

# BAUX EMPHYTÉOTIQUES ADMINISTRATIFS

## L'assouplissement des baux culturels

### L'ESSENTIEL

#### ■ Complexité

Le fait de réserver l'attribution de baux emphytéotiques administratifs culturels aux seules associations présentant un caractère culturel rend complexe le recours à ce type de montage, de même que le fait de limiter l'objet de ces baux à l'édification d'un édifice du culte.

#### ■ Paradoxe

Si les conditions du recours au BEA culturel se caractérisent par une certaine rigueur, le juge administratif introduit davantage de souplesse s'agissant des conditions financières dans lesquelles un tel montage peut être consenti et le rend plus attractif.

### UNE ANALYSE DE

Par **Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE**, avocat associé et **Cécile FONTAINE**, avocat à la cour, SCP Seban & Associés

**S**elon une pratique ancienne, les communes mettent des terrains leur appartenant à la disposition d'associations à vocation culturelle afin de permettre à ces dernières d'édifier et de gérer de nouveaux lieux de culte. En 2006, le législateur a officialisé une telle pratique en modifiant l'article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales (*lire l'encadré, p. 51*). Les collectivités territoriales peuvent ainsi recourir au bail emphytéotique administratif (BEA) pour permettre aux associations culturelles d'exercer leur culte. Le BEA constitue un bail de longue durée (18 à 99 ans), qui confère au preneur des droits réels lui attribuant la propriété des ouvrages qu'il construit sur la parcelle objet du bail, ainsi qu'un droit de jouissance sur les biens immobiliers appartenant à la collectivité bailleuse. Les droits réels ainsi conférés sont susceptibles d'hypothèque afin de garantir des emprunts que l'emphytéote contracte en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. Par ailleurs, le preneur dispose, sous réserve de l'accord de la collectivité bailleuse, du droit de céder les droits réels qui lui sont conférés à une per-

sonne subrogée dans les droits et obligations qui résultent du BEA. A l'expiration du bail, l'ensemble des ouvrages réalisés par l'emphytéote revient à la collectivité bailleuse, en principe sans donner lieu au versement d'une indemnité. Le BEA peut porter sur une dépendance du domaine public, sous réserve que celle-ci n'entre pas dans le champ d'application de la contravention de voirie.

Le BEA consenti pour l'édification d'un lieu de culte est qualifié de « BEA culturel » par la doctrine. Tout en l'officialisant, le législateur a également entendu encadrer le recours à ce montage. Or, les conditions auxquelles le BEA culturel est subordonné peuvent apparaître contraignantes et quelque peu inadaptées aux réalités du monde religieux actuel : le fait de réserver l'attribution de tels baux aux seules associations culturelles peut conduire à rendre complexe, en pratique, le recours à ce type de montage (I). En revanche, la jurisprudence récente a introduit davantage de souplesse s'agissant des conditions financières dans lesquelles un BEA culturel peut être consenti : les collectivités bailleuses devraient désormais disposer d'une plus grande marge de manœuvre dans la fixation de la redevance mise à la charge de l'emphytéote, rendant ainsi ce montage plus attractif (II).

### I. Un cadre juridique contraignant

Le recours au BEA culturel est subordonné à deux conditions principales : l'association preneuse doit se voir reconnaître un caractère culturel et le bail doit permettre l'affectation d'un édifice du culte ouvert au public. En pratique, le respect de ces conditions peut soulever certaines difficultés.

### Le caractère culturel de l'association

En vertu de l'article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales (CGCT), les

### DOCUMENTATION

■ **Laïcité** : « La séparation des églises et de l'Etat au quotidien », Rémi Rouquette, « La Gazette » du 17 novembre 2008, p. 66.

### RÉFÉRENCES

■ **Code général des collectivités territoriales (CGCT)**, art. L.1311-2.

■ **Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006** relative à la partie législative du Code de la propriété des personnes publiques, JO du 22 avril 2006.

■ **Ordonnance n° 2005-856 du 28 juillet 2005** portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels, JO du 29 juillet 2005.

BEA conclus en vue de l'affectation d'un édifice du culte ne peuvent être consentis qu'au profit d'une association culturelle.

Selon la définition posée à l'article 18 de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, les associations culturelles sont des associations formées pour subvenir aux frais, à l'entretien et à l'exercice public d'un culte. Elles sont constituées conformément à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, mais sont, en outre, soumises à des prescriptions spécifiques de la loi du 9 décembre 1905, liées notamment au nombre de leurs membres et aux conditions de leur financement. Ce texte précise également que les associations culturelles doivent « avoir exclusivement pour objet l'exercice d'un culte » (1).

En 2005, l'article 19 de la loi du 9 décembre 1905 a été modifié afin d'instituer un régime de libre acceptation pour les libéralités consenties aux associations culturelles (2), de telle sorte que le caractère cultuel d'une association ne fait plus, désormais, l'objet d'une reconnaissance officielle.

Cette suppression de la reconnaissance administrative du caractère cultuel des associations génère une certaine insécurité juridique car il faut à présent se prononcer au cas par cas pour déterminer si une association présente ou non un caractère cultuel au sens de la loi du 9 décembre 1905. A cette fin, il convient de se référer aux critères dégagés par le Conseil d'Etat. Ainsi, selon une jurisprudence constante (3), une association créée sur le fondement de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, qui se revendique culturelle, doit répondre aux conditions cumulatives suivantes :

– elle doit avoir pour objet exclusif l'exercice d'un culte ;

– elle ne doit mener que des activités en relation avec cet objet, telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte, ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte ;

– enfin, ses activités ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public.

En application de cette jurisprudence, une association culturelle ne peut exercer des activités commerciales comme la vente d'ouvrages de piété, politiques, scolaires ou même charitables (4). De la même manière, une asso-

ciation s'est vue refuser un caractère cultuel au motif qu'elle avait pour mission, selon ses statuts, outre ses activités culturelles, de développer des activités artistiques, d'apporter une aide morale et matérielle aux coreligionnaires, d'organiser des conférences, de développer des liens culturels ou sportifs entre coreligionnaires, d'organiser des pèlerinages, etc. (5).

Le Conseil d'Etat retient donc une interprétation relativement restrictive de la notion d'association culturelle. C'est ce qu'a dénoncé la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics qui relève par exemple que la notion d'association culturelle, ainsi interprétée, ne correspond pas notamment à la conception musulmane du culte. On relèvera, à cet égard, que moins de 10% des mosquées sont actuellement gérées par des associations culturelles (6).

Certains auteurs s'inquiètent également du risque que les hypothèses de recours au BEA cultuel demeurent limitées compte tenu du caractère très étroit de la notion d'association culturelle (7). La commission « Machelon » préconise donc d'étendre la possibilité de conclure un BEA cultuel avec toute association, y compris celles ayant une simple vocation culturelle sans avoir un objet exclusivement cultuel. Une réforme législative sur cette question serait sans doute la bienvenue.

**L'affectation d'un édifice du culte ouvert au public**

En vertu de l'article L.1311-2 du CGCT, le BEA cultuel ne peut être consenti que pour permettre l'affectation d'un édifice du culte

### À NOTER

**Selon la jurisprudence, ne sont regardés comme constituant des édifices du culte que les locaux directement affectés au culte ou qui en constituent une dépendance immédiate et nécessaire.**

risque que les hypothèses de recours au BEA cultuel demeurent limitées compte tenu du caractère très étroit de la notion d'association culturelle (7). La

### Article L.1311-2 du CGCT

**Un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L.451-1 du Code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public [...]. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif.**

ouvert au public. Cet édifice peut tout à fait être un ouvrage déjà construit sur la parcelle objet du bail. L'attribution d'un BEA n'implique nullement l'obligation de réaliser des constructions de caractère immobilier (8).

En revanche, l'édifice pour l'affectation duquel le BEA cultuel est consenti doit présenter un caractère exclusivement cultuel. Cette condition peut apparaître très restrictive dans la mesure où, selon la jurisprudence, ne sont regardés comme constituant des édifices du culte que les locaux directement affectés au culte ou qui en constituent une dépendance immédiate et nécessaire (9). De telle sorte qu'en pratique, toute activité annexe à l'exercice d'un culte, telle la vente d'ouvrages ou l'organisation de séminaires, devrait être exercée dans un local distinct de celui faisant l'objet du BEA cultuel.

On ajoutera sur ce point que, dès lors que le législateur a prévu un cadre juridique propre aux BEA culturels, il peut sembler exclu de pouvoir conclure un BEA pour la réalisation d'une opération d'intérêt général dès lors >

(1) Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, article 19.

(2) Ordonnance n°2005-856 du 28 juillet 2005 portant simplification du régime des libéralités consenties aux associations, fondations et congrégations, de certaines déclarations administratives incombant aux associations, et modification des obligations des associations et fondations relatives à leurs comptes annuels, JO du 29 juillet 2005.

(3) CE 24 octobre 1997, « Assoc. locale pour le culte des témoins de Jéhovah d'Orion », req. n°187122 ; 28 avril 2004, « Assoc. culturelle du Vajra triomphant », req. n°248467 ; 23 juin 2000, « Assoc. locale pour le culte des témoins de Jéhovah », req. n°215109.

(4) CE 29 octobre 1990, « Assoc. culturelle église apostolique

arménienne de Paris », Rec. p.297.

(5) CE Sect. 9 octobre 1992, « Cne Saint-Louis-de-la-Réunion c/Assoc. Siva Soupramanien Saint-Louis », Rec. p.358.

(6) Rapport de la commission de réflexion juridique sur les relations des cultes avec les pouvoirs publics, présidée par Monsieur Machelon, remis au ministre de l'Intérieur le 20 septembre 2006.

(7) A. Robbes, « Bail emphytéotique administratif et édification de lieux de cultes », Contrats publics, n°60, novembre 2006.

(8) E. Fatôme, « A propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le CG3P », in Mélanges Labetoulle, p.329, Dalloz.

(9) CAA Lyon 12 juin 2003, « Assoc. Centre évangélique » ; CAA Paris 15 juin 1999, « Assoc. Eglise orthodoxe française », req. n°96PA01104.

■ ■ ■ que ladite opération inclut l'édification d'un lieu destiné à l'exercice d'un culte. En d'autres termes et en toute rigueur, lorsque l'opération porte tout à la fois sur la construction d'un édifice du culte et sur des locaux annexes, la collectivité bailleuse devrait être tenue de conclure deux BEA : un premier bail avec une association culturelle en vue de l'affectation de l'édifice du culte proprement dit, et un second bail en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général portant sur les bâtiments annexes à l'édifice du culte (salles de séminaires, bibliothèque, commerces, etc.). Etant précisé sur ce dernier point que le BEA consenti pour la réalisation d'une opération d'intérêt général peut être attribué à toute personne publique ou privée quel que soit son statut juridique en application des autres cas de recours au BEA prévus à l'article L.1311-2 du CGCT.

Cette distinction, au sein d'une même opération, entre les biens pouvant faire l'objet d'un BEA culturel et les autres biens peut sembler bien artificielle. On s'aperçoit alors du décalage qui existe entre le régime juridique encadrant le recours au BEA culturel et la réalité du monde religieux actuel : tout en officialisant la pratique consistant pour les collectivités territoriales à mettre leur domaine à la disposition de certaines associations pour leur permettre d'édifier et de gérer un lieu de culte, le législateur a également restreint les hypothèses dans lesquelles le recours à un tel montage est possible.

## II. Le montant de la redevance due par l'emphytéote

Si les conditions du recours au BEA culturel se caractérisent par une certaine rigueur, la jurisprudence récente, et en particulier un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 3 juillet 2008 (10), a introduit davantage de souplesse s'agissant des conditions financières dans lesquelles un tel montage peut être consenti. Ceci est de nature à rendre ce montage plus attractif.

### Principe de non-subventionnement des cultes

La loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat a consacré le principe de non-subventionnement des cultes. L'article 19 de ce texte interdit ainsi les subventions faites par l'Etat et les collec-

tivités territoriales aux associations culturelles « sous quelque forme que ce soit », ce qui laisse penser que le législateur n'a pas entendu prohiber uniquement le versement de subventions « directes », tels les apports en numéraire, mais proscrire également tout

#### À NOTER

**Tout en officialisant la pratique, le législateur a restreint les hypothèses de montage par lequel une collectivité territoriale peut mettre son domaine à la disposition de certaines associations pour l'édification d'un lieu de culte.**

avantage indirect. Sur le fondement de ces dispositions législatives, le Conseil d'Etat a été amené à juger illégale la location, par une commune, d'un édifice du culte, après avoir constaté que

« le prix de location fixé par ces délibérations avait été abaissé au-dessous de la valeur locative réelle » (11).

Or, la spécificité du BEA tient notamment dans le caractère modique de la redevance mise à la charge de l'emphytéote. La question se pose alors de savoir comment respecter, dans ce cadre, le principe de non-subventionnement des cultes, tout en préservant l'un des principaux attraits du bail emphytéotique. A savoir, la possibilité pour le preneur à bail de bénéficier de droits réels sur un bien immobilier moyennant le versement d'un loyer modique.

La modicité de la redevance mise à la charge de l'emphytéote se justifie en effet par les améliorations réalisées par ce dernier sur le bien qui est mis à sa disposition. La Cour de cassation a ainsi relevé que, dans le cadre d'un bail emphytéotique, « il appartient à l'emphytéote d'exploiter le fonds de telle sorte que l'exploitation procure au propriétaire de celui-ci la plus-value qui constitue la part principale de la rémunération du bailleur » (12). En d'autres termes, le caractère modique de la redevance due par l'emphytéote résulte de l'essence même du bail emphytéotique car, en contrepartie de cette modicité, l'emphytéote est censé réaliser un certain nombre d'améliorations sur le bien objet du bail qui, à l'expiration de ce contrat, reviendra au bailleur.

Ainsi, dans le cadre d'un BEA conclu pour la réalisation d'une opération d'intérêt général, le montant de la redevance doit être fixé en tenant compte de l'amortissement des investissements, des charges d'entretien et des frais généraux supportés par l'emphytéote. Com-

ment alors éviter que la redevance modique fixée dans le cadre d'un BEA culturel ne soit regardée comme constituant une subvention déguisée accordée au profit d'une association culturelle en méconnaissance du principe consacré par la loi du 9 décembre 1905 ?

La question se pose avec une acuité toute particulière dans le cas où un BEA culturel est consenti en contrepartie du versement d'un loyer d'un montant symbolique. Ainsi, des tribunaux administratifs ont récemment été amenés à invalider des BEA culturels conclus pour une redevance symbolique (13).

A la lecture de ces jugements, on s'aperçoit de l'importance que peut revêtir l'avis du service France Domaine sur les conditions financières du BEA, au vu duquel, le conseil municipal doit délibérer préalablement à la conclusion du bail (14). Ainsi, dans l'affaire relative à la mosquée de Marseille, le tribunal administratif a jugé illégale la conclusion d'un BEA d'une durée de 99 ans en contrepartie du versement d'un loyer de 300 euros annuels, après avoir relevé notamment que le service France Domaine avait évalué le bien objet du bail à la valeur locative annuelle de 140 000 euros (15).

En d'autres termes, une disproportion manifeste entre l'évaluation faite par le service France Domaine et le montant de la redevance mise à la charge de l'emphytéote peut conduire le juge à assimiler ce contrat à une subvention déguisée octroyée à une association culturelle en méconnaissance de la loi du 9 décembre 1905 précitée. Au vu de cette jurisprudence, il pouvait paraître plus prudent, pour les collectivités territoriales, de se conformer strictement à l'estimation faite par le service France Domaine pour éviter tout risque de voir les BEA culturels qu'elles consentent invalidés pour méconnaissance du principe de non-subventionnement des cultes. De telle sorte que la marge de manœuvre

#### À NOTER

**L'avis du service France Domaine revêt une grande importance sur les conditions financières des BEA.**

des collectivités territoriales, s'agissant des conditions financières des BEA culturels, pouvait sembler restreinte.

Un tel défaut de souplesse dans la fixation du montant de la redevance mise à la charge de l'emphytéote est susceptible de constituer, en pratique, un obstacle au recours à ce type de montage compte tenu de la difficulté que

les associations culturelles peuvent rencontrer pour obtenir des fonds permettant de financer la construction de leur lieu de culte.

En conclusion, jusqu'à récemment, le principe de non-subventionnement des cultes semblait primer sur la spécificité du BEA liée au caractère modique de sa redevance, excluant ainsi toute possibilité de consentir un BEA cultuel moyennant le versement d'une redevance symbolique. Mais la jurisprudence récente semble aujourd'hui remettre en cause ce déséquilibre.

### Assouplissement de la jurisprudence

On citera tout d'abord un jugement rendu par le tribunal administratif de Marseille, en décembre 2007, dans l'affaire relative à la construction de la mosquée de Marseille.

Ce tribunal a fait preuve d'une certaine souplesse en jugeant que la détermination du montant du loyer annuel prévu par un BEA cultuel « doit notamment résulter de la prise en compte de la valeur du bien donnée à bail, valeur diminuée par la nature même du bail emphytéotique administratif conclu pour l'affectation d'un édifice du culte ouvert au public ainsi que, le cas échéant, par les clauses limitant l'étendue des droits réels consentis, et de la valeur du bien de retour à l'échéance du contrat » (16). En d'autres termes, le tribunal administratif de Marseille a considéré que c'est justement la nature même du bien sur lequel porte le BEA cultuel qui permet de justifier le caractère modique de la redevance à laquelle il donne lieu. Ce faisant, le juge reconnaît expressément que la spécificité du BEA tenant à la modicité de la redevance est pleinement conciliable avec le principe de non-subventionnement des cultes. C'est d'ailleurs ce qui ressort très clairement des conclusions du commissaire du gouvernement, Xavier Haïli, sur cette affaire. Ce dernier a ainsi relevé qu'il convenait de tenir compte, dans la fixation de la redevance, de « l'objet du bail qui est l'affectation à une association culturelle du bien immobilier, ce qui réduit les avantages de toutes natures tirés par cette catégorie d'association de l'occupation dudit immeuble, comparativement, par exemple, à un organisme à but lucratif ». Monsieur Haïli en a déduit que « la légalité d'un bail conclu entre une commune et une association en vue de la construction d'un

édifice religieux n'est pas subordonnée au strict alignement de la redevance sur le prix du marché » (17).

Mais c'est surtout la cour administrative d'appel de Versailles qui a franchi un pas supplémentaire dans l'assouplissement des règles applicables aux BEA cultuels en reconnaissant, par un arrêt du 3 juillet 2008, la possibilité de conclure un tel contrat en contrepartie d'une redevance annuelle d'un euro symbolique (18)

Dans cette affaire, la cour administrative d'appel de Versailles a considéré qu'« eu égard à l'engagement de l'association culturelle à prendre à sa charge les frais de construction de la mosquée qui s'élèvent à 1 500 000 euros ainsi que les frais d'entretien de cet édifice du culte ouvert au public et de ce que le bâtiment reviendra en fin de bail à la collectivité qui pourra alors le céder au prix fixé par le service des Domaines, la redevance annuelle égale à un euro symbolique ne peut être considérée, dans les circonstances de l'espèce, comme une subvention déguisée ».

**À NOTER**  
En contrepartie de la modicité de la redevance due, l'emphytéote est censé réaliser un certain nombre d'améliorations sur le bien qui, à l'expiration du contrat, reviendra au bailleur.

qu'il apparaissait « manifestement assimilable, de par ses caractéristiques financières, à l'octroi d'une subvention » (19).

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles peut donc être interprété comme reconnaissant aux collectivités territoriales davantage de liberté dans la fixation de la redevance due par l'emphytéote : compte tenu des caractéristiques particulières du BEA cultuel, la redevance à laquelle il donne lieu

peut s'écarter des prix du marché, voire, selon les circonstances de l'espèce, être réduite à un montant purement symbolique.

**À NOTER**  
Les collectivités territoriales devront justifier le caractère modique, voire symbolique, du montant de la redevance mise à la charge de l'emphytéote dans le cadre d'un BEA cultuel.

Une telle solution est de nature à faciliter le recours au BEA cultuel.

Toutefois, en pratique, les collectivités territoriales devront continuer à justifier le caractère modi-

que, voire symbolique, du montant de la redevance mise à la charge de l'emphytéote dans le cadre d'un BEA cultuel, au regard de la plus-value qu'elles pourront légitimement attendre du retour, dans leur patrimoine, du terrain concerné, assorti d'un édifice que la collectivité n'aura ni construit, ni financé. Il pourra alors être difficile de procéder à une telle justification lorsque le montant de la redevance fixé par la collectivité bailleuse s'écartera de manière significative de la valeur estimée par le service France Domaine.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles constitue une avancée significative dans l'assouplissement jurisprudentiel des conditions encadrant les BEA cultuels. Espérons que la solution ainsi retenue par cet arrêt, qui fait l'objet d'un pourvoi en cassation, soit confirmée par le Conseil d'Etat.

Il serait de la même manière fort opportun que l'assouplissement ainsi consacré par la cour administrative d'appel de Versailles ne s'arrête pas en si bon chemin et que le législateur soit prochainement amené à reconsidérer, au regard de la réalité du monde religieux actuel, les conditions du recours au BEA cultuel, notamment en élargissant le bénéfice de cette catégorie de bail emphytéotique aux associations ayant une simple vocation culturelle. ■

(10) CAA Versailles 3 juillet 2008, req. n°07VE01824, «La Gazette» du 25 août 2008, p.49.

(11) CE 7 avril 1911, «Cne Saint-Cyr-de-Salerm», Rec. p.438; CE 18 novembre 1994, «Bischoff», req. n°90866.

(12) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 décembre 2001, pourvoi n°99-20871.

(13) TA Lille 9 janvier 2007, «Roubaix», req. n°0401078; TA Cergy-Pontoise 12 juin 2007, «Montreuil», req. n°0306171; TA Marseille 17 avril 2007, «Mouvement pour la France», req. n°0605998.

(14) L'article L.2241<sup>1</sup> du CGCT dispose en effet que : « Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques

essentiels. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de ce service. »

(15) TA Marseille 17 avril 2007, «Mouvement pour la France», précité.

(16) TA Marseille 21 déc. 2007, «M. M. et M. S.», req. n°0705562, concl. X. Haïli, BJCP 2008 n°56, p.42.

(17) Concl. X. Haïli sur TA Marseille 21 décembre 2007, «M. M. et M. S.», précité.

(18) CAA Versailles 3 juillet 2008, «Cne Montreuil-sous-Bois», req. n°07VE01824, «La Gazette» du 25 août 2008, p.49.

(19) TA Cergy-Pontoise 12 juin 2007, «Mme P. V.», req. n°0306171.