



**PRÉFET  
DE L'HÉRAULT**

*Liberté  
Égalité  
Fraternité*

**Direction des Relations avec les Collectivités Locales,  
Bureau du contrôle de légalité,**

Affaire suivie par : Morgan DAFFLON  
Mél : [pref-collectivites-locales@herault.gouv.fr](mailto:pref-collectivites-locales@herault.gouv.fr)

Montpellier, le 17/03/2022

Monsieur le préfet de l'Hérault

à

Monsieur le Président du Conseil  
Départemental

Mesdames et Messieurs les Maires du  
Département

Mesdames et Messieurs les Présidents des  
Établissements Publics de Coopération  
Intercommunale

Mesdames et Messieurs les Présidents de  
syndicat Mixte

Mesdames et Messieurs les Présidents d'Office  
Public de l'Habitat

Monsieur le Président de l'Association des Maires  
de France

Messieurs les Sous-Préfets de Béziers et Lodève

**Objet** : Mise en œuvre des principales règles concernant les baux emphytéotiques

**Références** : - Article L.451-1 du code rural et de la pêche

- Article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales
- Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession
- Article L.2 du code de la commande publique
- Article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales
- Article L.1414-1 du code général des collectivités territoriales

*Cette lettre-circulaire a pour objet de vous apporter les précisions nécessaires au respect des règles encadrant les baux emphytéotiques*

Le contrôle de légalité des baux emphytéotiques effectué par mes services révèle un certain nombre de difficultés en ce qui concerne la prise en compte des règles encadrant ces contrats.

C'est pourquoi il convient d'en rappeler les conditions de recours (I), pour éviter tout risque de requalification en contrat de la commande publique (II).

## I. Les conditions de recours au bail emphytéotique :

Un bail emphytéotique est un contrat d'occupation domaniale qui peut être octroyé par une collectivité territoriale à un preneur en vue de la construction d'équipements que la collectivité occupera et dont elle deviendra propriétaire à l'issue du bail.

Il peut également constituer le support de la dévolution d'une mission incombant au preneur.

Il existe deux types de bail emphytéotique, celui de droit commun, et celui qui est un contrat administratif.

- **Le bail emphytéotique de droit commun est défini à l'article L.451-1 du code rural et de la pêche.**

Il constitue un contrat de bail de droit privé conférant au preneur un droit réel sur un bien immobilier. Concernant les collectivités territoriales, elles peuvent recourir à ce type de bail pour une durée de plus de dix-huit à quatre-vingt-dix neuf années.

Les baux ruraux ne peuvent porter que sur des dépendances du domaine privé, hors réserves foncières, certaines réserves naturelles sous conventions de gestion, les biens sur lesquels pèse un droit d'usage exclusif des habitants , ou encore les forêts publiques.

- **Le bail emphytéotique administratif (BEA) est défini à l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales.**

C'est un bail emphytéotique, conclu en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence, ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public.

Autrement dit, il existe deux conditions d'utilisation alternatives :

- **La réalisation d'une opération d'intérêt général** : c'est une opération non qualifiable de mission de service public, et ne révélant pas un échange économique propre aux contrats de la commande publique. L'opération doit relever de la compétence de la collectivité territoriale, ou de la spécialité de l'établissement public. Autrement dit, le BEA ne peut constituer qu'un outil de gestion et de valorisation de biens immobiliers mis à disposition de tiers.
- **L'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public** : le BEA dit « cultuel » ne doit pas permettre à la collectivité territoriale d'instituer une subvention à une association cultuelle, en vertu du principe d'interdiction stricte de financement des cultes. En ce sens, le montant de la redevance ne peut être inférieur à la valeur locative réelle. À noter que le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste

d'appréciation sur le montant de la redevance due, en appréciant l'économie générale du contrat. Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, la collectivité territoriale doit informer le représentant de l'État dans le département de son intention de conclure un tel bail au moins trois mois avant sa conclusion.

À la différence du bail emphytéotique de droit commun, un BEA peut porter sur une dépendance du domaine privé ou sur une dépendance du domaine public, à l'exclusion des terrains entourés de voies affectées à la circulation publique et utilisés comme parc de stationnement. Et seul le juge administratif est compétent pour connaître des litiges y afférant car, c'est un contrat de droit administratif.

Il est conclu pour une durée de plus de dix-huit à quatre-vingt-dix neuf années, et confère des droits réels d'emphytéose au preneur, susceptibles d'hypothèques, uniquement en guise de garantie des emprunts de financement pour la réalisation de l'opération, et sous réserve de l'approbation du bailleur.

Par ailleurs, le bailleur peut imposer des obligations au preneur tenant à l'utilisation du bien qu'il fera. Et la collectivité territoriale dispose de la faculté de résilier unilatéralement ce contrat.

Concernant l'occupation privative du domaine public, elle doit respecter les principes de protection du domaine public. L'occupation doit rester précaire et révocable en vertu de l'indisponibilité du domaine public, sans toutefois contrevenir aux régimes spécifiques permettant de sécuriser la situation des occupants privatifs du domaine public. Ainsi, le preneur n'a pas de droit acquis au renouvellement d'un titre d'occupation du domaine public, mais le bailleur doit motiver le rejet d'une telle demande en se fondant sur un motif d'intérêt général tiré de la meilleure utilisation du domaine public, et des contraintes pesant sur l'activité de l'occupant.

Le BEA portant sur une dépendance du domaine public doit respecter le principe de non gratuité. L'encadrement des aides à l'immobilier d'entreprise suppose que le montant des loyers des baux consenti par les collectivités territoriales soit respectueux des prix du marché, en l'absence de justification tirée d'un motif d'intérêt général, et de contreparties suffisantes. Pour éviter tout écueil, les collectivités territoriales sont tenues de solliciter l'avis consultatif du directeur départemental des finances publiques (Article R.1311-3 du code général des collectivités territoriales) sur le montant des loyers administratifs pour tout bail, accord amiable ou convention quelconque ayant pour objet la prise en location d'immeuble de toute nature d'un loyer annuel, charges comprises, égal ou supérieur à 24 000 euros (Articles L.1311-9 et L.1311-10 du code général des collectivités territoriales, et Article 1<sup>er</sup> de l'Arrêté du 5 décembre 2016).

Au vu de ces implications, il appartient à la collectivité territoriale de déterminer expressément l'affectation de la dépendance dans le BEA.

Enfin, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, un BEA ne peut être conclu à des fins de commande publique. C'est-à-dire que le BEA 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 les besoins d'un acheteur soumis au code de la commande publique.

Il existe donc un régime d'incompatibilité entre BEA et contrat de la commande publique, qui expose à un risque de requalification du contrat dans certains cas, avec l'insécurité juridique qui s'ensuit.

## II. Le risque de requalification en contrat de la commande publique :

Les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques sont des contrats de la commande publique, par qualification légale en vertu de l'article L.2 du code de la commande publique.

Ce régime d'incompatibilité n'interdit pas qu'un contrat de la commande nécessite la conclusion d'un BEA afin d'être dûment exécuté. Le titulaire d'un contrat de la commande publique peut se voir reconnaître des droits réels sur une dépendance domaniale lorsque l'attribution de tels droits s'avèrent nécessaire à l'exécution d'un tel contrat de la commande publique. Le caractère nécessaire s'entend comme l'exigence de conférer des droits réels au preneur, sur les ouvrages existants, ainsi que sur les ouvrages qu'il réalise dans le cadre de l'exécution du contrat de la commande publique.

La qualification de contrat de la commande publique est emportée lorsque trois critères cumulatifs sont remplis :

- **Le critère organique**: la qualification de pouvoir adjudicateur est automatique lorsque le bailleur est une collectivité territoriale, un établissement public s'y rattachant, ou un organisme de droit public. Par ailleurs, le preneur est qualifié d'opérateur économique au sens de la commande publique lorsqu'il offre la réalisation de travaux, d'ouvrages, la fourniture de produits, ou la prestation de services sur un marché concurrentiel.
- **Le critère matériel** : le preneur concourt à la satisfaction d'un besoin en matière de travaux, fournitures ou services, pour le compte du bailleur.
- **Le critère financier** : le bailleur verse obligatoirement un prix, dans le cadre d'un marché public, ou il transfère les risques d'exploitation et le droit de concéder au preneur pour qu'il se rémunère substantiellement sur les résultats de l'exploitation, dans le cadre d'un contrat de concession ou une délégation de service public. En ce sens, un loyer versé par le bailleur pendant l'occupation, ou un avantage concédé au preneur, constitue une contrepartie financière des travaux, services ou fournitures reçus.

Est considéré comme un contrat de concession, un BEA entre une commune et une société ayant ensemble pour objet de faire réaliser des travaux d'aménagement d'un immeuble communal, la rémunération de la société consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage pendant une durée de soixante ans. Son objet était de satisfaire les besoins de la commune en matière de travaux, portant sur un immeuble communal. Le preneur se rémunérait principalement sur les résultats de l'exploitation du casino municipal. L'activité économique n'est pas propre à l'occupant, mais correspond à un service municipal à l'usage du public.

Dans le même sens, est considéré comme un marché public, un BEA entre un centre hospitalier et une société portant sur la construction et l'exploitation d'un immeuble. Le

preneur est rémunéré directement par le bailleur, en contrepartie de la prestation de service effectuée pour le compte du bailleur.

Afin de sécuriser son BEA et de prévenir tout recours, ou toute requalification de la part du juge, il appartient au bailleur :

- D'accorder une simple mise à disposition d'une dépendance, sous réserve du respect des conditions d'occupation d'une dépendance du domaine public. Autrement dit, le bailleur ne peut s'immiscer dans l'activité de l'occupant en établissant un cahier des charges, ou en exerçant un contrôle d'objectifs.
- De préciser que la convention a pour objet d'accorder des droits réels à un occupant pour qu'il réalise une activité qui lui est propre. En ce sens, les travaux ou services doivent répondre au besoin de l'occupant, et non du bailleur. Ce dernier étant toutefois chargé de préserver l'intégrité du domaine public concédé.
- D'organiser librement une procédure présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, lorsque l'occupant envisage d'exercer une activité économique sur le domaine public. L'ouvrage ou le service doit être exploité exclusivement dans le cadre de l'activité économique de l'occupant.
- De ne pas verser de contrepartie financière à l'occupant, que ce soit par un prix ou un avantage.
- De qualifier expressément l'opération d'intérêt général poursuivie, et la détacher de tout besoin de la collectivité concédante.

Mes services (direction des relations avec les collectivités locales, bureau du contrôle de légalité) se tiennent à votre disposition pour vous fournir toute précision supplémentaire dont vous pourriez avoir besoin.

Le Préfet,

Pour le préfet et par délégation,  
Le secrétaire général

  
Thierry LAURENT