

Offre de loi

Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif

Offre de loi du Club des juristes



Septembre 2013

**BAIL RÉEL IMMOBILIER
ET BAIL RÉEL IMMOBILIER
ADMINISTRATIF
OFFRE DE LOI DU CLUB DES JURISTES**

Commission Immobilier de l'Etat
et des collectivités territoriales
Septembre 2013



SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
LE BAIL REEL IMMOBILIER	
Article de Jean-Luc Tixier	10
LE BAIL REEL IMMOBILIER ADMINISTRATIF	
Article de Pierre Delvolvé	28
PROPOSITION DE REDACTION D'UN TEXTE SUR LE BAIL REEL IMMOBILIER	
Le bail réel immobilier de droit privé	48
Le bail réel immobilier administratif	54
ANNEXE	
Composition de la commission Immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales	62

INTRODUCTION

Constatant les incohérences et les insuffisances de la législation relative à des opérations immobilières, telles que construction, aménagement, rénovation ou réhabilitation portant sur des biens appartenant aux personnes publiques (domaine public ou domaine privé) mais aussi à des personnes privées, le Club des juristes a mis en place une commission « Immobilier de l'État et des collectivités territoriales » qui a été chargée d'étudier la possibilité d'établir un cadre juridique mieux adapté à ces opérations.

La Commission a tenu de nombreuses réunions, d'avril 2010 à fin 2011. Ses travaux se situaient dans la perspective d'une valorisation optimale non seulement des biens de l'État et des collectivités locales, question rendue particulièrement sensible par les projets de rénovation du stade Jean Bouin et plus encore de l'Hôtel de la Marine, mais également des biens des personnes privées.

La commission a constaté la diversité des dispositions adoptées successivement et cumulativement par le législateur pour permettre la réalisation et le financement des investissements nécessaires au patrimoine immobilier de l'État et des autres personnes publiques (différentes formes de BEA, AOT/LOA, partenariat). Elle en a dressé un inventaire, en faisant apparaître leur incohérence¹. Leur trait commun est de permettre

(1) P. Delvolvé, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence, RDI 2010. 584 et RFDA 2011. 1125.

d'attribuer des droits réels à la personne qui réalise des investissements en vue d'offrir des garanties aux organismes prêteurs ; mais la nature et la portée de ces droits sont incertaines et varient d'un type de contrat à l'autre.

Il est très rapidement apparu que les outils actuels, le bail emphytéotique et le bail à construction, outils de droit privé mais déclinés en droit public sous de multiples formes pour répondre aux exigences propres aux règles administratives, étaient devenus à de multiples égards obsolètes ou mal adaptés aux besoins nouvellement apparus. Il s'ensuit chez les praticiens une grande incertitude sur le choix à opérer en faveur de telle ou telle formule juridique et, par là même, des risques importants sur la validité de leurs opérations. Il est aussi apparu que les outils de droit privé dont s'inspirait le droit public n'étaient eux-mêmes ni parfaitement cohérents, ni parfaitement adaptés aux besoins privés.

Dans un premier temps, la commission a donc estimé nécessaire de se pencher sur la situation en droit privé et de fondre le bail emphytéotique et le bail à construction en un seul, le bail réel immobilier, ainsi dénommé pour mettre en valeur le fait qu'il s'agit d'un droit réel, et d'un droit réel immobilier. Pour cette recombinaison, la commission a repris dans chacune des formules les règles qui lui paraissaient essentielles et qui répondaient le mieux aux besoins de la pratique. Elle a ainsi établi un premier projet de texte, limité au droit privé et destiné à remplacer les deux baux actuels.

Dans un second temps, la question s'est alors posée de savoir comment ce nouveau bail réel immobilier pourrait être transposé en droit public pour répondre aux besoins de l'État et des collectivités locales. Après avoir recensé les multiples règles actuelles de droit public en ce domaine, la commission s'est employée à adapter aux exigences du droit public les textes qu'elle avait mis en place pour le droit privé. Ce travail a finalement débouché sur un second projet de texte, relatif au droit public et susceptible de donner à la matière la cohérence nécessaire à toute bonne législation.

Les réflexions menées en droit public ont conduit la commission à apporter quelques modifications aux dispositions établies pour le droit privé et à finaliser un projet global qui a été soumis au ministère de l'Économie et des Finances, à la Chancellerie, au Conseil d'État, à la Cour de cassation et à des auteurs spécialisés dans ce domaine, tant privatistes que publicistes, les uns universitaires, les autres praticiens.

Le projet a manifestement suscité un vif intérêt, notamment auprès du ministère de l'Économie et des Finances qui a tenu à entendre une délégation de la commission et à formuler de nombreuses observations. De même nombre d'auteurs consultés ont présenté des suggestions qui ont souvent été constructives. La commission s'est à nouveau réunie à plusieurs reprises et, tenant compte des observations qui lui sont apparues pertinentes, a repris son projet pour aboutir au texte ci-après publié.

Philippe MALINVAUD
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Le bail réel immobilier

Par Jean-Luc Tixier

Docteur en droit – Avocat associé

Département droit immobilier-droit public

CMS Bureau Francis Lefebvre

Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

C'est un double constat dressé par les auteurs du projet de bail réel immobilier de droit privé qui a guidé leur réflexion.

— La nécessité de reconsidérer les solutions propres au droit privé en matière de baux constitutifs de droits réels : plusieurs caractéristiques de ces contrats, telles qu'elles résultent

des dispositions législatives et de la jurisprudence, s'avèrent aujourd'hui inadaptées. De ce fait des projets soit renferment une insécurité latente soit ne voient pas le jour.

— L'incertitude qui entoure les possibilités de dérogations au droit commun lorsque ces baux sont mis en oeuvre par des personnes publiques sur leur domaine privé: les dérogations qu'il est souhaité apporter remettent-elles, ou non, en cause la nature même du droit qu'il est envisagé de conférer ? Cette interrogation n'aurait plus lieu d'être s'il était apporté de substantielles adaptations au régime légal des baux de droit privé constitutifs de droits réels ; celles-ci rendraient sans objet nombre de ces dérogations.

Il est résulté de ces réflexions l'établissement d'un statut, celui du bail réel immobilier, appelé, selon ses auteurs, à se substituer au bail emphytéotique et au bail à construction², couvrir un champ plus large que ces derniers et offrir une souplesse bien supérieure.

Le constat commun de la doctrine et de la pratique : les principales caractéristiques inadaptées ou non justifiées des actuels baux de longue durée constitutifs de droit réel

En droit privé les deux principaux baux de longue durée constitutifs de droit réel sont le bail emphytéotique et le bail à construction³. Ils ne forment pas un dispositif cohérent. Le constat dressé ci-après le révèle de façon significative.

Le preneur à construction doit s'obliger, à titre essentiel, à édifier une construction⁴ ; dans les faits il n'est pas toujours aisé de déterminer si c'est bien une « construction » que le preneur va s'engager à réaliser (v. les cas d'édification partielle, de rénovation...) ; dans nombre de projets, il est souhaité pouvoir imposer au preneur la réalisation de travaux qui ne répondent pas toujours à cette exigeante définition. La possibilité d'imposer à l'emphytéote un programme substantiel d'améliorations demeure quant à elle quelque peu incertaine. L'on ne dispose donc pas aujourd'hui de l'outil qui permettrait d'imposer à un preneur superficiaire la réalisation d'améliorations non constitutives d'un acte essentiel d'édification.

Alors que les droits tenus de l'emphytéose et du bail à construction peuvent être librement cédés ou apportés en société, la libre cession partielle demeure l'apanage du seul bail à construction, sans qu'aucune raison objective ne justifie la persistance du sort particulier réservé à l'emphytéose sur ce point.

Si l'emphytéote et le preneur à construction peuvent, l'un et l'autre, librement consentir une hypothèque sur leurs droits, la résiliation, amiable ou judiciaire, du bail à construction laisse survivre l'hypothèque constituée sur les droits du preneur jusqu'à la date d'expiration du bail primitivement convenue ; ceci crée une situation moins favorable que ne l'avaient imaginé ses concepteurs.

(2) Le bail à réhabilitation, au champ d'application restreint, demeure d'un usage spécifique – logement social – et peu fréquent

(3) Outre le bail à réhabilitation, v, note1,

(4) CCH, art L, 251-1,

L'emphytéose échappe à ce dispositif spécifique : sa résiliation, quelle qu'en soit la nature, entraîne l'extinction des hypothèques qui la grevaient.

Les auteurs du projet ont aussi relevé l'anachronisme de l'exigence imposée au bailleur emphytéotique d'attendre le défaut de paiement de deux années consécutives pour pouvoir solliciter la résolution du bail⁵.

La jurisprudence a admis, presque quarante ans après la création du bail à construction, l'efficacité d'une clause de restriction à l'activité du preneur à construction⁶. Pour sa part l'emphytéose, qui confère les droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage du bien⁷, est disqualifiée en bail ordinaire si le changement du type de commerce exercé est subordonné, même dans des cas limités, à l'accord préalable du bailleur, si la possibilité d'exercer un autre commerce que celui initialement énoncé n'est pas générale, ou si l'usage auquel peuvent être affectés les biens loués est exclusivement limité⁸. Les auteurs du projet se sont accordés sur le fait que l'essence de l'emphytéose ne justifie pas la persistance de cette distorsion, et qu'il faudrait permettre aux nombreux propriétaires, privés ou publics, qui le souhaiteraient, de conclure un bail conférant un droit réel immobilier incluant un contrôle de la destination.

Dès la constatation de cet accord sur la nécessité de faire disparaître ces différences et particularités, la fusion du bail emphytéotique et du bail à construction en un unique bail constitutif d'un droit réel de superficie protéiforme – le « bail réel immobilier » – s'est imposée comme une évidence.

De ce fait de nombreuses règles communes à ces deux baux (durée minimale, caractère réel du droit conféré, possibilité d'hypothéquer et de consentir des servitudes, libres cession et apport en société, libre montant du loyer, absence d'actes portant atteinte à la propriété du bailleur...) constituent le socle substantiel du bail réel immobilier. Comme pour ces baux, aucune forme solennelle n'est exigée et l'efficacité de ce contrat, constitutif d'un droit réel immobilier et consenti pour une durée supérieure

(5) C. rur., art. L.451-5

(6) Civ. 3e, 7 avr. 2004, n° 02-16,283, D. 2004. 1210 ; AJDI 2004. 450 ; RDI 2005. 22, obs. C. Saint-Alary-Houin

(7) V. Bordeaux, 21 avr. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 128

(8) V. Rép. civ., vo Bail emphytéotique, nos 25 s.

à douze ans, est soumise à sa publication au fichier immobilier⁹ aux fins d'opposabilité aux tiers au sens de la publicité foncière. Il sera donc en pratique indispensable de le constater par acte notarié¹⁰.

Mais l'enjeu majeur de ce projet est la proposition d'un outil juridique mieux dimensionné, mieux organisé, plus souple et au final plus fiable et sécurisant pour le bailleur, le preneur et les organismes de financement. L'objectif est de favoriser la croissance du nombre d'opérations réalisées par voie de baux constitutifs d'un droit réel.

Dans cette perspective, la question de savoir s'il fallait, ou non, conférer aux règles du bail réel immobilier un caractère d'ordre public s'est, fort logiquement, posée. Si l'on se réfère au bail à construction, l'ordre public y est très partiel¹¹ et n'exclut pas pour autant de devoir s'interroger sur le respect des caractéristiques essentielles de celui-ci auxquelles il ne saurait être porté atteinte ; c'est donc sous réserve de respecter ces dispositions impératives et les caractéristiques essentielles que les parties peuvent définir avec une certaine liberté le contenu de leur contrat¹². En matière d'emphytéose, à défaut de dispositions explicites sur ce point, seule la jurisprudence a énoncé les éléments auxquels les stipulations ne sauraient porter atteinte¹³.

(9) Décr. no 55-22, 4 janv. 1955, art. 28, 1o, a et b; v. D. 1955. 44.

(10) S'il est établi par un écrit sous seing privé, celui-ci devra être réitéré en la forme notariée.

(11) L'art. L. 251-8 du CCH énonce les dispositions qui sont d'ordre public : art. L. 251-3, al. 3 et 4, et art. L. 251-5, al. 4.

(12) Civ. 3e, 7 avr. 2004, no 02- 16.283, Bull. civ. III, no 70; D. 2004. 1210; AJDI 2004. 450 ; RDI 2005. 22, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 2004, no 958.

(13) L'on peut citer le cas du changement du type de commerce exercé subordonné (même dans des hypothèses limitées) à l'accord préalable du bailleur (Civ. 3e, 12 déc. 1978, D. 1979. IR 220 et Civ. 3E, 10 avr. 1991 RJDA 6/91 n° 471), ou la possibilité non générale d'exercer un autre commerce que celui initialement énoncé (Civ. 3e, 3 oct. 1991, no 90-15.889, Bull. civ. III, no 222; AJDI 1992. 530), ou encore une clause limitant exclusivement l'usage auquel l'emphytéote peut affecter les biens loués (Civ. 3e, 13 mai 1998, nos 96-13.586 et 96-14.076, Bull. civ. III, no 101; D. 1998. 346, obs. A. Robert ; RDI 1998. 607, obs. J.-L. Bergel ; ibid. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé). De même un bail non librement cessible ne peut pas être emphytéotique, compte tenu du caractère essentiel présenté par la libre cession dans un tel contrat (v. Civ. 3e, 10 avr. 1991, no 89-20.276, Bull. civ. III, no 114; n° 89-20.276, D. 1992. 375, note J.-M. Le Masson; ibid. 1991. 304, obs. A. Robert ; RJDA 1991, no 471 – Civ. 3E, 29 avr. 2009, no 08-10.944, Bull. civ. III, no 92; AJDI 2009. 725, obs. S. Prigent).

Dans les deux cas, lorsqu'il est porté atteinte à des éléments essentiels, le bail, emphytéotique ou à construction, est disqualifié en bail ordinaire, et donc, le cas échéant, statutaire si les conditions d'application du statut des baux commerciaux s'avèrent remplies.

Au regard des nombreuses possibilités d'ajustement à la volonté des parties que contient le dispositif du bail réel immobilier, il a été préféré :

- rompre avec ce principe de prééminence de la clause incompatible ;
- et affirmer le principe selon lequel toute clause contraire aux dispositions du titre régissant le bail réel immobilier est réputée non écrite (à l'image du principe retenu en matière de baux commerciaux statutaires¹⁴).

Objectifs de la proposition de création du bail réel immobilier

Le bail réel immobilier est un contrat de bail de longue durée qui confère au preneur (art. 1^{er}) :

- un droit réel sur un immeuble bâti ou non bâti qui porte sur le sol et sur les constructions existantes ;
- le droit de réaliser des constructions ou améliorations nouvelles, le droit réel portant sur ces constructions nouvelles et améliorations.

Les principaux objectifs de ce projet et les solutions adoptées pour les atteindre seront donc ici successivement abordés.

Le « bail réel immobilier » : un bail non restreint par la qualité du bailleur

L'ambiguïté qui persiste à entourer le bail emphytéotique à raison de ses origines rurales et de sa codification dans le code rural et de la pêche maritime, et la présentation simpliste du bail à construction comme l'adaptation du bail emphytéotique en milieu urbain, n'ont plus lieu d'être s'agissant du bail réel immobilier.

Toute personne privée, physique ou morale, peut consentir un bail réel immobilier. Le « bail immobilier » peut porter sur un terrain nu, ou bâti,

(14) C. com., art. L. 145-15.

en vue d'une démolition-reconstruction ou d'une surélévation ; il peut aussi avoir pour assiette un lot de volume¹⁵.

En revanche, il a été considéré opportun d'énoncer la possibilité de le faire porter sur un lot de copropriété d'un immeuble bâti ; la solution retenue en matière de bail emphytéotique¹⁶, la prohibition, se serait ici avérée trop rigoureuse compte tenu de la souplesse inhérente à ce nouveau bail ; le preneur exerce alors les droits et assume les obligations attachées à la qualité de copropriétaire.

Une personne publique peut consentir un bail réel immobilier sur son domaine. Toutefois, à partir du statut du bail réel immobilier, il a été élaboré le bail réel immobilier administratif (BRIA), adapté aux spécificités des personnes publiques et de leur domaine public¹⁷. Il faudra cependant s'interroger sur la procédure applicable au bail réel immobilier consenti par une personne publique lorsqu'il imposera à son titulaire une obligation de construire et/ou d'améliorer, voire une destination précise¹⁸.

(15) La totale reconnaissance du volume immobilier en tant que propriété immobilière à part entière a conduit à ne pas énoncer de façon spécifique le volume comme possible assiette de ce type de bail.

(16) Pau, 22 janv. 1982, JCP N 1993. II. 53, déniait la possibilité de conclure un bail emphytéotique sur un lot de copropriété d'un immeuble bâti

(17) Sans que sa conclusion sur leur domaine privé soit pour autant exclue. Sur ce point, v. P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif*, ce numéro, p. 405.

(18) Soulignons qu'il a été considéré en matière de bail emphytéotique de droit privé : — qu'alors même qu'un tel bail ne constitue ni un marché public ni une délégation de service public, s'il a pour objet la gestion d'un service de nature économique, les règles du droit communautaire lui sont alors applicables. Elles impliquent que tout acte par lequel un pouvoir adjudicateur confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des principes de publicité et de mise en concurrence, dès lors que ce tiers peut être regardé comme étant un opérateur économique engagé sur le marché (TA Paris, 1^{er} ch., 30 mai 2007, no 0516131, Préfet de Paris, BJCP 2007, no 55, p. 492) ; — qu'un bail conclu pour restaurer le bâti, créer des espaces commerciaux et réaliser une résidence de tourisme n'a pas été conclu en vue de l'accomplissement pour le compte de la ville d'une mission de service public, ou pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de cette dernière; il ne constitue donc ni un bail emphytéotique administratif, ni une délégation de service public, ni un marché public, ni un contrat de partenariat (CAA Nancy, 11 oct. 2007, no 06733, Assoc. Aubette Demain, Contrats Marchés publ. Janv. 2008. 27), et ce alors même que la ville bénéficiait d'une sous-location d'un local à l'intérieur de l'ensemble immobilier, et avait suivi une procédure de publicité et de mise en concurrence à laquelle elle n'était pas tenue (ibid.).

En considération des interrogations souvent formulée à propos de la possibilité, ou non, de consentir un sous-bail emphytéotique ou un bail à construction, il a été choisi d'énoncer le principe selon lequel le preneur ne peut consentir à son tour, même avec l'accord du bailleur, un bail réel immobilier sur l'immeuble qui lui a été donné à bail (art. 4) ; en effet le démembrement opéré par la conclusion de ce type de bail est unique et définitif ; si le preneur entend transférer son droit réel, c'est nécessairement en transmettant son bail. Un « sous-bail réel immobilier » est donc exclu.

Un contrat au champ d'application large et souple, sans solution de continuité entre les diverses applications possibles

Le bail réel immobilier se voit prêter un large et souple champ d'application. Il est apparu indispensable de supprimer pour ce contrat les problématiques juridiques rencontrées actuellement, du fait d'une part des contours imprécis entre le bail emphytéotique et le bail à construction et d'autre part de l'absence de contrat de bail constitutif de droit réel permettant d'imposer des améliorations substantielles sans pour autant constituer des actes d'édification.

Aux interrogations et incertitudes qui entourent tant la matérialité du champ d'application du bail à construction que l'exacte définition de ce qu'il est, ou non, possible d'imposer à un emphytéote, le bail réel immobilier :

- substitue un contrat « multiforme » qui fait disparaître ces diverses limites et incertitudes et permet de construire un contrat totalement modulable ;
- confère au preneur le droit de réaliser des constructions ou améliorations nouvelles, de surélever, rénover toutes constructions et effectuer tous travaux. À l'inverse, ce contrat peut restreindre le droit de réaliser, sans l'accord du bailleur, tous ouvrages ou travaux de construction ou de démolition.

Mais le texte (art. 7) autorise les parties à obliger le preneur à édifier une ou plusieurs constructions, surélever tout ou partie des constructions existantes, ou en rénover tout ou partie, quelles que soient l'ampleur et l'époque de la rénovation. Toute opération peut donc être contractuali-

sée : ni sa teneur ni son ampleur n'ont une quelconque incidence sur la possibilité ou l'impossibilité de recourir au bail réel immobilier pour sa réalisation: le recours au bail réel immobilier est toujours possible.

Les constructions existantes demeurent la propriété du bailleur ; les constructions et améliorations réalisées par le preneur en cours de bail sont la propriété de ce dernier et deviennent la propriété du bailleur à l'expiration du bail (art. 2) ; toutefois, le bailleur et le preneur peuvent convenir de leurs droits respectifs de propriété tant sur les constructions existantes que sur les constructions ou ouvrages à réaliser.

Pouvoir stipuler une destination des immeubles sans risque ni contrainte: libre, totalement ou partiellement contrôlée

Les auteurs du projet ont entendu rompre avec les incertitudes qui entourent l'ampleur des restrictions susceptibles d'être imposées à l'activité du preneur à construction, l'exacte portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2004¹⁹ restant en effet encore à appréhender. Mais ils ont aussi souhaité s'écarter des principes exclusivement et largement permissifs qui prévalent en matière d'emphytéose.

Or l'État, les collectivités publiques et plus largement les personnes publiques souhaiteraient souvent pouvoir contrôler la destination de l'immeuble, même lorsque l'opération n'inclut pas un acte d'édification substantielle; à ce jour cette restriction (qui ne saurait être raisonnablement couverte sur le fondement du recours à la notion de « clause exorbitante du droit commun ») pose problème ; bon nombre d'opérateurs privés caressent le même vœu. Seul le bail à construction permet un tel contrôle, mais avec une précision dont l'exacte gradation demeure incertaine.

Le principe retenu est celui d'une libre jouissance par le preneur à bail réel immobilier de l'immeuble et des installations, ou constructions, qu'il a pu, ou dû, édifier ; il dispose des droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage de ces biens dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la valeur de l'immeuble, ou à l'état dans lequel il a été convenu que ces immeubles, installations ou constructions seront remis en fin de bail (art. 10).

(19) Civ. 3e, 7 avr. 2004, no 02- 16.283, préc.

Mais les parties au bail réel immobilier peuvent préférer écarter ce principe ; le contrat détermine alors l'activité qui sera imposée dans l'immeuble objet du bail et en subordonne tout changement à l'accord du bailleur (*ibid.*).

Ne plus être contraint de privilégier le choix d'un bail ordinaire à celui d'un bail constitutif de droit réel

À la différence du bail emphytéotique et du bail à construction, le bail ordinaire peut interdire, totalement, ou partiellement, la cession et/ou la sous-location et imposer une exploitation personnelle de l'activité ; c'est pourquoi la totale liberté de cession qui prévaut, en l'état, en matière de baux superficiaires se révèle dans de nombreux cas dirimante aux yeux du potentiel bailleur.

Les auteurs du projet se sont interrogés sur le point de savoir s'il fallait aller jusqu'à permettre que le bail réel immobilier puisse contenir une interdiction partielle²⁰ de cession et/ou de sous-location, voire imposer une exploitation personnelle de l'activité²¹.

Cette piste a été partiellement écartée et seuls ont été retenus les libres cession et apport en société portant sur la totalité du bail réel immobilier ; le cessionnaire ou la société bénéficiaire de l'apport est alors titulaire des mêmes droits et des mêmes obligations que le cédant, lequel reste garant des obligations jusqu'à l'achèvement des constructions et des ouvrages qu'il s'est engagé à réaliser lorsque tel est le cas²².

(20) Comme en matière de baux commerciaux statutaires où seule doit être préservée la cession à l'acquéreur du fonds de commerce ou de l'entreprise – C. com., art. L. 145-16.

(21) Qu'il est possible d'imposer dans un bail commercial statutaire.

(22) Le dispositif emprunte sur ce point celui applicable en matière de bail à construction lorsque le bail réel immobilier contient une obligation d'édification de construction et/ou de réalisation d'ouvrages.

Néanmoins le preneur à bail réel immobilier peut être autorisé à céder son bail, ou à l'apporter en société, seulement sur une partie de l'immeuble aux conditions agréées par le bailleur²³. La cession partielle ne pourra donc intervenir que si elle est autorisée par le bailleur, dans le contrat d'origine, ou sinon ultérieurement.

Les principes essentiels ont été empruntés aux dispositifs du bail emphytéotique (exclusion de toute stipulation organisant – solidarité par exemple –, limitant ou prohibant la cession) et du bail à construction (solidarité pendant la période de construction).

Permettre d'assortir le bail réel immobilier d'un pacte de préférence

Le bailleur à bail à construction ou emphytéotique se voit dénier la possibilité de se réserver un droit de préférence en cas de cession des droits du preneur, sur le fondement du principe de liberté qui doit impérativement présider à cette dernière.

Cette situation est souvent considérée comme quelque peu paradoxale, un plein propriétaire pouvant pour sa part valablement consentir à une telle restriction au droit de disposer. Mais le propriétaire qui consent un pacte de préférence est préalablement investi de toute la plénitude de ses attributs et choisit librement de s'en départir. À l'inverse, le bailleur qui n'entend consentir un bail à construction ou emphytéotique à la seule condition qu'une telle préférence lui soit réservée n'investit pas son preneur des attributs de plein exercice d'un droit de cette nature.

Néanmoins force est de constater que cette rigidité présente désormais plus d'inconvénients pratiques que d'avantages, surtout à une époque où la conclusion de ce type de bail pour une très longue durée est conçue comme une réelle alternative à une aliénation.

(23) En effet la libre cession partielle – accordée au preneur à bail à construction, CCH, art. L. 251-3, al. 2 – pose la question du degré de « scissiparité » du droit ainsi divisible. Il a été préféré supprimer cette source d'interrogation dans le cadre du bail réel immobilier.

Ce débat serait désormais clos : le bail réel immobilier peut stipuler un pacte de préférence au profit du bailleur en cas de cession de ses droits par le preneur ; le bailleur peut substituer toute personne de son choix dans l'exercice de ce pacte. La validité de cette clause sera cependant liée à la stipulation du délai et des conditions d'exercice du droit de préférence ainsi conféré (art. 13).

Laisser une grande liberté en matière d'édification et de paiement de loyer

Édification

Le preneur à bail réel immobilier peut édifier, surélever, rénover toutes constructions et effectuer tous travaux sans l'accord du bailleur dans le respect des règles applicables à de telles opérations (art. 6).

Le preneur pourra donc avoir la possibilité totalement libre ou l'obligation de réaliser, au cours du bail, tous autres travaux d'amélioration (dès lors qu'ils ne portent pas atteinte au site), il pourra aussi se voir imposer des obligations contractuelles d'amélioration sous forme de plantations, d'aménagements ou de constructions (ou non constitutifs d'actes essentiels d'édification) sans que le contrat puisse encourir une quelconque disqualification.

Le preneur peut démolir les constructions ou ouvrages existants ou qu'il a édifiés.

Si les parties le préfèrent, le contrat de bail réel immobilier peut restreindre le droit du preneur de réaliser, sans l'accord du bailleur, tous ouvrages ou travaux de construction ou de démolition.

Loyer

S'agissant du prix du bail réel immobilier, l'objectif de pouvoir satisfaire à la plus grande variété de situations a prévalu. Pour l'essentiel, il a été choisi de reprendre les principes énoncés par les textes qui gouvernent le bail à construction; le loyer peut donc consister en la remise de constructions ou améliorations ou aménagements contractuellement prévus.

Un récent arrêt de la Cour de cassation²⁴ a énoncé qu'un bail à construction stipulant un loyer en numéraire peu élevé aurait été conclu pour un prix dérisoire²⁵ et était nul pour défaut de cause. Compte tenu du trouble causé par cette décision, il a été souhaité, s'agissant du bail réel immobilier, que soit clairement énoncée la possibilité de ne pas stipuler un prix en numéraire, et de prévoir la seule remise d'immeubles en cours ou fin de bail.

C'est aussi la raison pour laquelle il est énoncé que le prix du bail réel immobilier peut être constitué de l'un ou plusieurs des éléments énoncés à l'article 16 du projet.

Parmi les possibilités expressément visées, l'on relèvera tout particulièrement :
 — le possible paiement en une seule fois à la signature du bail²⁶ ;
 — la réalisation de travaux, constructions ou ouvrages sur un immeuble du bailleur autre que celui objet du bail réel immobilier.

Le montant du loyer en numéraire est donc libre : modique ou non, périodique ou non, voire inexistant.

Privilégier la stabilité du preneur à bail réel immobilier

Durée

Le bail réel immobilier doit être conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut prévoir aucune faculté de résiliation unilatérale ; la volonté de préserver le caractère essentiel de la stabilité inhérente à un droit réel immobilier a conduit à énoncer ce principe sans distinguer entre la période précédant la dix-huitième année et celle y faisant, le cas échéant, suite.

(24) Civ. 3e, 21 sept. 2011, no 10-21.900, Cne de Cannes c/ Sté Jesta Fontainebleau, Bull. civ. III, no 152; D. 2011. 2711, note D. Mazeaud; ibid. 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; RDI 2011. 623, obs. M. Poumarède.

(25) Et ce alors même que le contrat prévoyait l'accession d'un immeuble contractuel substantiel en fin de bail.

(26) Qualifié de paiement « one shot » par la pratique

La prolongation par tacite reconduction est expressément exclue. La possibilité de stipulation d'une prorogation expresse est prévue; cette dernière ne peut pas avoir pour effet de porter la durée totale du bail réel immobilier à plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. Aucune condition n'est posée à une telle prorogation du bail réel immobilier ; elle ne suppose donc pas un engagement d'édifier de nouvelles constructions ou d'apporter des améliorations aux constructions initiales.

Résiliation

En matière d'emphytéose, la stipulation d'une clause de résiliation de plein droit en faveur du bailleur en cas de non-paiement du loyer confère à la jouissance du locataire une précarité incompatible avec la constitution d'un droit réel, peu important que la précarité imposée au locataire trouve son origine dans son propre fait²⁷. Cette solution, considérée comme transposable au bail à construction, est fort logiquement reprise pour le bail réel immobilier : la stipulation d'une clause de résiliation de plein droit du bail réel immobilier en faveur du bailleur en cas de non-paiement du loyer ne peut être prévue²⁸; le preneur à bail réel immobilier est donc assuré d'une particulière stabilité d'occupation.

En revanche les possibilités de demande de résiliation judiciaire sont assouplies (objet et délai) par rapport à la règle, obsolète, actuellement en vigueur pour l'emphytéose. En effet, en raison du caractère présumé modique du canon de l'emphytéose, l'article L. 451-5 du code rural et de la pêche maritime impose au bailleur d'être confronté à deux ans de défaillance de paiement de la part de l'emphytéote avant de pouvoir solliciter la résiliation du bail emphytéotique. Cette contrainte, compréhensible en des temps où le « canon » était souvent modique, s'avère désormais totalement inadaptée pour des redevances d'emphytéoses de sites urbains, commerciaux ou industriels aux montants le plus souvent substantiels.

(27) Civ. 3e, 14 nov. 2002, no 01- 13.904, Bull. civ. III, no 223; D. 2002. 3241; AJDI 2003. 433, obs. J.-M. Plazy ; RTD civ. 2003. 527, obs. T. Revet ; RJDA 2003, no 124.

(28) Et si elle l'était, elle serait réputée non écrite (art. 21).

En matière de bail réel immobilier, c'est dès six mois écoulés après une mise en demeure de payer le loyer que le bailleur pourrait demander la résiliation judiciaire du contrat.

Obligations pesant sur le preneur

Si le principe est que le preneur à bail réel immobilier est tenu de toutes les charges et obligations et de tous les impôts qui incombent à un propriétaire, l'article 8 du projet réserve la faculté d'une stipulation contraire; il en est de même de l'obligation de maintenir, jusqu'à la fin du bail, en bon état d'entretien et de réparation les constructions existantes lors de la conclusion du bail réel immobilier et les constructions réalisées au cours de celui-ci : les parties peuvent choisir d'amender cette obligation.

Le projet apporte une innovation en matière d'obligations du bailleur : celui-ci est tenu à l'égard du preneur des mêmes obligations que celles d'un vendeur d'immeuble à l'égard d'un acquéreur; mais cette règle est d'application supplétive.

L'occupation des ouvrages en cours à l'issue du « bail réel immobilier »

Principe

Prérogative inhérente aux baux constitutifs d'un droit de superficie, la liberté de librement consentir des baux et titres d'occupation de toute nature sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées par le preneur à bail réel immobilier est fort logiquement octroyée à ce dernier (art. 14) ; pour dissiper toute ambiguïté, il est précisé que ces conventions sont soumises au même régime que si elles étaient consenties par un propriétaire (*ibid.*).

En matière de baux emphytéotiques ou à construction en fin de bail, les charges, baux ou titres d'occupation consentis par le preneur s'éteignent ; les occupants du chef du preneur ne bénéficient d'aucune prérogative particulière: ni droit au maintien dans les lieux, ni octroi préférentiel d'un bail, ni perception d'une indemnité en raison de l'absence d'offre d'un

nouveau bail. Il en est ainsi même si la location consentie relève du statut des baux commerciaux : le « sous-locataire » n'a dans ce cas droit ni au renouvellement ni à indemnité d'éviction²⁹.

S'inspirant d'une pratique contractuelle significative, le projet prévoit que le bail réel immobilier puisse stipuler que des baux et titres d'occupation consentis avec l'accord du bailleur sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées ne s'éteindront pas à l'expiration du bail, seront opposables au bailleur qui sera tenu de les poursuivre à l'égard des occupants.

Le cas particulier des locataires d'habitation

Les auteurs du projet se sont accordés pour relever que, lorsque les ouvrages sont loués à usage d'habitation³⁰, les locataires d'habitation ignorent le plus souvent, et en tout état de cause ne comprennent pas, le principe de l'extinction de leurs baux lequel s'avère de ce fait source de réelles difficultés de mise en œuvre.

La recherche d'une solution préservant les intérêts réciproques des parties en présence a conduit à (art. 15) :

— 1) instituer un devoir d'information exprès par le preneur à bail réel immobilier :

— a) le preneur à bail réel immobilier doit informer le caractère d'un bail d'habitation consenti en application de la loi no 89-462 du 6 juillet 1989 de la date d'extinction du bail réel immobilier ;

— b) en pareil cas le bail d'habitation expirera à ladite date sans que l'occupant du logement ne puisse prétendre avoir ignoré cette échéance particulière et faire prévaloir de quelque manière que ce soit les dispositions de la loi précitée ;

(29) Pour l'énoncé de ce principe :

1) en matière d'emphytéose, v. Civ. 3e, 29 janv. 1992, no 90- 16.346, Bull. civ. III, no 31 ; AJDI 1992. 782 – Civ. 3e, 9 févr. 2005, no 03-17.065, Bull. civ. III, no 34 ; D. 2005. 713, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2005. 655, obs. M.-P. Dumont ; Constr.-Urb. 2005, no 73 ;

2) en matière de bail à construction, v. Civ. 3e, 14 nov. 2007, no 06-18.133, Bull. civ. III, no 204 ; D. 2007. 3077, obs.

A. Mbotingar ; RDI 2008. 216, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 2008, no 383.

(30) Baux du « secteur protégé » : location de locaux nus à une personne physique pour sa résidence principale.

— organiser la conséquence de l'absence d'information exprès par le preneur à bail réel immobilier envers un locataire d'un bail d'habitation :

- a) le preneur du bail d'habitation non informé par son bailleur de la date d'extinction du bail réel immobilier aura le droit de se maintenir dans les lieux pendant une durée de dix-huit mois maximum à compter de la date d'extinction du bail réel immobilier, moyennant une indemnité d'occupation égale à son dernier loyer et payable dans les mêmes conditions ;
- b) le bailleur à bail réel immobilier pourra solliciter de son preneur la réparation du préjudice qui résultera de l'exercice de cette prérogative.

Souplesse du « bail réel immobilier » sur le sort des ouvrages à son issue

Dans le silence du contrat, le bailleur devient propriétaire en fin de bail des constructions édifiées et profite des améliorations.

Le bail peut ainsi prévoir la remise des constructions et améliorations contractuelles en fin de bail sans indemnité. Cette remise peut aussi s'effectuer moyennant indemnité.

Le bail réel immobilier peut prévoir une remise de la propriété du bailleur après démolition des constructions/aménagements que le preneur a dû/pu néanmoins librement réaliser en cours de bail (clause de « nivellement »). Sur ce point le texte reprend le principe applicable en matière de bail à construction³¹. Cette solution est notamment justifiée lorsqu'à l'issue prévisionnelle du bail les bâtiments ou aménagements contractuels sont susceptibles de s'avérer obsolètes.

Par contre, le preneur ne bénéficie ni d'un droit au maintien dans les lieux, ni à l'octroi préférentiel d'un bail, ni à la perception d'une indemnité. Rien ne s'oppose cependant à ce que soit stipulé un droit préférentiel de location à son profit à l'issue du bail.

(31) Civ. 3e, 30 janv. 2008, no 06-21.292, Bull. civ. III, no 14; D. 2008. 548; RDI 2008. 215, obs. C. Saint-Alary-Houin; RJDA 2008, no 620.

Hypothèque du droit réel conféré par le bail réel immobilier

L'affectation hypothécaire par le preneur à bail réel immobilier du droit réel qui lui est conféré (art. 11)³² constitue une de ses prérogatives déterminantes. L'objet des obligations garanties au moyen d'une telle affectation demeure totalement libre.

L'organisation du régime de l'hypothèque en bail réel immobilier impliquait en revanche de trancher sur le sort de l'hypothèque en cas de résiliation :

- extinction immédiate de celle-ci, comme en matière d'emphytéose ;
- ou extinction reportée à la date conventionnellement prévue en dépit d'une expiration anticipée du bail réel immobilier par voie de résiliation amiable ou judiciaire comme en matière de bail à construction³³.

Cette dernière solution, séduisante dans son principe, crée une situation très originale, où le bailleur demeure après résiliation du bail dans une situation unique : le droit ainsi conféré persiste au regard des créanciers hypothécaires érigeant ainsi le bailleur une caution hypothécaire, à hauteur de ses droits de bailleur, de son expreneur. La situation trouvant sa source dans la réalisation du gage hypothécaire³⁴ ajoute à la complexité.

En définitive, en cas de résiliation amiable ou judiciaire, le projet réserve aux créanciers hypothécaires la faculté de se substituer dans les droits et obligations du preneur pour la poursuite du bail réel immobilier ou de substituer un nouveau preneur avec l'accord du bailleur (art. 20)³⁵, lequel pourra refuser pour « juste motif ». La substitution serait opérée dans les conditions des articles 2458 et 2460 du code civil.

(32) Le droit réel immobilier porte sur le sol, sur les constructions existantes, les constructions nouvelles et les améliorations.

(33) CCH, art. L. 251-6.

(34) Faute pour les textes d'avoir détaillé le mécanisme en vertu duquel le bailleur et l'adjudicataire seront liés par le bail résilié et d'apporter une réponse sur le sort des obligations qui ont couru entre la date de résiliation et celle de l'adjudication.

(35) Ils auraient un délai de six mois pour ce faire.

Il a été choisi de ne pas conférer aux créanciers hypothécaires un droit de préférence sur l'éventuelle indemnité qui serait prévue au profit du preneur en fin de bail (contrairement à ce qui est prévu en matière de concession immobilière).

* * *

Par un arrêt remarqué, postérieur à la rédaction du projet de texte relatif au bail réel immobilier, la Cour de cassation a énoncé le principe selon lequel le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien. Le praticien se trouve fort embarrassé face à cette affirmation: peut-il, sur le fondement de ce principe, envisager de déroger aux principes constitutifs essentiels qui gouvernent les baux nommés constitutifs de droits réels (emphytéose et bail à construction) ? Et dans l'affirmative, dans quelle mesure ?

Le texte proposé, en fondant en un seul contrat ces baux préexistants, en ouvrant de larges possibilités d'utilisation et des solutions contractuelles plus souples, dissipe néanmoins nombre de ces interrogations. L'outil proposé devrait se révéler adapté à nombre de situations, sans qu'il soit nécessaire de s'aventurer dans l'élaboration des solutions contractuelles *sui generis*, certes tentantes mais à la fiabilité nécessairement plus aléatoire.

(36) Civ. 3e, 31 oct. 2012, no 11- 16.304, PBR Fondation La Maison de poésie c/ SACD, publié au Bulletin ; D. 2013. 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2013. 141, obs. W. Dross ; En l'espèce, par acte notarié, une fondation avait vendu un hôtel particulier en se réservant, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installée, ou de locaux de remplacement.

Le bail réel immobilier administratif

Par Pierre Delvové

Membre de l'Institut

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Pour déterminer les solutions permettant de faciliter des opérations sur le domaine des personnes publiques en reconnaissant des droits réels aux investisseurs privés tout en préservant les intérêts publics, les auteurs du projet ont été amenés à reconsidérer d'abord les solutions propres au droit privé : ainsi est proposé l'établissement d'un statut de bail réel immobilier (BRI), se substituant pour l'essentiel au bail emphytéotique et au bail à construction.

C'est à partir de ce statut qu'a ensuite été conçu un bail réel immobilier administratif (BRIA), adapté aux spécificités des personnes publiques, de leur statut, de leurs fonctions, de leurs pouvoirs – et plus largement du droit qui leur est applicable³⁷.

Il ne constitue pas un bouleversement.

Par rapport aux solutions du droit privé (celles qui existent actuellement, celles qui résulteraient de l'adoption du bail réel immobilier), seraient seulement réalisés les ajustements résultant des contraintes irréductibles du droit public ; la conception des droits réels immobiliers résultant d'un bail serait fondamentalement identique dans les deux sortes de bail.

(37) Son autonomie par rapport au bail réel immobilier apparaît de manière formelle au titre II dans le texte proposé, avec une numérotation recommençant à l'article 1^{er}.

Par rapport aux solutions du droit public, la formule proposée apparaît comme la systématisation de celles qui ont été adoptées par le législateur depuis 1988 avec l'adoption du bail emphytéotique administratif et ses avatars successifs : elle en est à la fois la remise en ordre et l'extension. En même temps, sont maintenues les garanties, correspondant souvent à des exigences constitutionnelles, nécessaires à la protection des intérêts publics.

Le statut du bail réel immobilier administratif a des caractéristiques tenant à sa nature et à son objet :

- c'est un contrat ;
- il accorde des droits réels immobiliers.

Le bail réel immobilier administratif comme contrat

Si l'affirmation que le bail réel immobilier administratif est un contrat peut paraître une tautologie, puisqu'un bail ne peut être qu'un contrat³⁸, elle n'en est pas moins nécessaire compte tenu de l'objet de ce contrat, qui est de reconnaître au preneur un droit réel immobilier. Désormais, toute attribution d'un tel droit par une personne publique ne pourrait résulter que de la conclusion de ce contrat : il n'y aurait plus d'octroi de droits réels immobiliers par voie unilatérale, comme la possibilité en est admise aujourd'hui (CGPPP, art. L. 2122-6 s. – CGCT, art. L. 1311-5 s.). L'autorisation unilatérale d'occupation du domaine n'aurait plus ni cet objet ni cet effet.

Il faut préciser la nature du contrat que serait le bail réel immobilier administratif et le champ qu'il couvrirait.

La nature du bail réel et immobilier administratif

Le bail réel immobilier administratif serait un contrat administratif (art. 1^{er}),

(38) À cet égard, l'expression « convention de bail » utilisée par l'article R. 2122-8 du CGPPP dans le prolongement du décret no 2004-18 du 6 janv. 2004 est un pléonasme.

Cette qualification résulterait déjà de ce que, conclu par une personne publique, il permet à son bénéficiaire d'occuper une dépendance du domaine public (CGPPP, art. L. 2331-1).

Elle s'imposerait encore dans l'hypothèse où il serait consenti par une personne privée de laquelle relèverait la gestion de la dépendance faisant l'objet du bail (cas relevant par exemple de l'article L. 2123-2 du CGPPP). Ainsi serait écartée la qualification retenue par le Tribunal des conflits pour les contrats comportant occupation du domaine public conclus par des personnes privées non concessionnaires de service public³⁹.

Le bail réel immobilier administratif serait également un contrat administratif s'il porte sur une dépendance du domaine privé. Cela évite d'avoir à examiner s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun (ce qui serait cependant souvent le cas) ou s'il fait participer le cocontractant à l'exécution d'une mission de service public (ce qui pourrait être le cas).

L'unité du bail réel immobilier administratif serait ainsi assurée quelle que soit la dépendance sur laquelle il porte. La solution serait la même qu'actuellement avec le bail emphytéotique administratif de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, qui peut porter sur un « bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale » sans distinguer selon qu'il fait partie de son domaine public ou de son domaine privé, et dont le contentieux appartient toujours aux tribunaux administratifs.

L'unité serait également réalisée par la substitution pour l'avenir du bail réel immobilier administratif aux différentes formules qui ont été successivement adoptées (pour ne pas dire entassées) par le législateur au fur et à mesure des besoins, sans réflexion d'ensemble, et dont on a pu souligner l'incohérence⁴⁰ : baux emphytéotiques administratifs des collectivités locales (CGCT, art. L. 1311-5 s.), des établissements publics de santé (CSP, art. L. 6148-2 s.), de l'État et des établissements consulaires

(39) T. confl., 14 mai 2012, n° 3836, Gilles (Mme) c/ Société d'exploitation Sports et événements (SESE) c/ Ville de Paris, à paraître au Lebon; AJDA 2012. 1031; RDI 2012. 629, obs. N. Foulquier ; RFDA 2012. 692, note L. Janicot ; BJCP 2012. 382, concl. L. Olléon; JCP A 2012. 2328, note J.-F. Giacuzzo; RJEP nov. 2012, note H. Pauliat.

(40) P. Delvolvé, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence, RDI 2010. 584 et RFDA 2010. 1125.

dans certains cas (CGPPP, art. L. 2341-1), de l'État et de ses établissements publics pour la réalisation de logements sociaux dans d'autres (L. 17 janv. 2009, art. 7, mod. par L. 18 janv. 2013) ; autorisations d'occupation temporaire du domaine public, accordées par l'État (CGPPP, art. L. 2122-6) ou par les collectivités territoriales (CGCT, art. L. 1311-5) ; contrats de partenariat (Ord. 17 juin 2004, plusieurs fois modifiée). Tous comportent attribution de droits réels au profit de leur titulaire, mais ni dans les mêmes conditions ni avec le même effet.

Le texte proposé se substituerait à ceux qui existent actuellement – sauf pour les contrats de partenariat, qui conserveraient leur statut et leur régime propres. Mais tous les autres laisseraient place au niveau dispositif. Cela rendra nécessaire un remaniement de plusieurs articles du code général de la propriété des personnes publiques (auxquels le code général des collectivités territoriales renverrait pour celles-ci). Le projet a été conçu en soi, et rédigé comme dispositif unique et homogène : s'il était accepté, il y aurait lieu de déterminer comment formellement il s'intégrerait dans la codification.

Il faut sans attendre déterminer comment le nouveau contrat que serait le bail réel immobilier administratif se combinerait avec d'autres qualifications, et les conséquences qui en résultent pour le régime applicable, spécialement pour le mode de passation.

La question s'est posée pour le bail emphytéotique administratif. Compte tenu de son objet et du mode de rémunération du cocontractant, il peut être tantôt une concession de travaux⁴¹, tantôt une convention de délégation de service public⁴², tantôt un marché⁴³ ; d'autres qualifications ne sont pas exclues.

(41) CE, Ass. 10 juin 1994, n° 141633, Commune de Cabourg, au Lebon p. 301, concl. S. Lasvignes; AJDA 1994. 560; *ibid.* 502, chron. C. Maugué et L. Touvet ; D. 1995. 239, obs. E. Baraduc-Bénabent ; *ibid.* 121, obs. P. Terneyre; RDI 1994. 429, obs. J.-B. Auby et C. Maugué; *ibid.* 655, obs. F. Llorens et P. Terneyre; *ibid.* 657, obs. F. Llorens et P. Terneyre; *ibid.* 658, obs. F. Llorens et P. Terneyre; *ibid.* 658, obs. F. Llorens et P. Terneyre; RFDA 1994. 727, concl. S. Lasvigne

(42) CAA Lyon, 5 nov. 2009, no 07LY02662, Sté Véolia Propreté.

(43) TA Bordeaux, 26 nov. 2007, Sté Norbail Immobilier, CP-ACCP mars 2008, note M. Richer et V. Touchard – TA Toulouse, 22 nov. 2011, SAS Icade promotion, CMP mars 2012, note G. Eckert.

Il en serait ainsi pour le bail réel immobilier administratif. Son objet essentiel est de consentir au cocontractant un droit réel immobilier. Mais cet objet n'est pas nécessairement exclusif. On peut même observer que, dans certains cas, voire souvent, il peut être secondaire : l'essentiel est de confier au cocontractant la réalisation de travaux, le cas échéant en liaison avec une mission de service public ; la rémunération du cocontractant peut être diversifiée ; elle peut apparaître comme un prix ou comme résultant du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service auquel il se rapporte. Ainsi, selon les cas, le bail réel immobilier administratif peut apparaître comme un marché, une concession de travaux, une convention de délégation de service public, ou ne consister qu'en un bail réel immobilier administratif « pur »⁴⁴.

Il y aura donc lieu pour les personnes publiques de qualifier exactement le contrat qu'elles concluent. Il pourra être intitulé marché valant bail réel immobilier administratif, ou, à l'inverse, bail réel immobilier administratif constitutif de marché, ou encore concession de travaux sous forme de bail réel immobilier administratif, etc. ; dans certains cas, on pourra s'arrêter à l'appellation bail réel immobilier administratif seule, car le contrat ne correspondra à aucune autre qualification.

Ces qualifications détermineront le mode de passation: selon les cas, ce sera celui des marchés, des concessions de travaux, des conventions de délégation de service public. Si le bail réel immobilier administratif est « pur », on pourrait soutenir que, selon la jurisprudence *Jean Bouin*, il n'a pas à faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence ;

(44) CAA Nancy, 11 oct. 2007, no 06NC00733; 29 nov. 2007, no 06NC01189 – Peuvent en être rapprochés les arrêts reconnaissant qu'une convention domaniale n'est pas une convention de délégation de service public: CE, 12 mars 1999, n° 186085, Ville de Paris, au Lebon T. 778; AJDA 1999. 439, note M. Raunet et O. Rousset ; RDI 1999. 231, obs. F. Llorens; ibid. 250, obs. F. Llorens; ibid. 629, obs. C. Laviaille – CE, 10 mars 2006, Sté Unibail Management, CMP 2006. 151, note G. Eckert – CE, sect. 3 déc. 2010, n° 338272, Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin, au Lebon p. 472, concl. N. Escaut ; AJDA 2010. 2343; ibid. 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; RDI 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou; AJCT 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus; RTD eur. 2011. 496, obs. J.-P. Kovar ; BJCP 2011. 36, concl. N. Escaut – CE, 19 janv. 2011, n° 341669, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, au Lebon; AJDA 2011. 139; ibid. 1330, note P. Caille.

mais le risque d'une méconnaissance des obligations européennes, en relation avec la jurisprudence *Teleaustria*⁴⁵, est trop grand pour qu'on puisse le courir ; il faudra adopter pour le BRIA « pur » un texte aménageant une telle procédure (v. art. 6), qui pourra reprendre d'ailleurs les dispositifs régissant actuellement l'attribution de certains BEA.

L'éventail des qualifications auxquelles pourra correspondre le bail réel immobilier administratif résultera de l'élargissement des conditions dans lesquelles le projet tend à permettre d'y recourir.

Le champ du bail réel immobilier administratif

Le bail réel immobilier administratif aurait un champ étendu, personnellement, matériellement, fonctionnellement et temporellement.

Tout d'abord, il pourrait être conclu par toute personne publique, alors qu'actuellement un bail emphytéotique administratif ne peut être conclu, à titre de droit commun, que par des collectivités territoriales et leurs groupements (CGCT, art. L. 1311-2 et L. 1311-4) et, à titre particulier, par des établissements publics de santé et des personnes publiques de coopération sanitaire (CSP, art. L. 6148-2 s.), par l'État et les chambres consulaires pour la restauration, la réparation ou la mise en valeur de leurs biens (CGPPP, art. L. 2341-1), par l'État et ses établissements publics pour la réalisation de logements sociaux (L. 17 févr. 2009, art. 7, mod. par L. 18 janv. 2013), par les universités sur les locaux dont elles disposent (C. éduc., art. L. 762-2).

Désormais, toute personne publique (État, collectivité locale, établissement public, groupement d'intérêt public, personne publique sui generis) pourrait conclure un bail réel immobilier administratif.

Elle pourrait le faire sur *tout bien immobilier* lui appartenant. Cette solution a déjà été évoquée à propos de l'unité de la qualification du bail, sans distinction entre le domaine public et le domaine privé. Elle doit être précisée.

(45) CJCE, 7 déc. 2000, n° C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, Telefonadress GmbH., AJDA 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey.

S'agissant du domaine public, les textes en vigueur excluent, d'une part, le bail emphytéotique sur les dépendances relevant du champ d'application de la contravention de voirie, c'est-à-dire le domaine public routier (CGCT, art. L. 1311-2, al. 2 – CSP, art. L. 6148-2, al. 2 – L. 17 févr. 2009, art. 7, I, al. 2), et, d'autre part, plus généralement, la reconnaissance de droits réels sur le domaine public naturel (CGPPP, art. L. 2122-5).

Or l'expérience a montré que, dans certains cas, il est nécessaire, pour la réalisation de certaines opérations, d'admettre la constitution de droits réels au profit de l'opérateur au moins en limite de la voie publique, ainsi que sur le domaine public naturel pour « la satisfaction des besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire ou touristique » selon la formule de l'article L. 2111-4, 5° du code général de la propriété des personnes publiques.

S'agissant du domaine privé, les textes actuels n'édicte pas d'exclusion de principe de l'attribution de droits réels. Mais pourraient se rencontrer des cas où cette exclusion serait nécessaire.

C'est pourquoi est proposée à l'article 4 une formule générale d'exigence de compatibilité entre le bail réel immobilier administratif et la dépendance domaniale sur laquelle elle porte – ce qui couvre tout le domaine public et tout le domaine privé, et exclurait normalement la conclusion d'un bail réel immobilier administratif sur le domaine public routier. Est reprise à l'alinéa 2 du même article 4 la formule de l'article L. 2111-4-5° du code général de la propriété des personnes publiques relative aux besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire, touristique ou énergétique (on pourrait ajouter fluvial) comme justification exclusive de la conclusion d'un bail réel immobilier sur le domaine public naturel (qui serait normalement impossible).

Les fonctions pour la réalisation desquelles est actuellement ouverte la possibilité de conclure un bail emphytéotique administratif, même si elles ont été progressivement élargies, restent limitées. Le projet tend à les rationaliser et les étendre.

Il reprend à ce sujet la distinction du domaine privé et du domaine public. Pour le domaine privé, il est parti de la considération que celui-ci fait essentiellement l'objet d'une exploitation patrimoniale, avec la recherche

d'une valorisation. C'est pourquoi il n'a pas paru justifié de limiter les fonctions pour lesquelles le bail réel immobilier administratif peut être conclu. Le projet, par son silence, laisse libres les personnes publiques de conclure un tel bail sur leur domaine privé. Mais on peut concevoir que soient étendues au domaine privé les fonctions précisées au sujet de la conclusion d'un BRIA sur le domaine public.

On peut observer aussi que, si, portant sur une dépendance du domaine privé, le bail comporte des clauses imposant au preneur la réalisation d'ouvrages qui seront affectés au service public et seront à cette fin l'objet d'un aménagement indispensable, ces ouvrages, dès lors qu'ils seront aussi la propriété d'une personne publique, deviendront une dépendance du domaine public (le report dans le temps du transfert de leur propriété au profit de la personne publique, comme on le verra plus loin, retardera corrélativement l'entrée de ces ouvrages dans le domaine public).

Pour le domaine public, le projet élargit les fonctions pour la réalisation desquelles un bail réel immobilier administratif pourra être conclu. Elles sont énumérées à l'article 3 :

— « *l'accomplissement d'une mission de service public* » : la formule se trouve déjà à l'article L. 1311-2 et à l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales, qui ajoutent « pour le compte de la collectivité territoriale » ; l'article L. 6148-2 du code de la santé publique parle de « l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés » ; ces précisions n'avaient pas à être reprises dans le projet puisqu'il vaut pour toute personne publique; elles auraient pu être élargies en disant « pour le compte de la personne publique » ; mais outre que l'expression « pour le compte de » est source de beaucoup d'ambiguïté, elle n'ajoute rien, car une personne publique ne peut assurer ou faire assurer un service public qu'au titre de ses compétences ; si une personne publique conclut un bail réel immobilier administratif pour l'accomplissement d'une mission de service public, ce ne peut être que pour un service public qu'elle assure ou fait assurer ; ainsi a été conservée l'expression « pour l'accomplissement d'une mission de service public » de l'article L. 1311-2 et n'a pas été reprise celle de « mission concourant à l'exercice du service public », car l'accomplissement d'une mission de service public

peut être l'objet aussi bien d'une participation partielle (« concourant ») que d'une prise en charge totale ;

— « *la réalisation d'une opération ou d'une activité d'intérêt général en rapport avec sa compétence* » : la formule élargit celle de l'article L. 1311-2 (« en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence »), mais ne reprend pas celles qui y ont été ajoutées (« ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ») ; en parlant non seulement d'opération, mais aussi d'activité d'intérêt général, et en les désignant comme « en rapport avec la compétence » de la personne publique et non pas seulement comme « relevant de sa compétence », le texte proposé doit permettre de conclure plus largement un BRIA ; c'est ce qui justifie que ne soient pas ajoutées les précisions relatives aux équipements sportifs (qui peuvent sans difficulté être considérés comme présentant un intérêt général en rapport avec la compétence d'une personne publique – spécialement les communes et leurs groupements) ; on peut être plus hésitant en ce qui concerne les édifices du culte, puisque, comme l'a souligné le Conseil d'État dans l'arrêt du 19 juillet 2011, *Mme Vayssière*⁴⁶, c'est une disposition spéciale de l'ordonnance du 21 avril 2006 qui a introduit cette mention dans l'article L. 1311-2 pour faciliter la conclusion de BEA au sujet d'édifices culturels ; mais, comme le précise le même arrêt, l'ordonnance de 2006 n'a fait qu'explicitier une solution qui résultait déjà du texte antérieur de l'article L. 1311-2 ; il n'est donc pas nécessaire de reprendre cette précision dans la formule proposée, qui est suffisante pour permettre la conclusion d'un BRIA destiné à l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ;

— « la réalisation sur son territoire d'ouvrages destinés à un service public d'une autre personne publique » ; cette formule ne se trouve pas dans les textes antérieurs, mais elle a été inspirée par certains d'entre

(46) CE, 19 juill. 2011, n° 320796, Vayssière (Mme), au Lebon p. 395 concl. E. Geffray ; AJDA 2011. 1460, obs. M.-C. Montecler ; ibid. 1667 ; ibid. 2010, note E. Fatôme et L. Richer ; ibid. 1667, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2011. 2025, édito. F. Rome ; RDI 2011. 628, obs. O. Févrot ; AJCT 2011. 515, obs. Maëlle Perrier ; RFDA 2011. 967, concl. E. Geffray ; Constitutions 2012. 125, obs. O. Le Bot.

eux, à la fois pour la conclusion d'un BEA (CGCT, art. L. 1311-2 – CSP, art. L. 6148-2, al. 3) et pour celle d'une « convention de bail » en application de l'article L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales ; ces textes permettent en effet aux collectivités locales de passer des BEA pour les besoins de la justice, de la police, de la gendarmerie, d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire, qui correspondent à des services publics qui ne sont pas ceux des collectivités locales ; de même ils ont permis la conclusion d'un BEA par les départements pour les besoins du service d'incendie et de secours, et par un établissement public de santé au profit d'un autre établissement public de santé ; dans tous ces cas, une personne publique est autorisée à conclure ce type de bail pour les besoins d'une autre personne publique ; la proposition ici présentée élargit les solutions préexistantes en permettant à toute personne publique de conclure sur son domaine un BRIA pour les besoins des services publics d'une autre personne publique – à la seule condition de l'implantation de ces services publics sur le territoire de la personne publique qui consent le bail (l'exemple de la construction d'une caserne de gendarmerie sur le domaine d'une commune est la meilleure illustration ; il servirait à bien d'autres réalisations) ; dans cette hypothèse, la conclusion du BRIA entre une personne publique et une autre personne, titulaire du bail, implique la conclusion de conventions entre les précédentes et la personne publique de laquelle relève le service public en cause ;

— « *la mise en valeur de l'immeuble objet du bail* » ; cette formule reprend celle qui a été introduite dans le code général de la propriété des personnes publiques à l'article L. 2341-1 par la loi du 23 juillet 2010 au profit seulement de l'État et des chambres consulaires, en voulant en réalité couvrir certains projets précisément identifiés (Hôtel de la Marine) ; le projet en étend le bénéfice à toutes les personnes publiques, car elle peut correspondre à des besoins importants ; on peut observer que se retrouve ici, à propos du domaine public, l'idée de valorisation déjà exprimée à propos du domaine privé ; mais on sait que la valorisation des biens publics n'est pas seulement liée à ceux qui constituent des dépendances du domaine privé.

Enfin, *temporellement*, le dispositif proposé serait permanent. Si certaines solutions actuelles relatives au BEA le sont aussi, d'autres n'ont été ouvertes que pendant une période limitée, d'ailleurs plusieurs fois allongée (jusqu'au 31 déc. 2013 pour les BEA concernant la justice, la police, la gendarmerie, les services départementaux d'incendie et de secours). Si la solution proposée est utile, il n'y a pas de raison d'en limiter l'utilisation dans le temps.

À la durée dans le temps du dispositif proposé s'ajoute la question de la durée des contrats qu'il permettra de conclure: elle est alignée sur celle des baux emphytéotiques, administratifs ou non, précisée par les textes actuels ; elle peut aller de dix-huit à quatre-vingt-dix-neuf ans. Cette durée devra être combinée avec celle qui est réglée pour un contrat à la qualification duquel correspond le cas échéant le bail réel immobilier administratif, en particulier, si c'est une convention de délégation de service public (CGCT, art. L. 1411-2). Si le bail a été conclu pour moins de quatre-vingt-dix-neuf ans, il peut être reconduit sans que la totalité de la durée dépasse ce terme. Est exclue toute possibilité de tacite reconduction. La reconduction est soumise le cas échéant aux conditions de publicité et de mise en concurrence relatives à la conclusion du BRIA, en relation avec sa qualification éventuelle. Elle apparaîtrait en réalité comme un nouveau contrat.

S'agissant d'un contrat administratif, a été préservée au profit de la personne publique contractante la faculté d'une résiliation unilatérale pour un motif d'intérêt général, moyennant indemnité. Celle-ci doit être attribuée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires selon leur rang, sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse (art. 27).

La résiliation pour faute du preneur, spécialement pour défaut persistant de paiement du loyer, ne peut être demandée par le bailleur qu'en justice (art. 25). Ainsi est reprise la solution jurisprudentielle relative aux contrats comportant à la charge du cocontractant des investissements devant faire l'objet d'un amortissement sur une longue durée⁴⁷.

Pendant la durée du contrat, les circonstances peuvent rendre nécessaires certaines modifications.

(47) CE, 20 janv. 1905, Cie départementale des eaux, Lebon 56.

Les unes peuvent concerner les clauses du contrat, spécialement en ce qui concerne les droits et obligations du preneur.

S'agissant d'un contrat administratif, on ne peut exclure l'exercice du pouvoir de modification unilatérale par la personne publique contractante dans la mesure où le bail réel immobilier administratif se rapporterait à l'exécution d'un service public : les besoins du service public pourraient le cas échéant justifier la modification des obligations du preneur, mais ils ne pourraient conduire à une transformation de la nature même du bail, et les modifications imposées devraient donner lieu à une compensation intégrale de la charge en résultant⁴⁸.

Ces modifications pourraient également résulter d'un avenant, dans le respect des limites imposées par les textes et la jurisprudence, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit « purement » interne, pour ne pas transformer la nature et le champ du contrat initial⁴⁹.

D'autres modifications peuvent concerner la personne du preneur. Elles peuvent tenir à la cession de tout ou partie du capital de la société titulaire du bail et à la cession du bail lui-même.

Dans le premier cas, si la jurisprudence française ne soulève pas d'objection⁵⁰, il faut tenir compte de la jurisprudence européenne, qui restreint, au regard des règles de publicité et de mise en concurrence, les possibilités de cession du capital des sociétés titulaires de marchés ou concessions⁵¹.

(48) Jurisprudence « Tramways de Marseille » : CE, 11 mars 1910, Cie générale française des tramways, Lebon 216, concl. L. Blum; GAJA, 18e éd., Dalloz, 2011. 123.

(49) V. not. CJCE, 19 juin 2008, n° C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund), AJDA 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus; RDI 2008. 501, obs. R. Noguellou; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner; RTD eur. 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez.

(50) CE, 31 juill. 1996, n° 126594, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, au Lebon p. 334; AJDA 1996. 788, note J.-P. Gilli; D. 1996. 202; RTD civ. 1997. 443, obs. P.-Y. Gautier; JCP 1997. II. 22790, concl. J.-M. Delarue – CE, avis, 8 juin 2000, EDCE 2001, no 52, p. 230; AJDA 2000. 758, obs. L. Richer; BJCP 2001, no 15, p. 94, note E. Glaser.

(51) CJCE, 19 juin 2008, Preetext, préc. – CJUE, 13 avr. 2010, n° C-91/08, Wall AG c/ Francfort-sur-le-Main (Ville) c/ Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, AJDA 2010. 760; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat; RDI 2010. 385, obs. R. Noguellou; RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner; RTD eur. 2011. 429, obs. A. Lawrence Durviaux; *ibid.* 443, obs. A. Lawrence Durviaux

Le second cas a été expressément réglé par le projet à l'article 17 : la cession de tout ou partie du bail réel immobilier administratif ou son apport en société sont soumis à l'accord de la personne publique contractante. Cette condition peut elle-même donner lieu à deux solutions.

La demande d'accord peut être l'occasion pour la personne publique contractante d'appliquer la clause qui peut être convenue dans le bail, lui donnant en cas de cession un droit de préférence soit au profit d'elle-même (ce qui revient à mettre un terme au bail), soit au profit de toute personne qu'elle pourra se substituer (art. 18).

À défaut d'une telle clause ou de sa mise en œuvre si elle existe, le refus de la personne publique d'accepter la cession ne peut être motivé que par l'absence ou l'insuffisance des capacités techniques ou financières du concessionnaire du bail ou de la société à laquelle il serait apporté – solution conforme à la jurisprudence du Conseil d'État⁵².

Le bail réel immobilier administratif comme attributif de droits réels immobiliers

L'objet essentiel du bail réel immobilier administratif serait de consentir à son titulaire des droits réels, sur la nature desquels il faut s'interroger et en contrepartie desquels le titulaire serait tenu à des obligations.

Les droits octroyés

Depuis 1988, avec le premier texte constituant un bail emphytéotique administratif, et depuis 1994, avec celui qui a permis la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État, les diverses dispositions qui ont autorisé l'attribution de droits réels sur les dépendances domaniales ont varié dans l'objet et la portée des droits qu'elles permettent d'octroyer.

(52) V. CE, avis, 8 juin 2000, préc.

Aujourd'hui, le bail emphytéotique administratif donne à son titulaire un droit réel sur le bien même de la personne publique qui conclut le bail, et permet de lui reconnaître la propriété des ouvrages qu'il y réalise. La loi du 25 juillet 1994 parlait dans son titre de la constitution de droits réels sur le domaine public de l'État, mais n'en reconnaissait dans son dispositif que sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier que le titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public y réalise, selon une formule que reprennent l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques et l'article L. 1311-5, I, alinéa 1^{er}, du code général des collectivités territoriales. Pour les contrats de partenariat, la même formule se retrouve (Ord. 17 juin 2004, art. 13-1, al. 1^{er} – CGCT, art. L. 1414-16, al. 1^{er}). La confusion a été mise en évidence⁵³.

Le projet de statut du BRIA la lève.

Son article 1^{er} est général : par le bail réel immobilier administratif est confié à son titulaire « un droit réel sur tout ou partie d'un immeuble bâti ou non bâti constituant une dépendance du domaine public ou du domaine privé ». L'alinéa 3 précise : « Le droit réel immobilier qui résulte du bail porte tant sur le sol et les constructions existantes que sur les constructions nouvelles à réaliser ».

Sur les terrains nus et sur les constructions appartenant à la personne publique lors de la conclusion du bail, le projet étend la solution du bail emphytéotique actuel : ces biens sont en tant que tels l'objet du droit réel conféré au preneur. Mais, comme le précise l'article 2, « les constructions existantes demeurent la propriété du bailleur » (il faudrait le préciser aussi pour les terrains nus). Sur ces biens, la conclusion du bail entraîne donc un démembrement entre le droit de propriété du bailleur et le droit réel dont bénéficie le preneur.

(53) V. not. Y. Gaudemet, Les droits réels sur le domaine public, AJDA 2006. 1094; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu, RFDA 2006. 935 – V. aussi P. Delvolvé, préc.

Sur les constructions et améliorations réalisées par le preneur, celui-ci détient un droit réel (art. 2), qui est (sauf clause contraire) pleinement le droit de propriété pendant toute la durée du bail ; ce n'est qu'en fin de bail que le droit de propriété sur ces constructions et améliorations sera transféré au bailleur.

Ainsi est clairement établi le droit réel du preneur : il porte sur le tout (biens existants, biens qu'il a réalisés) ; pour les biens réalisés, ce droit a la plénitude du droit de propriété.

Mais les parties peuvent convenir que les biens réalisés par le preneur seront dès le cours du bail la propriété du bailleur ; le preneur n'aura donc sur eux, comme sur les biens préexistants, qu'un droit réel « partiel ».

Cette solution, qui ménage la propriété de la personne publique sur les dépendances domaniales telles qu'elles sont lors de la conclusion du bail, aménage le statut des biens pendant le cours du bail dans des conditions analogues à celles qui, depuis la rédaction du projet, ont été reconnues par le Conseil d'État dans l'arrêt du 21 décembre 2012, *Commune de Douai*⁵⁴. Le Conseil d'État y admet que, si les ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, et ainsi constitutifs d'aménagements indispensables à l'exécution de ce service, établis sur la propriété d'une personne publique, relèvent du régime de la domanialité publique, ils peuvent faire l'objet actuellement de droits réels en application des dispositions relatives aux autorisations d'occupations du domaine public (CGPPP, art. L. 2122-6 s. – CGCT, art. L. 1311-8 s.)

Avec la solution proposée, si elle prévoit qu'en principe, le preneur sera propriétaire des ouvrages à réaliser, les clauses du contrat peuvent ne lui attribuer qu'un droit réel, non la pleine propriété. C'est la solution qui devra être convenue si ces ouvrages sont indispensables à l'exécution du service public auquel correspondra le bail réel immobilier administratif

(54) CE, 21 déc. 2012, n° 342788, Douai (Cne), à paraître au Lebon; AJDA 2013. 7; *ibid.* 457, *chron.* X. Domino et A. Bretonneau; *ibid.* 724, étude E. Fatôme et P. Terneyre; D. 2013. 252, *obs.* D. Capitant ; AJCT 2013. 91, *obs.* O. Didriche; RFDA 2013. 25, *concl.* B. Dacosta; *ibid.* 513, étude L. Janicot et J.-F. Lafaix ; CMP févr. 2013. 23, *note* G. Eckert ; DA mars 2013. 31, *note* G. Eveillard; JCP A 2013. 2044, *note* J.-S. Boda et P. Guellier, et 2045, *note* J.-B. Vila.

(qui, comme on l'a dit, pourra être aussi et même d'abord une convention de délégation de service public). On ne peut exclure que la loi aille plus loin et admette que, même affecté à un service public et aménagé à cette fin, l'ouvrage réalisé par le preneur reste sa propriété pendant toute la durée du bail, comme dans le cas où l'ouvrage n'est pas affecté à un service public ou même seulement non aménagé de manière indispensable à cette fin.

De toute façon, pendant la durée du bail, que le preneur n'ait qu'un droit réel « partiel » (sur les installations préexistantes et, en vertu des clauses du bail, sur celles qui sont réalisées par le preneur) ou un droit de propriété « plein », d'une part doivent être convenues des clauses nécessaires le cas échéant à garantir l'affectation de la dépendance domaniale sur laquelle il porte (art. 4), d'autre part le preneur est tenu, sauf clause contraire, de toutes les charges et obligations et de tous les impôts qui incombent au propriétaire (art. 11). Il doit aussi, sauf clause contraire, maintenir les constructions en bon état d'entretien et de réparation jusqu'à la fin du bail (art. 12).

L'étendue de ses droits sur l'immeuble et les installations ou constructions qu'il a pu ou dû réaliser est soulignée par l'article 13: en principe ce sont « des droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage de ces biens ». Mais la portée de la formule est immédiatement restreinte par les conditions exprimées après : ne pas porter atteinte à la valeur de l'immeuble, à l'état dans lequel il a été convenu qu'il serait remis en fin de bail, au but en vue duquel il a été consenti, à la continuité du service public auquel il se rapporte éventuellement. En outre, les clauses du bail peuvent délimiter l'activité exercée dans l'immeuble et soumettre son changement à l'accord du bailleur (art. 13).

Le preneur peut consentir des droits à autrui – autres que ceux d'un bail réel immobilier (administratif ou non). Il peut s'agir :

- des servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions ou ouvrages édifiés en vertu du bail, qui subsisteront à l'expiration de celui-ci (art. 16 et 23) ;
- des baux et titres d'occupation de toute nature ne conférant pas de droits réels, selon le même régime que s'ils étaient accordés par le propriétaire (art. 19).

Dans ce dernier cas, se posent deux questions :

— celle de la qualification des contrats constitutifs de ces baux ou titres : conclus par une personne privée avec une autre personne privée, ce seront normalement des actes de droit privé, à moins que le titulaire du BRIA soit considéré comme concessionnaire de service public et que le bien faisant l'objet de l'autorisation d'occupation constitue une dépendance du domaine public⁵⁵ ;

— celle de la durée de ces baux et titres : elle ne pourra normalement excéder celle du BRIA lui-même, sauf accord du bailleur ; pour les baux d'habitation consentis sur une dépendance du domaine privé, a été apportée une précision en relation avec la législation sur ces baux (art. 20) ; en outre tous les baux consentis par le preneur doivent préciser la date d'extinction du BRIA et les possibilités de sa résiliation (art. 21).

Le but du bail réel immobilier administratif est de permettre la réalisation d'ouvrages, et donc d'investissements importants par le preneur. À cet égard, le projet comporte des dispositions relatives aux ouvrages eux-mêmes et à leur financement.

S'agissant des ouvrages, il comporte des solutions de principe, qui, toutes, peuvent donner lieu à des aménagements conventionnels. Il faut souligner à ce sujet l'importance de la liberté contractuelle ouverte aux parties, permettant l'adaptation du contrat à l'objet sur lequel il porte, y compris, le cas échéant, pour tenir compte des nécessités du service public.

Normalement, le preneur a le droit d'édifier, surélever, rénover toutes constructions et effectuer tous travaux. Mais, d'une part, en toute hypothèse, il ne peut opérer aucun changement qui diminuera la valeur de l'immeuble; d'autre part, les travaux de démolition sont toujours soumis à l'accord du preneur, et ceux de construction peuvent être soumis par le contrat à cet accord (art. 9).

Le droit de construire du preneur peut être transformé en une obligation par les clauses du contrat (art. 10) : celles-ci peuvent lui imposer d'édifier une ou plusieurs constructions, de surélever tout ou partie des constructions existantes, d'en rénover tout ou partie. Cette obligation peut être complétée par l'interdiction de réaliser d'autres ouvrages ou travaux.

(55) V. note 3.

S'agissant du financement, l'attribution de droits réels au preneur présente l'intérêt, comme dans toute la législation adoptée à ce sujet depuis 1988, de permettre à l'investisseur de présenter aux établissements financiers les garanties nécessaires à l'octroi de prêts. Le projet unifie des solutions qui, dans les textes actuels, ne sont pas les mêmes selon les titres attribuant des droits réels⁵⁶. Il permet deux solutions, qui peuvent être utilisées aussi bien alternativement que cumulativement : l'hypothèque du droit réel immobilier conféré par le bail (art. 14) ; le recours au crédit-bail (art. 15).

Mais sont reprises à ce sujet les garanties que prévoient les dispositions actuelles : seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer les mesures conservatoires ou les mesures d'exécution sur le droit réel immobilier résultant du bail ; les clauses du crédit-bail doivent préserver les exigences propres à l'activité de service public ou d'intérêt général en vue de laquelle le bail a été conclu et avoir obtenu l'accord de la personne publique qui a conclu le bail. Il y aura sans doute lieu de préciser plus avant les droits des bénéficiaires de la garantie résultant de l'hypothèque ou du crédit-bail, en s'inspirant des régimes mis en place par les textes ayant déjà admis ce type de solution et en les unifiant.

La contrepartie des droits octroyés

Déjà, en exposant les obligations qui contractuellement peuvent être mises à la charge du preneur de procéder à l'exécution de certains travaux, on a pu rencontrer des aspects de la contrepartie due par le preneur pour le droit réel que lui attribue le bail réel immobilier administratif. Il s'agit d'un aspect qui s'insère dans une solution plus large, celle du « prix » du bail réel immobilier administratif, qui fait l'objet de l'article 22.

Le texte a voulu introduire une certaine souplesse dans la détermination du prix à payer par le preneur, en permettant d'utiliser plusieurs solutions, soit alternativement soit cumulativement.

La contrepartie peut être financière ou matérielle.

(56) P. Delvolvé, art. préc.

Elle est financière lorsqu'elle est constituée par un loyer à payer par le preneur au bailleur. L'expression « loyer » n'est pas anodine : elle est directement liée à la notion de bail.

La fixation de ce loyer a été laissée à la libre détermination des parties. Elle pourrait être éventuellement censurée par le juge administratif pour insuffisance, au moins en cas d'erreur manifeste d'appréciation⁵⁷. Le paiement du loyer pourrait avoir lieu à la signature du loyer (donc sous forme de capital) ou périodiquement (les deux formules pouvant être combinées). Ainsi seraient dépassées les conditions fixées actuellement par l'article L. 2125-4 du code général de la propriété des personnes publiques, qui, pour le domaine public, prévoient un paiement annuel ou, à titre d'exception, par acomptes ou par versement quinquennal.

La contrepartie des droits conférés au preneur pourrait aussi, soit à la place soit en plus du loyer, être constituée par des réalisations matérielles : transfert au bailleur, au cours ou à la fin du bail, avec ou sans indemnités, de la propriété des constructions et ouvrages que le preneur aura pu réaliser en exécution du bail.

Apparaît ici manifestement l'utilité du système du bail réel immobilier administratif : faire réaliser par un investisseur privé des opérations et des constructions qui entreront tôt ou tard en pleine propriété dans le patrimoine de la personne publique, et qui, même avant ce transfert, auront pu contribuer à la réalisation d'activités de service public ou au moins d'intérêt général.

Au cours de l'étude du projet, il avait été envisagé, à l'instar de la solution retenue pour le bail réel immobilier de droit privé, de permettre aussi de faire payer le prix du bail par la réalisation de travaux et ouvrages par le preneur sur un immeuble autre que celui qui fait l'objet du bail. Cette solution a dû être abandonnée, car elle est contraire aux règles de la comptabilité publique.

(57) En ce sens, v. not. CE, 1^{er} févr. 2012, n° 338665, RTE EDF Transport ; AJDA 2012. 243 ; ibid. 1680, note T. Perroud ; RDI 2012. 408, obs. N. Foulquier, rendu à propos d'une redevance d'occupation du domaine public; la solution devrait valoir pour toute occupation du domaine, des personnes publiques, privé ou public.

* * *

Le texte proposé apparaît plus comme une systématisation et une unification de solutions préexistantes que comme une innovation radicale. Il répond à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité du droit.

Il tient compte à la fois des besoins de financement des investissements publics et de la nécessité de préserver les intérêts publics.

Il est certainement susceptible d'améliorations. Mais il peut être au moins le départ d'une réflexion pouvant aboutir à une solution faisant l'objet d'un large accord.

Proposition de rédaction d'un texte sur le bail réel immobilier

Le bail réel immobilier de droit privé

Article 1

Le bail réel immobilier est un contrat de bail de longue durée par lequel le bailleur confère au preneur un droit réel sur un immeuble bâti ou non bâti.

Il confère au preneur le droit de réaliser des constructions ou améliorations nouvelles.

Le droit réel immobilier qui résulte du bail porte tant sur le sol et sur les constructions existantes que sur les constructions nouvelles et améliorations.

Article 2

Les constructions existantes demeurent la propriété du bailleur ; les constructions et améliorations réalisées par le preneur en cours de bail sont la propriété de ce dernier et deviennent la propriété du bailleur à l'expiration du bail.

Toutefois, le bailleur et le preneur peuvent convenir de leurs droits respectifs de propriété tant sur les constructions existantes que sur les constructions ou ouvrages à réaliser.

Article 3

Le bail réel immobilier peut porter sur un lot de copropriété. Dans ce cas, le preneur exerce les droits et assume les obligations attachées à la qualité de copropriétaire.

Article 4

Le bail réel immobilier est consenti par les personnes qui ont le droit d'aliéner.

Il peut être consenti par les personnes publiques sur leur domaine privé.
Le preneur à bail réel immobilier ne peut consentir, même avec l'accord du bailleur, un bail réel immobilier sur l'immeuble qui lui a été donné à bail.

Article 5

Le bail réel immobilier est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut prévoir aucune faculté de résiliation unilatérale ni faire l'objet d'aucune tacite reconduction.

Sa durée peut être prorogée sans avoir pour effet de porter sa durée totale à plus de quatre-vingt-dix-neuf ans.

Article 6

Le preneur peut édifier, surélever, rénover toutes constructions et effectuer tous travaux sans l'accord du bailleur dans le respect des règles applicables à de telles opérations.

Le preneur peut démolir les constructions ou ouvrages existants ou qu'il a édifiés.

Le contrat de bail réel immobilier peut restreindre le droit du preneur de réaliser, sans l'accord du bailleur, tous ouvrages ou travaux de construction ou de démolition ou l'obliger à démolir en fin de bail toute construction existante ou construction édifiée par lui.

Le preneur ne peut opérer aucun changement qui diminue la valeur de l'immeuble.

Article 7

Le contrat de bail réel immobilier peut obliger le preneur, sur l'immeuble objet du bail réel immobilier à notamment :

- édifier une ou plusieurs constructions ;
- surélever tout ou partie des constructions existantes ;
- rénover tout ou partie des constructions existantes quelles que soient l'ampleur et l'époque de la rénovation.

Article 8

Sauf stipulation contraire, le preneur est tenu de toutes les charges et obligations et de tous impôts qui incombent à un propriétaire.

Sauf stipulation contraire, le bailleur est tenu à l'égard du preneur des mêmes obligations que celles d'un vendeur d'immeuble à l'égard d'un acquéreur.

Article 9

Sauf stipulation contraire, le preneur doit maintenir, jusqu'à la fin du bail, en bon état d'entretien et de réparation les constructions existant lors de la conclusion du bail réel immobilier et celles qu'il réalise pendant la durée de celui-ci.

Article 10

Le preneur peut librement jouir de l'immeuble et des installations, ou constructions qu'il a pu, ou dû, édifier, et dispose des droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage de ces biens dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la valeur de l'immeuble, ou à l'état dans lequel il a été convenu que ces immeubles, installations ou constructions seraient remis en fin de bail.

Toutefois, le contrat peut déterminer l'activité qui sera exercée dans l'immeuble objet du bail et subordonner à l'accord du bailleur tout changement d'activité.

Article 11

Le droit réel conféré au preneur peut être hypothéqué ; ce droit peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions ou ouvrages édifiés en application des articles 6 et 7.

Article 12

Le preneur peut librement céder son bail ou l'apporter en société. Le cessionnaire ou la société sont alors titulaires des mêmes droits et des mêmes obligations que le cédant. Celui-ci reste garant des obligations

jusqu'à l'achèvement des constructions et des ouvrages qu'il s'était engagé à réaliser.

Le preneur peut être autorisé à céder son bail ou à l'apporter en société sur une partie de l'immeuble aux conditions agréées par le bailleur.

Article 13

Le bail peut stipuler, en cas de cession par le preneur, un droit de préférence au profit du bailleur ou de toute personne que celui-ci pourra se substituer. Dans ce cas, le bail doit stipuler le délai et les conditions d'exercice du droit de préférence, à peine de nullité de la clause relative à ce droit.

Article 14

Le preneur peut librement consentir des baux et titres d'occupation de toute nature sur l'immeuble loué et sur les constructions qu'il a édifiées.

Les baux et titres d'occupation conclus par le preneur sont soumis au même régime que s'ils étaient consentis par un propriétaire.

Les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées par le preneur s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier, sans que leurs bénéficiaires puissent invoquer un quelconque droit à l'encontre du bailleur.

Le contrat de bail réel immobilier peut prévoir que des baux et titres d'occupation consentis avec l'accord du bailleur sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées, ne s'éteindront pas à l'expiration du bail et seront poursuivis par le bailleur.

Article 15

Le preneur doit mentionner la date d'extinction du bail réel immobilier dans les baux d'habitation qu'il consent en application de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

À défaut, et par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article 14, les bénéficiaires du bail d'habitation consenti en application de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 ont le droit de se maintenir dans les lieux pendant une durée de dix-huit mois maximum à compter de la date d'extinction du

bail réel immobilier moyennant une indemnité d'occupation égale au dernier loyer du bail d'habitation expiré et payable dans les mêmes conditions.

Dans cette hypothèse, le bailleur du bail réel immobilier est en droit de demander au preneur dudit bail réparation de son préjudice.

Article 16

Le prix du bail réel immobilier peut être constitué de l'un ou plusieurs des éléments suivants :

- paiement à la signature du bail, ou à toutes autres dates fixées par les parties, d'un loyer librement convenu ;
- remise au bailleur, à l'issue du bail, avec ou sans indemnité, des constructions et ouvrages, que le preneur aura pu réaliser, dans l'immeuble, en exécution du bail ;
- transfert au bailleur, en cours de bail, avec ou sans indemnité, de la propriété de constructions et ouvrages, que le preneur aura pu réaliser, dans l'immeuble, en exécution du bail ;
- transfert au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, de la propriété d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles ;
- réalisation de travaux, constructions ou ouvrages sur un immeuble du bailleur autre que celui objet du bail réel immobilier.

Article 17

Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au deuxième alinéa de l'article 11, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier.

Article 18

Les parties déterminent dans le contrat de bail réel immobilier les conséquences de la destruction accidentelle des constructions et ouvrages ; à défaut, chaque partie peut demander en justice la résiliation du bail réel immobilier et les indemnités qui pourraient être dues.

Article 19

À défaut par le preneur d'exécuter ses obligations contractuelles, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire du bail réel immobilier.

À défaut de paiement persistant du loyer du bail réel immobilier, plus de six mois après une mise en demeure signifiée par acte extra-judiciaire, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire du bail réel immobilier.

Le preneur ne peut se libérer du loyer, ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail réel immobilier en délaissant l'immeuble.

Article 20

Au cas de résiliation amiable ou judiciaire, les créanciers hypothécaires auront dans un délai de six mois la faculté de se substituer dans les droits et obligations du preneur pour la poursuite du bail réel immobilier ou de substituer un nouveau preneur avec l'accord du bailleur.

Cet accord ne pourra être refusé que pour juste motif. La substitution a lieu dans les conditions des articles 2458 et 2460 du Code civil.

Article 21

Toute clause contraire aux dispositions du présent titre est réputée non écrite.

Le bail réel immobilier administratif

Article 1

Le bail réel immobilier administratif est un contrat administratif de longue durée par lequel une personne publique confie à une autre personne un droit réel sur tout ou partie d'un immeuble bâti ou non bâti constituant une dépendance du domaine public ou du domaine privé.

Il confère au preneur le droit de réaliser des constructions ou améliorations nouvelles.

Le droit réel immobilier qui résulte du bail porte tant sur le sol et les constructions existantes que sur les constructions nouvelles et améliorations.

Article 2

Les constructions existantes demeurent la propriété du bailleur ; les constructions et améliorations réalisées par le preneur en cours de bail sont la propriété de ce dernier et deviennent la propriété du bailleur à l'expiration du bail.

Toutefois, le bailleur et le preneur peuvent convenir de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions ou ouvrages à réaliser.

Article 3

Le bail réel immobilier administratif peut être conclu par une personne publique sur le domaine public dans l'un des buts suivants :

- l'accomplissement d'une mission de service public ;
- la réalisation d'une opération ou d'une activité d'intérêt général en rapport avec sa compétence ;
- la réalisation sur son territoire d'ouvrages destinés à un service public d'une autre personne publique ;
- la mise en valeur de l'immeuble objet du bail.

Article 4

Le bail réel immobilier administratif ne peut être consenti que dans la mesure où il est compatible avec l'affectation de la dépendance domaniale sur laquelle il porte.

Il ne peut être consenti sur le domaine public naturel que pour la satisfaction des besoins d'intérêt public d'ordre maritime, balnéaire, touristique ou énergétique.

Article 5

Le bail réel immobilier administratif est consenti par la personne de laquelle relève la gestion de la dépendance sur laquelle il porte. Lorsque la personne publique gestionnaire n'est pas propriétaire de la dépendance domaniale sur laquelle porte le bail, elle ne peut le consentir qu'avec l'accord de la personne publique propriétaire.

Article 6

Lorsque le bail réel immobilier administratif répond aux critères des marchés publics, des concessions de travaux publics, des délégations de service public ou des conventions d'occupation du domaine public, il est conclu selon la procédure de publicité et de mise en concurrence correspondant à sa qualification.

À défaut d'être soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence imposées par une telle qualification, le bail fait l'objet d'une publicité.

Article 7

Le preneur du bail réel immobilier administratif ne peut, même avec l'accord de la personne publique avec laquelle il a conclu un bail, consentir un bail réel immobilier administratif au profit d'une autre personne.

Article 8

Le bail réel immobilier administratif est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans.

Il comporte une faculté de résiliation unilatérale par la personne publique pour un motif d'intérêt général, moyennant indemnité.

Il ne peut faire l'objet d'une tacite reconduction.

Il peut faire l'objet d'une prorogation sans que la durée totale du bail puisse excéder quatre-vingt-dix-neuf ans.

Article 9

Le preneur peut, sans l'accord du bailleur, édifier, surélever, rénover toutes constructions et effectuer tous travaux dans le respect des stipulations du bail et des règles applicables à de telles opérations.

Le preneur peut, avec l'accord du bailleur, démolir les constructions ou ouvrages existants ou qu'il a édifiés.

Le contrat de bail réel immobilier peut restreindre le droit du preneur de réaliser, sans l'accord du bailleur, tous ouvrages ou travaux de construction ou de démolition ou l'obliger à démolir en fin de bail toute construction existante ou construction édifiée par lui.

Le preneur ne peut opérer aucun changement qui diminue la valeur de l'immeuble.

Article 10

Le bail réel immobilier administratif peut obliger le preneur, sur l'immeuble objet du bail, à :

- édifier une ou plusieurs constructions ;
- surélever tout ou partie des constructions existantes ;
- rénover tout ou partie des constructions existantes quelles que soient l'ampleur et l'époque de la rénovation.

Lorsque le bail impose de telles obligations, le preneur ne peut, sauf stipulations contraires, réaliser d'autres ouvrages ou travaux.

Article 11

Sauf stipulation contraire, le preneur est tenu de toutes les charges et obligations et de tous impôts qui incombent à un propriétaire.

Sauf stipulation contraire, le bailleur est tenu à l'égard du preneur des mêmes obligations que celles d'un vendeur d'immeuble à l'égard d'un acquéreur.

Article 12

Sauf stipulation contraire, le preneur doit maintenir, jusqu'à la fin du bail, en bon état d'entretien et de réparation les constructions existant lors de la conclusion du bail réel immobilier administratif et celles qu'il réalise pendant la durée de celui-ci.

Article 13

Le preneur peut librement jouir de l'immeuble et des installations ou constructions qu'il a pu ou dû réaliser, et dispose des droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage de ces biens dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la valeur de l'immeuble, à l'état dans lequel il a été convenu qu'il serait remis en fin de bail, au but en vue duquel il a été consenti, et à la continuité du service public auquel se rapporte éventuellement l'immeuble qui est l'objet du bail.

Toutefois le bail peut déterminer l'activité qui sera exercée dans l'immeuble objet du bail et subordonner à l'accord du bailleur tout changement d'activité.

Article 14

Le droit réel immobilier attribué au preneur peut être l'objet d'une hypothèque. Seuls les créanciers hypothécaires pourront exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits réels immobiliers résultant du bail.

Article 15

Au cas de recours au crédit-bail, les clauses du crédit-bail doivent préserver les exigences propres à l'activité de service public ou d'intérêt général en vue de laquelle le bail réel immobilier administratif a été conclu. Elles doivent avoir obtenu l'accord de la personne publique qui a conclu ce bail.

Article 16

Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions ou ouvrages édifiés en vertu du bail.

Article 17

Le preneur ne peut céder en tout ou partie son bail réel immobilier administratif ou l'apporter en société qu'avec l'accord de la personne publique qui lui a consenti le bail.

Le refus de l'accord de la personne publique ne peut être motivé que par l'absence ou l'insuffisance des capacités techniques ou financières du cessionnaire du bail ou de la société à laquelle il serait apporté.

Le cessionnaire ou la société devient titulaire des mêmes droits et obligations que le cédant. Sous réserve de stipulations contraires, celui-ci reste garant des obligations jusqu'à l'achèvement des constructions et des ouvrages qu'il s'était engagé à réaliser.

Article 18

Le bail réel immobilier administratif peut stipuler, en cas de cession par le preneur, un droit de préférence au profit de la personne publique qui a consenti le bail ou de toute personne qu'elle pourra se substituer.

Dans ce cas, le bail doit stipuler le délai et les conditions d'exercice du droit de préférence, à peine de nullité de la clause relative à ce droit.

Article 19

Le preneur peut consentir des baux et titres d'occupation de toute nature ne conférant pas de droits réels sur l'immeuble loué et sur les constructions qu'il a édifiées.

Les baux et titres d'occupation conclus par le preneur sont soumis au même régime que s'ils étaient consentis par le propriétaire.

Les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées par le preneur s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier administratif, sans que leurs bénéficiaires puissent invoquer un quelconque droit à l'encontre du bailleur.

Le contrat de bail réel immobilier administratif peut prévoir que les baux et titres d'occupation consentis avec l'accord du bailleur sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées, ne s'éteindront pas à l'expiration du bail et seront poursuivis par le bailleur.

Article 20

Lorsque le bail réel immobilier administratif porte sur le domaine privé de la personne publique, le preneur doit mentionner la date d'extinction du bail réel immobilier administratif dans les baux d'habitation qu'il consent en application de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

À défaut, et par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article 19, les bénéficiaires du bail d'habitation consenti en application de la loi n° 89-462 du 16 juillet 1989 ont le droit de se maintenir dans les lieux pendant une durée de dix-huit mois maximum à compter de la date d'extinction du bail réel immobilier administratif moyennant une indemnité d'occupation égale au dernier loyer du bail d'habitation expiré et payable dans les mêmes conditions.

Dans cette hypothèse, le bailleur du bail réel immobilier administratif est en droit de demander au preneur dudit bail réparation de son préjudice.

Article 21

Le preneur doit mentionner dans les baux qu'il consent la date d'extinction du bail réel immobilier administratif ainsi que les possibilités de résiliation par la personne publique.

Article 22

Le prix du bail réel immobilier administratif peut être constitué de l'un ou plusieurs des éléments suivants :

- paiement à la signature du bail ou à toutes autres dates fixées par les parties, d'un loyer librement convenu ;
- remise au bailleur, à l'issue du bail, avec ou sans indemnité, des constructions et ouvrages, que le preneur aura pu réaliser, dans l'immeuble, en exécution du bail ;

— transfert au bailleur, en cours de bail, avec ou sans indemnité, de la propriété de constructions et ouvrages, que le preneur aura pu réaliser, dans l'immeuble, en exécution du bail.

Article 23

Les servitudes passives autres que celles mentionnées à l'article 16, les privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur, s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier administratif.

Article 24

Les parties déterminent dans le bail réel immobilier administratif, les conséquences de la destruction accidentelle des constructions et ouvrages ; à défaut, chaque partie peut demander en justice la résiliation du bail réel immobilier administratif et les indemnités qui pourraient être dues.

Article 25

À défaut par le preneur d'exécuter l'une ou l'autre de ses obligations contractuelles, le bailleur peut demander en justice la résiliation du bail réel immobilier administratif.

À défaut de paiement persistant du loyer du bail réel immobilier, plus de six mois après une mise en demeure signifiée par acte extra-judiciaire, le bailleur peut demander en justice la résiliation du bail réel immobilier administratif.

Le preneur ne peut se libérer du loyer ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail réel immobilier administratif en délaissant l'immeuble.

Article 26

Au cas de résiliation amiable ou judiciaire, les créanciers hypothécaires auront dans un délai de six mois la faculté de se substituer dans les droits et obligations du preneur pour la poursuite du bail réel immobilier administratif ou de substituer un nouveau preneur avec l'accord du bailleur.

Le refus de l'accord de la personne publique ne peut être motivé que par l'absence ou l'insuffisance des capacités techniques ou financières du nouveau preneur ou de la société à laquelle il serait apporté.

La substitution a lieu dans les conditions des articles 2458 et 2460 du Code civil.

Article 27

Au cas de résiliation unilatérale, l'indemnité due par le bailleur au preneur sera attribuée sans qu'il y ait besoin de délégation expresse aux créanciers privilégiés ou hypothécaires selon leur rang.

Article 28

Toute clause contraire aux dispositions du présent titre est réputée non écrite.

Annexe

Composition de la commission

Président :

Pierre DELVOLVE

Professeur émérite, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Philippe MALINVAUD

Professeur émérite, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres :

Roland PEYLET

Conseiller d'Etat

Laurent JACQUES

Conseiller référendaire à la Cour de cassation

Hubert WARGNY

Notaire, Wargny Katz & Associés

Jean-François BIZET

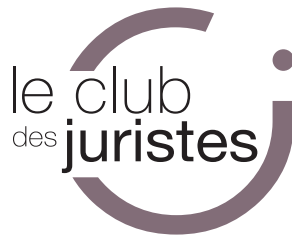
Avocat au Barreau de Paris, DS avocats

Frédéric NOUEL

Avocat au Barreau de Paris, Gide Loyrette Nouel

Jean-Luc TIXIER

Avocat au Barreau de Paris, CMS Bureau Francis Lefebvre



Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris

Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com