

**CLAIRE-MARIE DUBOIS SPAENLE,**  
avocate associée,  
cabinet Seban et associés

**Valoriser**

Nombre de communes possèdent, dans leur patrimoine privé, des terrains nus ou des bâtiments susceptibles d'être valorisés par des constructions ou par des aménagements.

**Choisir**

Le bail emphytéotique et le bail à construction présentent à première vue des similitudes. Mais un examen plus approfondi révèle de vraies différences.

**Bâtiment**

Si l'opération projetée porte sur l'édification à titre principal d'un bâtiment, la conclusion d'un bail à construction permettra de s'assurer de la pérennité de l'usage qui en sera fait.

# Droit de la construction

## Choisir entre bail emphytéotique et bail à construction

Les baux emphytéotiques et les baux à construction sont très souvent confondus. Mal appréhendés, ils sont fréquemment utilisés de manière impropre, et ce, alors qu'ils se révèlent être des outils juridiques majeurs pour les collectivités dans le cadre de la réalisation de leurs projets immobiliers. De nombreuses communes ont en effet dans leur patrimoine privé des terrains nus ou des bâtiments susceptibles d'être valorisés par des constructions ou des aménagements. Alors, quel type de bail choisir? Quels sont les critères permettant assurément d'opter pour le plus adapté à son projet? Car si le bail emphytéotique et le bail à construction présentent à première vue des similitudes, un examen plus approfondi fait apparaître de vraies différences.

### CARACTÈRES COMMUNS

Le bail emphytéotique est un état par lequel le bailleur confère au preneur un droit réel immobilier sur un immeuble (code rural,

art. L.451-1 à L.451-13). Le bail à construction est le contrat 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 (code de la construction et de l'habitation, art. L.251-1). Il confère au preneur un droit réel cessible et susceptible d'être hypothéqué au preneur.

### BAUX DE LONGUE DURÉE

Le bail emphytéotique et le bail à construction sont de longue durée. Ils doivent être consentis pour plus de dix-huit années et ne peuvent dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans. Ils ne peuvent se proroger par tacite reconduction (C. rur., art. L.451-1; CCH, art. L.251-1).

### DROIT RÉEL IMMOBILIER

Emphytéotique ou à construction, le bail confère au preneur un droit réel immobilier. Il opère un démembrement de la pro-

priété conférant au preneur un droit réel immobilier de jouissance sur le bien loué.

### LIBRE CESSIBILITÉ DU DROIT RÉEL

La libre cession par le preneur des droits qu'il détient du bail est un critère déterminant de sa qualification. La libre cessibilité est entendue de manière tout à fait large en y incluant la liberté de sous-louer le bien objet de la location sans que le bailleur ne puisse conventionnellement interdire ou limiter cette faculté (1). Partant, pour la jurisprudence, une convention même de longue durée, non librement cessible, ne pourra recevoir la qualification de bail emphytéotique ou de bail à construction. Si le bail emphytéotique et le bail à construction ont des caractères communs, chacun révèle des caractères propres qu'il est indispensable de connaître avant toute conclusion d'acte.

### PUBLICITÉ FONCIÈRE

En application de l'article 28-1 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955, le bail emphytéotique comme le bail à construction doivent être publiés auprès du service de publicité foncière du lieu de l'immeuble, dans la mesure où ce sont des baux de longue durée qui confèrent aux preneurs des droits réels.

### DIFFÉRENCES

#### RÉGIME PROPRE AU BAIL EMPHYTÉOTIQUE

- L'obligation de construire ne doit pas être déterminante

La 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 11 juin 1986, jugé que «constitue un bail emphytéotique et non un bail à construction le bail portant sur un terrain nu consenti pour vingt ans au profit d'une société commerciale qui pouvait y édifier toute construction à usage commercial ou industriel, mais qui n'avait aucune obligation de construire» (2). Ainsi, le preneur à bail emphytéotique est tenu à titre principal d'améliorer le bien, et non d'édifier des constructions. L'édification de construction ne peut être qu'une faculté. A défaut, le bail pourra être requalifié en bail à construction, voire en bail ordinaire.

- Sort des constructions

En fin de bail, les immeubles reviennent au bailleur sans indemnité.

• **Exclusion des clauses limitant l'usage du bail**

Le bail emphytéotique ne peut, à peine de requalification, contenir de clause limitant l'usage auquel le preneur peut affecter les lieux loués (3).

• **Redevance ou canon**

La redevance, appelée « canon » en matière de bail emphytéotique, est fixée librement entre les parties. La loi ne comporte aucune disposition relative à la fixation du montant du canon emphytéotique. En général, celui-ci est peu élevé.

**RÉGIME PROPRE AU BAIL À CONSTRUCTION**

• **Obligation de construire**

Le bail à construction se définit comme « 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). L'obligation d'édifier est inhérente à ce bail. Ainsi, seul un bail comprenant l'obligation pour le preneur d'édifier des constructions sera qualifié de bail à construction, à défaut, il sera qualifié de bail emphytéotique. Tel sera d'ailleurs le cas lorsque le bail stipulera une simple faculté de construire (4). Le preneur qui ne réalise pas les constructions objet du contrat encourt la résolution du bail à ses torts (5).

S'agissant du type de constructions visées, la loi reste muette. Dès lors, le bail à construction peut être conclu pour la réalisation tant de bâtiments à usage d'habitation ou professionnel que de locaux à usage

commercial ou industriel. La Cour de cassation exige seulement que les travaux soient strictement déterminés dans le bail (6). Le preneur a d'ailleurs qualité pour solliciter une autorisation d'urbanisme, dès lors que les travaux entrent dans le champ des constructions prévues au contrat (7).

• **Sort des constructions en fin de bail**

Dans le silence du bail, et en application de l'article L.251-3 du code de la construction et de l'habitation, les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées.

En général, et en application des dispositions de l'article L.251-2 du code de la construction et de l'habitation, les constructions édifiées par le preneur deviennent en fin de bail, moyennant ou pas indemnité, la propriété du bailleur par l'effet du principe de l'accession immobilière. Cependant, cette règle n'est pas d'ordre public, les parties peuvent en décider autrement.

• **Redevance**

Le prix du bail peut consister en tout ou partie soit dans la remise au bailleur d'immeubles ou de fractions d'immeubles en propriété ou en jouissance; soit dans le paiement d'un loyer périodique.

**LICÉITÉ DE LA CLAUSE LIMITANT L'USAGE DE LA CONSTRUCTION**

Il est admis par la jurisprudence que le bail à construction peut, à la différence du bail emphytéotique, contenir une clause imposant des restrictions à l'activité du

**RÉFÉRENCES**

- Code rural (C. rur.), art. L.451-1 à L.451-13.
- Code de la construction et de l'habitation (CCH), art. L.251-1 et s.

preneur sans que l'on puisse opposer que la liberté d'activité du preneur serait de l'essence même du contrat (8). Ainsi, les parties peuvent parfaitement convenir que les constructions réalisées par le preneur ne reviendront pas au bailleur dans la mesure où celui-ci aura pris l'engagement de céder son terrain en fin de bail au preneur. Ou elles peuvent souhaiter – ce qui demeure très exceptionnel – que le preneur rende le terrain nu et libéré de toute construction.

Si l'opération projetée porte sur l'édification à titre principal d'un bâtiment, il conviendra d'opter pour la conclusion d'un bail à construction. La conclusion d'un tel bail présentera l'avantage pour la collectivité de pouvoir s'assurer de la pérennité de l'usage qui sera fait du bâtiment.

En revanche, si la construction ne constitue qu'une faculté, le choix devra se porter sur un bail emphytéotique, la collectivité ne pourra alors limiter l'usage des lieux.▣

(1) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 avril 2004 : Jurisdata n° 2004-023249.  
 (2) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juin 1986 : « Deffrénois » 1987, 1, n° 3, 4016.  
 (3) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 mai 1998 : « JCP G » 1998, n° 2464.  
 (4) Cass., 3<sup>e</sup> civ., 20 mai 1992 : « Gaz Pal » 1992, jurispr. p. 243.  
 (5) Cass., 3<sup>e</sup> civ., 5 novembre 2008, n° 07-18.174.  
 (6) Cass., 3<sup>e</sup> civ., 12 mai 2010, n° 09-14.387.  
 (7) CAA de Paris, 17 janvier 2002 : Constr-urb. 2003, comm. 53.  
 (8) CA d'Aix-en-Provence, 27 mars 2002 : Jurisdata n° 2002-197765.

**Les deux types de baux : définitions**

**Code de la construction et de l'habitation, article L.251-1**

« 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. Le bail à construction est consenti par ceux qui ont

le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes. Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction. Toutefois, lorsque le bail prévoit une possibilité d'achat du terrain par le preneur dans le cadre d'une opération d'accès-

sion sociale à la propriété dans les conditions prévues par la section 1 du chapitre III du titre IV du livre IV [du CCH] et que le preneur lève l'option, le bail prend fin à la date de la vente, nonobstant les dispositions du troisième alinéa. »

**Code rural, article L.451-1**

« Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au

preneur un droit réel susceptible d'hypothèque; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quarante-vingt-dix-neuf ans; il ne peut se prolonger par tacite reconduction. »