

## LE BAIL A CONSTRUCTION

L'objectif de cette fiche est de présenter le bail à construction ainsi que ses conditions et les cas dans lesquels il peut être conclu afin d'éviter tout risque de requalification en contrat de la commande publique d'une part, et d'autre part, de montrer qu'il peut être un bon outil à disposition des personnes publiques qui souhaitent valoriser leur domaine.

À titre d'exemple, une collectivité située à l'est de Montpellier avait sollicité le bureau du contrôle de légalité concernant la question de savoir si elle pouvait confier, à une association sportive, le soin de réaliser un équipement sportif via un bail à construction sur son domaine privé en sachant que la définition du projet ainsi que la maîtrise d'ouvrage relèveraient de l'association.

Dans cette hypothèse, le bureau avait encouragé la commune à conclure ce type de bail puisque le projet était issu d'une initiative privée, qu'il n'y avait pas de risque de requalification du contrat en contrat de la commande publique et que ce bail lui permettait de valoriser son domaine.

- **Qu'est-ce qu'un bail à construction ?**

Prévu par l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation, le bail à construction se définit comme un contrat, par lequel un preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur, à les conserver et les entretenir pendant toute la durée du bail, tout en profitant des améliorations faites pendant la durée du contrat.

Par principe donc, il faut que **les personnes qui consentent au bail soient en capacité d'aliéner**. Il convient ici d'insister sur le caractère absolument essentiel et

déterminant de **l'obligation faite au preneur de construire** : il n'en a pas la simple faculté. Les travaux objets du bail portent généralement sur la réalisation d'ouvrages neufs, mais peuvent également porter sur des ouvrages existants, et consister par exemple en la réalisation de travaux de surélévation ou de rénovation lourde. En outre, le preneur doit conserver en bon état d'entretien les constructions édifiées sur le terrain en cause, et donc éventuellement effectuer des réparations de toute nature.

Ces baux à construction peuvent être construits sur les propriétés publiques et présentent un certain nombre d'avantages pour les personnes publiques, notamment parce que le bailleur personne publique, peut récupérer la construction à la fin du contrat.



Par principe, la conclusion d'un bail à construction au sens du droit privé sur un bien appartenant au domaine public n'est pas possible<sup>1</sup>, la consistance des droits réels confiés à l'occupant étant incompatible avec les dispositions législatives encadrant l'attribution de droit réels à l'occupant privatif du domaine public.

Il existe toutefois une hypothèse dans laquelle le juge administratif a considéré qu'il n'était pas impossible d'utiliser un tel montage contractuel sur une parcelle appartenant au domaine public si le contrat respecte les règles prévues par le CG3P pour les autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels. Or, il ne s'agit pas d'un bail à construction au sens du code de la construction et de l'habitation.

- **À quoi sert le bail à construction ?**

Le bail à construction permet de renforcer l'investissement privé sur les propriétés publiques, d'encourager les organismes de financement à aider les occupants pour construire, ou encore, de favoriser l'implantation d'activités économiques sur le domaine public ou privé.

---

1 CE, 11 mai 2016, n°390118

Pour les personnes publiques, le bail à construction leur permet de trouver des investissements avantageux pour faire construire en vue de la valorisation de leur domaine ou pour l'entretenir tout en faisant des économies et en se soulageant d'une partie de la rigueur des procédures du droit de la commande publique.

- **Les conditions de recours au bail à construction**

<b>Le bail à construction</b>	
<b>Article</b>	L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation
<b>Conditions</b>	Le preneur s'engage à édifier des constructions et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail
<b>Mise en concurrence</b>	La procédure de mise en concurrence prévue par le CG3P ne s'applique pas aux personnes publiques pour la délivrance d'autorisation sur des biens appartenant à leur domaine privé, dès lors que les baux ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice et qu'elle se comporte comme un opérateur ou bailleur privé, gérant son domaine privé sans prérogative particulière <sup>2</sup> .
<b>Durée</b>	De 18 jusqu'à 99 années
<b>Nature du bien</b>	Domaine privé
<b>Nature de l'opération</b>	(Re)construction, démolition, location, entretien
<b>Nature du contrat</b>	Privé
<b>Droits du preneur</b>	Cessibles, saisissables, hypothécables
<b>Juridiction compétente</b>	Judiciaire

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

- Le risque de requalification du bail à construction en contrat de la commande publique

Les personnes publiques doivent impérativement veiller à la rédaction des clauses du contrat de bail à construction pour ne pas risquer de voir leur contrat requalifié en contrat de la commande publique, et leur procédure soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence, conformément au code de la commande publique.

En effet, dans le cadre d'un bail à construction, **la personne publique donne à l'opérateur économique les moyens de son initiative, qu'il va réaliser pour son propre compte et non pas pour répondre à une commande de la personne publique.** Cela se témoigne par une immixtion bien moins importante de la personne publique dans l'exécution du contrat.

Ainsi, si le contrat ne laisse pas apparaître que **la personne publique a exercé une influence déterminante sur la nature et la conception de l'ouvrage, si ce dernier ne présente pas un intérêt économique direct pour la personne publique et s'il est issu d'une initiative exclusivement privée<sup>3</sup>**, il n'y a pas de risque de requalification du contrat en contrat de la commande publique et notamment, en concession.

---

3 TA Paris, 6 mai 2019, n°1801863/4-2