À DESTINATION DES POUVOIRS PUBLICS

QUELS OUTILS JURIDIQUES POUR METTRE LES TERRES PUBLIQUES À DISPOSITION D'AGRICULTEURS POUR UNE AGRICULTURE DURABLE ?

NOVEMBRE 2021

Terre-en-vue

EQUAL
LAW FOR BETTER LIVING

bruxelles environnement
.brussels

SOMMAIRE

1. ANALYSE DU TERRAIN 5

2. DÉFINITION DES OBJECTIFS DU POUVOIR PUBLIC 7

3. ÉVALUATION DU CADRE JURIDIQUE & ARBRE DÉCISIONNEL 9

4. POUR ALLER PLUS LOIN 25

Les renseignements juridiques contenus dans cette note ne peuvent se substituer à une analyse juridique réalisée au cas par cas. La vocation principale de ce document est d'inspirer le lecteur. Celui-ci est encouragé à se faire accompagner par des experts juridiques et agricoles pour mener son projet à bien.

Sauf mention contraire, les considérations ci-dessous portent sur la législation en vigueur en Région de Bruxelles Capitale.

INTRODUCTION

Le monde agricole doit aujourd'hui répondre à de nombreux défis : préserver les paysages, préserver les sols, préserver la biodiversité, produire une alimentation de qualité, etc. En parallèle, force est de constater que le monde agricole continue de s'éroder : les fermes disparaissent à une grande vitesse, les agriculteurs arrivés à la retraite ne trouvant pas de repreneurs.

Les changements climatiques qui affectent les rendements, la spéculation foncière faisant monter les prix des terres arables et le développement de sociétés agricoles démesurées renforcent la tendance. Le maillage de fermes à taille humaine, vital pour le dynamisme des campagnes, s'effiloche au fur et à mesure que les agriculteurs mettent la clé sous la porte.

Pour toutes ces raisons, les terres publiques doivent être considérées comme un levier pour soutenir une agriculture durable et locale et être utilisées comme telles. Ce document souhaite guider tout pouvoir public vers le choix de l'outil juridique le plus adapté pour une mise à disposition de ses terres publiques dans les meilleures conditions possibles tant pour le propriétaire que pour le locataire.

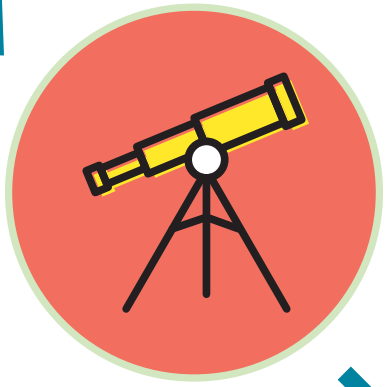
La loi sur le bail à ferme garantit aux agriculteurs-trices, qui cultivent des terres en tant que locataire une longue durée, un loyer (fermage) plafonné et une liberté de culture. Par le passé, les pouvoirs publics ont quasi-systématiquement octroyés des baux à ferme à des agriculteurs-trices sur les terres publiques, garantissant ainsi la stabilité de ces fermes qui bénéficiaient d'une grande sécurité sur les terres louées.

De nombreux pouvoirs publics (communes, CPAS, régions, etc.) cherchent aujourd'hui à faire évoluer leur gestion des terres publiques afin de valoriser celles-ci pour lutter contre certaines dérives telles que les plantations de cultures non-nourricières (pensez aux sapins de noël, aux cultures pour la bio-méthanisation, etc.), la sous-location, ou encore l'accaparement des terres par de grandes sociétés agricoles au détriment d'un maillage de plus petites fermes jouant un rôle primordial dans le dynamisme des communes rurales. Certaines communes vont plus loin en développant une politique foncière active avec des objectifs tels que l'installation de nouveaux agriculteurs-trices pour faire face au nombre croissant d'agriculteurs-trices partant à la retraite, le soutien aux agriculteurs-trices qui commercialisent en circuit court ou encore le soutien aux agriculteurs-trices avec des pratiques respectueuses de l'environnement. En milieu urbain et péri-urbain, certains pouvoirs publics cherchent également à soutenir des projets multi-fonctionnels qui mêlent la production agricole à différents autre services sociaux-économiques ou de santé tels que l'accueil de groupes de personnes en formation, en réinsertion ou en traitement médical.

S'il est tout à fait légitime et souhaitable que les pouvoirs publics gèrent leur patrimoine avec l'objectif de mieux répondre aux défis des changements climatiques et des attentes de leurs citoyens, l'arsenal juridique qui est aujourd'hui à leur disposition ne leur offre pas de solution clé sur porte. De nombreux pouvoirs publics se montrent ainsi très créatifs pour atteindre leurs objectifs via l'utilisation de différents types de contrats et l'introduction de clauses spécifiques dans ceux-ci. Ce document vise à répertorier les outils juridiques à disposition des pouvoirs publics afin de mettre leurs terres à disposition de projets agricoles en fonction des objectifs qu'ils poursuivent. Une attention toute particulière est portée par les auteurs à l'importance de conserver des conditions d'occupation favorables pour les agriculteurs-trices au risque de fragiliser leur entreprise.

Nous invitons les pouvoirs publics à considérer ce document comme un guide les menant étape par étape jusqu'à la mise à disposition de leurs terres agricoles. La première étape (chapitre 1) consiste à analyser le terrain qui est libre d'occupation (de quels droits dispose le pouvoir public sur celui-ci et quel est le potentiel du terrain ?). La seconde étape (chapitre 2) mène le pouvoir public à une réflexion sur ses objectifs en terme de politique foncière sur base d'une typologie de projets types (à quelles fins est-il souhaitable que ce terrain soit affecté ?). Enfin, le troisième chapitre croise les informations récoltées aux étapes précédentes et proposent des solutions juridiques concrètes pour mettre un terrain dont les caractéristiques sont connues à disposition d'un projet agricole dont l'objectif public a été défini. Ce chapitre étudie la question de la domanialité et les caractéristiques des différents types de contrats existants. Un arbre décisionnel fait le lien avec le chapitre 2 et permet au pouvoir public de naviguer entre les projets types qui y sont définis et les recommandations des contrats les plus appropriés pour chacun d'eux. Enfin, les questions des aides d'état et des modalités de mise en concurrence sont traitées.

CHAPITRE 1
POTENTIEL DES TERRES



CHAPITRE 2
OBJECTIFS DE
LA POLITIQUE FONCIÈRE

CHAPITRE 3
SOLUTIONS JURIDIQUES
& ARBRE DÉCISIONNEL

1. ANALYSE DU TERRAIN

1.1 IDENTIFICATION DU DROIT DÉTENU PAR LE POUVOIR PUBLIC SUR LE TERRAIN

Avant d'octroyer des droits sur un bien à autrui, le pouvoir public doit connaître les droits dont il dispose lui-même sur ce bien. Dans ce qui suit, nous prendrons l'**hypothèse que le pouvoir public dispose de la pleine propriété du bien** ce qui lui permet la plus grande liberté pour octroyer des droits à autrui.

Dans le cas où le pouvoir public dispose d'un **droit réel d'usage** sur un bien, tel qu'un bail emphytéotique ou un droit de superficie, sa capacité à transférer ce droit réel à autrui devra être examiné au cas par cas, notamment au regard des clauses spécifiques des contrats d'emphytéose ou de superficie qu'il aurait signé. Le même raisonnement est valable si le pouvoir public détient un titre d'occupation soit locatif (bail simple) soit un prêt à usage (commodat). Dans ces deux cas de figure, le pouvoir public peut envisager une mise à disposition en cascade à un tiers mais uniquement avec l'accord du propriétaire et selon les clauses prévues dans ces contrats. Dans tous les cas, il va de soi que le pouvoir public ne saurait accorder davantage de droits qu'il n'en possède lui-même sur le bien.

Dans le cas particulier où le pouvoir public est le concessionnaire d'une **concession domaniale** dont le concédant est un autre pouvoir public, le pouvoir public pourra octroyer des droits d'occupation à autrui à condition de veiller à ce que la concession qu'il concède ait le même objet que la concession dont il est concessionnaire.

1.2 ÉVALUATION DU POTENTIEL DU TERRAIN

La deuxième étape pour la mise à disposition d'un terrain public à un agriculteur est d'en évaluer le potentiel. La connaissance du terrain qui en résultera permettra au pouvoir public de mieux évaluer le(s) objectif(s) qu'il pourra atteindre sur le terrain. Par exemple, un terrain situé en zone agricole en milieu rural sera tout indiqué pour un objectif de production agricole et si le terrain est en pente et à proximité de maisons, la mise en place de mesures spécifiques contre l'érosion peut devenir un objectif complémentaire. Un terrain en zone agricole ou non situé dans une zone fortement urbanisée pourrait, par contre, permettre au pouvoir public de réaliser un objectif plus complexe de mise en place d'une ferme urbaine soit productive, soit pédagogique, soit productive et pédagogique et avec des missions d'accueil du public et de sensibilisation.

L'évaluation du potentiel d'un terrain libre d'occupation doit être réalisée au cas par cas et nécessitera toujours une visite du terrain réunissant les décideurs politiques (bourgmestre, échevins, administration) et des experts (agriculteurs-trices et maraîchers locaux, associations actives dans l'agriculture, Groupes d'Actions Locaux (GAL), etc.).

L'analyse d'un terrain peut se faire à trois niveaux[1]:

- **Analyse du potentiel agronomique**: superficies, nature des sols (analyse physico-chimique en laboratoire), exposition au soleil, disposition des parcelles et ergonomie, possibilités d'irrigation, etc.
- **Analyse du bâti et de l'urbanisme**: existence d'un bâtiment agricole, possibilité de construire un bâtiment (permis), de placer des infrastructures (serres, lieu de stockage, forage, etc.), accès à la route, etc.
- **Analyse de l'environnement du terrain**: qualité paysagère, zones voisines (bois, terres agricoles, quartier résidentiel, etc.), contraintes environnementales, réglementaires (classement Natura 2000 par exemple), etc.

[1] Terre de liens, agir sur le foncier agricole, un rôle essentiel pour les collectivités locales, 2018.

Cette analyse doit permettre de conclure si le terrain est adapté à l'installation d'un projet maraîcher ou à une autre agriculture (élevage, verger, autres cultures, etc.). Elle permet aussi de définir clairement les conditions dans lesquelles la mise à disposition pourra se faire (surfaces mises à disposition, possibilité de bâtir, clauses environnementales à respecter, etc.).

Quelle est la responsabilité du pouvoir public en cas de pollution du sol?

Il est important de systématiquement analyser l'historique des parcelles étudiées afin d'évaluer si un risque de pollution existe. La pollution du sol peut être mesurée à l'aide d'une analyse en laboratoire d'échantillons du sol.

L'Ordonnance du 5 mars 2009 relative à la gestion et l'assainissement des sols pollués en Région de Bruxelles-Capitale clarifie la responsabilité des pouvoirs publics lorsqu'elles décident de mettre un terrain à disposition:

- Si l'autorité souhaite aliéner le bien via l'octroi d'un droit réel (droit d'emphytéose ou de superficie, cfr. art. 3, 28° ; 3, 29°, 13, §1er, et 17, §1er de l'Ordonnance), elle est tenue de réaliser une reconnaissance de l'état du sol avant l'aliénation dudit droit réel. Les frais liés à cette étude sont à charge de l'autorité d'après l'ordonnance et les résultats de l'étude sont communiqués au cocontractant.
- Si l'autorité met le terrain à disposition par tout autre moyen (par exemple via un droit personnel comme le bail à ferme ou le commodat) elle n'est juridiquement pas tenue de réaliser une reconnaissance de l'état du sol. Néanmoins, cela n'exonère pas l'autorité de toute responsabilité: elle doit agir de manière prudente et diligente, ce qui pourrait impliquer qu'elle prenne toute les mesures nécessaires pour informer correctement son cocontractant, tout particulièrement lorsque ce dernier n'est pas un professionnel éclairé. Elle s'informe sur l'inventaire de l'état des sols en Région bruxelloise (présomption de pollution) et elle donne toute les indications nécessaires à son cocontractant.

En pratique, il est recommandé que l'autorité fasse réaliser une analyse du sol pour toute mise à disposition. Elle peut convenir que son cocontractant prenne à sa charge les frais liés à la reconnaissance de l'état du sol s'il ne s'agit pas d'une aliénation du bien via l'octroi d'un droit réel.

2. DÉFINITION DES OBJECTIFS DU POUVOIR PUBLIC

La politique foncière agricole d'un pouvoir public peut poursuivre de nombreux objectifs (aide à la transmission des fermes, protection des sols, relocalisation de la production, etc.). Nous mettons ici le focus sur les terres qui sont libres d'occupation et qui doivent faire l'objet d'une nouvelle mise à disposition. Rappelons qu'une terre qui se libère est aujourd'hui une chose rare du fait de sa mise à disposition pour une longue durée afin de sécuriser l'agriculteur qui la cultivera. Il convient donc de bien définir l'objectif qui est poursuivi à chaque nouvelle location. Différents types d'objectifs sont décrits ci-dessous afin d'inspirer le lecteur. Chaque situation sera bien entendu spécifique et nécessitera une analyse au cas par cas.

La relation entre le propriétaire (le pouvoir public) et ses locataires (les agriculteurs-trices) ne sera bonne que s'il y a une compréhension mutuelle des objectifs des deux parties. Un équilibre délicat doit être trouvé entre d'un côté la volonté du propriétaire de garder la maîtrise et donc de pouvoir imposer des obligations à son locataire (au nom de l'intérêt général) et récupérer la jouissance de son bien quand cela devient nécessaire. D'un autre côté, il y a la nécessité pour un agriculteur de jouir d'une grande liberté dans ses actions pour faire face aux aléas (tant du marché que climatiques) et surtout d'avoir une sécurité foncière sur une longue durée pour planifier l'utilisation de ses terres et les bonifier. **La définition d'une politique foncière, et donc la définition concrète des objectifs poursuivis, doit être faite en concertation avec le monde agricole**.

Il pourrait d'ailleurs être pertinent d'envisager de mettre en place une commission, un groupe de travail rassemblant pouvoirs publics, agriculteurs-trices, citoyens pour co-construire les objectifs de la politique publique en matière de terres agricoles.

Nous faisons une proposition de classification des objectifs du pouvoir public sous forme de projets :

- **Projet n°1 - production agricole professionnelle**: Le pouvoir public souhaite soutenir au travers d'une mise à disposition de terrain l'installation ou l'extension d'un projet agricole professionnel sur son territoire. Outre l'activité agricole, le pouvoir public n'a pas d'exigences en terme de critères environnementaux (agriculture biologique) ou de services socio-économiques (accueil de public, organisation de formation, commercialisation ciblée, etc.).

- **Projet n°2 - production agricole professionnelle ET clauses environnementales**: Le pouvoir public souhaite soutenir l'installation ou l'extension d'un projet agricole professionnel sur son territoire avec des exigences en termes environnementaux.

L'obligation de respecter certaines pratiques culturales (par exemple l'agriculture biologique) découle soit de la volonté du pouvoir public soit de caractéristiques réglementaires ou d'aménagement du territoire du terrain (Zone verte, zone verte à haute valeur biologique, zone d'érosion, zone classée, proximité d'habitations, etc.).

Exemple de clauses environnementales pouvant être exigées: interdiction de l'utilisation de produits phytosanitaires, labellisation bio, limitation des charges de pâturages, fauche tardive, installation de bandes anti-érosives, etc.

- **Projet n°3 - Production agricole professionnelle ET clauses socio-économiques (et éventuellement clauses environnementales)**: Le pouvoir public souhaite soutenir l'installation d'un projet agricole professionnel avec des exigences sur le plan socio-économique: commercialiser en circuit-court, mettre en place un pôle pédagogique, employer des personnes en réinsertion socio-professionnelle ou avec des problèmes de santé, accessibilité sociale à une partie de la production, etc. Ces exigences peuvent également être accompagnées d'exigences environnementales similaires au projet 2.

Dans ce cas, le pouvoir public n'a pas l'intention de participer activement au projet par exemple par le rachat d'une partie de la production ou par la prise en charge d'activités sur le terrain. Un exemple type de ce projet est une ferme professionnelle avec un pôle pédagogique (ferme pédagogique).

- **Projet n°4 - Production agricole professionnelle dont une partie est commercialisée en in-house**: Le pouvoir public souhaite qu'une partie de la production agricole produite sur les terres dont il est propriétaire soit commercialisée en in-house, c-à-d vendue à d'autres institutions publiques remplissant les conditions du in-house organisée par la réglementation des marchés publics telles qu'une cuisine centrale ou une crèche. Cette stratégie permet au pouvoir public d'approvisionner ses cuisines en produits frais et locaux sans devoir appliquer l'ensemble des règles en matière de marchés publics. Ce modèle n'a pas été approfondi dans le cadre de cette étude mais le lecteur est invité à prendre contact avec Terre-en-vue s'il souhaite approfondir le sujet.

- **Projet n°5 - Projet multifonctionnel dont l'agriculture n'est qu'une fonction parmi d'autres**: Le pouvoir public souhaite ici installer un projet de ferme d'animation où les volets d'accueil et de pédagogie prévalent au volet agricole. Dans ce cadre, en général, *« des animateurs y apprennent aux enfants et adultes les gestes quotidiens de l'agriculture et de l'élevage, pour renouer avec la production de notre alimentation, dans un cadre aménagé*[2]*»*. La production est adaptée aux objectifs pédagogiques de la ferme ; elle peut pour ce faire disposer de terres, bâtiments, outils et autres biens adaptés, afin de permettre au public de découvrir l'activité agricole.

- **Projet n°6 - Projet de potagers collectifs ou familiaux**: Le focus ici n'est plus l'installation de producteurs professionnels, mais l'installation de producteurs amateurs au sein de potagers collectifs.

La définition des objectifs que poursuit un pouvoir public sur ses terres nécessite une connaissance fine du territoire afin de savoir ce dont les citoyens (et donc y compris les agriculteurs-trices) ont besoin. L'absence de maraîchers sur un territoire pourra pousser une commune à favoriser l'installation de ce type d'agriculture pour relocaliser les lieux de productions proche des lieux de consommation. La mise en place d'une politique foncière est donc un exercice d'équilibriste entre les besoins de chacun, d'où l'importance d'une concertation soutenue entre agriculteurs-trices, citoyens et pouvoirs publics (voir supra, la constitution d'une commission ou d'un groupe de travail).

[2] Extrait de Fédération Belge Francophone des Fermes d'Animation (A.S.B.L.).

3. ÉVALUATION DU CADRE JURIDIQUE & ARBRE DÉCISIONNEL

A ce stade, le pouvoir public a donc analysé le terrain libre d'occupation et défini les objectifs poursuivis. L'étape suivante est d'identifier l'outil juridique le plus approprié pour mettre ce projet en œuvre.

3.1 DOMANIALITÉ

Les biens des pouvoirs publics font partie soit du **domaine privé** et sont alors soumis au régime de droit commun de la propriété privée, soit du **domaine public** et sont alors soumis au régime dérogatoire de la domanialité publique. Les biens appartenant au domaine public sont en principe considérés comme étant inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. Il convient donc en premier lieu d'**identifier si le bien relève du domaine public ou privé**, et, en second lieu, de choisir parmi les possibilités de contrats propres à chaque régime. Cette évaluation doit se faire au cas par cas et se base notamment sur l'utilisation de fait d'un terrain. Un pouvoir public peut également faire passer un bien du domaine public au domaine privé, et vice-versa, pour autant qu'il respecte les balises juridiques existantes.

Le livre 3 « Les biens »[3], du nouveau Code civil, qui est entré en vigueur le 1er septembre 2021, introduit comme principale nouveauté qu'il est désormais possible d'octroyer un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle. Il est donc dorénavant possible, d'un point de vue du droit civil, de concéder un droit d'emphytéose ou un bail à ferme sur un bien du domaine public sans qu'il ne soit invalidé ou requalifié. La réforme du Code civil a donc ouvert des portes et offre de nouvelles opportunités aux pouvoirs publics de valoriser leur patrimoine. Néanmoins, il doit être relevé que certaines dispositions pourraient encore être sujettes à interprétation et ne pourraient le cas échéant qu'être précisées à la faveur de la jurisprudence à venir.

Par ailleurs, la loi du changement et la loi de continuité du service public, qui s'imposent aux autorités administratives, exigent que le droit concédé sur un bien du domaine public demeure précaire. Il convient donc de surveiller l'évolution jurisprudentielle suite à la réforme et plus particulièrement la possibilité d'octroyer des droits réels ou personnels sur un bien relevant du domaine public.

3.2 CONTRATS DE MISE À DISPOSITION

Différents outils juridiques sont à disposition des pouvoirs publics pour mettre leurs terres à disposition d'agriculteurs-trices. Les formes les plus pertinents sont reprises dans le tableau ci-dessous selon des critères clés. Une description de ces contrats est également disponible à l'annexe 1.

Sauf mention explicite, ces types de contrats s'appliquent tant en Région de Bruxelles Capitale qu'en Wallonie.

[3] Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, M.B., 17 mars 2020, 15753.

Caractéristiques	Bail à ferme (législation Bruxelloise)	Bail emphytéotique	Commodat	Occupation précaire	Concessions domaniales	Concessions de services	Marché public de services
Objet	Droit personnel visant la mise à disposition d'un terrain en vue d'installer un projet agricole professionnel	Droit de jouissance du bien au titulaire du bail emphytéotique, ce dernier ayant la possibilité de changer la destination du bien ou d'y effectuer travaux	Mise à disposition à titre gratuit (prêt à usage)	Mise à disposition du terrain à titre précaire	Mise à disposition d'une parcelle du domaine public. Peut se combiner à une concession (dont elle est l'accessoire naturel) ou un marché de travaux ou de services.	Contrat par lequel l'adjudicateur confie la prestation et la gestion de services présentant un intérêt économique direct pour l'adjudicateur à un opérateur économique qui supporte le risque réel d'exploitation.	Contrat par lequel l'adjudicateur confie la prestation et la gestion de services présentant un intérêt économique direct pour l'adjudicateur à un opérateur économique qui ne supporte pas le risque réel d'exploitation.
Durée	**Longue** (bail classique: 36 ans)	**Longue** (min: 15ans, max: 99 ans)	**Longue ou courte** (déterminé librement)	**Longue ou courte** (déterminé librement)	Pas de durée maximale imposée (dans le respect des principes européens), mais **précarité**	**Courte** (en principe 5 ans, extension possible moyennant motivation)	**Courte** (En principe maximum 4 ans)
Niveau de sécurité foncière du point de vue de l'agriculteur	**Élevé**	**Élevé**	**Moyen** Possibilité pour le propriétaire de récupérer le terrain s'il peut justifier devant un juge un besoin pressant et imprévu de sa chose	**Faible**	**Moyen** Possibilité pour le pouvoir public de donner congé pour raison d'intérêt général	**Élevé**	**Élevé**
Possibilité d'introduire des obligations passives (Obligations de ne pas faire)	**Limité** Toutes les clauses (dont environnementales) sont limitatives et définies dans la loi sur le bail à ferme.	**Oui** Possibilité de définir la destination du bien dans l'emphytéose et donc de prévoir des clauses de rupture en cas de non-respect de celle-ci	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat
Possibilité d'introduire des obligations actives (obligations de faire)	**Non** La liberté de culture prévaut	**Non** En principe pas compatible avec le transfert du droit réel octroyant la pleine jouissance	**Non** Les obligations actives vont à l'encontre de la gratuité du commodat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** Clauses librement définies dans le contrat	**Oui** L'objet du contrat vise à confier la prestation et la gestion de services présentant un intérêt économique direct pour l'adjudicateur à un opérateur économique	**Oui** L'objet du contrat vise à confier la prestation et la gestion de services présentant un intérêt économique direct pour l'adjudicateur à un opérateur économique

Caractéristiques	Bail à ferme (législation Bruxelloise)	Bail emphytéotique	Commodat	Occupation précaire	Concessions domaniales	Concessions de services	Marché public de services
Charge administrative pour le propriétaire	**Faible** Dès lors que les procédures d'adjudication sont mises en place	**Moyenne** Nécessite une mise en concurrence et un acte notarié	**Faible** Nécessite une mise en concurrence et la rédaction du contrat	**Faible** Nécessite une mise en concurrence et la rédaction du contrat	**Faible** Nécessite une mise en concurrence et la rédaction du contrat.	**Élevée / Moyenne** Nécessite d'évaluer la valeur de la concession pour l'application éventuelle de règles d'attribution et d'exécution. Moyenne dès lors que les procédures sont connues.	**Élevée / Moyenne** Suivi du processus de mise en concurrence et respect des règles des marchés publics (attribution et exécution)
Caractère onéreux	**OUI** Fermage (loyer) plafonné par arrêté	**OUI ou NON** Paiement d'un canon emphytéotique par le locateur au propriétaire	**NON**	**OUI ou NON** Paiement éventuel d'une redevance par le locataire au propriétaire	**OUI ou NON** Paiement éventuel d'une redevance par le locataire au propriétaire	**OUI** Caractère onéreux pouvant aller dans les deux sens: par le concessionnaire et/ou par l'adjudicateur	**OUI** Rémunération payée par l'adjudicateur à celui qui fournit les services
Risque de requalification en bail à ferme	-	**Faible** Le risque de requalification en bail à ferme est faible si les caractéristiques de l'emphytéose sont respectés, telles que la durée de 15 ans minimum et le transfert de droit réel permettant à l'occupant d'hypothéquer le terrain.	**Faible** Tant que la gratuité est respectée.	**Élevé** En cas de paiement d'une redevance, et si les principes du bail à ferme sont rencontrés (par ex agriculteur professionnel) le risque d'une requalification en bail à ferme est réel	**Faible** Si le contrat correspond aux caractéristiques de la concession domaniale	**Faible** Si le contrat correspond aux caractéristiques de la concession de services	**Faible** Si le contrat correspond aux caractéristiques du marché public
Risque de requalification en marché public	**Faible** Pour autant que le contrat ne s'apparente pas à un marché public (soit, une prestation de service, une fourniture de biens ou des travaux contre le paiement d'un prix)	**Faible** Pour autant que le contrat ne s'apparente pas à un marché public (soit, une prestation de service, une fourniture de biens ou des travaux contre le paiement d'un prix)	**Faible** Pour autant que le contrat ne s'apparente pas à un marché public (soit, une prestation de service, une fourniture de biens ou des travaux contre le paiement d'un prix)	**Faible** Pour autant que le contrat ne s'apparente pas à un marché public (soit, une prestation de service, une fourniture de biens ou des travaux contre le paiement d'un prix)	**Faible** Pour autant que le contrat ne s'apparente pas à un marché public (soit, une prestation de service, une fourniture de biens ou des travaux contre le paiement d'un prix)	**Modéré** Pour autant que la concession de services ne présente pas les caractéristiques d'un marché public, et notamment l'absence de transfert de risque réel d'exploitation	-

3.3 ARBRE DÉCISIONNEL

L'étude des caractéristiques des différents contrats ci-dessus permet de recommander certaines formes juridiques en fonction des objectifs poursuivis par le pouvoir public. Le contrat de bail à ferme est le premier à envisager (une loi est prévue à cet effet) dès lors qu'on se trouve dans le cadre d'une mise à disposition pour de l'agriculture professionnelle (Projet 1). L'impossibilité d'y inclure des clauses environnementales pour favoriser l'accès à la terre pour une agriculture durable (Projet 2) poussera certains pouvoirs publics à opter pour le contrat d'emphytéose, le commodat ou encore la concession domaniale (sur les terres publiques uniquement). Les projets à plus-value socio-économique (Projet 3) pourront également être privilégiés par l'utilisation de baux emphytéotiques, commodats ou de concessions domaniales pour peu que les obligations restent passives (obligations de ne pas faire ceci ou cela). L'introduction d'obligations actives (obligation de faire ceci ou cela) devra passer par des contrats de concession de services ou de marché public.

La mise en place d'un système in-house (Projet 4) où la production est vendue à une cuisine publique est complexe (mais pertinent!) et sort du contexte de cette étude. La mise à disposition d'un terrain (et éventuellement d'infrastructures) pour le développement d'un ferme d'animation (Projet 5) peut se faire via un contrat de concession ou un marché public. Enfin, les potagers collectifs (Projet 6) sont le plus souvent mis à disposition via des contrats d'occupation précaire.

ÉTAPE 1 – Analyse du terrain libre d'occupation

ÉTAPE 2 – Définition des objectifs du pouvoir public

A. PROJET DONT L'OBJECTIF PRINCIPAL EST LA PRODUCTION AGRICOLE DE FAÇON PROFESSIONNELLE

PROJET 1
Production agricole professionnelle

PROJET 2
Production agricole professionnelle ET clauses environnementales

PROJET 3
Production agricole professionnelle ET clauses socio-économiques

PROJET 4
Production agricole professionnelle dont une partie est commercialisée en In-House

B. PROJET DONT LA PRODUCTION AGRICOLE N'EST PAS L'OBJECTIF PRINCIPAL

PROJET 5
Projet multifonctionnel dont l'agriculture n'est qu'une fonction parmi d'autres

PROJET 6
Projet de potagers collectifs ou familiaux

ÉTAPE 3 – Choix du contrat de mise à disposition le plus approprié

PROJET 1
Contrat conseillé
Le Bail à ferme
Alternatives

PROJET 2
Contrats conseillés
Le bail emphytéotique,
le contrat
de commodat,
la concession
domaniale

PROJET 3
Contrats conseillés:
Le bail emphytéotique,
Marché public,
Concessions
de services

PROJET 4
Pistes à étudier :
Marché public,
Concessions
de services,
Maraîcher-
fonctionnaire

PROJET 5
Contrat conseillé
La concession
de services
Alternative

PROJET 6
Contrat conseillé
La convention
d'occupation
précaire

ÉTAPE 4 – Modalités de mise en concurrence

Tableau

PROJET 1

PRODUCTION AGRICOLE PROFESSIONNELLE

Le pouvoir public souhaite soutenir au travers d'une mise à disposition de terrain l'installation ou l'extension d'un projet agricole professionnel sur son territoire.

Outre l'activité agricole, le pouvoir public n'a pas d'exigence en terme de critères environnementaux (agriculture biologique) ou de services socio-économique (accueil de public, organisation de formation, commercialisation ciblée, etc.).

Contrat conseillé : Le Bail à ferme

La loi sur le bail à ferme encadre légalement la mise à disposition de terres agricoles par des propriétaires privés et publics à des agriculteurs professionnels.

Le bail à ferme se décline sous différentes formes qui ont en commun une durée longue (à l'exception du bail de courte durée), un loyer plafonné légalement (fermage), une liberté de culture ou encore un droit de préemption en cas de vente.

ALTERNATIVES

Les alternatives les plus pertinentes au bail à ferme sont le **bail emphytéotique** (paiement d'un loyer appelé canon emphytéotique, durée entre 15 et 99 ans) et le contrat de **Commodat** (gratuité, durée librement déterminée). Ces alternatives permettent au pouvoir public de mettre un terrain à disposition d'un agriculteur pour une durée plus courte que le bail à ferme. Il convient cependant d'être vigilant au fait que les agriculteurs ont besoin de garanties sur le long terme sur leur outil de travail (la terre) pour y développer de bonnes pratiques agricoles et une activité économique saine.

Sur le domaine public, une autre alternative est la **concession domaniale**. Ce titre d'occupation prévoit le paiement d'une redevance mais revêt un caractère précaire. Celui-ci doit cependant être nuancé: le pouvoir public s'engage à mettre un terrain à disposition d'un tiers pour une durée déterminée contractuellement et seul un besoin d'intérêt général peut induire une résiliation anticipée de la concession domaniale, moyennant une indemnisation de l'occupant.

PROJET 2

PRODUCTION AGRICOLE PROFESSIONNELLE ET CLAUSES ENVIRONNEMENTALES

Le pouvoir public souhaite soutenir au travers d'une mise à disposition de terrain l'installation ou l'extension d'un projet agricole professionnel sur son territoire.

Outre l'activité agricole, le pouvoir public n'a pas d'exigence en terme de critères environnementaux (agriculture biologique) ou de services socio-économique (accueil de public, organisation de formation, commercialisation ciblée, etc.).

Contrats conseillés

Le bail emphytéotique est une alternative solide au bail à ferme pour mettre en œuvre un projet agricole avec des clauses environnementales. Il s'agit d'un transfert de droit réel d'usage de la propriété qui octroie à l'agriculteur un droit de jouissance du terrain. L'emphytéose est conclu pour une durée librement établie allant de minimum 15 à maximum 99 ans. Elle peut être à titre soit gratuit soit onéreux. Elle nécessite un acte notarié et le paiement de droits d'enregistrements. Ce contrat permet à l'agriculteur de disposer d'un contrat d'occupation plus fort que le contrat de commodat. Il pourra notamment y contracter une hypothèque. Afin de créer des conditions intéressantes pour le projet agricole, il est conseillé de pratiquer une durée longue de mise à disposition (par exemple 27 ans).

Le contrat de commodat est une autre alternative qui a pour objet la mise à disposition d'un terrain à titre gratuit pour une durée librement établie entre les parties. Ce type de contrat est inscrit au Code Civil et permet d'inclure des clauses environnementales à condition que la gratuité (condition essentielle du contrat) soit préservée. Il convient pour cela d'exiger des obligations passives ou limitatives de l'agriculteur (par exemple l'interdiction d'utiliser des produits phytosanitaire). Afin de créer des conditions intéressantes pour le projet agricole, il est conseillé de pratiquer une durée longue de mise à disposition (par exemple 27 ans).

Sur le domaine public, le plus pertinent sera d'utiliser **une concession domaniale** qui permet également l'introduction de clauses limitatives telles que des clauses environnementales. Ce titre d'occupation prévoit le paiement d'une redevance mais revêt un caractère précaire. Celui-ci doit cependant être nuancé: le pouvoir public s'engage à mettre un terrain à disposition d'un tiers pour une durée déterminée contractuellement et seul un besoin d'intérêt général peut induire une résiliation anticipée de la concession domaniale, moyennant une indemnisation de l'occupant.

ALTERNATIVE

Le Bail à ferme peut être utilisé si les caractéristiques du terrain et le cadre légal applicable permettent l'introduction de clauses environnementales.

En Région de Bruxelles Capitale et en Région flamande le bail à ferme ne peut pas inclure de clauses environnementales. La réforme à venir du bail à ferme devrait inclure cette possibilité.

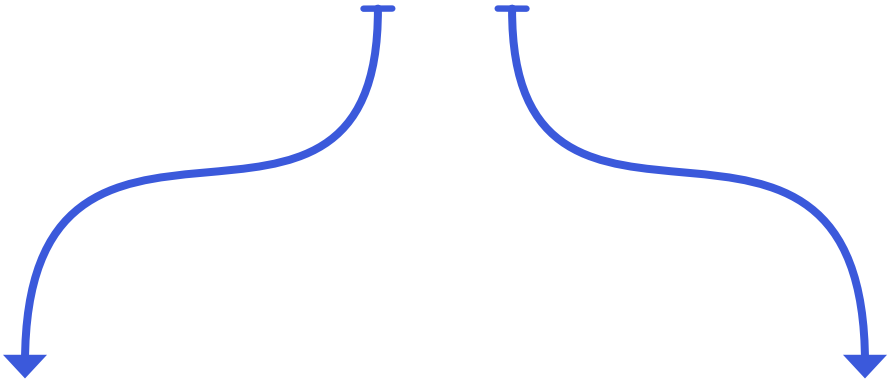
En Région Walonne: La récente réforme du bail à ferme a renforcé les possibilités d'introduire des clauses environnementales. Attention toutefois que les clauses visant la limitation ou l'interdiction de l'utilisation de fertilisants et de produits phytosanitaires sont uniquement applicables en zone verte à haute valeur biologique ou en zone de prévention définie par le Code de l'Eau.

PROJET 3

PRODUCTION AGRICOLE PROFESSIONNELLE ET CLAUSES SOCIO-ÉCONOMIQUES (ET ÉVENTUELLEMENT CLAUSES ENVIRONNEMENTALES)

Le pouvoir public souhaite soutenir l'installation d'un projet agricole professionnel avec des exigences sur le plan socio-économiques: obligation de commercialiser en circuit-court, obligations de mettre en place un pôle pédagogique, obligation d'employer des personnes en réinsertion socio-professionnelle ou en soin psychiatrique, etc. Ces exigences peuvent également être accompagnées d'exigences environnementales similaires au projet 2.

Le pouvoir public n'a pas d'intentions de prendre part activement au projet par exemple par le rachat d'une partie de la production ou par la prise en charge d'activités sur le terrain. Un exemple type de ce projet est une ferme professionnelle avec un pôle pédagogique (ferme pédagogique).



Le pouvoir public souhaite imposer des limites à la jouissance ou des obligations passives à l'agriculteur. Il acte, au travers du contrat, des intentions sans les traduire en engagements fermes et contrôlables.

Exemples: limtation des praiques agricoles à des pratiques issues de l'agriculture biologique, obligation de commercialisation en circuit court, ouverture à un partenariat avec des écoles ou des entreprises de travail adapté, etc.

Contrats conseillés

Le **bail emphytéotique** est une solution solide pour mettre en œuvre un projet agricole avec obligations passives de rendre des services socio-économiques. Il s'agit d'un transfert de droit réel démembré de la propriété qui octroie à l'agriculteur un droit de jouissance du terrain. L'emphytéose est conclu pour une durée librement établie allant de minimum 15 à maximum 99 ans. Elle peut être à titre soit gratuit soit onéreux. Elle nécessite un acte notarié et le paiement de droits d'enregistrements. Ce contrat permet à l'agriculteur de disposer d'un contrat d'occupation plus fort que le contrat de commodat. Il pourra notamment

Le pouvoir public souhaite imposer des éxigences précises ou des obligations actives. Il acte, au travers du contrat, des objectifs précis et contrôlables à l'occupant.

Exemples: obligation de suivre un itinéraire technique précis, commercialisation via des cannaux pré-définis, partenariat avec un nombre défini d'écoles / acceuil d'un nombre défini d'élèves par an, engagement d'un nombre défini de personnes en réinsertion, etc.

Contrat conseillé

Le contrat de **concession de services** est un contrat qui permet à un pouvoir public (adjudicateur) de confier la prestation et la gestion de services à un concessionnaire qui devra en contrepartie exploiter ces services. Ce contrat se base sur trois éléments caractéristiques: le droit pour le concessionnaire d'exploiter les services, le caractère onéreux et le transfert du risque d'exploitation vers le concessionnaire. Il faut donc éviter qu'une clause du contrat garantisse que le concessionnaire puisse couvrir les coûts qu'il expose pour l'exécution de la concession, indépendamment des aléas du marché.

y contracter une hypothèque. Afin de créer des conditions intéressantes pour le projet agricole, il est conseillé de pratiquer une durée longue de mise à disposition (par exemple 27 ans).

Le **contrat de commodat** est une autre alternative permettant d'inclure des clauses socio-économiques telles que décrites ci-dessus. Il a pour objet la mise à disposition d'un terrain à titre gratuit pour une durée librement établie entre les parties. Ce type de contrat est inscrit au Code Civil et permet d'inclure des clauses environnementales à condition que la gratuité (condition essentielle du contrat) soit préservée. Il convient pour cela d'exiger des obligations passives ou limitatives de l'agriculteur (par exemple l'interdiction d'utiliser des produits phytosanitaire). Afin de créer des conditions intéressantes pour le projet agricole, il est conseillé de pratiquer une durée longue de mise à disposition (par exemple 27 ans).

Sur le domaine public, le plus pertinent sera d'utiliser une **concession domaniale** qui permet également l'introduction de clauses limitatives telles que des clauses environnementales. Ce titre d'occupation prévoit le paiement d'une redevance mais revêt un caractère précaire. Celui-ci doit cependant être nuancé: le pouvoir public s'engage à mettre un terrain à disposition d'un tiers pour une durée déterminée contractuellement et seul un besoin d'intérêt général peut induire une résiliation anticipée de la concession domaniale, moyennant une indemnisation de l'occupant.

Si la valeur de la concession est inférieure à 5,35 millions d'euros, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession ne s'applique pas et la complexité de mise en œuvre pour la pouvoir public sera limitée (et équivalente à celle des concessions domaniales).

La durée de la concession est généralement limitée à 5-6 ans mais une période plus longue peut être envisagée à condition de rester sous la valeur des 5,35 millions d'€ de valeur de concession.

Le lancement d'un **marché public** est une alternative au contrat de concession de services dès lors qu'il s'avère que le service à exploiter pour atteindre les objectifs n'est pas suffisamment rentable, présente des risques d'exploitation et n'attirerait aucun opérateur. Le marché public de services est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet la prestation de services qui présentent un intérêt économique direct pour l'adjudicateur. Les services prestés par l'opérateur économique seront donc rémunérés par le pouvoir public qui aura en retour la liberté de définir précisément le cahier des charges du marché.

PROJET 4

PRODUCTION AGRICOLE PROFESSIONNELLE DONT UNE PARTIE EST COMMERCIALISÉE EN IN-HOUSE

Le pouvoir public souhaite qu'une partie de la production agricole produite sur les terres dont il est propriétaire soit commercialisée en in-house, c-à-d vendue à d'autres de ses institutions publiques remplissant les conditions du In-House telles qu'une cuisine centrale ou une crèche. Cette stratégie permet au pouvoir public d'approvisionner ses cuisines en produits frais et locaux sans devoir passer par un marché public. Ce modèle n'a pas été approfondi dans le cadre de cette étude.

PISTES À ÉTUDIER :

- Marché public
- Concessions de services
- Maraîcher-fonctionnaire

PROJET 5

PROJET MULTIFONCTIONNEL DONT L'AGRICULTURE N'EST QU'UNE FONCTION PARMI D'AUTRES

Le pouvoir public souhaite ici installer un projet de ferme d'animation où les volets d'accueil et de pédagogie prévalent au volet agricole.

Contrat conseillé : la concession de services

Pour peu que le pouvoir public puisse offre des conditions économiques suffisamment intéressante (durée, état du bien, localisation, etc.), il pourra sélectionner un concessionnaire dans le cadre d'un appel à concessionnaire qui aura la liberté d'exploiter les services visés par le pouvoir public. Les caractéristiques de la concession de services sont:

- le caractère onéreux
- la liberté d'exploiter les services pris en concession
- le transfert du risque d'exploitation

ALTERNATIVE À LA CONCESSION :

le **Marché Public**

Si les conditions dans lesquelles le terrain est mis à disposition ne permet pas d'attirer un acteur économique qui supporterait le risque d'exploitation, le pouvoir public peut procéder à un marché public qui permettra de sélectionner le meilleur opérateur pour le projet souhaité. Cet opérateur sera rémunéré pour fournir les services demandés.

PROJET 6

PROJET DE POTAGERS COLLECTIFS OU FAMILIAUX

Le focus ici n'est plus l'installation de producteurs professionnels mais de producteurs amateurs au sein de potagers collectifs.

Contrat conseillé : la convention d'occupation précaire

Degré de publicité et de mise en concurrence	**Type de contrat**	**Mode de publicité**	**Choix de la procédure**
Basique	Emphytéose, commodat, occupation précaire, concession domaniale d'une valeur et d'une importance peu élevées	Publicité sur support simple (ex. site internet) et information à une série d'opérateurs potentiellement intéressés selon l'appréciation de l'autorité	Principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques
Moyen	Bail à ferme Concessions de service dont la valeur est en-dessous des seuils européens Emphytéose, commodat, occupation précaire, concession domaniale, d'une valeur et d'une importance plus élevée	Publicité multi-supports (ex. site internet, revue spécialisée, publication aux valves communales, information à une série d'opérateurs potentiellement intéressés…) selon l'appréciation de l'autorité	Mise en place d'une procédure d'attribution *sui generis* cadrée selon l'appréciation de l'autorité. Si bail à ferme, procédure suivant la loi sur le bail à ferme
Renforcé	Concession de services dont la valeur dépasse les seuils européens Marché public dont la valeur est en-dessous des seuils européens	Publicité définie par la loi	Mise en place d'une procédure de passation définie par la loi (loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions)
Fort	Marché public dont la valeur dépasse les seuils européens	Publicité renforcée définie par la loi	Mise en place d'une procédure de passation renforcée définie par la loi (loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics)

3.4 AIDES D'ÉTAT

Dans une analyse des aides d'Etat il convient de procéder en deux temps:

En premier lieu, il faut déterminer si les mesures en cause relèvent de la qualification d'aide d'Etat.

A titre préliminaire, il s'agit de vérifier que le bénéficiaire de la mesure en cause est une « entreprise » au sens de la jurisprudence européenne. Dans le contexte du droit de la concurrence, « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».[4]

La plupart des activités qui peuvent être envisagées (activités de maraîchage ou agricoles, activités d'élevage, de pâturage, activités d'épicerie, traiteur, restauration,...) sont des activités économiques, indépendamment des tarifs et des conditions dans lesquelles elles seront pratiquées dans la mesure où elles reposent sur l'échange de biens et de services sur un marché donné.

Dans un deuxième temps, il faut déterminer si la mesure concernée est bien une aide d'Etat. Pour cela quatre conditions cumulatives doivent être remplies:

- La mesure est accordée par une autorité publique ou au moyen de ressources publiques
- La mesure apporte un avantage économique au bénéficiaire
- La mesure est sélective (c'est-à-dire que l'aide accordée favorise certaines entreprises ou certaines productions)
- La mesure crée une distorsion de concurrence sur le marché européen

Pour peu qu'une de ces conditions ne soit pas remplie, la réglementation relative aux aides d'Etat n'est pas applicable.

Une analyse juridique prudente conviendra que la mise à disposition d'une terre agricole à des conditions économiques favorables (par exemple à titre gratuit) représente une aide d'État. La mise à disposition à des conditions égales à celles du marché (par exemple via un bail à ferme) ne représente pas une aide d'État.

En second lieu, si les mesures sont bien des aides d'Etat, il faudra identifier la réglementation particulière à appliquer, parmi l'ensemble de la réglementation européenne en matière d'aides d'État afin de vérifier que les mesures envisagées sont bien conformes à la réglementation relative aux aides d'État.

Dans le cadre du règlement des aides ***de minimis agricole***, la Commission considère qu'une aide n'affecte pas les échanges entre Etats membres et/ou ne fausse pas ou ne menace pas de fausser la concurrence dans le secteur agricole si le montant total des aides reçues par l'entreprise bénéficiaire n'excède pas 20 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux. La valeur de l'aide se calcule comme la somme de toutes les aides financières perçues par une entreprise qui rentre dans le cadre du règlement de minimis précité. Précisons par ailleurs que les aides relatives aux activités de transformation et de commercialisation de produits agricoles tombent sous les règles d'aides ***de minimis général***, plafonnées à 200 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux.

La Commission européenne reconnaît la spécificité de certaines activités qui, si elles sont économiques, revêtent des caractères d' « intérêt général » qui requièrent qu'elles fassent l'objet de règles particulières. Il s'agit des services d'intérêt économique général (SIEG). La mise à disposition d'un terrain à des fins purement agricoles est a priori hors du champ d'application des SIEG. Par contre les activités mixtes (activités

[4] Arrêt de la Cour du 23 avril 1991, Höfner and Elser c/ Macrotron, C-41/90, para 21 ; Arrêt du Tribunal de l'UE du 20 septembre 2019, Port auto-nome du Centre and de l'Ouest c/ Commission, T 673/17, para 61 (activité économique des ports).

pédagogiques, sociales, etc.) doivent être examinées au cas par cas par l'autorité publique afin de savoir s'il s'agit d'un SIEG ou non. Le montant total des aides *de minimis* octroyées à une même entreprise fournissant des services d'intérêt économique général (SIEG) ne peut excéder 500 000 EUR sur une période de trois exercices fiscaux.

En toute hypothèse, le régime juridique en matière d'aides d'Etat qui sera appliqué doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas, en fonction des spécificités de chaque projet et selon les aides que ce projet a le cas échéant déjà reçues ou devrait encore recevoir. Pour plus d'information, nous renvoyons à une note juridique relative aux aides d'états disponible sur demande.

3.5 MISE EN CONCURRENCE

A chaque fois qu'un pouvoir public décide d'octroyer un titre d'occupation, se pose la question des modalités de mise en concurrence qui doivent être mises en place.

Le législateur européen n'a pas explicitement réglé la question de la mise en concurrence des concessions domaniales, comme elle ne l'a pas davantage fait pour les autres types de titres d'occupation du domaine privé ou les quelconques droits réels. L'octroi de titres d'occupation du domaine de l'administration et de droits réels ne sont pas soumis aux obligations de concurrence découlant directement de la réglementation des marchés publics. Elles ne sont pas davantage couvertes par les obligations découlant de la directive relatives aux concessions.

Néanmoins, sous l'influence du droit communautaire, l'obligation de tenir compte des principes généraux de transparence, d'égalité et de non-discrimination s'est progressivement affermie dans le cadre de l'octroi des titres d'occupation et des droits réels.

La Cour de Justice a déjà eu l'occasion de juger qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'apprécier le niveau de mise en concurrence nécessaire en fonction de la spécificité de la concession de service:

- D'une part, la rareté de la ressource peut amener à appliquer les principes généraux de transparence, d'égalité et de non-discrimination. Les terres agricoles étant des ressources naturelles pouvant être considérées comme rares, tout pouvoir public est contraint d'appliquer une procédure de sélection à l'aune des principes généraux de transparence, d'égalité et de non-discrimination.
- D'autre part, l'intérêt transfrontalier de l'opération immobilière, quand d'application, peut également obliger l'autorité publique à appliquer les principes généraux et prévoir une publicité suffisamment large.

Pour les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, la Nouvelle loi communale contient un Titre VI relatif aux biens et revenus de la Commune qui ne fait pas référence à une quelconque procédure de sélection dans le cadre de l'octroi d'un droit réel ou personnel. En revanche, en cas d'aliénation de droit réel (telle qu'une emphytéose ou une superficie) par une commune, la circulaire du 22 décembre 2015 (2014/14) invite les communes à respecter le principe d'égalité entre les acquéreurs potentiels ainsi que le principe de transparence en recourant à une publicité préalable par tous les moyens appropriés, quel que soit le mode de vente choisi.

L'octroi d'un bail à ferme

La loi sur le bail à ferme prévoit explicitement des obligations particulières de mise en concurrence. Tout pouvoir public qui souhaite louer un terrain de son domaine par bail à ferme se doit donc obliger de respecter ces obligations.

- Si le terrain est localisé en Région de Bruxelles-Capitale ou en Région flamande, c'est la disposition d'origine fédérale de l'article 18 de la loi du 4 novembre 1969 relative au bail à ferme qui s'applique, à défaut de décret régional ayant été adopté à la suite de la 6ème réforme de l'État.
- En revanche, si le terrain est localisé en Région wallonne, la disposition applicable en Région wallonne de l'article 18 de la loi du 4 novembre 1969 relative au bail à ferme s'applique (législation modifiée par le décret wallon du 2 mail 2019). Cette disposition impose des obligations de mise en concurrence particulières découlant des principes de transparence et d'égalité de traitement. Il est à noter qu'un arrêté du Gouvernement wallon du 20 juin 2019 fixe les modalités de mise sous bail à ferme des biens ruraux appartenant à des pouvoirs publics et renvoie à arrêté ministériel établissant un modèle-type de cahier des charges.

Tableau récapitulatif des modalités de mise en concurrence

Comme mentionné ci-dessus il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer le degré de publicité et de mise en concurrence au regard de la rareté de la ressource et de l'intérêt transfrontalier. Pour le bail à ferme, la concession de service au-dessus des seuils européens et le marché public, il existe des prescriptions claire dans la loi.

Degré de publicité et de mise en concurrence	**Type de contrat**	**Mode de publicité**	**Choix de la procédure**
Basique	Emphytéose, commodat, occupation précaire, concession domaniale d'une valeur et d'une importance peu élevées	Publicité sur support simple (ex. site internet) et information à une série d'opérateurs potentiellement intéressés selon l'appréciation de l'autorité	Principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques
Moyen	Bail à ferme Concessions de service dont la valeur est en-dessous des seuils européens Emphytéose, commodat, occupation précaire, concession domaniale, d'une valeur et d'une importance plus élevée	Publicité multi-supports (ex. site internet, revue spécialisée, publication aux valves communales, information à une série d'opérateurs potentiellement intéressés…) selon l'appréciation de l'autorité	Mise en place d'une procédure d'attribution *sui generis* cadrée selon l'appréciation de l'autorité. Si bail à ferme, procédure suivant la loi sur le bail à ferme
Renforcé	Concession de services dont la valeur dépasse les seuils européens Marché public dont la valeur est en-dessous des seuils européens	Publicité définie par la loi	Mise en place d'une procédure de passation définie par la loi (loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions)
Fort	Marché public dont la valeur dépasse les seuils européens	Publicité renforcée définie par la loi	Mise en place d'une procédure de passation renforcée définie par la loi (loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics)

4. POUR ALLER PLUS LOIN

Nous espérons que le guide ci-dessus aura permis au lecteur d'en apprendre davantage sur le champ des possibilités qui s'offre aux pouvoirs publics en terme d'outils juridiques pour mener à bien la mise à disposition de leur foncier agricole. Il est probable que cette lecture soulève également de nouvelles questions. Pour y répondre, les pouvoirs publics sont invités à s'entourer d'experts tant juridique qu'agricole pour mettre une politique foncière sur pied et réaliser des mises à dispositions de terres agricoles selon des objectifs et des procédures clairement pré-établies.

A ce titre, un contact peut être pris avec les acteurs suivants qui ont développés des compétences dans l'accompagnement de pouvoirs publics sur cette thématique :

- En Région de Bruxelles Capitale, le **Facilitateur Agriculture Urbaine** offre un service gratuit d'accompagnement des pouvoirs publics dans leurs réflexions autour de l'agriculture urbaine.

www.agricultureurbaine.brussels · facilitateurAU@goodfood.brussels

- En Région Wallonne: Le mouvement **Terre-en-vue** travaille étroitement avec les communes depuis plusieurs années autour de la thématique de la mobilisation des terres publiques pour une agriculture durabe.

www.terre-en-vue.be · info@terre-en-vue.be

- En Région Flamande: le mouvement **De Landgenoten** offre un service d'accompagnement aux communes pour développer une politique foncière durable.

www.delandgenoten.be · contact@delandgenoten.be

ANNEXE 1
DESCRIPTION SOMMAIRE DES CONTRATS ÉTUDIÉS

Bail à ferme

Base légale: loi sur le bail à ferme (régionalisée)

Le bail à ferme est un contrat de location qui peut être octroyé par un propriétaire foncier à un agriculteur. Ce contrat est encadré par la loi sur le bail à ferme. C'est historiquement le contrat le plus utilisé par les pouvoirs publics pour louer leurs terres agricoles.

Il existe différents baux à fermes mais tous permettent à l'agriculteur de jouir d'une liberté de culture, c'est-à-dire que le propriétaire ne peut intervenir sur le type de cultures ou sur le mode de culture. En Wallonie, la réforme du bail à ferme a renforcé les possibilités d'introduire des clauses environnementales mais celles-ci restent cantonnées aux seules prairies à haute valeur biologique et aux zones de protection (captage d'eau). Le bail à ferme permet certaines exceptions comme la préservation des haies, arbres, chemins, etc.

Le bail à ferme n'est donc pas, dans sa forme actuelle, un outil juridique approprié pour un pouvoir public qui souhaite soumettre une occupation agricole à des clauses environnementales ou à d'autres obligations sociales ou économiques.

En revanche, le bail à ferme est l'outil juridique naturel et le plus efficace pour mettre un terrain à disposition d'un agriculteur sans autres contraintes que le simple fait d'exploiter les terrains.

Commodat

Base légale: Livre III, titre X, Chapitre I du Code civil (fédéral)

Le commodat, ou prêt à usage, est un contrat par lequel un propriétaire foncier peut mettre un terrain à disposition d'un agriculteur à titre gratuit et pour une durée librement établie entre les parties (soit déterminée soit indéterminée). La gratuité est un caractère essentiel du contrat au risque que celui-ci soit requalifié en bail à ferme.

Les clauses du commodat sont librement établies entre les parties, ce qui permet à un pouvoir public d'inclure des clauses, notamment environnementales, dans le contrat de commodat qu'il octroierait à un agriculteur. Il est cependant essentiel que le commodat conserve son caractère gratuit et il est dès lors conseillé de ne soumettre l'emprunteur qu'à des obligations passives uniquement. Toute obligation active pourrait en effet remettre en question la gratuité de l'occupation.

- Exemples d'obligations passives: limites à la jouissance du bien, respecter des clauses limitatives (interdiction d'utiliser des produits phytosanitaire), être ouvert à l'accueil du public, etc.
- Exemples d'obligations actives: obligation de suivre un itinéraire technique précis, obligation d'accueillir un nombre définis de visiteurs par an, etc.

Plusieurs pouvoirs publics, notamment des Communes, utilisent cette forme juridique qui est plus souple que le bail à ferme pour mettre leurs terres à disposition d'agriculteurs-trices avec des clauses environnementales, sociales ou économiques. Il est cependant important de signaler que le commodat revêt un aspect plus précaire que d'autres contrats ce qui risque de dissuader les meilleurs projets agricoles dans le cadre d'un appel à projets. En effet, le Code civil prévoit que si le prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. Cette possibilité de rupture unilatérale est atténuée par le fait qu'un juge doit reconnaître l'aspect pressant et imprévu du besoin du prêteur.

Occupation précaire

Base légale: Ce contrat n'est pas élaboré dans le code civil et est uniquement développé dans la doctrine et la jurisprudence.

Le contrat d'occupation précaire permet à un propriétaire foncier de mettre un terrain à disposition d'un agriculteur à titre précaire en vue d'aménager une solution d'attente. La durée est à déterminer, soit à l'échéance d'un terme à définir contractuellement, soit par la réalisation d'un évènement défini contractuellement. Le contrat peut être gratuit ou onéreux mais le caractère onéreux peut mener à une requalification en bail à ferme. La précarité du contrat doit être justifié par un motif ou un évènement spécifique et connu (réalisation du bien, exécution de travaux, ...).

Ce contrat est le plus souvent utilisé par les pouvoir publics pour mettre des espaces de potagers collectifs à disposition de citoyens ou en phase transitoire, dans l'attente du développement d'un projet définitif.

Droit de superficie et Bail emphytéotique

Base légale: suite à la réforme du droit des biens entrée en vigueur au 1er septembre 2021, les baux emphytéotiques et de superficies ont été incorporés dans le nouveau Code Civil.

Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui est accordé à une personne (le superficiaire) qui dispose de la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations réalisés dans, sur ou au-dessus du bien immobilier d'une autre personne (le tréfoncier). La durée du contrat est librement établie entre les parties avec une durée maximum de 99 ans. Le contrat est conclu à titre gratuit ou onéreux. Les constructions et plantations deviennent la propriété du tréfoncier à l'échéance du terme.

Le bail emphytéotique octroie au preneur (l'emphytéote) un droit de jouissance du bien qui lui donne la possibilité de changer la destination du bien ou d'y effectuer travaux. L'emphytéote peut disposer du bien sans restrictions, en ce compris constituer des sûretés (hypothèque). La durée du contrat est librement établie entre les parties avec une durée minimum de 15 ans et maximum de 99 ans.

Ces deux formes de bail nécessitent un acte notarié.

Concession domaniale

La loi ne propose aucune définition de la concession domaniale. Cette figure juridique a été définie par la doctrine et la jurisprudence comme *« un contrat administratif par lequel l'autorité publique concédante accorde une autorisation domaniale, un droit d'utilisation privative du domaine public »*. En d'autres termes, la concession domaniale est un contrat par lequel l'administration confie temporairement, éventuellement en contrepartie du paiement d'une indemnité ou d'une rétribution, à un particulier ou à une entreprise l'autorisation d'utiliser une partie du domaine public de manière exclusive et dans un but bien défini. Par opposition à ce qui vaut pour la concession de service public, l'utilisation du domaine autorisée par une convention de concession domaniale ne sert pas nécessairement l'intérêt général mais permet l'exercice d'une activité privée.

Utilisée pour la mise à disposition d'une parcelle du domaine public, la concession domaniale peut se combiner à une concession de services ou de travaux (dont elle est l'accessoire naturel) ou un marché public de travaux ou de services. La durée ne doit pas être déterminée mais l'appartenance au domaine public implique une précarité. En effet, la loi du changement et la loi de continuité du service public, issus du droit administratif, imposent que le droit concédé sur un bien du domaine public soit précaire afin de faire face au progrès et à l'évolution constante des besoins de la vie collective. Le concédant peut donc à tout moment, pour des motifs d'intérêt général, modifier ou mettre fin à la concession.
Une concession domaniale peut être octroyée à titre gratuit ou à titre onéreux via le paiement d'une « redevance ».

Concession de services

Base légale: loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concessions

La concession de services est un contrat par lequel l'adjudicateur confie la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix, les services présentant un intérêt économique direct pour l'adjudicateur.

Les trois éléments constitutifs d'une concession de services sont donc:
- Le droit d'exploiter un service comme contrepartie
- le caractère onéreux
- le transfert du risque d'exploitation

Le transfert du risque d'exploitation suffisamment significatif doit transparaître du contrat de concession. Concrètement, afin de rencontrer la condition du transfert du risque d'exploitation, il faut éviter qu'une clause du contrat garantisse, d'une manière ou d'une autre, que le concessionnaire puisse couvrir les coûts qu'il expose pour l'exécution de la concession, indépendamment des aléas du marché.

Marché public de services

Base légale: loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics

Un marché public de services est un contrat à titre onéreux conclu entre un opérateur économique et un adjudicateur et ayant pour objet la prestation de services qui présentent un intérêt économique direct pour l'adjudicateur. Ce type de contrat a généralement une durée maximale de 4 ans et doit toujours être conclu à titre onéreux. La loi organise les mesures de publicité et de mise en concurrence.

INFO

bruxelles environnement .brussels

02 775 75 75 · ENVIRONNEMENT.BRUSSELS

Rédaction : Terre-en vue asbl / Equal Partners - Cabinet d'avocats / Bruxelles Environnement
Comité de lecture : Clayton & Segura
Editeurs responsable : B. Dewulf – B. Willocx (Bruxelles Environnement)
Photo : Terre en vue

© Bruxelles Environnement · Février 2022