AVOCATS NOV LAW

MONITEUR JURIS CONTRATS PUBLICS

Le bail à construction est-il adapté aux personnes publiques ?

Laurent BIDAULT
Avocat Associé

Baptiste ROBELIN
Avocat Associé

Le bail à construction est-il adapté aux personnes publiques ?

Compte tenu de ses caractéristiques, le bail à construction peut s'avérer adapté pour la valorisation des domaines publics et privés des personnes publiques. Ces dernières doivent néanmoins demeurer attentives quant à la compatibilité de ce montage avec les règles de la domanialité publique. En outre, le risque de requalification d'un bail à construction en marché public ou en concession doit être pris en compte par le bailleur public.

Le bail à construction est le contrat par lequel le bailleur va confier, sur un terrain lui appartenant, au preneur l'édification de constructions et la conservation en bon état d'entretien de celles-ci pendant toute la durée du bail.

Schématiquement, dans le cadre d'un tel montage contractuel, le terrain d'assiette de l'opération est loué par le bailleur au preneur en contrepartie d'un loyer ; le bail est conclu pour une durée longue, entre 18 et 99 ans ; il pèse sur le preneur une obligation de construire et de conserver les constructions édifiées en bon état ; enfin, le preneur dispose d'un droit réel immobilier pendant toute la durée du bail.

Le bail à construction constitue donc un outil utile pour les personnes publiques qui disposent, dans leur patrimoine, de terrains ou de bâtiments susceptibles d'être valorisés par des constructions et des aménagements.

En effet, dans le cadre de ce contrat, la personne publique conserve la propriété des terrains tout en permettant au preneur d'en disposer en contrepartie du versement d'un loyer afin d'y réaliser une opération de construction et ensuite d'entretenir celle-ci pendant toute la durée du bail, avant qu'à terme la personne publique récupère la construction en cause.

Un tel montage contractuel peut donc s'avérer particulièrement adapté pour la valorisation du domaine – privé comme public – des personnes publiques, lesquelles doivent néanmoins demeurer attentives quant à la compatibilité de ce montage avec la domanialité publique et au risque de requalification de celui-ci, particulièrement en contrat de la commande publique.

Auteurs

Laurent Bidault et Baptiste Robelin
Avocats Associés
Novlaw Avocats

Objet et caractéristiques du bail à construction

Objet du bail à construction

Le bail à construction est encadré par les articles L. 251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (« CCH »). Ainsi, aux termes des dispositions de l'article L. 251-1, le bail à construction est le contrat 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.

L'objet principal du bail à construction est donc de construire : il s'agit d'une obligation essentielle et déterminante à la charge du preneur[1], qui ne peut être une simple faculté. C'est d'ailleurs ce qui distingue essentiellement le bail à construction du bail emphytéotique, puisque dans le cadre de ce dernier le preneur est principalement tenu d'améliorer l'ouvrage confié, et non de le construire (ce qui doit demeurer une faculté, sauf à être requalifié de bail de construction).

Précisons que les travaux qui sont l'objet du bail ne portent pas nécessairement sur un ouvrage neuf, mais peuvent également porter sur un ouvrage existant (surélévation d'un ouvrage existant, rénovation lourde). De même, le bail à construction peut ainsi porter sur la réalisation de travaux dans un volume, inclus dans un ouvrage déjà construit[2].

En outre, le preneur doit conserver en bon état les constructions édifiées sur le terrain en cause. À cet égard, il est tenu de les maintenir en bon état d'entretien et d'effectuer les réparations de toute nature à cet effet, mais n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure ou s'agissant des bâtiments existant au moment de la passation du bail, par un vice de construction antérieur audit bail[3].

Enfin, sauf stipulation contractuelle contraire, le preneur peut démolir, en vue de les reconstruire, les bâtiments existants.

Durée du bail à construction

En application de l'article L. 251-1 susvisé, le bail à construction est conclu pour une durée qui est comprise entre 18 et 99 ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction, induisant qu'une prorogation expresse est possible. Précisons en outre que lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accession sociale à la propriété et que le preneur lève l'option, le bail prend fin à la date de la vente.

(1) Voir par exemple en ce sens : Cass. 3e civ., 8 septembre 2016, n° 15-21.381.
(2) CA Paris 17 avril 2013, n° 1014847.
(3) CCH, art. L. 251-4.

Le prix du bail

Le prix (le loyer) du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles[4].

Les dispositions des articles L. 251-5 et R. 251-1 et suivants du CCH prévoient les modalités de révision de ce loyer. En outre, on précisera que le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain[5].

Droits et obligations du preneur

Il est laissé, par l'article L. 251-2 du CCH, une grande liberté aux parties pour préciser leurs droits et obligations respectifs s'agissant particulièrement des conditions de réalisation des constructions et du sort de celles-ci.

Ainsi, aux termes de cet article, « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. À défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations ».

En vertu de l'article L. 251-3 du CCH, le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier. Il s'agit d'une caractéristique essentielle du bail à construction.

Ce droit réel permet ainsi au preneur de céder tout ou partie de ses droits ou de les apporter en société ; de même, le preneur peut hypothéquer son droit, comme les constructions édifiées sur le terrain loué[6].

Partant, les cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant, lequel en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier dans le cadre du contrat de bail à construction.

En outre, à toutes fins utiles, on précisera que le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail.

La « liberté encadrée » du preneur

Il reste que l'exercice de droit réel demeure encadré par la finalité du bail à construction, c'est-à-dire construire, entretenir et utiliser, voire remettre, les ouvrages prévus au contrat.

Dès lors, la liberté du preneur demeure contrainte par le fait que l'exercice de ses droits et de ses activités ne doit pas être susceptible de compromettre l'objet du bail et les droits du bailleur en matière de construction, d'entretien et de remise de l'ouvrage à l'issue du contrat.

(4) CCH, art. L. 251-5.
(5) CCH, art. L. 251-4.
(6) CCH, art. L. 251-3.

De la même façon, comme évoqué, il pèse sur le preneur une obligation de conserver en bon état les constructions édifiées sur le terrain en cause.

Partant, si le preneur peut exercer toutes activités dans le cadre du bail, c'est à la condition qu'elles ne soient pas susceptibles de remettre en cause ces obligations.

À cet égard, il loisible pour le bailleur de restreindre les activités exercées par le preneur[7]. Dans ce cadre, les personnes publiques peuvent prévoir au contrat de bail, une clause permettant d'encadrer l'activité du preneur.

Extension du domaine du recours au bail à construction

Du recours au bail à construction…

Comme le rappelle la doctrine administrative[8], eu égard le principe de liberté contractuelle, il n'existe pas d'obstacle à ce qu'une personne publique – et en particulier une collectivité territoriale – donne un terrain à bail à construction, à condition – et non des moindres – que ledit terrain appartienne à son domaine privé.

En effet, certains des droits réels conférés au preneur s'avèrent incompatibles avec les principes régissant le domaine public, particulièrement le principe d'inaliénabilité du domaine public, le bail donnant notamment la possibilité au preneur de grever le terrain en cause d'hypothèques, de servitudes ou encore de céder librement ses droits à un tiers.

Le juge administratif a donc été amené à juger de l'illégalité d'un bail à construction sur le domaine public, que ce soit de l'État ou d'une collectivité territoriale[9].

Le principe d'interdiction du bail à construction sur le domaine public doit néanmoins être désormais atténué, comme exposé par la suite.

Toujours est-il que, dans l'hypothèse où une collectivité territoriale envisage de conclure un tel bail sur un terrain appartenant à son domaine public, elle devra impérativement procéder à la désaffectation matérielle du terrain situé sur son domaine public et à son déclassement, préalablement à la signature du contrat de bail.

Comme évoqué en introduction du présent article, le bail à construction constitue un outil efficace pour la personne publique qui souhaite valoriser son domaine privé, sans pour autant que la construction réalisée par le preneur soit incorporée *in fine* dans son domaine public.

D'une part, durant la durée du bail, la personne publique va voir construire un ouvrage sur le terrain en cause, percevoir des loyers librement fixés et éventuellement récupérer en fin de bail les ouvrages réalisés (ou vendre d'ailleurs le terrain).

D'autre part, le preneur récupère un terrain à bâtir sans avoir à en supporter le coût d'acquisition immédiat et – comme évoqué ci-dessus –, il jouira d'un certain nombre de droits sur les constructions et le terrain, sur une longue durée.

En pratique, le bail à construction est utilisé, par exemple, pour la transformation d'un ancien centre commercial propriété d'une commune[10], la reconversion d'un ancien stade, appartenant au domaine privé, en un équipement commercial[11] ou encore pour l'implantation d'un hôtel-restaurant[12].

Reste enfin la question de l'application de théorie de la domanialité publique par anticipation. En effet, si un bail à construction peut être librement conclu sur le domaine privé, tel ne sera pas le cas dans l'hypothèse où les ouvrages construits dans ce cadre « contribuent trop fortement au service public ou sont affectés directement à l'usage du public »[13]. Le bail devra alors être regardé comme conclu sur le domaine public et être adapté aux spécificités de celui-ci.

…au bail à construction administratif

Comme évoqué, la conclusion d'un bail à construction – ou du moins d'un contrat qui en revêt l'objet et partiellement le régime juridique – est possible sur le domaine public, à condition d'être adapté aux spécificités du domaine public.

En effet, le Conseil d'État, dans un arrêt *Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole*, est venu tempérer l'interdiction de conclusion d'un bail à construction sur le domaine public[14], la doctrine y voyant alors la reconnaissance d'un « bail à construction administratif »[15].

La conclusion d'un bail à construction n'est ainsi possible sur le domaine public à condition que le bail en cause ne comporte pas de clauses incompatibles avec les règles régissant le domaine public, aujourd'hui prévues par les

(7) Cass. 3e civ., 7 avril 2004, n° 02-16.283.
(8) Voir en ce sens : Y. Laidié, « Bail à construction et collectivités publiques : quelques précisions », *Contrats et Marchés publics* n° 11, novembre 2008.
(9) CE 23 juin 2004, Association éducatives des arts, cultures et traditions populaire, req. n° 259474.
(10) CAA Douai 8 juillet 2003, Société Mac Arthur Glen Europe, req. n° 00DA00376.
(11) CAA Nancy 29 novembre 2007, Société Atac, req. n° 06NC01189.
(12) Cass. 1re civ. 4 octobre 2017, Commune de Dunkerque, n° 16-21.693.
(13) N. Symchowicz, *Traité des montages contractuels complexes publics*, 4e éd., p. 393.
(14) CE 11 mai 2016, Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole, req. n° 390118.
(15) Voir en ce sens : P. Yolka, « À propos du "bail à construction administratif" », *AJDA* 2016, p. 1145 ; P. Yolka, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », *AJDA* 2016, p. 1797.

dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)[16].

En ce sens, la cour administrative d'appel de Marseille a eu très récemment l'occasion de rappeler que « si la constitution de droits réels sur le domaine public d'une collectivité publique suppose en principe la délivrance d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public, aucune disposition ni aucun principe n'interdit que cette collectivité publique puisse autoriser l'occupation d'une dépendance du domaine public en vertu d'une convention par laquelle l'une des parties s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain de l'autre partie et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée de la convention et qui, comme les autorisations d'occupation constitutives de droits réels, confère un droit réel immobilier, à condition toutefois que les clauses de la convention ainsi conclue respectent, ainsi que le prévoit l'article L. 2122-11 du code général de la propriété des personnes publiques, les dispositions applicables aux autorisations d'occupation temporaires du domaine public de l'État constitutives de droits réels, qui s'imposent aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public »[17].

Partant, la conclusion d'un bail à construction sur le domaine public suppose des aménagements contractuels, afin que ledit bail soit compatible avec le domaine public.

Ainsi, la durée du bail à construction ne doit ainsi pas excéder 70 ans, conformément à l'article L. 2122-6 du CG3P.

En outre, la cession du bail ne pourra être envisagée qu'avec accord de la personne publique, et ce pour satisfaire l'exigence posée par l'article L. 2122-7 du CG3P. De la même façon, l'hypothèque du droit réel et construction par le preneur, en vertu de l'article L. 251-3 du CCH, est limitée, puisqu'elle n'est possible qu'afin de « garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages immobiles sur le domaine public », conformément à l'article L. 2122-8 du CG3P.

Enfin, la promesse devrait également prévoir une condition suspensive à sa conclusion liée au déclassement du bien en cause.

Relevons qu'aux termes de l'arrêt susvisé, c'est justement parce que certaines des clauses du contrat de bail contrevenaient à ces dispositions, que la cour administrative d'appel de Marseille (et auparavant le Conseil d'État dans son arrêt du 11 mai 2016) a jugé que ledit contrat était illégal en ce qu'il comportait des clauses incompatibles avec le droit du domaine public et qu'il ne comportait pas les clauses requises afin de garantir l'utilisation du domaine public conformément à son affectation[18].

Dès lors, la personne publique qui envisage la conclusion d'un bail à construction sur son domaine public doit être particulièrement vigilante à adapter celui-ci aux prescriptions et règles afférentes au domaine public. Étant rappelé que la personne publique qui conclut un contrat illégal commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité, son cocontractant pouvant alors prétendre à la réparation du préjudice subi[19].

La requalification du bail à construction

Bien que le bailleur public puisse choisir de se soumettre volontairement à de telles obligations, la conclusion d'un bail à construction n'est soumise à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence préalables, à l'instar des contrats de la commande publique en particulier. Il reste que le risque de requalification d'un bail à construction en marché public ou en concession doit être pris en compte par le bailleur public[20].

Schématiquement, le bail à construction, dont l'objet est comme exposé la réalisation de travaux, peut être requalifié notamment de marché public de travaux, voire de concession, dans le cas où il servirait de support à une commande publique.

Bail à construction et marché public

Au préalable, sans entrer dans le détail, on rappellera que si l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique ne constitue plus un critère de qualification d'un contrat en marché public, il n'en demeure pas moins que le recours à un montage de type bail à construction ne doit pas être motivé par la possibilité d'échapper aux règles applicables à la maîtrise d'ouvrage publique[21].

L'article L. 1111-1 du Code de la commande publique (CCP) dispose qu'un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis audit code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout

(16) À cet égard, rappelons que les dispositions du CG3P relatives à l'occupation du domaine public s'appliquent « aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public » (CG3P, art. L. 2122-11), ces conventions de toute nature pouvant « parfaitement emprunter l'intitulé et certaines stipulations du bail à construction », comme l'a souligné Olivier Henrard dans ses conclusions sous l'arrêt *Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole* (*BJCP* n° 107, p. 288).
(17) CAA Marseille 25 octobre 2021, SCI Milan, req. n° 19MA00191.
(18) Voir en ce sens : C. Chamard-Heim, « Illégalité d'un bail à construction sur le domaine public et responsabilité de la personne publique », *Contrats et marchés publics* n° 1, janvier 2022.
(19) CAA Nantes 9 mai 2014, M. A., req. n° 12NT03234 ; CAA Marseille 25 octobre 2021, précité.
(20) Emportant des conséquences contractuelles (résiliation ou annulation judiciaire du contrat), indemnitaires, voire pénales.
(21) N. Symchowicz, *Traité des montages contractuels complexes publics*, 4e éd., p. 394-396.

équivalent. L'article L. 1111-2 du CCP précise qu'un marché public de travaux a pour objet (1) soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est annexée au CCP ; (2) soit 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.

Partant, pour reprendre les termes de ces dispositions, dès lors que la personne publique exercerait une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser par le preneur dans le cadre d'un bail à construire, c'est-à-dire que l'ouvrage serait conçu et réalisé pour répondre au besoin de la personne publique, et que la rémunération du preneur est constituée d'un prix (ou de tout équivalent) payé par la personne publique, le bail à construction pourrait être regardé comme un marché public de travaux.

Sa conclusion sera alors soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables prévues par le CCP.

À titre d'illustration, dans le cadre du litige relatif à la construction de la Tour Triangle[22], le tribunal administratif de Paris, se prononçant sur la qualification de la promesse de bail à construction envisagé au regard des dispositions alors en vigueur du code des marchés publics et de la directive « marché » 2004/18/CE du 31 mars 2004[23], a écarté la qualification de marché public de travaux.

En effet, il a notamment considéré que « la seule intention de la ville de Paris de favoriser le développement du tourisme d'affaires » de la zone en question ou le fait que la ville ait proposé l'intégration au projet d'un équipement hôtelier n'est pas de nature à établir que celle-ci aurait exercé une influence déterminante sur la nature et la conception du projet ou que le projet entrepris ne résultait pas d'une initiative privée, le tribunal relevant à cet égard que le projet avait été conçu par un opérateur privé.

De plus, toujours dans ce litige, il était relevé que la modification du plan local d'urbanisme par la ville de Paris afin de permettre l'édification d'immeuble de grande hauteur, objet du projet, cette adaptation n'excédait pas le strict exercice par la ville de ses compétences d'urbanisme.

Pour conclure, on relèvera que la circonstance que la personne publique puisse devenir propriétaire de l'ouvrage *in fine* n'emporte pas non plus qualification du bail à construction en marché public, dans la mesure où l'objet du bail n'est pas l'acquisition de l'ouvrage et que le cas échéant, celle-ci n'intervient qu'au terme du bail[24].

Bail à construction et contrat de concession

Comme le souligne la doctrine, « compte tenu de la malléabilité du bail à construction et de la globalité de la mission que peut endosser le preneur à bail, la qualification en concession n'est pas à écarter »[25].

Sans entrer dans les détails, aux termes des dispositions des articles L. 1121-1 et L. 1121-2 du CCP, le contrat de concession est le contrat par lequel l'autorité concédante confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service (voire d'un service public) à un opérateur économique, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La concession de travaux recoupe le même objet que le marché public de travaux.

Partant, le bail à construction est susceptible d'être requalifié en contrat de concession, dès lors qu'il serait confié au preneur la réalisation d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par la personne publique, laquelle ne doit donc pas exercer une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser ; et que le preneur serait rémunéré en contrepartie notamment de l'exploitation de l'ouvrage.

Dans l'affaire de la Tour Triangle susvisée, on notera que le juge écarte la requalification de la promesse de bail à construction en concession de travaux, rejetant l'argument des requérants selon lequel ledit bail formait un ensemble contractuel indivisible avec la concession de travaux et le bail emphytéotique administratif par ailleurs conclus pour la modernisation du parc des expositions, situé à proximité du terrain d'assiette du projet.

Dès lors, si le bail à construction s'avère un outil efficace et adapté pour une personne publique afin de valoriser son patrimoine, elle doit veiller à ne pas exercer une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à réaliser, sauf à ce qu'il puisse être considéré que celui-ci répond à son besoin propre.

(22) TA Paris 6 mai 2019, n° 1801863/4-2.
(23) Le juge relevant d'ailleurs dans cette affaire que les dispositions du droit de l'Union européenne, relatives au marché public de travaux, sont désormais codifié à l'article L. 1111-2 du CCP.

(24) Voir en ce sens : Y. Laidié, précité.
(25) N. Symchowicz, *Traité des montages contractuels complexes publics*, 4e éd., p. 401.

AARPI NOVLAW Avocats
Barreaux
de Paris et Lyon
-
01.44.01.46.36
www.novlaw.fr
contact@novlaw.fr