

Recueils
MORIN

SOLUTIONS PROFESSIONNELLES NOTARIALES

Tome 3

**Opérations
de construction,
environnement,
droit rural**

18^e édition

par Guy Brault,
Guillaume Daudré,
Jean-Pierre Gilles
et Didier Krajewski

DEFRÉNOIS

un savoir-faire de
Lextenso

Recueils Morin

SOLUTIONS
PROFESSIONNELLES
NOTARIALES

Tome 3

Opérations
de construction,
environnement,
droit rural

18^e édition

Guy Brault
Guillaume Daudré
Jean-Pierre Gilles
Didier Krajewski

DEFRÉNOIS

un savoir-faire de
Lextenso

Dans la même collection

Initiés par Georges Morin, les « Recueils de solutions d'examens » évoluent pour répondre encore mieux aux attentes des professionnels du Notariat et aux évolutions de leur pratique quotidienne. Ainsi refondus, ils deviennent les Solutions professionnelles notariales en 4 tomes réunies dans la collection « Recueils Morin ».

Tome 1 : Actes courants, 16^e éd.

Tome 2 : Droit de la famille, 17^e éd.

Tome 3 : Opérations de construction, environnement, droit rural, 18^e éd.

Tome 4 : Droit des affaires, 15^e éd.



© 2022, Defrénois, Lextenso
1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex
www.defrenois.fr
EAN 9782856236352

Sommaire

Partie 1

Opérations de construction	7
A. Bail à construction.....	9
B. Cession de terrain ou de quotes-parts de terrain contre remise de locaux à construire.....	69
C. Sociétés de construction.....	103
D. Vente d'immeuble à construire.....	153
E. Autres contrats.....	213

Partie 2

Environnement	247
A. Label environnemental.....	249
B. Contraintes environnementales.....	277
C. Installations classées et pollution des sols.....	347
D. Production d'énergies renouvelables.....	367

Partie 3

Droit rural	391
A. Statut des baux ruraux.....	393
B. Baux ruraux – Contrôle des structures.....	427
C. Vente de biens ruraux.....	461
D. Échange d'immeubles ruraux.....	517
E. Transmission de l'exploitation.....	533
F. EARL.....	593
G. Société civile d'exploitation agricole.....	605
H. GAEC.....	617
I. GFA.....	643
J. Groupement forestier.....	661
K. Groupement foncier rural.....	677
Table des modèles	693
Index	695
Table analytique	701

Partie 1

Opérations de construction

A. Bail à construction : dossiers 1, 2, 3

B. Cession de terrain ou de quotes-parts de terrain contre remise de locaux à construire : dossiers 4, 5

C. Sociétés de construction : dossiers 6, 7

D. Vente d'immeuble à construire : dossiers 8, 9, 10

E. Autres contrats : dossiers 11, 12

A. Bail à construction

Sous cette rubrique nous avons sélectionné trois dossiers :

Le **dossier 1** a pour objet d'exposer le régime juridique et fiscal du bail à construction consenti par un particulier à une société commerciale qui projette d'édifier un entrepôt sur le terrain donné à bail.

Le **dossier 2** illustre l'intérêt du bail à construction pour réaliser une opération immobilière tant à titre privé qu'à titre professionnel et faciliter, en outre, la transmission de l'immeuble en cours d'édification.

Le **dossier 3**, enfin, illustre également l'intérêt du bail à construction dans la recherche d'une formule appropriée à la construction d'un bâtiment scolaire sur le terrain appartenant à une association.

- Bail à construction
- Société commerciale
- Bâtiment à usage d'entrepôt
- Division foncière
- Droit de préférence
- Fiscalité

Éléments du dossier

M. Subileau possède à Amiens, depuis 1990, une propriété bâtie consistant en un petit bâtiment à usage de dépôt, édifié sur un terrain de 15 000 m² apte à la construction de bâtiments à usage industriel ou commercial, bien que situé en dehors de tout lotissement ou zone aménagée.

La société « Gautron SA », recherchant un terrain pour y édifier un bâtiment à usage d'entrepôt, a proposé à M. Subileau, qui a accepté, de prendre à bail la majeure partie de ce terrain, soit 10 000 m², et d'y édifier un entrepôt de 4 500 m² devant revenir au bailleur en fin de bail.

Le loyer prévu est de 30 000 € par an.

Il a été convenu que le preneur aurait une préférence pour louer l'ensemble immobilier issu du bail à construction, au terme de celui-ci.

I. Dans un exposé préalable :

a) Définissez les caractères distinctifs de ce contrat.

b) Indiquez les formalités préalables et consécutives à ce bail, ainsi que les renseignements et documents à produire.

c) L'imposition du bail à construction sur le plan fiscal sera alors précisée.

En outre, M. Subileau vous a demandé l'incidence fiscale que pourrait avoir pour lui la remise qui lui sera faite des constructions, en fin de bail ; sachant que ce terrain fait partie de son patrimoine privé, expliquez-lui cette incidence fiscale et la décision qui doit être prise en conséquence.

II. Rédigez les clauses principales du contrat de bail concernant le terrain, l'urbanisme, la construction à édifier, la durée, les charges et conditions essentielles de ce bail, les garanties éventuelles pour sa bonne exécution, le loyer et les déclarations fiscales avec le calcul des droits dus.

Résolution du dossier

Le problème posé par le dossier est classique : une entreprise commerciale, la société « Gautron SA », qui recherche un terrain pour y implanter un entrepôt, a proposé au propriétaire d'un vaste terrain (15 000 m²) peu construit, M. Subileau, de prendre à bail la majeure partie de ce terrain (10 000 m²) et d'y édifier un entrepôt de 4 500 m² devant revenir au bailleur en fin de bail. La solution retenue pour concrétiser cette opération est celle, fort classique également, d'un bail à construction.

Ce contrat, qui constitue une variété de louage d'immeuble, présente des traits caractéristiques, qu'il convient d'exposer (I), avant d'indiquer les formalités préalables et consécutives à la

signature de l'acte (II), de préciser le régime fiscal de l'opération (III) et de rédiger les principales clauses du bail.

I. Caractères distinctifs du bail à construction

Généralités. – Le bail à construction a été institué¹ pour permettre de construire sur le sol d'autrui, c'est-à-dire sans que le constructeur ait à supporter la charge financière de l'acquisition du sol.

Sans doute aurait-on pu utiliser, pour parvenir à ce résultat, d'autres institutions, notamment le bail ordinaire assorti d'une autorisation ou de l'obligation de construire, la concession immobilière ou le bail emphytéotique. Mais le bail et la concession immobilière ne confèrent au preneur qu'un *droit personnel*, lequel, n'étant pas susceptible d'hypothèque, ne permet pas au preneur de recourir au crédit. L'utilisation du bail emphytéotique aurait pu, il est vrai, remédier à cet inconvénient. Mais l'emphytéose est surtout destinée à favoriser l'amélioration des sols ; en outre, la modicité et la fixité de la redevance en font un contrat peu attrayant pour le bailleur, malgré la perspective de devenir propriétaire des constructions édifiées par le preneur. De ce fait, ce sont surtout les collectivités publiques ou les sociétés liées par des intérêts communs qui sont susceptibles d'être intéressées par le bail emphytéotique. Il n'en demeure pas moins que c'est de ce contrat qu'est inspiré le bail à construction : le législateur a conservé les éléments qui font son attrait pour le preneur (longue durée, reconnaissance d'un *droit réel* immobilier) ; il a, par ailleurs, retenu des solutions nouvelles de nature à le rendre également intéressant pour le bailleur (mise à la charge du preneur d'une obligation de construire et d'entretenir les constructions, liberté totale pour fixer le prix du bail et ses modalités de paiement, organisation d'un système de révision du loyer, avantages fiscaux).

Les pouvoirs publics espéraient que le contrat ainsi rééquilibré serait l'instrument juridique adéquat qui permettrait de développer la construction sur le sol d'autrui et donc de faire baisser le coût de la construction, notamment celui des logements². En réalité, les propriétaires fonciers se sont montrés peu enclins à s'engager pour une longue période et le bail à construction est tombé en désuétude, avant de revenir en grâce ces dernières années. Il a en effet été montré que ce pouvait être une technique intéressante de gestion du patrimoine³ voire un instrument d'optimisation patrimoniale⁴ ou, plus récemment, un support adapté aux projets éoliens et photovoltaïques⁵. Il est possible aussi qu'escomptant des plus-values importantes lors de la vente de leur terrain, les intéressés préfèrent le conserver non bâti ; ou bien, s'ils le vendent, ils préfèrent généralement être rémunérés immédiatement par la remise d'un ou plusieurs locaux. En revanche, le bail à construction, éventuellement combiné avec un contrat de crédit-bail, a rencontré un certain succès dans le secteur de la construction industrielle ou commerciale. En

-
1. L. n° 64-1247 du 16 déc. 1964 ; décret d'application n° 64-1323 du 24 déc. 1964. Ces dispositions sont maintenant codifiées aux articles L. 251 et suivants et R. 251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation (CCH).
 2. L'ordonnance n° 2014-159 du 20 févr. 2014 a introduit dans le Code de la construction et de l'habitation (art. L. 254-1 et s.) un nouvel outil juridique au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier logement (dit « BRILLO »), v. l'étude de M. POUMARÈDE, *RDI* 2014, p. 265. La liste des baux conférant un droit réel au preneur s'est allongée avec la création par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juill. 2016 du « bail réel solidaire » (art. L. 255-1 et s.) sur lequel v. F. ROUSSEL, « Les baux réels solidaires en dix questions », *Defrénois* 2016, p. 867, n° 124e6, du même auteur, « La mise en œuvre des baux réels solidaires en cinq questions », *Defrénois* 2017, p. 679, n° 126u6 et S. PIEDELIEVRE, « La loi 3DS et le bail réel solidaire », *JCP N* 2022, 1142. Plus généralement, v. l'étude publiée par l'ADIL de Paris, *Dissociation du bâti et du foncier et autres solutions. Vers une nouvelle offre de logements*, févr. 2017.
 3. V. B. BONIFACE, « Une technique de gestion des biens du mineur », *Defrénois* 1995, art. 36043, p. 475 ; v. également les travaux du 93^e Congrès des notaires de France, *L'investissement immobilier*, (Strasbourg, mai 1997), spéc. p. 353 et s. ; B. STEMMER et H. PÉRINET-MARQUET, *J.-Cl. Construction-Urbanisme*, V^e Bail à construction, fasc. 110 ; J.-L. TIXIER, *Le bail à construction, de la théorie à la pratique*, LexisNexis, coll. Litec Immo, 2006.
 4. É. CARON, « Le bail à construction : principe et alternatives », *JCP N* 2019, 1320.
 5. V. *infra*, dossier 18 « Production d'énergies renouvelables ».

l'espèce, le dossier est muet sur les modalités de financement de l'entrepôt que se propose d'édifier la société « Gautron SA ». Mais c'est bien l'utilisation du bail à construction qui est envisagée par les parties.

Définition. – Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail (CCH, art. L. 251-1, al. 1^{er}).

En contrepartie, la loi accorde au preneur un droit de jouissance de longue durée (entre 18 et 99 ans) et lui confère un *droit réel immobilier* (CCH, art. L. 251-1, al. 3, et 251-3).

L'obligation de construire et d'entretenir les constructions qui incombe au preneur est le caractère distinctif essentiel du bail à construction. D'autres éléments du contrat sont, en revanche, communs à diverses variétés de louage d'immeuble. C'est ainsi que bail à construction et bail emphytéotique sont tous deux de longue durée et confèrent un droit réel au preneur ; mais le bail emphytéotique ne comporte pas nécessairement l'obligation de construire⁶ et, en général, le loyer convenu est modique⁷. De même, bail à construction et concession immobilière ont en commun une longue durée ; mais le concessionnaire, outre le fait qu'il n'est pas investi d'un droit réel, n'est pas non plus tenu de construire.

Plutôt qu'une variété du bail ordinaire d'immeuble, des auteurs ont vu dans le bail à construction une variété du bail emphytéotique⁸. Mais, en dépit de nombreuses similitudes, les deux institutions comportent d'importantes différences⁹. La loi définissant le contrat comme un « bail », il semble qu'il faille y voir plutôt une variété du contrat ordinaire de louage d'immeuble¹⁰. Pour tout ce qui n'est pas régi par la loi, qu'il s'agisse des conditions de formation du contrat, des obligations des parties, des causes de cessation du bail, etc., il convient donc de se référer aux dispositions du Code civil régissant le bail d'immeuble.

A. Formation du contrat

À propos des conditions de formation du bail à construction, deux points – la capacité et les pouvoirs requis pour donner à bail et la forme du bail – méritent d'être relevés.

Capacité et pouvoirs du bailleur. – Pour consentir un bail à construction, il faut avoir le droit d'aliéner (CCH, art. L. 251-1, al. 2). Cette exigence est justifiée, car, en raison de la durée du bail et des droits qu'il confère au preneur, le bailleur doit avoir la capacité et les pouvoirs nécessaires pour aliéner les immeubles.

Il en résulte notamment :

- que, si le terrain donné à bail appartient à un mineur ou à un majeur protégé, les règles de protection prévues en cas d'aliénation des immeubles doivent être respectées ;
- que, si le terrain est un bien commun, les deux époux doivent consentir à l'acte (C. civ., art. 1424).

Règles de forme. – Comme tout bail de plus de douze ans, constitutif au surplus d'un droit réel immobilier, le bail à construction doit être publié au fichier immobilier pour être opposable aux tiers (art. 28 et 30, D. n° 55-22, 4 janvier 1955).

Pour y parvenir, il faut donc qu'il soit constaté par un acte dressé en la forme authentique (art. 4, D. n° 55-22, 4 janvier 1955 ; C. civ., art. 710-1).

6. En présence d'une simple faculté pour le locataire de construire, un bail de longue durée portant sur un terrain doit être qualifié d'emphytéotique, v. Cass. 3^e civ., 8 sept. 2016, *Constr.-Urb.* 2016, comm. 135, obs. C. SIZAIRE.

7. Sur la révision de la redevance d'un bail emphytéotique, v. Cass. 3^e civ., 19 févr. 2014, *Defrénois* 2014, p. 955, n° 117k8, note J. MAZURE.

8. G. LIET-VEAUX et J. SCHMITT, « Le bail à construction », *D.* 1965, chron., p. 71.

9. V., à ce sujet, J. VIATTE, « Bail à construction et bail emphytéotique », *Rev. loyers* 1966, p. 90. V. également, pour une comparaison des deux baux, *Mémento F. Lefebvre, Urbanisme-construction*, éd. 2022, n° 83080 et s., spéc. n° 83110.

10. En ce sens, v. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Bail à construction », avr. 2019, n° 28.

La loi ne comporte aucune prescription particulière relativement au contenu de l'acte. Celle-ci laissant une grande liberté aux parties, puisque seules quelques dispositions sont d'ordre public, il leur incombe de fixer précisément leurs droits et obligations¹¹ ; en particulier, la consistance et les caractéristiques techniques des constructions, dont l'édification revient au preneur, doivent être définies aussi précisément que possible, par référence notamment à des plans, coupes, élévations et à un devis descriptif ou à une notice descriptive.

La possibilité de construire étant liée à l'obtention de diverses autorisations administratives, le permis de construire notamment, l'acte doit, pour le moins, faire référence à un certificat d'urbanisme opérationnel positif. Il peut aussi être fait sous la condition suspensive de l'octroi de ces autorisations. Parfois, d'ailleurs, le bail ayant été précédé d'une promesse de bail, ces autorisations auront déjà été obtenues et seront peut-être même définitives lors de la signature du contrat où elles pourront y être relatées et annexées. En l'espèce, l'obtention des autorisations administratives nécessaires ne paraissant pas soulever de difficultés, on supposera qu'elles pourront être délivrées préalablement à la signature du bail (v. *infra*, II, A).

B. Durée du bail

Le bail doit être conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction (CCH, art. L. 251-1, al. 3), ce qui pouvait avoir des conséquences fâcheuses en matière fiscale lorsque le bail était conclu pour une durée inférieure à trente ans. Toutefois, il est à noter qu'infirmant la doctrine administrative¹², le Conseil d'État a jugé que la prorogation du bail reportait alors au nouveau terme convenu par les parties l'imposition des constructions édifiées par le preneur¹³.

La durée est un élément essentiel du bail à construction. Un bail dont la durée serait inférieure ou supérieure aux limites précitées ne pourrait prétendre à la qualification de bail à construction¹⁴. Cela étant, les parties ont toute latitude pour fixer la durée du bail entre ces deux limites.

Si, comme dans l'hypothèse du dossier, le preneur a l'intention d'édifier un bâtiment à usage d'entrepôt, il est vraisemblable que c'est la période d'amortissement de celui-ci, de l'ordre de vingt ans, qui sera prise en considération pour déterminer la durée du contrat. De ce lien avec la durée d'amortissement, il ne faut pas conclure que les constructions sont hors d'usage au terme du bail. Le preneur est, en effet, tenu de les entretenir pour leur assurer une longévité qui excède la période d'amortissement, de sorte qu'elles présentent encore une utilité pour le bailleur lorsqu'elles lui reviendront en fin de bail.

Mais diverses considérations peuvent conduire à allonger cette durée. C'est ainsi que, pour des raisons fiscales (v. *infra*, III, B), le bailleur sera enclin à porter la durée du bail à trente ans au moins. La société preneuse, en l'occurrence, n'y verra que des avantages dans la mesure où elle désire avoir « une préférence pour louer l'ensemble immobilier issu du bail à construction, au terme de ce dernier ». Les établissements de crédit, de leur côté, sont attentifs à ce que la durée du bail excède notablement le terme du prêt ; il faut, en effet, que leur gage représente encore une certaine valeur au cas où des poursuites devraient être exercées. Compte tenu de

11. Est parfaitement licite la clause du bail à construction interdisant au preneur d'édifier des constructions nouvelles en cours de bail sans avoir préalablement recueilli l'accord du bailleur, v. CA Aix-en-Provence, 5 févr. 2013, *JCP N* 2014, 1229, note G. DURAND-PASQUIER.

12. *Rep. Foyer*, AN, 13 janv. 1986, D. 127, n° 75989.

13. CE, 25 janv. 2006, n° 271523, *RJF* 4/06, n° 388. Le Conseil d'État réserve cependant le cas où la prorogation s'accompagnant de la modification d'une condition essentielle du bail doit être regardée comme un nouveau bail.

14. Il a ainsi été jugé qu'un bail à construction conclu pour vingt-cinq ans mais pour lequel les parties s'étaient réservé le droit de résilier le contrat à l'expiration de chaque période triennale n'était pas un bail à construction au sens de l'article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation (v., TA Dijon, 9 mars 1999, *RJF* n° 6/99, n° 722, p. 463).

ces différents facteurs, on supposera que, dans l'hypothèse du dossier, le bail aura une durée d'une trentaine d'années.

D'autres éléments sont susceptibles d'influer sur la détermination de la durée du bail. C'est ainsi que, si celui-ci a pour objet la construction de locaux à usage locatif, il sera tenu compte de la rentabilité du capital investi. Si les constructions projetées sont destinées à l'accession à la propriété, des considérations d'ordre psychologique et sociologique joueront un rôle déterminant. On sait, en effet, que les acquéreurs de logements acceptent mal la notion de droit de propriété temporaire. C'est pour tenir compte de ce facteur que la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975 portant réforme de la politique foncière a porté de soixante-dix ans à quatre-vingt-dix-neuf ans la durée maximale du bail à construction. L'institution n'a pas pour autant rencontré plus de succès dans le domaine de l'accession à la propriété. Durant une brève période, le bail à construction aura cependant connu un regain d'intérêt pour réaliser des opérations de logements en accession sociale sous le nom de « pass foncier »¹⁵.

C. Droits du preneur

Caractère réel immobilier. – Comme tout bail, le bail à construction confère au preneur un droit de jouissance temporaire sur l'immeuble loué. Mais, alors qu'en droit commun, le preneur est titulaire d'un droit personnel mobilier, il est, ici, investi d'un droit réel immobilier sur le fonds loué et sur les constructions.

1. Droit du preneur sur le fonds loué

Le but de la loi étant de permettre de construire sans acquérir le terrain, il fallait, surtout pour qu'il puisse accéder au crédit, que le preneur soit dans une situation comparable à celle d'un véritable propriétaire. C'est pourquoi, s'inspirant du bail emphytéotique, la loi a conféré le caractère de droit réel immobilier à son droit de jouissance (CCH, art. L. 251-3).

Ce droit, en outre, est cessible, saisissable (dans les formes prescrites pour la saisie immobilière) et susceptible d'hypothèque (CCH, art. L. 251-3, al. 2).

En cas de cession ou d'apport en société de tout ou partie de ses droits, le cessionnaire (ou la société) est évidemment tenu aux mêmes obligations que le cédant (construire puis entretenir les bâtiments, payer le loyer, etc.). Le droit commun voudrait que le preneur reste garant de ces obligations (à moins d'en être déchargé par le bailleur), mais, en vertu de l'article L. 251-3, alinéa 3, du Code de la construction et de l'habitation (CCH), il ne répond que de la réalisation des constructions, après quoi il est déchargé de la solidarité qui le lie au cessionnaire¹⁶.

Le droit reconnu au preneur de céder ses droits est d'*ordre public*. Le contrat ne pourrait donc pas l'en priver¹⁷. Il en est de même de l'obligation de garantie mise par la loi à la charge du preneur en cas de cession ou d'apport. Celui-ci ne pourrait donc pas s'en décharger dans le bail. Mais il est admis que le bailleur en dispense le preneur au moment de la cession ou ultérieurement, c'est-à-dire à une époque où il connaît le cessionnaire et où il est en mesure d'apprécier sa solvabilité¹⁸.

15. V. ZALEWSKI, « Les pass-foncier », *Defrénois* 2009, art. 39028, p. 2143. Ce dispositif concernait des opérations engagées jusqu'au 31 déc. 2010.

16. La limitation de l'obligation de garantie dont est tenu le preneur envers le bailleur résulte de la loi du 31 déc. 1975 précitée ; elle n'est pas applicable aux baux à construction en cours lors de l'entrée en vigueur de ladite loi.

17. Il a été jugé qu'une clause limitant la libre cessibilité devait être réputée non écrite et n'affectait pas la qualification de bail à construction (v. CA Paris, 12 mars 2009, *Constr.-Urb.* 2009, comm. 84, obs. C. SIZAIRE). V. Cass. 3^e civ., 24 sept. 2014, *RDI* 2014, p. 640, note M. POUJAREDE : la clause soumettant la cession à l'agrément du bailleur, qui constitue une restriction au droit de céder du preneur contraire à la liberté de cession, est nulle et de nul effet. La nature de l'activité du preneur, par exemple une mission d'intérêt général, n'a aucune incidence sur le caractère d'ordre public de l'article L. 251-3 (Rép. min., n° 66008, *JOAN* 21 févr. 2017, p. 1517).

18. Rép. min. Justice, *JO* du 3 déc. 1969, *Déb. Ass. nat.*, p. 4529 ; *JCP N*, 1970, 4685-1.

Les commentateurs de la loi de 1964 ont relevé que le même caractère d'ordre public n'est pas reconnu aux dispositions attribuant un caractère réel immobilier susceptible d'hypothèque au droit du preneur. Mais il est unanimement admis qu'il s'agit là d'un caractère du bail à construction, à défaut duquel le contrat perdrait sa qualification¹⁹.

2. Droit du preneur sur les constructions

Pour déterminer les droits du preneur sur les constructions, il faut distinguer entre celles qui existaient lors de la conclusion du bail et celles qu'il a fait édifier.

a. Constructions édifiées par le preneur

Pendant toute la durée du bail, le preneur est propriétaire des bâtiments qu'il a édifiés en exécution de l'obligation de construire mise à sa charge par le bail. Elles sont d'ailleurs cessibles, saisissables et susceptibles d'hypothèque (CCH, art. L. 251-2 et L. 251-3, al. 1^{er} et 2). Le bail à construction apparaît ainsi comme la source d'un *droit de superficie* limité dans le temps.

Sans doute cette règle n'est-elle pas d'ordre public, mais c'est la seule qui corresponde à la finalité de l'institution²⁰. Elle correspond d'ailleurs à ce qui est généralement admis dans le droit commun du bail où, en revanche, toute convention contraire est concevable²¹.

b. Constructions existantes

Le sort des constructions existantes lors de la conclusion du bail est plus difficile à définir car la loi manque de clarté (CCH, art. L. 251-2). Les commentateurs admettent généralement que le bailleur en demeure propriétaire pendant la durée du bail. Mais, contrairement au droit commun du bail, le preneur pourrait, en application de l'article L. 251-4, alinéa 3, du CCH, les démolir en vue de les reconstruire²².

Ces règles ne sont toutefois que supplétives. Il incombe par conséquent aux parties de préciser exactement leur volonté à ce sujet. Le bail à construction peut porter à la fois sur la démolition de l'immeuble existant et sur l'édification d'une construction nouvelle ; en ce cas, il peut être valablement formé même en l'absence de libération des lieux par le locataire en place²³.

D. Obligations du preneur

D'une manière générale, le locataire est d'abord tenu d'user de la chose selon sa destination et d'effectuer les réparations locatives ; il répond « des pertes et dégradations qui arrivent de son fait ou du fait des personnes de sa maison » (C. civ., art. 1735). Il lui faut également payer « le prix du bail » et acquitter certaines charges.

Dans le bail à construction, le preneur étant investi de droits importants sur le fonds loué, les obligations mises à sa charge prennent un relief particulier. Il doit, en premier lieu, édifier des constructions sur le terrain du bailleur. Il lui faut, ensuite, assumer la charge de leur conservation, payer le prix du bail (qui peut consister en la remise de locaux au bailleur en cours de contrat) et acquitter toutes les charges de la propriété²⁴.

19. V., C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 17 et s. ; G. LIET-VEAUX et J. SCHMITT, *op. cit.*, n° 2.

20. V., en ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 23 et s. V. également, sur le droit de superficie, J.-C. CHAPUT et S. ROCHEGUE, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Defrénois* 2007, art. 38570 ; J.-L. BERGEL, « L'accession différée en matière immobilière », in *Études offertes au Professeur Ph. Malinvaud*, Litec, 2007.

21. V., à ce sujet, C. AUBERT DE VINCELLES et C. NOBLOT, *Rép. dr. civ. Dalloz*, V° « Bail », sept. 2018, n° 172.

22. En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 89 et 92.

23. Cass. 3^e civ., 17 nov. 2021, n° 20-16991, *Defrénois*, 16 déc. 2021, p. 8, n° 205d6.

24. Sur la possibilité de stipuler dans un bail à construction une clause résolutoire de plein droit en cas de manquement d'une partie à ses obligations, v. Cass. 3^e civ., 1^{er} juin 2011, *Constr.-Urb.* 2011, comm. 129, obs. C. SIZAIRE ; CA Aix-en-Provence, 5 févr. 2013, *JCPN* 2014, 1229, comm. G. DURAND-PASQUIER.

1. Édifier des constructions sur le terrain du bailleur

Cette obligation, qui figure dans la définition du bail à construction (v. *supra*, I, Définition), est essentielle. Un bail, même de longue durée, qui ne comporterait pas cet engagement du preneur, ne constituerait pas un bail à construction. Cet engagement peut avoir pour objet une construction à réaliser sur un bâti déjà existant dans le cadre notamment d'un volume immobilier, mais encore faut-il que les travaux soient d'une ampleur suffisante²⁵.

Tenu de construire, le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues par le bail (CCH, art. L. 251-3, al. 4). Il s'agira des servitudes qui résultent de l'application des règles d'urbanisme (servitude de cour commune, par exemple) ou du Code civil. Cette faculté est d'ordre public ; le bail ne pourrait donc l'en priver.

Cela étant, la loi n'exclut aucun type de construction. Si, en instituant le bail à construction, l'intention du législateur a été de favoriser la réalisation d'immeubles à usage d'habitation, le contrat peut également servir de cadre juridique à la construction d'immeubles à usage industriel, de bureaux ou, comme dans l'hypothèse du dossier, d'un entrepôt.

La bonne exécution de cette obligation est primordiale pour le bailleur. Non seulement, ainsi qu'on l'a vu (v. *supra*, I, A, Règles de forme), la consistance et les caractéristiques techniques des travaux doivent être précisément définies, mais il est recommandé, quand le programme atteint une certaine ampleur, d'exiger du preneur des garanties, notamment une garantie bancaire d'achèvement.

2. Entretenir les constructions

Les obligations du preneur ne se limitent pas à édifier des constructions ; il lui faut également les maintenir en bon état d'entretien pendant la durée du bail. À défaut, en devenant propriétaire au terme du contrat ne serait d'aucun avantage pour le bailleur.

Cette obligation concerne à la fois les constructions existant au moment de la signature du bail et celles qui ont été édifiées ultérieurement par le preneur. Elle ne se limite pas à l'exécution des réparations locatives selon le droit commun du bail, mais englobe même les grosses réparations (CCH, art. L. 251-4).

Cette disposition, notons-le, n'est pas d'ordre public. Mais si des conventions différentes sont possibles, il est de la nature de la convention que le preneur, qui est investi de droits étendus sur les constructions, assume la charge de leur conservation et aussi, comme on va le voir, des risques.

3. Perte ou destruction des constructions par cas fortuit ou de force majeure

En droit commun, le bailleur, tenu d'entretenir et de réparer la chose louée pour que le preneur puisse en jouir, ne répond pas de sa destruction par cas fortuit ou de force majeure (C. civ., art. 1722). En cas de perte totale, le bail est résilié de plein droit ; le preneur ne pourrait obliger le bailleur à reconstruire, et le bailleur, s'il reconstruit, ne pourrait exiger le maintien du bail. Bien entendu, le preneur cesse d'être redevable des loyers à compter du jour où la perte est consommée. En cas de perte partielle de la chose par cas fortuit ou de force majeure, il appartient au preneur de demander en justice la résiliation du bail ou une réduction du loyer ; il ne peut pas, en revanche, exiger la remise en état des lieux. Ces règles sont une application de la théorie des risques et de l'adage *Res perit debitori*.

Dans le bail à construction, la chose louée est le terrain (et, le cas échéant, les constructions existantes) et non pas les bâtiments édifiés par le preneur, qui sont la propriété de ce dernier. Il n'est donc pas possible d'étendre purement et simplement au bail à construction les

25. CA Paris, 17 avr. 2013, *JCP N* 2014, 1228, comm. G. DURAND-PASQUIER.

dispositions de l'article 1722 du Code civil. Aussi, la loi a-t-elle prévu les conséquences de la destruction de l'immeuble par cas fortuit ou de force majeure (CCH, art. L. 251-4). Ces dispositions constituent également des applications de la théorie des risques.

L'obligation de conserver les constructions incombe ici au preneur. Si celles qu'il a fait édifier périssent par cas fortuit ou de force majeure, le bailleur ne peut exiger qu'elles soient reconstruites. Le preneur est également dispensé de reconstruire les bâtiments existant au moment de la passation du bail si leur destruction est due à un vice de construction antérieur audit moment de la passation du bail, le vice de construction jouant le rôle de fait du créancier qui libère le débiteur de son obligation. La résiliation du bail, notons-le, n'intervient pas, ici, de plein droit, mais à la requête de l'une ou l'autre des parties – du preneur si celui-ci veut se libérer de l'obligation de payer le loyer ; du bailleur si celui-ci veut reprendre la jouissance du terrain.

Le preneur, est-il précisé, « répond de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés » (CCH, art. L. 251-4). Cette disposition est interprétée comme signifiant que le preneur ne peut se libérer de l'obligation de reconstruire ou d'indemniser le bailleur en prouvant que le sinistre provient d'une cause étrangère²⁶. Cette solution est justifiée. Par les droits étendus dont il est investi, le preneur est dans la situation d'un propriétaire ; la solution légale apparaît alors comme une application de la règle *Res perit domino*.

Pratiquement, pour éviter les conséquences de la perte des constructions, le contrat impose au preneur, d'une part, de souscrire une assurance incendie et risques divers, valeur de reconstruction, l'indemnité d'assurance étant affectée, en cas de sinistre, à la reconstruction de l'immeuble et, d'autre part, d'en justifier périodiquement au bailleur.

4. Payer le prix du bail

Le prix du bail²⁷ peut consister en un loyer en espèces. Mais, pour le tout ou en partie, il peut également être fixé en nature, le preneur étant tenu de remettre les locaux au bailleur selon les modalités prévues au contrat.

a. Loyers

Les parties disposent de la plus grande liberté pour fixer le loyer du bail. Son importance dépend pour une large part de la valeur probable des constructions qui reviendront au bailleur en fin de bail.

Comme l'exécution du contrat est destinée à se poursuivre sur un grand nombre d'années, la loi a prévu les modalités de révision du loyer. Celles-ci présentent des caractères particuliers, car elles sont inspirées de la volonté du législateur d'associer le bailleur à l'augmentation de la valeur locative de l'immeuble. Aux termes de l'article L. 251-5 du CCH, le loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux²⁸. Toutefois, la première révision doit intervenir au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail.

La variation du coefficient est proportionnelle à celle du *revenu brut* des immeubles²⁹, le revenu pris pour base de la variation étant celui de la première année qui suit celle de l'achèvement des travaux.

26. En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 99 ; B. STEMMER et H. PÉRIET-MARQUET, *J.-Cl. Construction-Urbanisme*, V° Bail à construction, fasc. 110, n° 35.

27. Le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil est nul pour défaut de cause, v. Cass. 3^e civ., 21 sept. 2011, *Defrénois* 2012, art. 40297, p. 13, note H. PÉRIET-MARQUET.

28. L'année d'achèvement des constructions est, en principe, celle où a été adressée à la mairie la déclaration d'achèvement et de conformité des travaux prévue par l'article R. 462-1 du Code de l'urbanisme. Pour les règles applicables lorsque le programme de construction comprend plusieurs tranches, v. CCH, art. R. 251-2.

29. Sur la détermination du revenu brut servant au calcul du coefficient, v. CCH, art. R. 251-1.

Ces modalités de révision ne sont pas d'ordre public ; il est possible de les aménager autrement. Au surplus, elles ne sont pas utilisables lorsque, comme dans l'hypothèse du dossier, les constructions sont destinées à l'usage du preneur. La révision du loyer pourra alors s'effectuer en fonction de la variation de l'indice du coût de la construction, comme le prévoit l'article R. 251-2, alinéa 3, du CCH.

b. Remise de locaux au bailleur

En plus ou à la place d'un loyer, le prix du bail peut consister dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres de sociétés donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels biens (CCH, art. L. 251-5, al. 1^{er}).

Ces dispositions consacrent une pratique courante. Les propriétaires de terrain préfèrent recevoir des mètres carrés construits plutôt qu'une somme d'argent. C'est le même esprit qui inspire d'ailleurs les cessions de terrain contre remise de locaux à construire. Mais si, à cet égard, les deux types de conventions peuvent être rapprochés, des différences fondamentales les séparent. Dans les deux cas, l'immeuble va être divisé en lots, qui appartiendront à chacun des cocontractants, ce qui suppose l'établissement d'un état descriptif de division et d'un règlement de copropriété. Mais la vente emporte transfert du sol au profit de l'acquéreur, alors que, dans le bail à construction, le bailleur en demeure propriétaire. Surtout, alors que l'acquéreur-construteur acquiert la propriété incommutable des lots qui lui reviennent, le preneur-construteur n'a qu'une propriété temporaire.

5. Acquitter toutes les charges accessoires

Dans le droit commun du bail, une ventilation des charges doit être faite entre propriétaire et locataire (charges récupérables et non récupérables). L'article L. 251-4 du CCH prévoit, en matière de bail à construction, que le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain. Cette disposition n'est pas, cependant, d'ordre public.

E. Situation des parties en fin de bail

Le bail prend normalement fin au terme de sa durée et, comme nous l'avons dit précédemment (v. *supra*, I, B, Durée du bail), il ne peut se prolonger par tacite reconduction mais peut être prorogé conventionnellement, le Conseil d'État ayant jugé que la prorogation du bail reportait, au nouveau terme convenu par les parties, notamment, l'imposition des constructions édifiées par le preneur.

La fin du bail à construction présente des particularités qui nécessitent quelques précisions.

1. Sort des constructions

À défaut de convention particulière³⁰, le bailleur devient, conformément au droit commun, propriétaire des constructions édifiées par le preneur et profite des améliorations apportées aux constructions existant lors de la passation du bail, le tout sans indemnité (CCH, art. L. 251-2). C'est bien, d'ailleurs, l'issue envisagée par les parties dans l'hypothèse du dossier. Mais d'autres stipulations, qui dépendent de l'équilibre que les parties ont donné au contrat, peuvent être prévues, notamment :

- que le bailleur n'acquerra la propriété des constructions que moyennant indemnité ;
- que le preneur deviendra propriétaire du sol à l'expiration du bail, le contrat comportant, par exemple, une clause de location-vente du terrain au profit du preneur ;

30. Sur la remise en état du terrain d'assiette en fin de bail, v. Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008, *JCPN* 2008, 1173, comm. J.-P. GARÇON.

– qu'il y aura copropriété entre propriétaire du sol et constructeur³¹.

2. Sort des droits réels et des charges nés du chef du preneur

Conformément au droit commun, les droits réels (tels que les servitudes passives, privilèges ou hypothèques) et les autres charges (en particulier, les baux et engagements de location portant sur les constructions) nés du chef du preneur s'éteignent à l'expiration du bail (CCH, art. L. 251-6).

Trois exceptions ont toutefois été apportées à ce principe :

- les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions, consenties par le preneur (v. *supra*, I, D, 1, Édifier des constructions sur le terrain du bailleur), survivent à l'expiration du contrat ;
- si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques subsistent jusqu'au terme primitivement fixé ; à défaut de cette disposition protectrice des droits des créanciers inscrits, la possibilité, pour le preneur, d'hypothéquer son droit de jouissance et les constructions serait demeurée théorique ; bénéficient de cette mesure les privilèges ou hypothèques inscrits avant la publication de la demande de résiliation ou avant la publication de l'acte de résiliation amiable ;
- les contrats de bail de locaux d'habitation, tels que régis par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, ne sont plus, depuis la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 (dite *loi ALUR*), impactés affectés/influés par l'extinction du bail à construction ; ils sont désormais opposables au propriétaire du bien et peuvent ainsi se poursuivre jusqu'à leur terme (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 10, dernier al.) ; en revanche, les autres locataires (professionnels, commerciaux) et les crédits-preneurs ne peuvent, pas plus qu'avant 2014, opposer leur droit au bailleur à construction après l'expiration du bail³².

II. Formalités

A. Documents à réunir avant la signature du bail

Parmi les points qu'il est nécessaire d'examiner avant la signature du bail à construction, trois méritent quelques précisions. Il s'agit de la division foncière, du permis de construire et du document d'arpentage. En outre, le bailleur devra remplir ses obligations informatives envers le preneur.

Division foncière. – La propriété de M. Subileau constitue, au sens du Code de l'urbanisme, une *unité foncière*, c'est-à-dire un îlot de propriété d'un seul tenant, composé d'une parcelle (ou d'un ensemble de parcelles) appartenant à un même propriétaire (ou à une même indivision)³³.

La question de sa division nécessite de s'interroger sur la réglementation des lotissements, laquelle a été profondément remaniée par l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative aux permis de construire et aux autorisations d'urbanisme et par son décret d'application n° 2007-18 du 5 janvier 2007 entré en vigueur au 1^{er} octobre 2007. Le régime des lotissements issu de la réforme de 2005-2007 n'était pas exempt de critiques tant juridiques que pratiques³⁴. Des corrections et des améliorations ont été apportées par l'ordonnance n° 2011-1916 du 22 décembre 2011 et le décret n° 2012-274 du 28 février 2012 pris pour son application. Ces derniers textes, entrés en application le 1^{er} mars 2012, s'appuient sur une définition

31. Cette copropriété peut résulter, par exemple, de ce qu'il y aura location-vente d'une quote-part du terrain au profit du constructeur et remise au propriétaire du sol, en cours ou en fin de bail, d'une partie seulement des constructions.

32. Le preneur manque à son obligation de restitution des lieux libres de tous occupants dès lors qu'il est établi que les locaux étaient occupés à l'expiration du bail à construction, v. Cass. 3^e civ., 4 avr. 2019, *Constr.-Urb.* 2019, comm. 78, obs. P. CORNILLE.

33. CE, 27 juin 2005, *Defrénois* 2005, art. 38264, p. 1706, note Ph. BENOÎT CATTIN.

34. Rapport du GRIDAUH, « Pour une réforme du droit des lotissements », *AJDA* 2010, p. 1180.