



notaires associés

nancy depuis 1724

LE BAIL EMPHYTEOTIQUE ADMINISTRATIF

Le bail emphytéotique administratif (B.E.A.) est le premier contrat qui autorise la constitution de droits réels sur le domaine public.

Aux termes de l'article L.1311-2 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, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence [...] Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif ».

L'alinéa 2 du même texte ajoute :

«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 ».

L'objet du B.E.A. :

Il doit s'agir, aux termes mêmes du texte, d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité bailleresse.

Le champ d'application du B.E.A. a été étendu par des textes subséquents à d'autres opérations : affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public, réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation, réalisation d'une opération liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales (jusqu'au 31 décembre 2009) ou aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique ou, jusqu'au 31 décembre 2010, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours.

La durée du B.E.A.:

Le législateur renvoie au régime du bail emphytéotique Code Rural. La durée sera donc de 18 ans minimum et 99 ans maximum.

Le régime du B.E.A. :

Le preneur bénéficie d'un droit réel, mais :

Ce droit réel n'est pas **librement cessible** : la cession du bail emphytéotique administratif, est soumise à l'agrément préalable de la collectivité locale bailleresse (exigence classique en matière de cession de contrat administratif). Par ailleurs, le cessionnaire doit être substitué dans les droits et obligations mis à la charge de l'emphytéote, non seulement dans le contrat de bail, mais également dans les conventions non détachables conclues pour l'exécution du service public ou la réalisation de l'opération d'intérêt général (art. L.1311-3-1° du CGCT).

Ce droit n'est **pas librement hypothécable** : l'hypothèque ne peut être constituée que pour garantir les emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué (donc les ouvrages réalisés dans un but d'intérêt général) et le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité bailleresse (art. L.1311-3-2° du CGCT).

La passation du B.E.A. :

Le législateur n'a soumis la conclusion des baux emphytéotiques administratifs à aucune procédure préalable de publicité et de mise en concurrence, conformément à la solution traditionnellement retenue



notaires associés

nancy depuis 1724

pour les conventions d'occupation du domaine public. Le Conseil d'État a rappelé pour sa part que le bail emphytéotique administratif était un contrat spécifique non soumis au Code des marchés publics (CE 25 février 1994, SA SOFAP Marignan Immobilier AJDA 1994 p. 550) et qu'il ne constituait pas « par lui-même » une convention de délégation de service public soumise aux mesures de publicité et de concurrence prévues par la loi n° 93-122 du 9 janvier 1993 dite « loi Sapin » (avis du 16 juin 1994).

En revanche, en droit communautaire, sont des marchés de travaux publics, d'une part, les marchés réalisés sous maîtrise d'ouvrage publique et, d'autre part, ceux qui sont réalisés sous maîtrise d'ouvrage privée, dès lors qu'ils répondent aux besoins d'une collectivité publique. Au regard du droit communautaire, le B.E.A est donc soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence, dès lors que son montant dépasse le seuil communautaire. Pour les marchés d'un montant inférieur à ce seuil, la CJCE a précisé qu'il y avait lieu de respecter les principes d'égalité de traitement et de non discrimination impliquant une obligation de transparence qui consiste à assurer un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence.

En pratique, il est donc conseillé aux collectivités territoriales de définir des mesures de publicité et de mise en concurrence minimum pour passer leurs B.E.A. - même s'il s'agit de B.E.A. « secs », c'est-à-dire non couplés avec une délégation de service public - en s'inspirant le cas échéant des dispositions du code des marchés publics.

Le loyer :

Les textes sont muets sur la question. En principe – et parce que toute occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance - un loyer sera versé par l'emphytéote. Son montant sera calculé de façon à préserver l'équilibre économique du contrat.

LE B.E.A. est-il une formule obligée ?

Non.

Rien n'interdit aux collectivités locales de conclure sur les biens relevant de leur domaine privé des baux emphytéotiques de droit commun (donc soumis aux seules dispositions du code rural) dès lors que ces baux ne sont pas conclus en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité bailleuse, d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général. Dans ce cas, il n'y a en effet aucun risque de voir les dépendances données à bail « basculer » dans le domaine public en raison de leur affectation, et donc aucune raison de conclure un bail emphytéotique administratif. Dans ce cas, les dispositions du code rural s'appliquent dans leur intégralité.