investissement mais également celle correspondant aux coûts de fonctionnement et de financement (art. D. 1615-7 du CGCT).

S'agissant de travaux de réalisation ou de rénovation d'un stade, ce seuil sera très vite atteint, incitant les collectivités à préférer, pour des projets plus ambitieux, d'autres montages contractuels, tels les contrats de partenariat, qui échappent à cette limitation.

Si le législateur est intervenu pour confirmer la possibilité d'utilisation du BEA « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation »⁽⁴³⁾, le régime actuel demeure lacunaire du point de vue financier. Un nouvel effort du législateur apparaît donc nécessaire. Ainsi, une modification des règles fiscales de nature à aligner le régime du BEA sur celui d'autres montages contractuels, tels les contrats de partenariat, permettrait d'en favoriser l'utilisation. Le régime des concours financiers, directs et indirects, mériterait également d'être assoupli, notamment par une modification de certaines dispositions du code du sport. Mais le législateur devra prendre en compte les contraintes inhérentes au droit communautaire de la concurrence⁽⁴⁴⁾. Gageons que la proximité de l'organisation de l'« Euro 2016 » encouragera les initiatives parlementaires, comme en témoigne la proposition de loi enregistrée le 4 février 2011 à l'Assemblée nationale, actuellement examinée par la Commission des affaires culturelles, visant à permettre aux baux emphytéotiques administratifs conclus dans le cadre de projets de construction ou de rénovation de stades de devenir éligibles aux mêmes aides que les projets réalisés sous le régime de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, d'une part, et de lever certaines interdictions faites aux collectivités territoriales d'aider les sociétés sportives, d'autre part⁽⁴⁵⁾. ■

(31) Article L.113-2 du code du sport.

(32) Article R.113-1 du code du sport.

(33) Article R.113-2 du code du sport.

(34) P. Hansen, « La construction d'enceintes sportives dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs », op. cit., p. 71.

(35) Article L.113-3 du code du sport.

(36) Article D.113-6 du code du sport.

(37) Jcl Collec. Territ., fasc.726-10, « Aides publiques locales aux entreprises, Régimes spécifiques à l'entreprise bénéficiaire », n° 49; voir également l'article L.122-11 du code du sport.

(38) Sur ces limites, E. Fatôme et M. Raunet, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif: le BEA de valorisation », AJDA 2010, p.2475. Voir également art. L. 1311-3 du CGCT et L. 2122-3 du CG3P.

(39) D. Besle, « Quel est le juste prix de l'utilisation par l'Olympique lyonnais du stade municipal de Gerland? », AJDA 2007, p.2312.

(40) CAA Lyon, 12 juillet 2007, Ville de Lyon, n°06LY02107.

(41) Voir également CE, 6 avril 1998, Cité urbaine de Lyon, Rec. p.132.

(42) Sur ce point, P. Hansen, op. cit., p. 74.

(43) Article 21-I de la loi du 17 février 2009, op. cit.

(44) E. Honorat, « Droit du sport et concurrence », AJDA 2007, p.1631.

(45) www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/UEFA_2016.asp.