

N° 387

# SÉNAT

PREMIERE SESSION EXTRAORDINAIRE DE 1986-1987

---

---

Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 9 juillet 1987.

Enregistré à la Présidence du Sénat le 17 septembre 1987.

## PROPOSITION DE LOI

*tendant à autoriser les collectivités territoriales et leurs groupements à conclure des baux de longue durée pour l'exécution de missions de service public.*

PRÉSENTÉE

Par M. Jacques LARCHÉ,

Sénateur.

---

(Renvoyée à la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

---

Collectivités territoriales. - Baux - Baux emphytéotiques - Baux à construction - Code de la construction et de l'habitation - Code du domaine de l'Etat - Code rural.

## **EXPOSE DES MOTIFS**

**Mesdames, Messieurs,**

La constitution par les collectivités publiques d'un important patrimoine foncier apparaît comme un instrument efficace de la maîtrise de l'utilisation des sols. Mais la mise en valeur des sols publics suppose que la législation offre suffisamment de souplesse pour adapter cette utilisation aux objectifs de la gestion de l'espace sur le long terme et par conséquent pour en conserver le contrôle durable. Il importe en particulier de rechercher les solutions juridiques les plus appropriées, afin que les collectivités territoriales puissent -en faisant appel le cas échéant à l'initiative privée- développer sur leurs dépendances domaniales des actions d'intérêt général et y favoriser l'exécution de missions de service public.

### **LA DIFFICILE MAITRISE DE L'UTILISATION DES SOLS PUBLICS**

Pour faire face aux phénomènes d'urbanisation incontrôlée, les pouvoirs publics ont depuis une quarantaine d'années tenté de définir les moyens juridiques et financiers de l'appropriation publique des sols, en vue de mieux encadrer le développement urbain. Ceci a notamment permis aux collectivités locales de mettre en oeuvre une politique d'acquisition des terrains pour y réaliser des équipements et y programmer l'implantation de logements ou d'installations industrielles ou commerciales.

Mais, ces réalisations ont bien souvent été guidées par la volonté d'apporter des solutions rapides à des besoins conjoncturels, sans véritable stratégie d'ensemble.

En outre, les collectivités locales ont dû en maintes occasions, céder les terrains qu'elles avaient précédemment acquis et le cas échéant aménagés, lorsqu'il était décidé de faire appel aux promoteurs privés, pour réaliser les opérations envisagées. En effet, l'aliénation est apparue à peu près comme la seule solution offerte par la législation en vigueur, dès lors que le recours à l'initiative et aux capitaux privés s'avérait nécessaire (mise à part la création de sociétés d'économie mixte qui suppose la participation financière de personnes physiques).

C'est ainsi par exemple que les articles 41 et 43 de l'ordonnance du 23 octobre 1958 relative à l'expropriation, complétés par la loi du 31 décembre 1975, ont ouvert aux collectivités la possibilité de céder les immeubles expropriés, de gré à gré à des personnes de droit privé -ou de droit public- en vue de la réalisation de certaines catégories d'opérations (ensembles immobiliers à usage d'habitation, lotissements d'habitation ou industriels, résorption de l'habitat insalubre...), procédure également applicable aux réserves foncières, si les opérations projetées correspondaient à la destination de celles-ci.

Sans doute la politique d'acquisition foncière a-t-elle permis un incontestable enrichissement du patrimoine des collectivités locales. Mais le transfert au secteur privé par voie de cession, de la plus large partie des terrains ainsi acquis a rendu très illusoire la maîtrise de l'utilisation des sols que cette politique avait précisément pour objet d'assurer.

C'est ce qui explique qu'en parallèle aux réformes législatives des quinze dernières années et les sous-tendant souvent, un important travail de réflexion se soit engagé sur les objectifs et les moyens de l'urbanisme "opérationnel" ainsi que sur les solutions susceptibles de donner à la stratégie foncière des collectivités publiques une plus grande efficacité.

Dès 1972, le rapport Barton relatif à la concession de l'usage des sols faisait le point sur les différents moyens juridiques permettant aux collectivités de maintenir les sols dans leur patrimoine, afin d'en contrôler l'utilisation à long terme.

Poursuivant dans la même voie, le rapport au Parlement de M. Jacques THYRAUD sur la politique foncière et les moyens d'améliorer les interventions foncières des collectivités locales devait à son tour insister cinq ans plus tard sur les avantages de la concession de l'usage des sols. Relevant qu'une "stratégie de conservation préventive de la propriété des sols publics conférerait

à la politique foncière la dimension permanente qui lui fait actuellement défaut", il s'orientait vers une extension mesurée et sélective de la concession, au profit notamment de certaines activités industrielles et commerciales et de la construction privée locative.

Mais il relevait avec pertinence les résistances à cette évolution, et les expliquait notamment par "nos conceptions traditionnelles en matière immobilière" selon lesquelles "on admet difficilement que l'utilisateur du terrain n'en soit pas en même temps le propriétaire".

### **DES MOYENS JURIDIQUES LIMITES, ENCORE RESTREINTS RECEMMENT PAR LA JURISPRUDENCE**

De cet état d'esprit considéré voici plus de dix ans comme regrettable, le droit en vigueur porte toujours témoignage. On peut même déplorer une rigidité accrue résultant d'une jurisprudence récente du Conseil d'Etat.

En toute hypothèse, une distinction doit être faite pour déterminer le régime juridique applicable selon que les terrains d'assiette des opérations projetées font partie de dépendances du domaine public ou du domaine privé de la collectivité.

- La nécessité de protéger le **domaine public** -naturel ou artificiel- contre les risques de démembrement, d'empiètement, voire de dégradation, a déterminé un ensemble de règles protectrices exorbitantes du droit commun qui s'imposent aussi bien aux particuliers qu'à la puissance publique, sous le contrôle du juge administratif.

En particulier, la règle de l'inaliénabilité du domaine public, héritée de l'ordonnance de Moulins et inscrite aujourd'hui dans l'article L. 52 du Code du domaine de l'Etat, interdit les aliénations volontaires ou forcées du domaine public, mais elle exclut également les démembrements de la propriété, c'est-à-dire la constitution sur le domaine public de droits réels civils au profit de particuliers, du moins chaque fois que ceux-ci sont incompatibles avec l'affectation du domaine.

Les principaux droits réels en cause sont l'**usufruit**, l'**emphytéose** et l'**hypothèque**. Cependant l'occupation du domaine public est possible sur la base soit d'une autorisation

unilatérale de l'administration, soit d'un contrat d'occupation du domaine public, dans le cadre d'une concession de service public notamment, étant précisé que les droits reconnus à l'occupant contractuel sont mieux garantis que ceux des titulaires d'autorisations à caractère unilatéral.

Quoi qu'il en soit, le renforcement progressif de la protection du concessionnaire par la jurisprudence trouve sa limite dans le fait que la collectivité publique contractante peut, à tout moment, pour des motifs d'intérêt général, mettre fin aux contrats d'occupation du domaine public (CE 8 novembre 1972, S.N.C.F.).

Dans ces conditions, on comprend que les dépendances dudit domaine n'offrent qu'un attrait relatif aux yeux des investisseurs privés auxquels les collectivités territoriales souhaitent faire appel pour la réalisation d'opérations d'intérêt général.

Il n'en va pas de même du **domaine privé** dans l'assiette duquel entrent notamment les terrains acquis dans les conditions qui ont été évoquées plus haut et pour l'utilisation desquels il est possible de recourir aux techniques contractuelles du droit privé en faisant notamment appel aux baux emphytéotiques et autres baux ruraux, ainsi qu'aux baux commerciaux, sans parler de l'aliénation pure et simple du terrain.

C'est cette souplesse dans la gestion du domaine privé que vient de remettre indirectement en cause le Conseil d'Etat par un arrêt du 6 mai 1985 (CE Association Eurolat et Crédit Foncier de France). Par cette décision, la haute juridiction a frappé de nullité les clauses d'un bail emphytéotique passé en liaison avec une convention ayant pour objet l'exécution d'une mission de service public, au motif que les clauses les plus caractéristiques de ce bail (constitution d'un droit réel sur le terrain, faculté de céder le "droit au bail" à un tiers, constitution d'une hypothèque au bénéfice d'un établissement bancaire et interdiction de la résiliation du bail avant remboursement complet du prêt consenti par celui-ci) étaient incompatibles avec :

- les nécessités du fonctionnement du service public et le contenu d'un contrat administratif d'une part,

- les principes de la domanialité publique qui seraient applicables du fait même de la conclusion du contrat d'autre part.

En effet, par un raisonnement original, le juge administratif a estimé que, dans la mesure où le terrain était "destiné" par les parties à recevoir un aménagement spécial résultant de l'affectation à un service public (il s'agissait en

l'espèce d'implanter un foyer logements pour personnes âgées) il faisait, dès la conclusion du contrat, partie du domaine public. Rappelons qu'avant cet arrêt l'incorporation au domaine public artificiel résultait de la réalisation effective de l'aménagement spécial. Le décalage dans le temps ainsi opéré par l'arrêt, revient en quelque sorte à délimiter un domaine public "par anticipation".

Sur la base de cette jurisprudence extensive, le seul fait de destiner un terrain à l'implantation d'un service public interdit désormais à la collectivité ou à l'établissement public propriétaire de constituer, sur ce terrain, des droits réels et en particulier d'y consentir un bail emphytéotique.

La portée de cet arrêt apparaît donc lourde de conséquences pour les collectivités publiques qui voient ainsi s'aggraver la rigidité du cadre juridique dans lequel elles seront dans l'avenir susceptibles de contracter pour la gestion de leurs dépendances domaniales.

Il est en outre paradoxal d'interdire à ces collectivités de disposer de leur domaine privé dans les conditions du droit commun pour y développer des opérations correspondant à une mission de service public. On encourage ainsi une utilisation strictement privée, voire commerciale du domaine -dit privé-, mais dont la gestion ne doit pas moins rester guidée par un but d'intérêt général.

## **LE NECESSAIRE ASSOUPPLISSEMENT DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL**

Les solutions pour sortir de cette situation de blocage semblent devoir passer par l'adoption de mesures législatives perfectionnant les instruments en vigueur en orientant leur mise en œuvre vers des missions de service public.

Rappelons que, pour éviter la revente des terrains précédemment acquis par les collectivités publiques, le rapport Barton recensait les quatre formules entre lesquelles pouvait porter le choix : le bail de droit commun à long terme (code civil : articles 1713 et suivants), le bail emphytéotique (loi du 25 juin 1902), le bail à construction (loi du 16 décembre 1964) et la concession immobilière (loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 : articles 48 à 60). Mais c'était pour écarter

aussitôt le bail de droit commun qui n'évite pas le maintien dans les lieux en fin de bail" et dans lequel "le titulaire du bail ne bénéficie pas d'un droit réel", de même que la concession immobilière "qui ne crée pas davantage de droit réel (et) ne peut donner lieu à aucune autre rémunération que la redevance annuelle". Le rapport se montrait en revanche beaucoup plus favorable au bail emphytéotique et au bail à construction "dont les caractéristiques semblent le mieux correspondre aux besoins de la concession des sols urbains".

Ces moyens d'assurer le maintien des sols dans le patrimoine de la collectivité, tout en permettant leur mise en valeur à des fins d'intérêt général et le respect durable de cette destination, sont restés pratiquement inchangés depuis lors. Les voies tracées à l'époque pourraient donc être suivies avec profit.

● Sans qu'il soit question de remettre en cause le principe **d'inaliénabilité du domaine public**, il apparaît tout d'abord nécessaire de compléter la disposition législative figurant à l'article L. 52 du Code du domaine de l'Etat, précité. Précisons que des textes réglementaires sont déjà intervenus pour autoriser, en contradiction avec le principe d'inaliénabilité, et sans aucune base légale, la constitution de servitudes sur le domaine public dans un certain nombre d'opérations importantes d'urbanisme (cf. notamment art. A 26 du Code du domaine de l'Etat).

C'est en ce sens qu'il importe de revoir l'article L. 52 pour donner une base légale aux mesures d'adaptation répondant aux impératifs contemporains de la gestion du domaine des collectivités publiques et de l'urbanisation, lorsque les démembrements du droit de propriété ont pour origine la poursuite d'une mission d'intérêt général.

● En ce qui concerne le **bail emphytéotique** régi par les articles L. 451-1 et suivants du Code rural, il apparaît que ses principales caractéristiques sont tout à fait adaptables aux objectifs recherchés pour des investissements engageant le long terme sur le domaine des collectivités publiques : bail de longue durée, droit de superficie au profit du preneur, transfert au preneur de la charge et des risques de l'exploitation de l'immeuble loué, possibilité d'hypothèques permettant l'appel à des créanciers extérieurs, attribution au preneur de droits réels

qui peuvent être cédés à des tiers, récupération des terrains et des constructions par le bailleur lorsque l'emphytéose prend fin.

Pour que le bail emphytéotique puisse à nouveau être utilisé par les collectivités publiques pour la gestion de leur domaine privé dans un but d'intérêt général ou même pour l'exécution d'une mission de service public, il y a lieu de compléter en ce sens les dispositions du code rural afin de sortir du carcan où vient d'être enfermé ce type de bail par l'arrêt Eurolat.

● Enfin, pourrait également faire l'objet d'une adaptation pour répondre à l'objectif poursuivi, le **bail à construction** institué par la loi du 16 décembre 1964 et intégré aux articles L. 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation.

Il constitue en effet une application particulière du bail emphytéotique : de la conclusion de ce bail -pour une durée de 18 ans à 99 ans- résulte un droit réel immobilier qui peut être cédé à des tiers ; il peut être également apporté en société et hypothéqué.

Le preneur peut en outre consentir des servitudes et est, sauf convention contraire, propriétaire des constructions qu'il a réalisées, ce qui traduit là encore l'existence d'un droit de superficie à son profit.

Il est tenu de régler un bail dont le prix peut consister en une remise à des périodes déterminées d'immeubles ou de parties d'immeubles ; il assume toutes les charges du propriétaire et les réparations.

Sauf convention contraire, le bailleur devient propriétaire des constructions en fin de bail et profite des améliorations.

La différence essentielle avec le bail emphytéotique classique procède de la dimension économique du bail à construction, le preneur s'engageant à titre principal à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant la durée du bail.

Le bail à construction paraît en définitive, et sous réserve d'adaptations, apporter une réponse juridique satisfaisante aux préoccupations d'une collectivité souhaitant faire appel à des investisseurs extérieurs pour la gestion de ses dépendances domaniales. Il importe donc d'adapter cet instrument juridique à l'usage qui peut en être fait par les collectivités territoriales et leurs établissements publics pour la mise en œuvre d'opérations

**d'intérêt général ou de missions de service public dans la mesure où le dispositif actuel ne comporte en aucune manière cette finalité.**

**\***

**\*   \*   \***

**Telles sont les orientations de la présente proposition de loi qu'il vous est demandé de bien vouloir adopter.**

## **PROPOSITION DE LOI**

### **Chapitre premier**

#### **Dispositions modifiant le code du domaine de l'Etat**

##### **Article premier**

L'article L. 52 du code du domaine de l'Etat est ainsi rédigé :  
"Art. L. 52. - Les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent conclure sur leur domaine public, lorsque l'incorporation dans les dépendances de celui-ci résulte de l'exécution d'une mission de service public, des baux emphytéotiques dans les conditions prévues par les articles L. 451-1 et suivants du code rural, ainsi que des baux à construction dans les conditions prévues par les articles L. 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation."

### **Chapitre II**

#### **Dispositions modifiant le Titre V du Livre quatrième (nouveau) du code rural**

##### **Article 2**

L'article L. 451-2 du code rural est complété par un alinéa ainsi rédigé :

"Les immeubles compris dans les dépendances du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements peuvent être donnés à bail emphytéotique, pour la réalisation d'opérations d'intérêt général ou pour l'exécution d'une mission de service public".

### Article 3

Après l'article L. 451-13 du code rural précité, il est inséré un article L. 451-14 ainsi rédigé :

"Art. L. 451-14. - Lorsque l'incorporation dans le domaine public d'un terrain appartenant à une collectivité territoriale ou à un établissement public regroupant plusieurs d'entre elles, résulte d'un aménagement spécial effectué dans le cadre de son affectation à un service public, par le preneur bénéficiaire d'un bail emphytéotique, les clauses du bail prises en application des articles L. 451-1 à L. 451-11 ci-dessus, ainsi que le cas échéant les clauses contenues dans la convention fixant les modalités d'exécution sur le terrain d'assiette dudit bail de la mission de service public, continuent à produire leurs effets pendant toute la durée de l'emphytéose."

### Chapitre III

#### Dispositions modifiant le Titre V du Livre deuxième du code de la construction et de l'habitation

### Article 4

L'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation est complété par un alinéa ainsi rédigé :

"Le bail à construction peut être consenti sur les immeubles compris dans les dépendances du domaine privé des collectivités territoriales et de leurs groupements, pour la réalisation d'opérations d'intérêt général ou pour l'exécution d'une mission de service public".

### Article 5

Après l'article L. 251-9 du code de la construction et de l'habitation précité, il est inséré un nouvel article L. 251-10 ainsi rédigé :

**"Art. L. 251-10.- Lorsque l'incorporation dans le domaine public d'un terrain appartenant à une collectivité territoriale ou à un établissement public regroupant plusieurs d'entre elles, résulte d'un aménagement spécial effectué dans le cadre de l'affectation dudit terrain à la réalisation d'une opération d'intérêt général ou à l'exécution d'une mission de service public, par le preneur du bail à construction, les clauses dudit bail prises en application des articles L. 251-1 à L. 251-8 ci-dessus, continuent à produire leurs effets jusqu'au terme ou à la résiliation du bail.**