

### Les baux emphytéotiques

Les collectivités territoriales, propriétaires de biens immobiliers, peuvent louer ces derniers à des tiers sous la forme de baux mais ce, sous conditions. En effet, les collectivités territoriales ont à leur disposition plusieurs outils juridiques leur permettant de valoriser leur domaine à condition de veiller à ce que ces contrats ne soient pas utilisés aux fins de contourner les règles du code de la commande publique. Au sein du département de l'Hérault, les collectivités territoriales, et notamment les plus petites, rencontrent des difficultés dans l'application des règles relatives aux baux emphytéotiques mais également, ont régulièrement sollicité le bureau du contrôle de légalité quant aux différentes possibilités s'offrant à elles en matière de location de leurs biens immobiliers. Par ailleurs, certaines d'entre elles ont conclu des baux emphytéotiques alors qu'il s'agissait de concessions de travaux.

Une commune située au nord de Béziers a conclu une promesse de bail emphytéotique pour la construction et l'exploitation de centrales de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables avec un opérateur économique. Dans ce cadre, la commune s'engageait à conférer par contrat, un droit réel sur les terrains dont elle est propriétaire afin que le preneur puisse construire dans les volumes loués, être propriétaire de ses constructions et disposer librement de ses droits pour une durée de 32 ans mais ce, sous plusieurs conditions. En effet, la commune précisait que le risque d'exploitation pesait sur le preneur mais exigeait de nombreuses prescriptions quant aux travaux à effectuer pour édifier la centrale de production d'électricité d'une part, et d'autre part, imposait à ce dernier la mise en place de deux postes de livraisons sur son territoire. De plus, de nombreuses conditions suspensives financières lui étaient imposées. Cette promesse de bail emphytéotique a ainsi fait l'objet d'un recours gracieux car en l'état, elle pouvait être qualifiée de concession de travaux puisqu'il apparaissait que la commune avait exercé une influence déterminante sur la conception et la nature de l'ouvrage et que le projet présentait un intérêt économique direct pour elle.

L'objectif de cette fiche est de présenter les baux emphytéotiques ainsi que leurs conditions et les cas dans lesquels ils peuvent être conclus afin d'éviter tout risque de requalification en contrat de la commande publique.

- **Pourquoi opter pour les baux emphytéotiques ?**

Les baux emphytéotiques sont des baux immobiliers (contrats de location) dont la durée est très longue. Ce type de bail confère au preneur un droit réel sur la chose donnée à bail, en général un terrain ou un bien immobilier. C'est à ce dernier d'améliorer le fonds tout en versant un montant de loyer très faible. En fin de bail, les améliorations effectuées sur le bien retournent dans la propriété du bailleur, sauf stipulations contraires.

Dès lors, **les baux emphytéotiques permettent aux personnes publiques de valoriser des biens immobiliers leur appartenant qui n'auraient pas pu l'être par manque de fonds.**

Par ailleurs, le propriétaire du bien, objet du bail, est exempté des charges fiscales durant la durée du contrat et perçoit un loyer en contrepartie de l'occupation et l'exploitation de sa propriété. De son côté, le preneur n'est pas contraint d'investir dans l'achat d'un terrain alors qu'il peut exploiter comme il le souhaite le bien, objet du bail. De manière générale, le coût du loyer est modique, ce qui lui permet de rentabiliser son projet.

- **Qu'est-ce qu'un droit réel ?**

Le droit réel est un droit qui confère un pouvoir direct sur une chose, un bien. C'est la capacité de pouvoir aliéner le bien (par exemple, un droit de propriété ou de servitude). Le droit réel s'oppose au droit personnel en ce qu'il relie non pas un créancier et un débiteur mais un titulaire et un objet<sup>1</sup>.

- **Le bail emphytéotique de droit commun**

Défini à l'article L.451-1 du code rural et de la pêche, il s'agit d'un contrat de bail de droit privé conférant au preneur un droit réel sur un bien immobilier c'est-à-dire que ce dernier peut procéder à des améliorations du bien, l'exploiter, le sous-louer. Autrement dit, ce type de bail permet la location de biens publics immobiliers pour une longue durée puisque celle-ci est comprise **entre 18 et 99 ans.**

---

<sup>1</sup> La théorie juridique des droits réels – Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet – Les Biens, Paris, PUF, 2008

Toutefois, les baux ruraux ne peuvent porter que sur **des dépendances du domaine privé** et non pas sur le domaine public en raison de son caractère inaliénable et ne peuvent, en aucun cas, porter sur les 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.

En l'état actuel du droit, le juge administratif considère que **la personne publique n'est pas soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par le CG3P concernant la conclusion de baux portant sur des dépendances appartenant au domaine privé<sup>2</sup>** lorsqu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière.

- **Le bail emphytéotique administratif (BEA)**

Défini à l'article L.1311-2 du CGCT, il s'agit d'un contrat de bail conclu en vue soit de la réalisation d'une opération d'intérêt général ; soit de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public pour une durée comprise entre 18 et 99 ans :

- **Sur la réalisation d'une opération d'intérêt général** : le bail ne peut avoir un objet commande publique (livraison fournitures, exécution travaux) ni la gestion d'une mission de service public ;

- **Sur l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public** : le bail ne peut instituer une subvention à une association culturelle et la redevance ne peut être inférieure à la valeur locative réelle. La collectivité doit également informer le préfet de son intention de conclure un tel bail trois mois avant sa conclusion.

Aussi, le bail emphytéotique administratif ne peut être conclu qu'à condition que **l'opération envisagée entre dans la compétence de la personne publique bailleuse.**

---

<sup>2</sup> CE, 2 décembre 2022, n°460100

À la différence du bail emphytéotique de droit commun, seul le juge administratif est compétent pour connaître des litiges y afférant, car c'est un contrat administratif (donc la personne publique peut le résilier unilatéralement). De plus, le bail emphytéotique administratif peut porter sur une dépendance du domaine public donc lorsqu'il est conclu sur ce type de dépendance, **l'occupation privative doit respecter les principes de protection du domaine public** (occupation précaire et révocable, le preneur n'a pas de droit acquis au renouvellement du titre d'occupation mais la personne publique doit motiver le rejet d'une telle demande en se fondant sur un motif d'intérêt général).

Concernant la passation des baux emphytéotiques administratifs, celle-ci diffère selon qu'ils portent sur le domaine public ou privé :

– **Domaine public** : les BEA sont soumis à une procédure de publicité présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence permettant aux candidats potentiels de se manifester lorsqu'ils envisagent d'exercer une activité économique<sup>3</sup> (article L.2122-1-1 CG3P) ;

– **Domaine privé** : la procédure de mise en concurrence ne s'applique pas aux personnes publiques pour la délivrance d'autorisation sur des biens appartenant à leur domaine privé, dès lors que les baux ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice et qu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière<sup>4</sup>.

Dès lors, le BEA permet d'accorder la mise à disposition d'une dépendance en sachant que le bailleur ne peut s'immiscer dans l'activité de l'occupant. Toutefois, il convient de préciser que le BEA a pour objet d'accorder des droits réels à l'occupant pour une activité qui lui est propre donc si ce dernier effectue des travaux, c'est pour son propre besoin. Le bailleur ne peut, en aucun cas, verser une contrepartie à l'occupant que ce soit par un prix ou par un avantage et doit qualifier expressément l'opération d'intérêt général poursuivie.

---

<sup>3</sup> CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-458/14

<sup>4</sup> CE, 2 décembre 2022, n°460100

**NB** : Lorsque le bail arrive à son terme, l'ensemble des améliorations réalisées par l'emphytéote deviennent propriété exclusive du bailleur sans indemnité (sauf stipulation contraire dans le contrat).

- **Le risque de requalification des baux emphytéotiques en contrats de la commande publique**

Les règles de conclusion des BEA sont fixées par l'article L.1311-2 du code général des collectivités territoriales qui prévoit que **si le contrat de bail ne fait qu'autoriser une personne privée à occuper le domaine privé ou public de la collectivité bailleuse à l'exclusion de toute commande à titre onéreux de travaux, fournitures ou services, il ne sera pas soumis aux règles relatives aux contrats de la commande publique.** Néanmoins, si le bail a pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de service avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation au profit de l'acheteur public, il devra être envisagé sous la forme d'un marché de partenariat ou d'un contrat de concession et être soumis au code de la commande publique.

Ainsi, dans le cas où une collectivité souhaiterait tout de même octroyer un BEA à une personne privée, le preneur n'est tenu que d'améliorer le bien et non d'édifier des constructions. Dès lors, si celui-ci souhaite réaliser des travaux de son propre chef en vue d'améliorer la dépendance, la jurisprudence précise que :

- La collectivité ne doit assurer aucune direction technique et ne doit pas être maître d'ouvrage ;
- L'opération ne doit pas entrer dans le champ d'application du code de la commande publique.

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

- 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 ;

- 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 ;
- De qualifier expressément l'opération d'intérêt général poursuivie, et la détacher de tout besoin de la collectivité.

\*\*\*

**Tableau récapitulatif – Distinction entre bail emphytéotique de droit commun et bail emphytéotique administratif**

	<b>Le bail emphytéotique</b>	<b>Le bail emphytéotique administratif</b>
<b>Article</b>	L. 451-1 du code rural et de la pêche	L. 1311-3 du CGCT
<b>Conditions</b>	Le bailleur confère au preneur un droit réel immobilier sur un immeuble	Le preneur confère un droit réel immobilier sur un immeuble en vue de : - la réalisation d'une opération d'intérêt général - l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public
<b>Mise en concurrence</b>	La personne publique n'est pas soumise aux obligations de publicité et	- <b>Domaine public</b> : les BEA sont soumis à une procédure de publicité

	de mise en concurrence prévues par le CG3P concernant la conclusion de baux portant sur des dépendances appartenant au domaine privé lorsqu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière.	présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence permettant aux candidats potentiels de se manifester lorsqu'ils envisagent d'exercer une activité économique ; - <b>Domaine privé</b> : la procédure de mise en concurrence ne s'applique pas aux personnes publiques pour la délivrance d'autorisation sur des biens appartenant à leur domaine privé, dès lors que les baux ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice et qu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière.
<b>Durée</b>	Plus de 18 jusqu'à 99 années	Plus de 18 jusqu'à 99 années
<b>Nature du bien</b>	Domaine privé	Domaine privé et public
<b>Nature de l'opération</b>	Amélioration, réparation, (re)construction, démolition, location, entretien	Amélioration, réparation, (re)construction, démolition, location, entretien

<b>Nature du contrat</b>	Privé	Administratif
<b>Droits du preneur</b>	Cessibles, saisissables, hypothécables	Cessibles et hypothécables sous conditions (agrément de la collectivité)
<b>Jurisdiction compétente</b>	Judiciaire	Administrative