

UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DES SCIENCES  
D'AIX-MARSEILLE

---

FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
D'AIX-MARSEILLE

**LA VENTE DU TERRAIN AU PRENEUR  
EN FIN DE BAIL A CONSTRUCTION  
(aspects juridiques, administratifs et fiscaux)**

**Mémoire pour le D.E.S.S.  
“ Droit de l’urbanisme, de la construction et de l’aménagement ”**

**Présenté par Mlle Carine FABRE**

**DIRECTEUR DE RECHERCHES : Me Bernard STEMMER**

**Année de soutenance : 1997 – 1998**

# SOMMAIRE

	Pages
<b>INTRODUCTION :</b> .....	6

## **1<sup>ère</sup> PARTIE : JUSTIFICATION D'UN TEL MONTAGE**

### **Section 1 : Le bail à construction requalifié**

#### **§ I. Dénaturation du contrat d'origine :**..... 12

##### **A. Visage classique du bail à construction :**..... 12

1. Le bailleur : ..... 12

2. Le preneur : ..... 14

##### **B. Nouveau visage du bail à construction :**..... 14

#### **§ II. La location-vente :**..... 15

##### **A. Définition de la location-vente :**..... 15

##### **B. La location-vente dans le bail à construction :**..... 17

1. Nouvelle définition : ..... 17

2. Justification de l'appellation : ..... 17

3. Licéité de la location-vente : ..... 18

4. Conséquences :..... 19

### **Section 2 : Les avantages octroyés au bailleur**

#### **§ I. Les avantages financiers :**..... 20

##### **A. Avantages financiers liés au loyer :**..... 20

##### **B. Les autres avantages financiers :**..... 22

<b>§ II. Les avantages fiscaux :</b>	23
<b><u>A. Avantages fiscaux liés au bail à construction</u></b>	23
1. <u>Impôt direct :</u>	24
2. <u>Impôt indirect :</u>	25
<b><u>B. Avantages fiscaux liés à la vente du terrain :</u></b>	25
1. <u>Présentation :</u>	25
2. <u>Régime favorable :</u>	26

## 2<sup>ème</sup> PARTIE MISE EN ŒUVRE DU MONTAGE

### Section 1 : Conclusion du bail à construction

<b>§ 1. Aspects juridiques :</b>	29
<b><u>A. Validité de convention :</u></b>	29
1. <u>Conditions générales de validité :</u>	29
2. <u>Conditions spécifiques à la vente :</u>	30
<b><u>B. Contenu indispensable du contrat :</u></b>	31
1. <u>Les clauses du bail à construction :</u>	31
2. <u>Les clauses concernant la vente du terrain :</u>	32
 <b>§ II. Aspect fiscaux :</b>	 33
<b><u>A. Fiscalité inhérente au bail à construction :</u></b>	33
1. <u>T.V.A. et droit d'enregistrement :</u>	33
2. <u>La publication de l'acte :</u>	35
<b><u>B. Fiscalité inhérente à la vente du terrain :</u></b>	35
1. <u>les droits de mutation :</u>	35
2. <u>La plus value :</u>	36
3. <u>Formalité fusionnée :</u>	36

<b><u>§ III. Aspects administratifs :</u></b> .....	37
<b><u>A. Le cas des organismes H.L.M :</u></b> .....	37
<b><u>B. Le cas du droit de préemption :</u></b> .....	38

<b>Section II : Déroulement du bail à construction à l'envers</b>
---

<b><u>§ I. Déroulement du louage :</u></b> .....	41
<b><u>A. Les Prérogatives du preneur :</u></b> .....	41
1. <u>L'institution de servitudes indispensables à la construction :</u> .....	41
2. <u>Constitution de sûretés et de baux :</u> .....	42
3. <u>La cession de ses droits par le preneur :</u> .....	43
4. <u>La démolition des constructions :</u> .....	44
<b><u>B. Les obligations du preneur :</u></b> .....	44
1. <u>Obligations matérielles :</u> .....	44
2. <u>Obligations pécuniaires :</u> .....	45
<b><u>C. Incidences fiscales :</u></b> .....	46
1. <u>Fiscalité de droit commun :</u> .....	46
2. <u>Fiscalité adaptée à des situations spécifiques :</u> .....	46
<b><u>§ II. Influence de la vente sur le louage :</u></b> .....	47
<b><u>A. Les nouveaux engagements du preneur :</u></b> .....	47
1. <u>L'engagement à construire :</u> .....	47
2. <u>L'entretien des constructions :</u> .....	47
3. <u>Le loyer :</u> .....	48
<b><u>B. La fiscalité attachée à la location-vente :</u></b> .....	49
1. <u>Homogénéité rassurante :</u> .....	49
2. <u>Homogénéité malléable :</u> .....	50
<b><u>C. La purge du droit de préemption :</u></b> .....	50

### Section III : La fin du bail à construction à l'envers :

<b><u>§ I. Quant au preneur-acquéreur :</u></b> .....	52
<b><u>A. Les influences de la vente sur l'issue ordinaire du bail :</u></b> .....	52
<b><u>B. Les effets de la vente sur le preneur-acquéreur :</u></b> .....	54
1. <u>Le paiement du prix :</u> .....	54
2. <u>Le transfert de propriété :</u> .....	55
<b><u>§ II. Quant au bailleur-vendeur :</u></b> .....	56
<b><u>A. Les obligations traditionnelles du vendeur :</u></b> .....	56
1. <u>L'obligation de délivrance :</u> .....	57
2. <u>La garantie d'éviction :</u> .....	57
3. <u>La garantie des vices cachés :</u> .....	58
<b><u>B. Obligations transformées par l'action du bail sur la vente:</u></b> .....	58
1. <u>L'obligation de délivrance :</u> .....	59
2. <u>Garantie d'éviction :</u> .....	59
3. <u>Garantie des vices cachés :</u> .....	60
<b>CONCLUSION</b> .....	62

# INTRODUCTION

## **1. Le contexte de la loi :**

C'est le 16 décembre 1964 que l'Assemblée Nationale et le Sénat ont adopté la loi instituant le bail à construction. Cette loi a été votée afin d'enrayer la flambée des prix des terrains : après le baby-boom, le besoin de logements s'est fait ressentir de façon pressante, cette augmentation brusque de la demande face à une offre constante a provoqué une hausse des prix du foncier. La spéculation foncière, même si les coûts de construction étaient maîtrisés, influait sur le prix de vente des logements.

La conjoncture immobilière de cette époque a poussé le législateur à imaginer les montages juridiques nouveaux contenus dans la loi du 16 décembre 1964. Le titre 1<sup>er</sup> de cette loi est relatif au bail à construction, " nouveau contrat de droit privé " ; le 2<sup>ème</sup> traite d'opérations d'urbanisation et le 3<sup>ème</sup> indique quelles dispositions fiscales sont applicables aux deux premiers titres. (1)

Au Sénat, lors des débats, le titre II est apparu le pilier de la loi : M. Chochoy a dit : " le titre 1<sup>er</sup> est de loin le moins important, disons le nettement. ". (2). Le titre II consacre la dissociation du droit de propriété sur le sol et du droit d'utilisation de ce même sol ; ainsi la collectivité publique utilisera le sol pour le concéder à un constructeur qui réalisera un programme d'intérêt public (logement social, écoles, commerce ...). Ce titre consacre aussi le principe d'association du propriétaire du sol et de l'utilisateur de celui-ci. Le propriétaire n'est plus exproprié d'office : il peut entrer dans une société, et profiter des bénéfices de l'opération d'intérêt public en tant qu'associé indirect de l'utilisateur.

La méthode employée consiste donc à utiliser un terrain sans le payer immédiatement, ce qui allège la charge foncière devenue, à cette époque, difficilement supportable. Mais le titre II n'a pas eu le succès escompté, il a été très peu utilisé. Plus de trente ans après, on observe que c'est le titre 1<sup>er</sup> consacré au bail à construction qui a séduit. Mais ce succès du bail à construction doit être relativisé, il n'y pas eu d'engouement général, seulement quelques applications sporadiques.

Comme les opérations d'urbanisation, le bail à construction est fondé sur les principes de dissociation de la propriété et de l'utilisation du sol, et d'association propriétaire-utilisateur, c'est pour cela que le législateur a choisi de réunir les deux nouveaux montages juridiques dans une même loi. Le principe de dissociation s'illustre par le fait que le propriétaire abandonne temporairement son droit d'utiliser le sol à un constructeur. Le principe de dissociation réside dans l'obligation faite à l'utilisateur de construire et d'entretenir les bâtiments édifiés sur le terrain du propriétaire qui les récupérera.

## **2.les objectifs de la loi :**

Voilà ici, l'essentiel du bail à construction. Le code de la construction de l'habitation en donne une définition comparable dans son article L 251.1 : **(3)**

“ 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 ”. Ce bail d'un type nouveau a pour but d'inciter les propriétaires à ne pas stériliser leur terrain. En effet, en période de spéculation foncière, non seulement les prix sont à la hausse, mais aussi les ventes de terrain se font rares, les propriétaires attendant que les prix continuent de grimper pour vendre à meilleur prix.... Cette spirale bloque tout le processus de construction, et le bail à construction pourrait, par sa nouveauté et les avantages financiers et fiscaux qu'il procure au bailleur, retourner la tendance en favorisant la construction sur des terrains non achetés qui rendent la charge foncière inexistante pour les promoteurs.

La loi de 1964 par l'attrait de la nouveauté et la réalité des avantages octroyés aux bailleurs, devait être un facteur déclencheur : les nouveaux montages juridiques proposés, notamment le bail à construction, devaient être assez attrayants pour donner aux propriétaires une raison de ne plus retenir leur terrain de façon spéculative. Le calcul n'était pas mauvais mais c'était sans compter sur les vices intrinsèques de la loi.

## **3.Les raisons du semi - échec :**

Cette loi comporte des défauts qui ont empêché l'entrée du bail à construction dans la catégorie des contrats usuels. Les Français, **(4)** tout comme les praticiens du droit, se sentent mal à l'aise devant ce contrat, d'une part parce qu'il consacre l'existence du droit de superficie complexe et peu familier des français, d'autre part parce qu'il ne pose que des règles supplétives en laissant beaucoup trop de liberté aux contractants.

Aucune réglementation générale française ne traite du droit de superficie, alors qu'il est consacré dans beaucoup de droits étrangers. Notre législation ne le prend en compte que dans

certaines contrats tels que : le bail emphytéotique, le bail à complant, la concession immobilière et le bail à construction. Le droit de superficie est un droit réel divisé entre deux titulaires au statut différent : l'un est propriétaire du tréfonds tandis que l'autre est propriétaire du sol ainsi que des constructions, ouvrages et plantations qui s'y trouvent. Alors que l'article 552 du code civil pose le principe selon lequel " la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ", ici, on assiste à une renonciation par le propriétaire du fonds à son droit de construire ou de planter afin de l'octroyer à un tiers. Ce droit réel original constitue le pilier du bail à construction dans lequel le propriétaire d'un terrain le donne à bail à un locataire qui devient propriétaire des bâtiments par lui construits, et ceci pendant toute la durée du bail. C'est un autre type de démembrement de la propriété. Mais la mentalité française reste très attachée au droit de propriété, elle accepte mal ce découpage insolite. Tout français aspire à devenir un jour propriétaire de " sa villa ", sur " son " terrain : la propriété immobilière constitue une valeur unanimement reconnue.

Le caractère innovant du bail à construction aurait pu séduire les plus conservateurs mais le cadre trop vague de la loi va s'avérer une seconde cause de non-application de ce nouveau contrat.

La loi de 1964 codifiée dans les articles L 251.1 à L 251.9 du code de la construction et de l'habitation se veut très libérale et laisse toute liberté aux parties pour réaliser le contrat qui s'adaptera à leur cas. La plupart des règles qu'elle pose, sont supplétives, c'est à dire qu'elles s'appliquent à défaut de convention contraire. Le texte lui-même est réduit à sa plus simple expression : neuf articles se contentant de poser des lignes directrices. Cette réglementation souple était un choix politique : elle devait permettre au bail à construction de s'adapter à davantage de situations afin de toucher un large public. Malheureusement, ce manque de rigueur et de précision concernant le cadre juridique ou le champ d'application de ce contrat encore méconnu, a effrayé les praticiens. C'était à eux de prévoir l'imprévisible alors qu'ils apparaissaient mal encadrés et peu guidés par la loi et son décret. Ils lui ont préféré d'autres montages plus sécurisants.

#### **4. Les caractéristiques du contrat :**

Pour qualifier un contrat de bail à construction, plusieurs éléments entrent en jeu :

- Sa durée : la durée minimale requise est de 18 ans, au-delà, les parties définissent librement la durée du contrat qui ne peut dépasser 99 ans. Ce contrat n'est pas renouvelable par tacite reconduction comme le sont les baux commerciaux, ceci pour éviter une location perpétuelle découlant d'un droit au renouvellement. Cette disposition concernant la durée du bail n'est pas d'ordre public, on pourrait donc y déroger par

simple convention. Cependant, il semble nécessaire de considérer que cette condition de durée fait partie intégrante de la définition même du bail à construction ;

- L'obligation de construire est le trait fondamental de ce contrat **(5)**. Il faut que le preneur s'engage à titre principal à édifier des constructions ; le fait qu'il en ait la simple possibilité disqualifie le bail à construction. Il peut construire toutes sortes de bâtiments, puisque la loi est muette sur ce point. Cette disposition n'est pas non plus d'ordre public mais toute la doctrine s'accorde à dire que l'engagement de construire constitue la définition même du bail à construction.
- Le loyer : c'est dans le loyer que réside le caractère attractif du bail à construction pour le propriétaire. La loi ne le dit pas expressément mais la jurisprudence (CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch., 19 déc. 1989) a posé le principe selon lequel le loyer ne peut être symbolique comme il l'est dans le bail emphytéotique dont on dit souvent que le bail à construction s'est inspiré. **(6)**. Le bailleur reçoit donc un loyer conséquent, révisable et payable tout aussi bien en espèces qu'en nature. Le loyer en nature consistant en la remise d'immeubles construits, peut s'avérer un élément déterminant pour un propriétaire qui retient son terrain de façon spéculative.
- Le droit réel : le locataire est propriétaire des constructions qu'il a édifiées et possède un droit réel immobilier sur le terrain, l'art. L251.3 le confirme. Mais il n'est pas d'ordre public. Cependant, un contrat dans lequel le locataire n'aurait qu'un droit personnel tel que le droit de jouissance, serait qualifié de bail ordinaire. Ce droit réel du locataire est un trait essentiel du bail à construction, de lui découlent les deux seules règles d'ordre public contenues dans la loi : l'article L 251.3 3<sup>ème</sup> alinéa : " le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société ", et l'article L 251.3 4<sup>ème</sup> alinéa : " le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail ". De ce droit de propriété découlent aussi d'autres prérogatives qui ne sont pas d'ordre public mais qui revêtent une certaine importance : le locataire peut hypothéquer son droit réel ainsi que les constructions édifiées dans le cadre du bail à construction et il peut être saisi dans des formes prescrites pour la saisie immobilière. De plus, " il est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain (article L 251.4).
- L'entretien des constructions ; cette obligation complète l'engagement de construire du preneur. Elle a été instituée, car, à défaut de convention contraire, le bailleur devient en fin de bail, propriétaire des constructions édifiées par le preneur. Il a loué un terrain nu et le retrouve plusieurs années après, mis en valeur par des constructions en bon état d'entretien. Cette application différée de l'article 552 du code civil constitue un atout pour les propriétaires qui ne souhaitent pas vendre afin d'attendre la montée des prix ;

sans être obligés de céder leur terrain, ils contribuent à la construction de logements nécessitée par le baby-boom, tout en percevant des loyers et en récupérant un terrain construit en fin de bail. Cette issue légale de l'accession différée n'est pas d'ordre public. On peut donc y déroger par une simple convention. Cette convention peut être une clause de location-vente du terrain incluse dans le bail à construction : ainsi, le preneur qui a édifié des bâtiments sur le sol d'autrui qu'il a loué, rachète le sol en fin de bail et profite du principe de l'accession posé par l'article 552 du code civil. C'est sur sa tête que sera reconstitué le droit de propriété (du terrain et des constructions). Ce montage sera l'objet de l'étude qui va suivre.

### **5. La clause de vente du terrain :**

L'analyse de cette clause de " vente du terrain au preneur d'un bail à construction, en fin de bail ", est aisée d'un point de vue doctrinal, mais s'avère beaucoup plus ardue d'un point de vue pratique. De plus, cette variante du bail à construction est très peu usitée, ce qui rend toute conclusion difficilement démontrable.

On peut expliquer cet insuccès par le fait que le bail à construction au sens légal du terme, c'est à dire la convention par laquelle les constructions reviennent au bailleur en fin de bail, n'a pas reçu l'accueil escompté par ses créateurs. Malgré la richesse des applications que nous pouvons en faire, ce contrat demeure, de nos jours encore, marginal. Les praticiens le mésestiment et ressentent une certaine appréhension quant à sa rédaction. Pour qu'ils puissent s'en servir couramment, il faudrait qu'ils connaissent exactement les droits et obligations des parties afin d'aller au-delà du mécanisme tout en ne dénaturant pas la convention. Ce contrat laisse une large part à la créativité et pourrait constituer un contrat de droit privé efficace en beaucoup de circonstances.

### **6.L'application du bail à construction :**

Le bail à construction prévu pour enrayer la crise du logement, a reçu des applications bien plus diverses, ceci est la preuve de son adaptabilité et de sa malléabilité. On l'a, certes, utilisé dans l'habitat social et le locatif haut de gamme, mais aussi pour la construction de stations services ou d'hôtels de chaînes hôtelières. Il fut le montage juridique de certaines grosses opérations : les centres d'épuration des eaux, le palais de Bercy ou le centre Cousteau (7). La preuve est donc faite de son utilisation, mais on ne peut parler de franc succès pour les raisons qui ont été exposées ci avant. Ce sont ces raisons là qui expliquent, pour partie, la rareté des baux à construction avec clause de rachat du terrain par le preneur...

En effet, cette variante du bail à construction n'en demeure pas moins un bail à construction à part entière avec tout le côté obscur et mystérieux qu'il inspire. De plus, le fait d'inclure dans ce bail une clause prévoyant le rachat du terrain par le preneur, ne fait que compliquer un montage juridique déjà complexe. Cette clause, loin d'être anodine, implique certaines conséquences et nécessite une précision accrue dans la rédaction du bail à construction lui-même. En présence de cette clause, il faut aménager les modalités de la vente du terrain, et ceci, en parallèle du contrat de bail proprement dit, sans pour autant le dénaturer. La marge de manœuvre est réduite, cela explique que les praticiens préfèrent choisir d'autres types de contrats, réglementés de façon plus précise soit par la loi, soit par la jurisprudence. On peut citer pour exemple, le crédit-bail ou la location accession, créés plus récemment et utilisés plus couramment.

La doctrine s'intéresse peu à cette variante du bail à construction et la jurisprudence déjà rare en la matière devient quasiment inexistante en ce qui concerne notre propos. Seuls les documents de l'administration fiscale et les réponses ministérielles peuvent apporter quelques lumières sur ce que l'on appelle plus volontiers "le bail à construction à l'envers" (8).

Son étude n'en demeure pas moins inintéressante, autant d'un point de vue juridique que fiscal.

Dans une première partie, justification sera faite de son efficacité en analysant les avantages retirés par chacun des cocontractants que sont le bailleur vendeur" et le "preneur acheteur" du terrain.

Dans une deuxième partie, il faudra, malgré la rareté d'un tel contrat, s'attacher à décrire de façon pratique, comment il se déroule dans le temps.

# 1<sup>ère</sup> PARTIE : JUSTIFICATION D'UN TEL MONTAGE

Ce montage qu'est le bail à construction comprenant clause de vente du terrain au preneur, convient d'emblée à un constructeur puisque celui-ci subira une charge foncière différée. Cependant il ne faut pas négliger les intérêts du bailleur qui accepte d'encaisser le prix du terrain sur plusieurs années au lieu de le recevoir concomitamment à la signature de la vente.

## Section 1 : Le bail à construction requalifié

Seront envisagés ici, les aspects doctrinaux de la vente du terrain au preneur, ceci au travers de deux notions clés. Chacune d'elles évoque un aspect du bail à construction à l'envers. La première évoque une situation statique, un état : un contrat dénaturé. La deuxième, plus dynamique, donne l'explication pédagogique d'un tel état : la location-vente. Cette deuxième notion clé apparaît l'origine de la première, l'une est la conséquence de l'autre : c'est l'insertion de la clause de location-vente dans le contrat de bail à construction qui dénature celui-ci.

### § I. Dénaturation du contrat d'origine :

Avant d'indiquer quels sont les intérêts du bail à construction à l'envers, il faut d'abord s'attacher à décrire ceux du bail à construction classique, ceci afin de démontrer plus nettement la dénaturation qui s'opère.

#### A. Visage classique du bail à construction :

Chaque cocontractant voit dans le bail à construction un intérêt non négligeable :

##### 1. Le bailleur :

Il s'assure un revenu très sûr par le biais d'un placement à long terme. Ce peut être le cas d'une personne qui, recherchant un complément de retraite, retirera pour elle-même, une rente à long terme constituée par les loyers, mais pourra léguer à ses descendants un terrain construit, sur lequel les bâtiments sont en bon état d'entretien.

Ce placement à long terme, lui permet de mettre en valeur son terrain nu ou partiellement construit. Si le bailleur n'est pas pressé, c'est à dire s'il ne compte pas utiliser lui même son terrain dans l'immédiat ou dans les années à venir, le bail à construction peut être une solution. Il verra son terrain construit aux frais et risques du preneur, il sera assuré du bon état d'entretien des constructions existantes et nouvelles tout au long du bail et attendra l'échéance du contrat pour récupérer le tout. Ce n'est donc qu'au terme du bail à construction que la théorie de l'accession sera appliquée : le propriétaire du terrain deviendra aussi propriétaire des constructions édifiées sur celui ci. La récupération des constructions par le bailleur se fait de plusieurs façons possibles :

- Il reçoit les constructions logiquement et gratuitement à l'issue du bail. Ce cas est celui prévu par la loi ;

- Cependant le cas légal n'est pas d'ordre public, on peut y déroger : le bailleur indemniser le preneur pour la perte des constructions qu'il a édifié à ses frais ;

- Le bailleur peut devenir propriétaire des constructions avant la fin du bail, quand il reçoit un loyer en nature. Dans ce cas, la remise d'immeubles construits par le preneur constitue la contrepartie du droit réel qui lui est octroyé. Le loyer en nature n'est pas réglementé, il est simplement présenté dans l'article L 251.5 de la loi du 16 décembre 1964. C'est aux parties de rédiger la clause à leur convenance, elles peuvent s'inspirer de la pratique concernant les "cessions de terrain moyennant remise de locaux à construire". Mais il faut noter que si cette clause est avantageuse pour le bailleur, elle n'en comporte pas moins une difficulté d'interprétation quant à la nature de la situation : Est-ce une copropriété ? A première vue, le preneur étant propriétaire des constructions qu'il édifie pendant toute la durée du bail, et le bailleur devenant propriétaire de certains bâtiments par le biais d'un loyer en nature, on pourrait penser qu'il s'agit d'une copropriété. Mais un arrêt du 22 janvier 1992 a posé un principe : le bail à construction est incompatible avec la copropriété. On serait donc tenté de suivre cette jurisprudence de la cour d'Appel de Pau... . Cependant, la doctrine a interprété cette décision en la relativisant **(9)** : il est vrai que la copropriété traditionnelle compte le sol parmi les parties communes qui sont en indivision entre tous les copropriétaires. Or ici, le sol appartient privativement au bailleur... En revanche la loi du 10 juillet 1965 n'érige pas "le sol partie commune" comme un principe d'ordre public : on peut donc y déroger, cette dérogation n'empêchant pas la qualification de copropriété. Cette copropriété est, dans notre propos, temporaire puisque le bailleur deviendra propriétaire unique de la totalité des constructions en fin de bail.

Quand les constructions reviennent au bailleur en fin de bail, celui ci fait une plus-value : elle ne sera pas imposée si la durée du bail à construction est égale ou supérieure à 30 ans **(10)**, sinon l'impôt ne sera du que sur une valeur réduite. Cette plus-value automatique est d'autant plus élevée que les constructions sont entretenues avec soin par le preneur pendant toute la durée du

bail. L'obligation d'entretien conditionne le montant de la plus-value, c'est pour cette raison que l'on donne au bailleur les moyens de la faire appliquer, avec au besoin, l'utilisation de la clause de résiliation anticipée. Le bail à construction constitue pour le bailleur un moyen de gestion de son patrimoine immobilier et un placement à long terme. Pour le preneur, les intérêts sont différents mais loin d'être négligeables.

## 2. Le preneur :

Il n'a plus à prévoir dans son budget une part importante pour la charge foncière, celle-ci est inexistante. Le poste le plus lourd étant éliminé, cela permet à ceux qui n'en auraient pas eu les moyens de construire. La mise de fonds initiale écartée, le promoteur constructeur peut réaliser des logements de plus grand standing à des endroits où, faute de moyens, il n'aurait pu être construit que des logements sociaux (11). Le bail à construction a été créé pour ceux qui n'ont pas un capital suffisant pour acheter, mais qui ont des liquidités suffisantes pour payer un loyer plus élevé que la normale qui leur permet d'accéder au droit de superficie. Ce droit de superficie, droit réel immobilier a une durée comprise entre 18 et 99 ans. Pour une période de temps identique, le titulaire de ce droit aura des prérogatives et des devoirs quasiment similaires à ceux d'un propriétaire foncier. Le preneur peut ne voir aucun obstacle à conclure un bail à construction puisqu'il se comportera comme un réel propriétaire pendant toute la durée du bail qui dépasse parfois celle d'une vie humaine. Le bail à construction au sens légal du terme, apparaît comme un mode de gestion du patrimoine foncier efficace pour le bailleur, et comme une solution à l'écrasante charge foncière pour le preneur. Le bail à construction à l'envers, lui, ne répond pas du tout aux mêmes attentes.

## **B. Le nouveau visage du bail à construction :**

Les objectifs du " bail à construction à l'envers " appelé aussi " bail à construction-vente " ne peuvent être comparés à ceux du bail à construction classique. Ce type de bail à construction permet au locataire du terrain d'en devenir propriétaire à l'issue du bail. D'un point de vue matériel, le bail à construction classique comporte des avantages équilibrés : le bailleur fait un placement sûr, à long terme, tandis que le preneur allège sa charge foncière. Inversement, ici, seul le preneur retire un avantage, celui d'accéder à la propriété de façon différée. Ce contrat est un contrat d'accession à la propriété d'un genre nouveau : C'est une véritable cession de terrain à bâtir (12). Il n'a de bail à construction que le nom, puisqu'il constitue en réalité une vente. La vente du terrain apparaît l'unique objectif de ce contrat. C'est dans cette optique que l'on peut

parler de dénaturation du contrat d'origine, lequel comportait des prestations équilibrées qui s'harmonisaient entre elles. Ici, tout s'organise autour de la vente du terrain, le bail à construction n'est plus une fin mais un simple moyen.

Le montage juridique mis au point est minutieusement réfléchi, on va teinter la vente de bail à construction pour des raisons bien précises. On choisira ce contrat après avoir minutieusement comparé ses aspects avec ceux d'autres contrats de "vente avec transfert différé de propriété" tels que la vente avec clause de réserve de propriété ou le crédit-bail. La différence avec une vente classique de terrain à bâtir réside dans le fait qu'ici, l'acheteur n'a pas à attendre de devenir propriétaire du terrain pour réaliser des constructions ; il construit d'abord, jouit des constructions puis finalement, achète le terrain sur lequel elles sont édifiées. Le droit de superficie, apporté au contrat par la notion de bail à construction, permet à l'acheteur du terrain de jouer prématurément son rôle. Ceci peut constituer une des raisons pour lesquelles, le bail à construction-vente sera choisi.

Cette variante du bail à construction remplit-elle aussi le rôle initial prévu par les pouvoirs politiques de 1964 : elle permet une construction massive, l'acheteur construisant avant d'acheter le terrain.

Le nouveau visage du bail à construction ne ressemble en rien au visage classique, les mécanismes sont différents et les objectifs totalement étrangers. C'est un contrat indépendant et autonome dans lequel l'aspect "vente" prévaut sur celui de "bail à construction". Il nous faut donc étudier comment se présente cette vente au sein du contrat de bail ; comment on arrive à cette dénaturation.

## **§ II. La location-vente :**

Il faut d'abord cerner cette notion hybride et ambiguë avant de voir, comment le bail à construction-vente emprunte sa forme et quels sont ses effets.

### **A/ Définition de la location-vente :**

Ce contrat est issu de la pratique, il a été mis en place afin d'échapper à une législation d'ordre public ou pour frauder les droits des tiers. Ce fut le cas lorsque la pratique y eut recours pour tenter d'échapper à la législation sur le crédit. Son caractère indéfini, elle n'est ni une vente ni un bail, et son utilisation souvent frauduleuse, rendent le juge très méfiant à son égard, d'autant plus qu'aucun texte ne la définit, ni ne la régit vraiment. On peut cependant en donner une définition large qui appellera par la suite plusieurs précisions : "*c'est la convention*

*par la quelle l'une des parties cède la jouissance d'un bien moyennant un loyer et promet de transférer la propriété de ce bien au locataire sous la condition qu'il s'acquitte ponctuellement des ses obligations notamment des paiements convenus ” (13).*

La location-vente est un bail en vue d'une vente. On ne considère plus les parties comme un bailleur et un preneur, mais comme un vendeur et un acheteur.

Cette location a un but précis : la vente du bien loué. La doctrine est unanime sur le fait que ce contrat combine les effets de la vente et du louage, mais les avis divergent quant à la forme de ce contrat : est-ce un louage accompagné d'une vente à terme comme le pensent Planiol et Ripert ? Est-ce une vente conditionnelle après location ? Est-ce un bail assorti d'une promesse de vente comme le pense Mazeaud ? **(14)**

C'est la location assortie d'une promesse de vente qui pose problème à la doctrine et à la jurisprudence : peut-on parler de location-vente en cas de promesse unilatérale et en cas de promesse synallagmatique de vente ? La réponse paraît claire pour le bail assorti d'une promesse unilatérale de vente : le locataire, futur acquéreur peut se rétracter en ne levant pas l'option d'achat. Ici le contrat de bail a une existence autonome, indépendante de la survenance d'une vente ultérieure. La qualification de location-vente est logique et non contestée. Ce qui n'est pas le cas lorsque le bail est assorti d'une promesse réciproque de vente et d'achat. Dans ce cas, il faut faire référence à l'article 589 du code civil qui indique que “ *la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur les prix.* ” Dans cette convention, la vente est certaine et non plus probable. Pour lier le locataire, futur acquéreur, le contrat prévoit qu'il doit verser tout au long du bail des acomptes sur le prix de vente. On parle ici “ d'indissociabilité ” des deux conventions car la vente a des effets sur le bail ; le versement des acomptes en est un exemple. Cette indissociabilité des deux contrats incite souvent le juge à requalifier la location-vente en vente pure et simple. Puisque le but ultime de la convention est la vente, le bail apparaît fictif et la vente déguisée.

De même, pour le fisc, la location avec promesse de vente est une vente déguisée quand le preneur devient propriétaire à la seule condition d'avoir payé les loyers : les parties souhaitent ici que les deux contrats soient indissociables. **(15) (16)**

La location-vente apparaît comme un contrat instable pour lequel le juge a peu de sympathie : si les loyers sont augmentés d'acomptes sur le prix de vente, il n'hésitera pas à requalifier le contrat de vente pure et simple. Qu'en est-il de cette requalification lorsqu'on est en présence d'un bail à construction après lequel aura lieu la vente du terrain preneur ?

## **B. La location-vente dans le bail à construction :**

### 1. Nouvelle définition de la location-vente :

Ici la polémique terminologique concernant la qualification de “ location-vente ” n’a plus lieu d’être. Même si la cession du terrain au preneur du bail à construction prend la forme d’une promesse unilatérale de vente, celle-ci ne répondra plus à la définition stricte de la location-vente posée par la jurisprudence. En effet, les annuités versées par le preneur auront un double objet : la rémunération du droit de jouissance et le paiement du prix de la propriété future. Le droit d’option n’existe plus : le preneur, même si la promesse est unilatérale, reste lié par les acomptes versés ... La promesse, unilatérale dans la forme, devient réciproque dans les faits. La définition revenant à ne qualifier de “ location-vente ” que les contrats dans lesquels la vente n’a aucun effet sur le contrat de louage, apparaît trop stricte, car celui-ci a rarement une existence autonome lorsqu’il se juxtapose à une vente. Cette définition doctrinale doit faire place à une définition plus pratique s’adaptant à l’utilisation faite de la location-vente.

La qualification de location-vente doit pouvoir exister même si le bail subit les effets de la vente. On pourra dire d’un contrat qu’il est une location-vente dès que la jouissance prolongée d’un bien conduira à un transfert de propriété après versements de loyers et d’acomptes sur le prix de vente. Corinne Saint Alary-Houin (15) a tenté d’assouplir la définition jurisprudentielle : la location-vente échappe à tout risque de disqualification si elle comporte deux caractères : - des paiements échelonnés sur toute la durée du contrat ;

- des loyers nettement différenciés des acomptes qui empêcheront le contrat d’être qualifié de vente.

Cette acception de location-vente convient au bail à construction à l’envers. Ce montage peut prendre plusieurs formes différentes : un bail à construction avec promesse unilatérale ou synallagmatique de vente, avec vente à terme ou conditionnelle ...

### 2. Justification de l’appellation :

Le montage peut être qualifié de location-vente car le bail existe réellement. Il est le contrat initial même s’il n’est pas le contrat principal. Il permet au preneur de construire sur le terrain d’autrui et de devenir propriétaire des bâtiments qu’il édifie. Ce contrat de bail à construction existe bel et bien puisque le preneur paye des loyers substantiels au bailleur et a l’obligation d’entretenir les constructions. Sa durée fait de lui un contrat à long terme et ceci ne fait que renforcer son rôle. Après cette démonstration de l’existence réelle du bail à construction, il faut vérifier son existence propre en appliquant les principes posés par Corinne Saint Alary-Houin : les acomptes sur le prix sont effectivement versés tout au long du bail, et les loyers classiques sont bien distincts des “ surloyers ” représentant des fractions du prix de vente. Ce contrat dans lequel le

bail n'est ni fictif, ni inutile peut être qualifié de location-vente sans risquer d'être disqualifié par le juge : les deux contrats, même s'ils sont liés, ont une existence propre et prouvée.

### 3. Licéité de location-vente :

Le mécanisme de location-vente est, certes, utilisable dans notre propos, mais est-il légal ? On a vu que le fait d'insérer dans le bail à construction une clause de vente du terrain au preneur, dénaturait le contrat d'origine. Cette dénaturation provenant de la location-vente est-elle permise par la loi ?

En analysant cette dernière (**17**), on observe que l'article 25 "oblige" le recours à la location-vente : "le loyer peut être majoré pour réaliser, sur la durée du bail, le transfert au concessionnaire de la propriété des terrains" ceci est "obligatoire lorsque le concessionnaire est un organisme d'Habitation à Loyer Modéré construisant en vue de location". Cependant, comme il est question de personnes publiques, on pourrait croire que le transfert du terrain au preneur n'est légal que si ce preneur est le concessionnaire visé par la loi. En la lisant de plus près, on observe que l'article 26 relatif aux dispositions fiscales communes aux deux premiers titres, ne fait plus allusion au concessionnaire mais au "preneur". Il y a une extension progressive de la notion : au fil de la loi, le concessionnaire au sens strict devient le preneur au sens large, ce qui comprend le preneur, personne privée.

Une réponse ministérielle (**18**) a été donnée en ce sens dès 1965. La question, fut sans citer les termes exacts : le bail à construction sous forme de location-vente entre particuliers est-il licite ? Le Ministre de la justice y répondit clairement : "*aucune disposition de la loi ne paraît s'opposer à l'insertion dans le contrat d'une clause de location-vente du terrain au profit du preneur ... Les règles du bail à construction seront applicables dès lors que les caractéristiques ... sont par ailleurs respectées ... Le législateur envisage l'existence ... dans le titre III, article 26, d'une clause de location-vente au profit du "preneur" en général et non plus simplement au profit du concessionnaire.*" Une réponse ministérielle n'est certes pas une loi, mais son contenu apparaît précieux en la matière par manque de précisions légales.

L'analyse de la réponse du Ministre de la justice écarte tous les doutes quant à l'emploi de la location-vente au sein du contrat de bail à construction : le Ministre cite textuellement cette notion de location-vente dans sa réponse. Pour conclure sur cette idée on peut dire que la location-vente insérée dans un bail à construction est juridiquement applicable et légalement possible.

#### 4. Conséquences :

On ne peut appliquer ici tous les principes d'une location-vente ordinaire ; le bail étant un bail à construction il possède des caractéristiques propres. Celles-ci sont différentes de celles d'un contrat de louage classique : le preneur a un droit réel immobilier sur le terrain et non plus un simple droit de jouissance, il doit construire des bâtiments **et** payer un loyer alors que d'habitude le loyer suffit.

Cette location originale est suivie d'une vente dont la forme apparaît indifférente. Le preneur à bail est considéré comme un futur acquéreur pendant toute la durée de la location. La formulation de ce contrat doit aboutir au transfert du terrain au preneur, ce transfert est la raison d'être de la location-vente. On peut remarquer en analysant juridiquement les effets du contrat, qu'il ne tient compte que du preneur et de sa future propriété. De la notion même de " location-vente " s'émane une idée d'accession à la propriété ... **du preneur**. On ne peut pas dire que le contrat est favorable au preneur, mais on ne peut pas nier qu'il a été imaginé et mis en place pour lui et seulement pour lui.

Un contrat, pour être valide, doit recevoir le consentement de chaque partie. Or ici, le bailleur sera privé du retour des constructions puisque celles-ci resteront la propriété du preneur à qui le terrain aura été transféré. Ce contrat, loin d'être une simple cession de terrain à bâtir, fait perdre au bailleur l'avantage classique prévu par l'article L251.2 du code de la construction et de l'habitation : il ne deviendra pas propriétaire des constructions en fin de bail. Pour consentir à la location-vente, il doit trouver une contrepartie qui compense la perte de cet avantage. Une réglementation financière et fiscale a été mise au point afin que le bailleur accepte la future accession foncière du preneur ainsi que ses conséquences.

---

## **Section 2 : Les avantages octroyés au bailleur.**

Ils sont destinés à équilibrer le contrat : le preneur accédera à la propriété par un mode original mais le bailleur ne sera pas lésé. Il trouvera lui aussi des compensations, d'ordre financier et fiscal, qui l'inciteront à accepter la proposition de location-vente.

### **§ I. Les avantages financiers :**

Les avantages financiers se retrouvent essentiellement dans le mode de fixation et de paiement du loyer, on peut cependant en noter quelques autres au cours du déroulement de la location-vente.

#### **A. Avantages financiers liés au loyer :**

Dans le bail à construction standard proposé par la loi, le bailleur a deux avantages : il reçoit un loyer et reçoit les constructions en fin de bail. La variante du bail à construction objet de notre étude, ne se laisse substituer qu'un seul des deux avantages. Les constructions restant la propriété du preneur, il ne reste au bailleur comme compensation que le loyer qui revêt, dès ce moment, une importance capitale.

Le contrat doit prévoir une garantie de paiement des loyers, pour cela, il pourra donner au bailleur le droit de résiliation afin de sanctionner un preneur défaillant. Il faudra recommander au bailleur, de s'assurer, avant la signature du contrat, de la solvabilité de celui qui lui versera les loyers. La loi du 16 décembre 1964 ne traite pas de cette faculté de résiliation, mais la cour de Cassation (19) a éclairé les parties sur ce point : “ *la clause insérée dans le bail prévoyant que la résiliation de plein droit à défaut de paiement du loyer aux échéances convenues ne produit effet qu'un mois après le commandement de payer demeuré infructueux, n'est pas applicable en matière de bail à construction* ”. Cela signifie que la résiliation demandée par le bailleur a un effet immédiat, ce qui renforce sa garantie. Cette résiliation entraînera la reprise du terrain par le bailleur avec toutes les constructions achevées ou inachevées qui s'y trouvent et celui ci pourra garder les surloyers déjà versés.

La fixation initiale du loyer sera toujours élevée car **seul** l'attrait d'un revenu substantiel pourra inciter le bailleur à consentir un tel bail sur son terrain. Ce revenu devra être plus élevé si le bailleur ne devient pas propriétaire des constructions à l'issue du bail. Dans le bail à construction prévoyant une location-vente, il faudra que ce loyer soit supérieur à ce qu'il aurait été dans un bail

à construction standard, afin de compenser l'impossibilité de devenir propriétaire des constructions. Puisqu'il est élevé et très subjectif, le montant du loyer peut être fixé librement. Cette liberté de la fixation du montant initial du loyer est favorable au bailleur puisque aucun plafond n'est légalement prévu, ce qui différencie le bail à construction du bail commercial pour lequel le décret du 30 septembre 1953 a prévu un plafonnement favorisant le locataire.

Le bail à construction étant un bail à long terme, d'une durée minimale de 18 ans, le bailleur a l'opportunité de recevoir une rente pendant plusieurs dizaines d'années. Cette rente à long terme, constituée par le loyer "contrepartie de la jouissance", peut apparaître comme une aubaine pour certains : elle complétera par exemple une pension retraite ! C'est un revenu sur lequel le bailleur peut compter compte tenu de sa périodicité et de sa longévité.

Sa longévité a incité le législateur de 1964 à réglementer sa révision et son indexation. Ainsi, on peut lire dans l'article L251.5 du code de la construction et de l'habitation, que le contrat peut affecter le loyer d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Selon le décret d'application de la loi, le revenu servant à la détermination du coefficient de révision du loyer est le revenu moyen au mètre carré. Il est obtenu en divisant le revenu brut global par la surface utile des locaux ayant produit des revenus locatifs au cours de l'année civile de référence. La variation du coefficient doit être proportionnelle à celle de ce revenu brut et la première révision doit avoir lieu au plus tard à l'expiration des six premières années du bail. Ces dispositions relatives à la révision triennale n'étant pas d'ordre public, elles sont souvent écartées en pratique **(20)**.

Pour ce qui est de l'indexation, la loi de 1964 avait prévu un plancher, mais il a été abrogé par la loi du 3 janvier 1979. En effet, le principe de la proportionnalité de la variation du coefficient de révision par rapport à celle du revenu brut des immeubles, était affecté d'un minimum garanti. Ce minimum résidait dans l'ancien alinéa 4 de l'article 5 de la loi : "*à chaque période triennale, l'augmentation du loyer ne pourra en aucun cas, être inférieure à ce qu'elle serait, si la variation était basée sur l'indice du coût de la construction*". Dès lors, en cas de conflit entre le principe de proportionnalité et la variation minimum garantie, c'est cette dernière qui l'emportait. En 1978, les preneurs ont été confrontés à une situation insurmontable **(21)** : leurs revenus régressent ou stagnent ; et les loyers au lieu de suivre ce mouvement, sont calqués sur l'indice du coût de la construction qui ne cesse de grimper... La loi avantageait tellement le bailleur que le preneur en subissait un grave préjudice. C'est pour cette raison que la loi de 1979 a supprimé cet alinéa concernant le plancher d'indexation. De nos jours, les parties sont libres de réviser et d'indexer le loyer comme bon leur semble **(22)**, sauf à respecter les règles d'ordre public qui gouvernent l'indexation, c'est à dire l'ordonnance du 30 décembre 1958 dans son article 79.

Le loyer est donc fixé librement, et payé selon des échéances librement contractées. Cependant Corinne Saint Alary Houin **(23)** considère qu'il est susceptible de faire l'objet aussi bien d'un

paiement unique que de versements périodiques. Dans la pratique, on remarque que la préférence des cocontractants va aux versements périodiques. D'ailleurs le jurisclesseur notarial (24) propose la formulation suivante : *“ le présent bail à construction est consenti et accepté moyennant un loyer annuel de ... francs que le preneur s'oblige à payer au bailleur en son domicile en ... termes égaux et d'avance et pour la première fois le ... Le loyer de base ainsi fixé sera révisable en fonction des variations de l'indice de la construction publié par l'I.N.S.E.E., l'indice de départ étant celui du ... trimestre 19.. soit ... ”*. Cette formulation est identique à celle proposée par les logiciels informatiques notariaux (25).

La principale motivation du bailleur réside dans le montant élevé de ce loyer ; dans sa réactualisation et dans sa sécurité : l'article L251.5 du code de la construction et de l'habitation dispose qu'en cas de perte des bâtiments, le loyer reste tel quel jusqu'à leur reconstruction. Cela évite qu'un preneur mal intentionné profite de la démolition des constructions pour se soustraire à son obligation de payer le loyer. Même sans jouissance, le loyer est du. Ce loyer n'est plus seulement la contrepartie du louage, il existe de façon autonome dès la conclusion du contrat et ceci pour sécuriser le bailleur.

Une précision doit être apportée quant à la nature du loyer dont il est question dans ces développements. On pourrait confondre ce loyer “ gonflé ” pour compenser la perte des constructions à échéance, avec ce que l'on appelle souvent les “ surloyers ”. Lorsqu'on parle de loyer c'est au sens strict du terme dans le cadre de la location du terrain, ce loyer étant augmenté si le bailleur ne reçoit pas les constructions en fin de bail. Cette augmentation ne change pas la nature du loyer. Mais lorsque la loi fiscale fait allusion aux surloyers, elle fait référence aux acomptes sur le prix de vente du terrain. Loyer et surloyer ont des natures totalement différentes même si le résultat est le même pour le preneur qui payera dans tous les cas un supplément ! Ce supplément peut être soit le passe droit à la location-vente, soit une fraction du prix de vente. Pour schématiser, il y a trois étapes : - la première est la fixation du loyer “ contrepartie au droit de jouissance ”, lui-même devenu droit réel immobilier ;

- la deuxième est la fixation du supplément de loyer compensant la perte du droit de propriété des constructions par le bailleur, ce supplément ne changeant pas la nature du loyer ;

- la troisième correspondant à la somme ajoutée pour payer une fraction du prix de vente du terrain qui elle, est de nature différente : elle n'est plus un loyer mais un acompte sur le prix de vente.

Ce surloyer fera l'objet de développements spécifiques dans le paragraphe qui va suivre.

## **B. Les autres avantages financiers :**

- Les surloyers représentant les fractions du prix de vente du terrain, même s'ils sont de nature différente du loyer au sens strict, suivent le même mode de paiement et de révision. En général, le preneur paye ses acomptes sur le prix de vente du terrain aux mêmes échéances que les loyers. Le plus souvent il donne une somme globale, même si plus tard chaque composante sera différenciée pour le calcul des impôts. Ce n'est ni au moment du paiement, ni au moment de la révision que l'on va différencier les deux versements, c'est au moment du calcul de l'imposition que chacun subira un régime différent (26). Ce décalque du paiement des surloyers sur les loyers est un avantage financier : le loyer ne se dévalorise pas avec le temps et les acomptes du prix de vente suivent le cours de l'argent.

- Le bailleur n'a aucun tracassier financier, en ce sens qu'il ne paye ni impôt, ni taxe, ni réparation, ni charge concernant le terrain et les constructions. L'article L 251.4 du code de la construction et de l'habitation pose ce principe en ces mots : *“le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain. Il répond de l'incendie des bâtiments”*. Le bailleur bénéficie de cet avantage financier car il n'est plus titulaire du droit d'utiliser le sol. C'est le droit de superficie octroyé au preneur qui dicte cette disposition : il doit assurer financièrement son droit réel immobilier. Cela permet au bailleur de recevoir des revenus locatifs sans en supporter les conséquences financières. Il a un statut privilégié par rapport aux bailleurs classiques qui ont à leur charge certains impôts et qui doivent procéder eux-mêmes aux grosses réparations...

Ces avantages financiers, notamment le loyer plus élevé que la normale, sont loin d'être négligeable. A eux seuls, ils ne suffiraient pas à convaincre le propriétaire de consentir une location-vente dans le cadre d'un bail à construction. Il faut leur ajouter les avantages fiscaux qui sont le réel point fort de ce montage. Le choix du bail à construction à l'envers est souvent dicté par des considérations fiscales...

## **§ II. Les avantages fiscaux :**

L'étude de la fiscalité du bail à construction-vente n'est pas l'objet du développement qui va suivre, elle sera faite dans la deuxième partie de cette étude. Il est ici question des seuls avantages fiscaux retirés par le bailleur dans un tel montage. Ces avantages se divisent en deux catégories : ceux issus de la fiscalité du bail à construction lui-même et ceux issus de la fiscalité de la vente du terrain à bâtir au preneur à bail.

### **A. Avantages fiscaux liés au bail à construction :**

Ces avantages concernent deux catégories d'impôts : l'impôt sur le revenu à travers l'imposition des revenus fonciers et la T.V.A.

### 1. Impôt direct :

Les loyers et les prestations de toute nature recueillis par le bailleur comme prix du bail à construction présentent le caractère de "revenus fonciers" lorsque le bailleur est une personne physique. Ces revenus doivent être soumis à l'impôt sur les sociétés lorsque le bénéficiaire est une personne morale relevant de cet impôt, sinon ils relèvent de la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux.

Les revenus fonciers sont une catégorie de l'impôt sur le revenu. Dans la déclaration annuelle des revenus, le contribuable devra les mentionner. Le formulaire CERFA n° 2042 contient une rubrique n° 4 : "revenus fonciers" qu'il faut remplir afin que ce revenu rentre dans l'assiette de l'impôt sur le revenu (27).

Les revenus locatifs, dans le cadre du bail à construction, sont duels : ils existent aussi bien "en espèces" qu'en "nature". Les revenus provenant des loyers en espèces sont imposés normalement. Pour ce qui est des loyers en nature, constitués par la "dation en paiement" d'une partie des constructions achevées, le bailleur bénéficie d'une fiscalité avantageuse.

Par dérogation à la règle générale applicable en matière de revenus fonciers selon laquelle les revenus sont imposables au titre de l'année au cours de laquelle ils ont été réalisés, le bailleur peut demander que la partie du revenu issue des loyers en nature, soit répartie non seulement sur l'année au cours de laquelle les constructions lui ont été remises, mais aussi sur les quatorze années suivantes. On parle ici de "la règle du quinzième" (28), elle est posée par le code général des impôts dans son article 33 ter I, alinéa 1.

Cette disposition constitue un avantage car le fait d'étaler ses revenus sur plusieurs années casse la progressivité de l'impôt sur le revenu. Si la valeur totale des immeubles est déclarée dès la première année, le revenu risque fort de passer à la tranche d'imposition supérieure ; alors que si chaque année on ne déclare qu'une fraction de la valeur de ces immeubles, celle-ci n'influera pas sur le taux de l'imposition qui restera identique. Le même montant de revenu sera imposé à un taux inférieur. Mais il faut noter que cet avantage ne peut être appliqué que si le loyer est mixte.

Il en est de même pour les contribuables personnes morales : lorsque le prix du bail consiste dans la remise d'immeubles, l'entreprise bailleuse peut demander que le revenu représenté par la valeur de ces immeubles calculée d'après leur prix de revient, soit répartie sur l'exercice au cours duquel ces biens lui ont été attribués et les quatorze exercices suivants.

Si la personne morale bailleuse est une association soumise à l'impôt sur les sociétés, elle peut retirer un autre avantage : l'impôt ne sera pas mis en recouvrement si son montant annuel n'excède pas 1000 francs, et, s'il est compris entre 1000 et 2000 francs il y aura une décote (29).

Le fait d'être une société, personne morale, va conditionner l'avantage fiscal apporté par la taxe sur la valeur ajoutée.

## 2. Impôt indirect :

L'article 30 de la loi du 16 décembre 1964 a exonéré les baux à construction de la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.) pour favoriser ces opérations immobilières, mais peu à peu cette disposition s'est révélée défavorable pour les entreprises soumises à la T.V.A. : elles ne pouvaient déduire cet impôt. La loi du 11 juillet 1972 a remédié à cela en soumettant, sur option, les baux à construction à la T.V.A. et en les exonérant de droit de bail si l'option était levée.

Ainsi, si l'entreprise bailleuse a une activité soumise à T.V.A., elle pourra demander à être redevable de la T.V.A. plutôt que du droit d'enregistrement. Elle a tout à y gagner : le taux de l'impôt est certes plus élevé mais les déductions qu'elle peut pratiquer sont loin d'être négligeables. La T.V.A., a priori plus onéreuse, ne présente d'intérêt que pour les personnes qui sont assujetties à la T.V.A. en raison de leur activité et qui vont pouvoir procéder à des déductions. Le bailleur qui a opté, peut déduire l'intégralité de la taxe qu'il a acquittée à raison de l'acquisition du terrain ou des travaux d'aménagement dudit terrain (30). On comprend que les sociétés soumises à la T.V.A. en raison de leur activité choisissent d'opter pour elle quand elles concluent un bail à construction. Elles bénéficient du droit à déduction, avantage fiscal très motivant.

La fiscalité du louage octroie des avantages fiscaux certains au bailleur, mais ceux-ci sont secondaires face aux avantages que celui-ci peut retirer s'il accepte la vente du terrain au preneur à bail.

## **B. Avantages fiscaux liés à la vente du terrain :**

### 1. Présentation :

Les surloyers constituant le prix de vente du terrain ne suivent pas le même régime que les loyers classés dans la catégorie des revenus fonciers. Les surloyers sont soumis au régime des plus-values immobilières. La plus-value peut être définie comme " *l'accroissement de la valeur d'un bien entre deux appréciations successives* " (31). Le bailleur qui cède son terrain en fin de bail réalise à ce moment là une plus-value. Il est question dans ces développements des plus-values occasionnelles réalisées par les personnes physiques ; celles réalisées par les entreprises ont un régime d'imposition propre qui n'appelle pas de développements particuliers (32). Le régime d'imposition des surloyers est beaucoup plus favorable que celui des loyers.

Ceci a une raison historique : après la deuxième guerre mondiale, le secteur de l'immobilier bénéficiait d'un paradis fiscal pour inciter à la reconstruction du pays. Après 1963, des impôts de toutes sortes ont fleuri et les ventes de terrains à bâtir par les personnes physiques ont été imposées. Puis le 19 juillet 1976, le législateur vote une loi qui prévoit la taxation des plus-values des particuliers même pour les actes occasionnels. De nos jours, le principe d'imposition des gains retirés de la vente d'un terrain n'est pas appliqué strictement. Des dispositions existent qui allègent la taxation de ces plus-values. Le principe demeure puisque les plus-values font partie du revenu au sens large, mais il est aménagé afin que le marché immobilier n'en subisse pas les conséquences de façon trop violente. La plus-value qui est un gain, ne peut être assimilée aux loyers qui sont des revenus périodiques à long terme et qui subissent donc un régime fiscal plus strict.

Les plus-values immobilières sont imposées dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Le formulaire de déclaration des revenus CERFA n°2042 leur réserve la rubrique n°3 : " les plus-values et gains divers ".

## 2. Régime favorable :

Il faut d'abord poser les règles de droit commun relatives aux plus-values immobilières.

La première est une mesure artificielle et sans justification, elle est posée par l'article 150 Q du code général des impôts. Elle consiste en un abattement forfaitaire de 6000 francs qui est opéré sur le total imposable des plus-values réalisées au cours d'une même année.

La deuxième est l'exonération d'impôt sur la plus-value en fonction de la durée de détention d'un bien. L'article 150 M du code général des impôts décide que les plus-values réalisées plus de deux ans après l'acquisition du bien sont réduites pour chaque année de détention, au-delà de la deuxième, de cinq pour cent. Si la durée de détention du terrain est inférieure à 22 ans, la plus-value subira un abattement de cinq pour cent par an dès la deuxième année de détention. Si la durée de détention est supérieure à 22 ans la plus value est exonérée d'imposition ( $5 \times 20 = 100\%$ ) ; la durée de détention étant celle calculée entre la date d'acquisition par le bailleur et le transfert du terrain au preneur.

Ainsi, si le bail à construction dure 20 ans seulement, mais que le propriétaire a conclu le bail 3 ans après avoir acquis le terrain, la plus-value sera exonérée d'impôt ( $20 + 3 = 23$  ans). Cette exonération d'impôt en fonction de la durée de détention du terrain est un avantage fiscal très motivant. Mais que faire quand la plus-value ne peut être exonérée d'impôt ? L'article 151 quater du code général des impôts répond à cette interrogation en posant des règles particulières **(33)** **(34)**.

Il existe deux régimes de taxation : le premier concerne les baux à construction conclus après le 31 décembre 1976 et le deuxième concerne ceux qui sont antérieurs, c'est à dire en cours au 1<sup>er</sup> janvier 1977.

- Les baux récents :

C'est au moment de la signature du bail à construction que la plus-value est déterminée. Elle est fonction de la durée écoulée entre la date d'acquisition du terrain par le bailleur et la date de signature du bail. La valeur que l'on retient à la date de signature du bail est celle stipulée dans l'acte ; et à défaut cette valeur sera égale au montant cumulé des surloyers payés tout au long du bail à construction. C'est au moment du transfert de propriété que la plus-value est taxée après avoir été révisée selon la même clause d'indexation que le loyer. Cette taxation peut avoir lieu en une seule fois à la fin du bail, mais il existe un régime beaucoup plus favorable. Le bailleur peut opter irrévocablement pour le versement annuel d'une provision d'impôt et ceci pendant toute la durée du bail.

Le calcul est le suivant : on se base sur la plus-value fixée au jour de la signature du bail, on divise cette valeur par le nombre d'années du bail et on obtient un quotient de plus-value. Il faut ajouter ce quotient aux revenus annuels afin de calculer l'impôt sur le revenu, dû chaque année. Cet impôt est calculé d'après le quotient de plus-value. Ainsi, lorsque le bailleur s'est régulièrement acquitté des provisions d'impôt chaque année pendant toute la durée du bail, aucune imposition ne lui sera demandée au titre de l'année du transfert de propriété du terrain.

Cette faculté est très avantageuse car elle casse la progressivité de l'impôt sur le revenu : la même plus-value lorsqu'elle est répartie sur plusieurs années peut empêcher de passer à la tranche d'imposition supérieure. Le taux de l'impôt, à montant égal, sera moins élevé. On permet au bailleur qui se rendrait compte de cet avantage un peu tard, d'opter en cours de bail pour le paiement de l'impôt par provision. Dans ce cas, il payera d'un seul coup toutes les provisions correspondant aux années passées et, pour l'avenir, il sera soumis au mécanisme de façon traditionnelle.

- Baux anciens :

La plus-value est calculée comme si elle avait été établie à la date de signature du bail à construction. Elle est déterminée à partir de tous les éléments existant à cette date : valeur du terrain loué, coefficient d'érosion monétaire ... L'impôt sera liquidé de la même façon que pour les nouveaux baux, c'est à dire : en une seule fois en fin de bail, ou, sous la forme de versements de provisions annuelles.

Le régime d'imposition des plus-values apparaît très favorable pour le bailleur : il est le plus souvent exonéré d'impôt, et quand il ne l'est pas, on peut étaler la plus-value sur toute la durée du

bail afin que le taux de l'impôt sur le revenu reste le plus bas possible. Ces avantages fiscaux doivent être le facteur déclencheur du consentement du bailleur à la location-vente. Les considérations fiscales sont sa seule préoccupation compte tenu de sa situation contractuelle.

Justification du contrat de bail à construction est ainsi faite :

- le preneur jouit de prérogatives originales. Elles apparaissent comme des avantages “ naturels ”, en ce sens qu'elles sont intrinsèques au contrat.
- Le bailleur peut se prévaloir d'avantages qualifiés “ d'artificiels ” puisque c'est la loi qui les surajoute afin de ne pas le léser et de l'inciter à conclure le contrat.

La location-vente dans le bail à construction constitue un montage original n'existant que dans l'intérêt du preneur. Il appartiendra donc au bailleur d'analyser lui même sa situation et se faire conseiller quant aux conséquences de la conclusion d'un tel contrat avant d'accepter tout engagement.

Chaque partie peut trouver un intérêt à conclure le bail à construction-vente mais encore faut-il qu'elles aient connaissance de l'existence d'un tel contrat ; et si c'est le cas qu'elles sachent en analyser les conséquences à long terme.

Une fois les avantages connus et assimilés :

- accession à la propriété par le preneur
- avantages fiscaux pour le bailleur

les parties signent le contrat ; c'est son déroulement qui va être présenté en deuxième partie.

## 2<sup>ème</sup> PARTIE : MISE EN ŒUVRE DU MONTAGE

Après démonstration des avantages du bail à construction-vente, il faut maintenant s'attacher à décrire le fonctionnement de ce contrat original. La méthode adaptée sera celle de la chronologie. A chaque étape, à la signature du bail à construction-vente, pendant le bail et en fin de bail, on étudiera les droits et obligations des parties en même temps que les effets de la vente sur le bail à construction.

### Section 1 : Conclusion de bail à construction :

Tout se joue à ce moment là. La rédaction du bail à construction à l'envers est primordiale. Tous les aspects du contrat sont à surveiller, notamment les aspects juridiques, fiscaux et administratifs.

#### **§ I. Aspects juridiques : (35)**

Avant d'analyser les clauses incontournables de ce contrat, il va falloir s'assurer de sa validité d'un point de vue juridique.

##### **A. Validité de la convention :**

Toutes les conventions sont soumises aux mêmes conditions de validité, mais celle-ci, étant une vente, comporte en sus des règles spécifiques.

##### **1. Conditions générales de validité :**

C'est l'article 1108 du code civil qui pose les quatre conditions de validité de toutes les conventions :

- La première condition est “ *le consentement de la partie qui s'oblige* ”. Ici, les deux parties ont des obligations, le contrat est synallagmatique. Chacune d'elles doit donner un accord éclairé quant au bail à construction-vente, ceci pour éviter la nullité du contrat pour erreur, dol ou violence. Pour éviter un vice de consentement, il suffit que le notaire explique le contenu du contrat et ses conséquences de façon précise.

- La deuxième condition est “ *la capacité de contracter* ”. Cette disposition existe afin d'éviter qu'un incapable majeur ou mineur ne contracte une obligation de donner, faire ou ne pas faire. Le notaire chargé de la rédaction du bail à construction-vente doit donc s'assurer

de l'identification des parties en demandant des justificatifs. Cependant certains incapables peuvent contracter s'ils sont représentés. Le " pouvoir " est un moyen de pallier à l'incapacité des personnes protégées : une personne habilitée contractera pour leur compte.

- La troisième condition est "*l'objet certain qui forme la matière de l'engagement*". L'article 1126 du code civil pose : " tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ". Ici, cette chose est le terrain : il sera donné à bail puis vendu. Comme le terrain est dans le commerce, il pourra donc faire l'objet du bail à construction-vente.

- La quatrième est "*une cause licite dans l'obligation*". L'article 1131 du code civil pose que " l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ". Dans notre contrat, la cause existe, elle est réelle et licite, il s'agit de l'accession du preneur à la propriété.

Ces quatre conditions générales de validité sont applicables aussi bien pour le louage que pour la vente, qui elle, nécessite d'autres conditions.

## 2. Conditions spécifiques à la vente :

La vente, convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer, est parfaite entre les parties dès qu'ils échangent leurs consentements sur la **chose** et le **prix**, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. C'est en ces termes que les articles 1582 et 1583 du code civil définissent la vente. Ce sont donc ces mots clés qui doivent guider l'analyse de la location-vente qui n'est, on l'a vu, qu'un louage dans le but de vendre.

• Accord sur la chose : la chose est le terrain vendu. Il doit appartenir au bailleur car la vente de la chose d'autrui est nulle ; et doit faire l'objet d'une détermination précise. La détermination de la chose vendue est indispensable, sans elle il ne peut y avoir " l'accord sur la chose vendue ". Ici le terrain doit être parfaitement déterminé (localisation, surface, caractéristiques, utilisation ... ) ce qui est assez aisé pour ce type de bien. Cette détermination devrait comporter les accessoires du terrain puisque " l'accessoire suit le principal ", mais ici, les constructions que le preneur a la charge d'édifier n'existent pas encore et lorsqu'elles existeront, elles seront directement la propriété du preneur ... Elles ne font donc pas partie de la chose vendue. Cependant certains accessoires tels que tuyaux, conduites d'eau et autres objets à usage perpétuel, peuvent être vendus. De plus, il ne faut pas oublier que les sûretés, privilèges, hypothèques et servitudes sont incorporés à l'immeuble : ils doivent être mentionnés dans le contrat.

• Accord sur le prix : Le prix constitue l'objet de l'obligation de l'acheteur et la cause de celle du vendeur. Sa détermination est une condition essentielle de la vente. La détermination du prix du terrain à bâtir est le fruit d'une négociation entre vendeur et acheteur qui disposent sur ce

point d'une totale liberté, sous la seule réserve du contrôle de l'administration fiscale. Il n'est pas interdit à l'une des parties de faire une "bonne affaire", mais cela ne doit pas trop déséquilibrer le contrat au point d'en faire une convention lésionnaire. La validité de la vente dépend du caractère réel et sérieux du prix. Dans le bail à construction-vente, ce prix qui servira à calculer la plus-value, est fixé au jour de la signature du contrat. Il pourra être réévalué au moment du transfert de propriété, c'est à dire en fin de bail. La raison de cette révision est le temps : le prix de vente doit pouvoir suivre les variations de la valeur de l'argent. Le contrat peut aussi prévoir une indexation, elle sera identique à celle appliquée aux loyers du bail à construction, le choix de l'indice étant très délicat.

Le prix est certes, issu d'une négociation, mais celle-ci doit se faire sur une base. Comment fixer cette "valeur repère" ? Plusieurs méthodes s'offrent aux parties. Tout d'abord, elles peuvent s'enquérir des prix de vente des terrains voisins, en faire une moyenne et la pondérer si nécessaire. Ensuite, elles peuvent réactualiser le prix payé par le bailleur lors de l'achat du terrain. Et enfin, ce qui est le plus souvent le cas, les parties feront appel à un expert. Ce professionnel de l'immobilier rendra une expertise digne de confiance qui pourra être complétée par une contre expertise en fin de bail lors de la réévaluation de la plus-value.

Un contrat, tout valide qu'il soit, nécessite des clauses indispensables qui vont régir son fonctionnement.

## **B. Contenu indispensable du contrat :**

Le bail à construction-vente étant une location-vente, il a un aspect dual. Il faut donc analyser chaque aspect séparément.

### **1. Les clauses du bail à construction :**

Il faut que par ses caractéristiques, celui-ci soit un réel bail à construction qui ne risque pas la requalification en bail ordinaire (36). Il doit contenir les clauses concernant :

- La durée du bail ;
- L'obligation de construire et d'entretenir les constructions ;
- L'octroi d'un droit réel immobilier au preneur (droit de superficie) ;
- Le paiement de loyers conséquents (en espèce ou en nature) ;

Ces quatre clauses, conditions de validité du bail à construction, ont déjà été rencontrées au début de cette étude, il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder. Par contre, l'étude de la clause de vente du terrain au preneur en fin de bail paraît quant à elle très instructive.

## 2. Les clauses concernant la vente du terrain :

Ces clauses, tout comme l'ensemble du contrat, peuvent être formulées librement, cependant le jurisclasser (24) et les logiciels informatiques notariaux (25) ont adopté une rédaction standardisée.

- Formulation standardisée :

Elle est identique partout : *“A l'expiration du bail, par arrivée du terme, les constructions édifiées par le preneur et toutes les améliorations apportées par lui, resteront sa propriété ou celle de ses ayants cause, ainsi que le terrain dont la propriété lui sera transférée. Il en sera de même des constructions existantes dont la propriété sera transférée au preneur. Dans le cas où les constructions et améliorations resteront au preneur, la propriété du terrain lui sera transférée au terme du bail moyennant le supplément de loyer dont il est question ci après. Ce loyer est augmenté d'une somme annuelle de ... francs indexée comme le loyer de base lui-même, la dite somme à valoir sur le prix du terrain qui sera transféré au preneur en fin de bail.*

*Le présent contrat contient donc promesse synallagmatique de vente du terrain au preneur, sans condition suspensive expressément stipulée non rétroactive du terme du bail par écoulement de sa durée contractuelle entière et moyennant un prix égal aux suppléments annuels ci dessus définis.*

*Si tous ces suppléments ont été régulièrement versés, la vente du terrain au preneur aura donc été intégralement payée d'avance. Si le bail n'atteignant pas sa durée contractuelle entière, la propriété du terrain n'est finalement pas transférée au preneur, les suppléments ainsi versés par le preneur resteront acquis au bailleur ”.* Cette formulation de base constitue un cadre rassurant pour les praticiens qui ont rarement l'occasion de rédiger de tels contrats. Il est loisible aux parties de la modifier, la loi restant volontairement dans le flou. Cela permet à chaque cas de trouver sa propre formulation en fonction des désirs et attentes des parties.

- Formulation personnalisée :

L'annonce de la vente du terrain au preneur peut être calquée sur la formulation de base. En revanche pour ce qui est de la forme de ladite vente, les parties sont libres de leur choix (37). Ce peut être une vente conditionnelle, comme cela est stipulé dans le contrat standard. Cependant les parties peuvent opter pour une vente assortie d'un terme.

Dans ce cas, le terme arrive à échéance en même temps que le bail à construction, mais la vente sera réputée parfaite dès la signature du contrat. Un certain temps va s'écouler entre l'accord des volontés sur les modalités de l'opération et le moment où la propriété sera effectivement

transmise. Pendant ce laps de temps, d'ordinaire, la propriété du terrain est réservée au vendeur. Ici, par l'effet du bail à construction, l'acheteur possède un droit réel immobilier pendant toute la durée du bail. De même, ce droit réel immobilier peut modifier l'habitude consistant à transférer en même temps la propriété et les risques ; ici, la perte ou la détérioration peuvent être à la seule charge de celui qui utilise le terrain, à savoir le preneur.

Les parties peuvent aussi choisir comme forme de la vente, la promesse de vente, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, elle a, on l'a vu, les mêmes effets : la promesse réciproque vaut vente et la promesse unilatérale aussi en raison du versement des surloyers qui lient le preneur. Le plus souvent on retardera le transfert de propriété jusqu'à la signature de l'acte authentique de vente qui sera postérieur à l'échéance du bail à construction. Même si la vente n'est qu'à l'état de promesse, il faudra tout de même organiser dans le contrat du bail, le paiement du prix de vente.

Quelle que soit la forme de la vente, les modalités de paiement du prix peuvent être différentes. Il peut y avoir paiement de petits acomptes afin que le solde final soit très important, ou même il peut n'y avoir paiement du prix qu'au terme du contrat du bail.

Toute formulation novatrice doit être rédigée avec soin, afin de pouvoir mesurer les conséquences de chaque clause. Les conséquences de la formulation juridique sont souvent fiscales, surtout en ce qui concerne le bail à construction-vente, très particulier en la matière.

## **§ II. Aspects fiscaux :**

La phase de signature est décisive en ce qui concerne les effets fiscaux de la location-vente. Ceux-ci peuvent être présentés sous deux aspects différents : la fiscalité attrayant au bail à construction lui-même et celle relevant de la vente du terrain.

### **A. Fiscalité inhérente au bail à construction :**

Le bail à construction a un régime fiscal spécifique que ce soit pour le choix de la T.V.A. ou du droit d'enregistrement, ou pour la formalité de publication.

#### **1. T.V.A. et droit d'enregistrement :**

C'est l'article 30.I de la loi du 16 décembre 1964 qui dispose que le bail est exonéré de T.V.A. C'est un régime dérogatoire, car il correspond à une opération concourant à la production d'immeuble et comme tel il devrait entrer dans le champ d'application de la T.V.A. Cette exonération est tempérée par la loi du 11 juillet 1972, modifiée par la loi du 29 décembre 1978, qui ouvre la possibilité de soumettre les baux à construction à la T.V.A. **(39)**.

- Le principe :

Le principe est le droit d'enregistrement, l'exception est la T.V.A. L'un est exclusif de l'autre : si l'on opte pour la T.V.A., on se soustrait au droit au bail.

Ce droit d'enregistrement a pour assiette les loyers dus annuellement par le preneur. Il est perçu au vu d'une déclaration souscrite par le bailleur. Lorsque le loyer est stipulé en espèces, le droit de bail porte sur le montant des loyers indiqué dans l'acte. En revanche lorsque le prix du bail consiste, en tout ou partie, dans la remise au bailleur d'immeubles réalisés par le preneur, le droit de bail est exigible sur la valeur réelle de ces immeubles, pour la période d'imposition au cours de laquelle la remise intervient (38). Le taux de ce droit est de 2,50%. Le droit d'enregistrement est exigible annuellement puisqu'il a pour assiette les loyers. Il peut convenir aux personnes physiques puisque son taux est faible et qu'il se paye de façon étalée. Cependant, il ne peut ouvrir droit à déduction comme c'est le cas dans le régime de la T.V.A.

- Exception :

L'option pour la T.V.A. ne sera prise en compte que si elle est clairement indiquée dans le contrat de bail à construction. La formulation proposée est la suivante (24) : *“ Monsieur X preneur, déclare opter pour la soumission du présent bail à construction à la taxe sur la valeur ajoutée, selon le régime applicable aux ventes de terrains à bâtir. Le terrain faisant l'objet de ce bail à construction n'était pas placé antérieurement dans le champ d'application de la taxe sur la valeur ajoutée. Le preneur s'engage à effectuer les travaux nécessaires pour l'édification des constructions, dans un délai de quatre ans. Par suite, le présent bail est exonéré du droit d'enregistrement de bail.*

Au vu de cette formulation plusieurs choses doivent être précisées. L'option porte sur la totalité du bail, afin d'éviter qu'un même bail à construction ne soit soumis à deux régimes différents. L'option peut être exercée soit par le preneur comme dans l'exemple ci-dessus, soit par le bailleur. Le bailleur exerce l'option lorsque le terrain faisant l'objet du bail était déjà placé dans le champ d'application de la T.V.A. immobilière. En revanche, c'est le preneur qui doit opter lorsque le terrain n'avait pas été acquis antérieurement par le bailleur sous le régime de la T.V.A.. Pour préciser ces deux dispositions, il faut rappeler qu'un terrain n'entre dans le champ d'application de la T.V.A. immobilière que si c'est un terrain à bâtir et si l'acheteur s'engage à le faire construire dans les quatre ans.

Ainsi, si le bailleur achète le terrain en s'engageant à le bâtir dans les quatre ans, ce terrain sera entré dans le champ d'application de la T.V.A., et le preneur reprendra le même engagement.

L'administration fiscale a précisé, que la T.V.A. est exclusive du droit de bail à la condition que l'acte de bail contienne l'engagement par le preneur d'effectuer, dans le délai de quatre ans à

compter de la date de l'acte, les travaux nécessaires pour édifier un immeuble. A défaut d'achèvement des travaux dans le délai légal, le droit de bail de 2,50% devient exigible. Le preneur s'acquittera de l'impôt dans les conditions habituelles ainsi que d'un droit supplémentaire de 6%. La T.V.A. perçue sera déduite de ces droits.

La T.V.A. doit être acquittée à la signature du bail à construction, et non au fur et à mesure des échéances comme le droit de bail. Elle est calculée d'après le montant cumulé des loyers afférents à toute la durée du bail, et est perçue au taux légal de 20,6%.

## 2. La publication de l'acte :

Le bail à construction doit revêtir la forme d'un acte authentique, ou celle d'un acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écriture et de signature (40). C'est le notaire qui doit assurer sa publication. Le bail à construction doit être publié au fichier immobilier, qui est destiné à faciliter les recherches et la concordance entre les différentes mentions et le cadastre (41). Ce fichier est tenu par le bureau des hypothèques qui dépend de l'administration des finances. C'est parce qu'il octroie un droit réel immobilier que le bail à construction doit être publié, ceci afin d'opposabilité et d'information des tiers. Mais la publication du bail à construction est exonérée de taxe de publicité foncière qu'il y ait ou non option pour la T.V.A., cette disposition est dérogatoire par rapport au régime des baux de plus de douze ans. Cependant, s'il est soumis à publication, le bail à construction est dispensé d'enregistrement (28) (42).

Pour ce qui est du droit de timbre, il est perçu selon le droit commun, c'est à dire à 19 francs la page d'acte.

En ce qui concerne le salaire du conservateur (43), il n'y a pas lieu de faire abstraction de la valeur résiduelle des immeubles en fin de bail. Le salaire exigible doit donc être assis sur le montant cumulé des loyers, et sur cette valeur résiduelle qui ne peut être symbolique.

Pour montrer la dualité du régime fiscal du bail à construction à l'envers, il convient d'étudier la fiscalité de la cession du terrain au preneur.

## **B. Fiscalité inhérente à la vente du terrain :**

Il faut ici distinguer chaque type d'impôt :

### 1. Les droits de mutation :

On parle plus volontiers de "droit de mutation à titre onéreux". Ils varient en fonction de la forme de la vente : elle peut être assortie d'un terme, ou être conditionnelle ou bien avoir la forme d'une promesse de vente. En début de bail, il est question de "T.V.A. immobilière" : elle touche toutes

les opérations concourant à la production ou à la livraison d'immeubles, or la vente d'un terrain à bâtir entre bien dans cette définition.

Ici aussi l'application de la T.V.A. est exclusive de celle du droit d'enregistrement : elle est due soit par le vendeur, soit par l'acheteur selon que le terrain est entré ou non dans le champ d'application de la T.V.A.

On appliquera la T.V.A., si et seulement si, l'acquéreur prend l'engagement de construire dans un délai de quatre ans. C'est de cette dernière condition que va dépendre la nature du droit de mutation perçu au jour de la signature.

- Si la vente du terrain est une vente pure et simple assortie d'un terme, la T.V.A. est exigible immédiatement, c'est à dire au moment de la signature du contrat. La raison de cette exigibilité vient du fait que la vente du terrain est parfaite dès la signature du contrat de bail à construction à l'envers, même si le transfert de propriété est différé.

- Si la vente du terrain est une vente sous condition suspensive de paiement des loyers pendant toute la durée du bail qui lui-même doit arriver au terme stipulé, il y aura aussi exigibilité de la T.V.A., mais celle ci ne sera pas réglée immédiatement. Elle sera réglée au moment de la réalisation de la condition.

- Le cas de la promesse de vente ne peut être étudié que sous l'aspect synallagmatique de celle ci, puisque la promesse unilatérale n'a d'effet qu'à la levée de l'option en fin de bail. La promesse réciproque de vente valant vente, la T.V.A. immobilière est exigible immédiatement.

## 2. La plus-value :

Son régime ayant déjà été étudié, il suffit de retranscrire ici ce qui doit être fait à la signature du contrat. Il faut d'abord déterminer le montant de la plus-value avant de déterminer si oui ou non elle peut être exonérée d'impôt. Elle est déterminée le jour de la signature en fonction de la valeur du terrain inscrit dans l'acte. Pour ce calcul, il faut prendre en compte la durée écoulée entre l'achat du terrain par le bailleur et la signature du bail. Cependant, cette durée est différente quand il s'agit de vérifier si elle est exonérée d'imposition. La durée qui sert à déterminer l'exonération est celle comprise entre l'achat du terrain par le bailleur et la fin du bail : si cette durée est supérieure à 22 ans, la vente du terrain est exonérée d'impôt sur la plus-value.

Si la vente est soumise à cette imposition, et si le bailleur opte pour son paiement par provision, il faudra déterminer au jour de la signature le montant des quotients de plus-value annuels.

## 3. Formalité fusionnée (44) :

La location-vente de terrain à bâtir est un acte constatant une convention immobilière. Elle est soumise par principe à la formalité fusionnée. Cette formalité unique a été instituée pour les actes qui doivent être à la fois publiés et enregistrés, l'enregistrement de l'acte résultant de sa

publication. La formalité fusionnée est à la fois une formalité et un impôt. Les actes soumis à la formalité fusionnée sont assujettis à un impôt unique : la taxe de publicité foncière, qui réunit l'ancien droit d'enregistrement et l'ancienne taxe de publicité foncière. Le tarif de droit commun de cet impôt unique de mutation est de 15,40 %, à ce taux s'ajoutent les taxes additionnelles locales : la taxe additionnelle communale de 1,2 % et la taxe additionnelle régionale de 1,6 %. Inversement, dans le cas d'un terrain à bâtir, seule la T.V.A. sera réglée lors de la formalité fusionnée.

Indépendamment de ces perceptions, les actes de vente d'immeubles sont soumis au droit de timbre et les salaires du conservateur sont perçus lors de la publication de l'acte au bureau des hypothèques, le conservateur des hypothèques ayant pour rôle de tenir divers registres et le fichier immobilier.

On remarque donc que le paiement des impôts directs et indirects et des taxes de toutes sortes, n'a pas toujours lieu au moment de la signature. Certains impôts ne seront dus qu'à l'échéance du bail.

Le jour de la signature du bail est important, car il correspond au moment de la rédaction de l'acte. Or celle-ci doit tout prévoir : l'aspect juridique, l'aspect fiscal, ainsi que l'aspect administratif.

### **§ III. Aspects administratifs :**

Les effets du bail à construction à l'envers sur l'administration se remarquent surtout au niveau local. Si la location-vente est une obligation légale faite aux organismes d'habitation à loyer modéré (H.L.M.) construisant en vue de la location ; le droit de préemption des personnes publiques, quant à lui, pose des problèmes d'application à cause du caractère hybride du contrat.

#### **A. Le cas des organismes H.L.M. :**

C'est dans le cadre des opérations d'urbanisation que le bail à construction a des effets, certes indirects, sur l'administration. La collectivité locale, au lieu de procéder à la prise de possession d'un terrain compris dans le périmètre d'un programme public de construction, va laisser une large part à l'initiative privée. Une société civile foncière dans laquelle sont associés plusieurs propriétaires privés, va passer un bail à construction avec le concessionnaire chargé de réaliser le programme public de construction. Quand les terrains sont destinés à l'accession à la propriété, la société civile cède les terrains, mais quand il s'agit de superficies destinées à la location, celle-ci choisira le cadre juridique du bail à construction. Les règles applicables au titre de ce contrat sont les mêmes que celles relatives au bail à construction exposées dans le titre I de

la loi du 16 décembre 1964. Cependant ce titre II dans son article 25 alinéa 5, dispose que les loyers dus au titre du bail peuvent être majorés afin de réaliser le transfert du terrain au propriétaire en fin de bail. Cette disposition qui institue une location-vente devient obligatoire quand le concessionnaire est un organisme d'habitations à loyer modéré construisant en vue de la location. Cette solution est un intermédiaire entre : le cas de la cession pure et simple quand la construction est réalisée en vue de l'accession à la propriété ; et le cas du bail à construction classique quand la construction est réalisée pour le locatif. Ici il s'agit toujours de locatif, mais on offre au concessionnaire la possibilité d'acheter le terrain. Cette possibilité devant s'inscrire dans le cadre du bail à construction, il y aura conclusion d'un bail à construction-vente (45) (46) (47).

En rendant obligatoire la location-vente, on a voulu permettre aux organismes H.L.M., qui doivent nécessairement demeurer propriétaires des immeubles qu'ils construisent, d'acquérir cette propriété en étalant le prix d'achat du terrain sur de longues années. Ce mode de paiement, sûr mais à long terme, est celui que l'administration française a toujours adopté. Il n'est pas surprenant qu'ici il soit choisi. Il permet aux offices d'H.L.M. de payer le prix du terrain, qu'ils doivent obligatoirement acquérir, de façon progressive. Cet avantage est non négligeable pour ces organismes qui, délivrés d'une charge foncière qui aurait du s'ajouter aux frais de construction, peuvent réaliser des appartements de meilleure qualité tout en attendant les déblocages de crédits servant à payer, par la suite, les surloyers.

## **B. Le cas du droit de préemption :**

Il n'est pas défini par la loi, mais peut être considéré comme la prérogative conférée à une personne, de se porter acquéreur à la place d'une autre aux mêmes charges et conditions, d'un bien librement mis en vente (48). Du point de vue du droit public, le droit de préemption permet à son titulaire, la personne publique, de remettre en cause le prix convenu entre les parties et donc de modifier les accords contractuels privés. Conféré aux collectivités locales, aux établissements publics et à certaines personnes privées chargées d'une mission d'intérêt public, ce droit se présente sous plusieurs formes : le droit de préemption urbain, le droit de préemption du département pour les espaces naturels sensibles et le droit de préemption concernant les ZAD, ancien et nouveau régime.

Le droit de préemption ne peut exister que s'il y a eu, antérieurement, une volonté de cession à titre onéreux. La loi nomme des titulaires qui seuls ont le droit d'instituer le droit de préemption. Ils mettent au point un périmètre dans lequel chaque vente foncière devra leur être signalée. Ce porté à connaissance est appelé " déclaration d'intention d'aliéner " (DIA). Il est souvent à la charge du notaire qui, informé d'une vente de terrain inclus dans le périmètre du

droit de préemption, devra demander par le biais de la DIA, au titulaire de ce droit, s'il compte ou non le mettre en œuvre. L'exercice de ce droit de préemption s'appelle " purge " : si le titulaire purge son droit, cela signifie qu'il va se porter acquéreur à la place de l'acquéreur initial nommé dans la DIA.

Certaines mutations sont exclues du droit de préemption, il s'agit de toutes celles qui ne revêtent pas la forme d'une aliénation ou d'une cession à titre onéreux et volontaire, à savoir notamment les transferts de droits de jouissance dont le bail à construction fait partie. De plus, les droits réels immobiliers tels que l'emphytéose ou le bail à construction sont aussi exclus du droit de préemption (49). Il n'y a donc pas lieu de purger le droit de préemption lorsqu'on signe un contrat de bail à construction classique puisque celui-ci n'entraîne pas mutation. M. Périnet Marquet (40) insiste sur le fait que le bail à construction a pu servir à tourner le droit de préemption des collectivités locales : on signait un tel contrat qui ne mentionnait jamais de cession au preneur, mais qui permettait à ce dernier de se comporter comme un quasi-proprétaire pendant toute sa vie (99 ans). Il n'avait pas à subir le droit de préférence de la collectivité.

Pour ce qui est du bail à construction-vente, il en est autrement : il comporte en son sein une mutation à titre onéreux de terrain qui entre dans le champ d'application du droit de préemption ... Ce contrat n'est plus seulement constitutif d'un droit de superficie temporaire il est une vente pure et simple. Cependant cette vente peut revêtir plusieurs formes : la vente assortie d'un terme, la vente sous condition suspensive et la promesse de vente.

Les cas de la vente assortie d'un terme et de la vente conditionnelle sont identiques : il y a bien accord sur la chose et sur le prix au moment de la signature du bail. La vente est formée, mais le transfert de propriété est différé : la fin du bail peut constituer aussi bien un terme qu'une condition.

La question est de savoir quand faire la déclaration d'intention d'aliéner : au moment de la signature du bail ou au moment du transfert de propriété ? Si la règle était celle d'une DIA juste avant le cession du terrain, cela défavoriserait le preneur qui conclurait une location-vente et qui payerait des surloyers sans connaître l'issue du contrat. Dans ce cas, si la commune purge son droit, le preneur qui pensait pouvoir devenir propriétaire du terrain se voit floué. C'est pour cette raison d'insécurité juridique que le preneur ne prendra pas le risque de signer un tel contrat. La solution apparaît donc naturelle : la DIA doit se faire avant la signature du contrat de location-vente, même si les effets de la vente sont différés (50). Si le titulaire purge son droit de préemption il deviendra preneur du bail à construction-vente ; mais le plus souvent le titulaire ne

mettra pas en œuvre son droit. Ce refus d'exercer le droit de préemption permettra au preneur d'acquiescer librement et sûrement le terrain.

Il n'en est pas de même lorsque le contrat de bail à construction-vente comporte une promesse unilatérale de vente. Les effets de ce contrat quant au droit de préemption n'ont lieu qu'au moment de la levée de l'option. Celle-ci ne pouvant être levée qu'en fin de bail, ou parfois pendant le bail, l'étude en est repoussée.

C'est au moment de la signature du bail à construction-vente qu'il faut prendre des options, rédiger en détail et prévoir les effets de cette rédaction.

Tous les choix, quel qu'ils soient, se font lors de la rédaction du contrat qui une fois signé tiendra lieu de loi entre les parties. Cet effet relatif implique une rédaction soignée. C'est cette rédaction qui effraie souvent les praticiens : ne maîtrisant pas la technique de cette location-vente originale, ils ont quelques réticences quant à son utilisation. Les difficultés de rédaction, rappelons-le, viennent des termes même de la loi de 1964 qui se veulent réduits aux grandes lignes directrices afin de laisser libre cours à la créativité des praticiens. Cette trop grande liberté effraie. Mais ceux qui ont su la surmonter ont pu réaliser des montages juridiques d'envergure qui ont répondu à toutes leurs attentes.

La deuxième difficulté qui se présente en début de bail à construction-vente est d'un ordre matériel : comment harmoniser les effets du bail à construction avec ceux de la vente ? Les études sur le bail à construction classique ne manquent pas : chercher des solutions aux difficultés rencontrées demande simplement de la méthode. Pour ce qui est du bail à construction-vente, ces études lui consacrent quelques développements mais ceux-ci apparaissent peu précis et très succincts. Les solutions aux difficultés rencontrées en cette matière restent toujours incertaines de nos jours, elles relèvent surtout de la logique juridique... C'est de cet esprit logique dont il faudra faire preuve pour étudier le déroulement du bail à construction à l'envers.

## Section II : Déroulement du bail à construction à l'envers

Les effets du bail et de la vente étant la plupart du temps antagonistes, l'analyse du déroulement de la location-vente doit être présentée sous ses deux aspects.

### **§ I. Déroulement du louage :**

La période de louage est marquée par un seul et même acteur : le preneur. Il loue, il utilise, il gère le terrain loué. Son droit de superficie lui donne beaucoup de prérogatives, mais en contrepartie, lui inflige des obligations. C'est seulement en étudiant l'aspect fiscal du louage que l'on exposera le rôle effacé du bailleur qui accepte le démembrement de son droit de propriété au profit du preneur.

#### **A. Les prérogatives du preneur :**

Elles sont exorbitantes du droit commun du louage. Un preneur est, en général, une personne qui n'a qu'un droit de jouissance en contrepartie duquel il paye un loyer. Or ici, la jouissance n'est pas l'aspect essentiel. Le bail à construction a pour but, non la jouissance, mais la construction du terrain loué. On donne au preneur un droit réel immobilier sur ce terrain et un droit de propriété sur les constructions qu'il édifie, afin que celui-ci donne tout son sens au contrat, c'est à dire qu'il construise. Certes, une fois qu'il aura construit, il va jouir des bâtiments pendant plusieurs années, mais là n'est pas l'essentiel. Le bail à construction a été institué en 1964 dans le but de favoriser la construction. Le droit de superficie permet au preneur de construire sans entrave ; toutes ses prérogatives sont issues de ce droit

#### **1. L'institution de servitudes indispensables à la construction :**

La formule standardisée proposée aux praticiens (24) est la suivante :

*“ Il pourra consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail ; toutes les autres servitudes ne pouvant être conférées qu'avec le consentement du bailleur. Le bailleur donne tous pouvoirs au preneur à l'effet d'acquiescer les servitudes, mitoyennetés, droits de passage nécessaires à la réalisation des constructions... Il est expressément convenu au surplus que les sommes qui pourront être payés à des tiers, au titre de ces acquisitions et en exécution des conventions passées par le preneur, seront supportées exclusivement par ce dernier qui s'y oblige expressément... A l'expiration du bail, toutes les servitudes autres que celles indispensables à la construction... s'éteindront de plein droit ”*

L'article qui admet la possibilité de consentir des "servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail" (L 251.3) est un de ceux qui sont d'ordre public ; ceci pour montrer son importance. Le preneur a donc un droit fondamental à affaiblir la valeur patrimoniale du fonds du bailleur pour pouvoir construire : il institue sur le terrain loué qui devient "fonds servant" des servitudes de cour commune ou de passage. Inversement, qu'en est-il des servitudes actives qui font du terrain loué un fonds dominant (40) ? Elles ne sont pas prévues par la loi, mais sachant que c'est le preneur qui paye toutes les charges, il payera l'indemnisation du fonds servant voisin ; et si la servitude active instituée est indispensable à la construction, elle survivra à l'échéance du bail à construction.

Les servitudes (passives ou actives) qui ne sont pas indispensables à la construction peuvent être consenties (L251.6) mais elles s'éteindront à l'expiration du bail. C'est au juge de déterminer si telle ou telle servitude est indispensable à la réalisation des constructions.

## 2. La constitution de sûretés et de baux :

Le preneur, selon l'article L251.6, peut consentir des privilèges, hypothèques, servitudes (autres que celles qui sont indispensables à la construction), baux et titres d'occupation, ceux-ci s'éteignant à la fin du bail à construction. Cependant, pour protéger les créanciers les sûretés ne s'éteindront pas au moment d'une éventuelle réalisation anticipée, et garderont le terme initialement prévu.

Les formules proposées aux praticiens sont peu étoffées (24) : *" le preneur pourra louer librement les constructions édifiées par lui pour une durée ne pouvant excéder celle du bail. En conséquence, à l'expiration du bail, tous baux, constructions, ou conventions d'occupation quelconques consentis par le preneur prendront fin de plein droit "*. Ce ne sont que des propositions qui peuvent être modifiées au gré des parties. Le preneur peut certes, consentir des baux sur les constructions qu'il édifie, mais il peut aussi sous-louer le terrain. C'est cette sous-location qui va poser un problème de qualification.

La sous-location existe dans les baux ordinaires : le locataire cède son droit de jouissance qui est un droit personnel, à un tiers. Ce tiers devient à son tour titulaire du droit personnel. Cependant, ici, il n'est pas question d'un droit personnel mais d'un droit réel immobilier ... On ne peut parler de location lorsqu'il s'agit de transmettre un droit réel. C'est la qualification du droit transmis qui empêche l'appellation " sous-location ". On ne peut que qualifier cet acte de " vente du droit de superficie ". Le nouveau " locataire " n'a pas les prérogatives ordinaires d'un locataire : il est titulaire d'un droit réel qu'on lui a cédé. On peut sous-louer un droit de jouissance ; mais un droit réel se vend ...

### 3. La cession de ses droits par le preneur :

Les dispositions de la loi du 16 décembre 1964 concernant cette matière, sont d'ordre public. L'article L251.3 alinéa 2 dispose que le preneur peut céder tout ou partie de ses droits, les concessionnaires étant tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement des constructions qu'il s'est engagé à édifier. Ce caractère d'ordre public implique que le preneur n'a pas besoin de l'autorisation du bailleur pour céder ses droits. Cette liberté est incontournable et irréductible. Il faut noter que la nature des droits cédés par le preneur est duale, le droit cédé peut être : le droit de propriété temporaire sur les constructions qu'il a édifiées, ou, le droit réel immobilier sur le terrain loué. Il peut céder les deux droits simultanément, mais peut aussi les vendre séparément, dans ce cas il pourra conserver le droit qu'il ne vend pas pour lui-même ou le transmettre à un tiers différent (51). En lisant les formules proposées aux notaires, on se rend compte que l'article L251.3 est appliqué à la lettre, en ce sens qu'il prévoit à côté de la cession, un autre mode de transmission des droits : l'apport en société. Le paragraphe consacré à la cession, s'intitule " *Cession et apports en société* " (52). Ces deux modes de transmission suivent le même régime : " *les concessionnaires ou la société bénéficiaire de l'apport devront s'engager directement envers le bailleur à l'exécution de toutes les conditions du présent bail ... ils demeurent tenus solidairement entre eux et avec le preneur, vis à vis du bailleur, des mêmes obligations que le preneur.* "

Un exemple, tiré de la pratique, peut être donné concernant la cession de ses droits par le preneur à des tiers (53) : lorsque le preneur est un promoteur constructeur, il peut conclure un bail à construction avec le propriétaire du terrain. Ensuite, il construit un bâtiment qu'il vend, puisque tel est son métier, mais s'ajoute à cette vente, celle de son droit de superficie. Ainsi, si le client veut accéder à la propriété pleine et entière des immeubles, un bail à construction-vente sera bienvenu. Les clients achèteront le terrain, après avoir financé le bâtiment, en reprenant à leur nom le bail à construction-vente.

La clause limitant la libre cession ne peut être réputée non écrite, car cette disposition étant d'ordre public, elle dicte la qualification de bail à construction. Toute stipulation écartant ce droit de libre cession, disqualifie le bail à construction, sans pouvoir être réputée non écrite. La fiscalité des cessions intervenant en cours de bail est complexe (43). On sait que la cession des droits du preneur concourt à la production ou à la livraison d'immeubles. S'il vend la totalité de ses droits, il y a soumission à la T.V.A. si la vente des locaux intervient dans les cinq ans de leur

achèvement. S'il ne vend qu'une partie de ses droits, la fiscalité distinguera le cas du bail à construction classique et celui du bail à construction à l'envers (voir infra).

#### 4. La démolition des constructions :

L'article L251.4 dispose que le preneur peut démolir les bâtiments existants à charge de les reconstruire. En effet, lorsqu'il existe des bâtiments sur le fond loué, ceux-ci peuvent gêner la réalisation des constructions par le preneur ; et celui-ci s'il les détruit, devra les reconstruire de façon à ce qu'ils s'intègrent dans l'ensemble des constructions.

Cependant cette prérogative appelle quelques précisions quant à la propriété des constructions existantes. Elles peuvent rester la propriété du bailleur, ou, être transférées au preneur sans que cela soit une mutation du point de vue du droit de superficie.

Si les immeubles existants ont fait l'objet d'un transfert de propriété à son profit, le preneur pourra les démolir sans obligations de les reconstruire. Par contre, si les immeubles sont restés la propriété du bailleur qui les utilise, ce dernier devra donner son autorisation à la démolition.

Ces prérogatives nombreuses et originales, n'en comportent pas moins des obligations tant matérielles que pécuniaires.

### **B. Les obligations du preneur :**

Elles sont de deux ordres, les unes sont matérielles et les autres pécuniaires.

#### 1. Obligations matérielles :

- L'obligation matérielle concerne les bâtiments : la raison d'être du bail à la construction est l'édification des bâtiments par le preneur. Dans le bail ordinaire, la caractéristique essentielle est la jouissance, alors qu'ici c'est la construction d'immeubles qui constitue l'essentiel de la définition. L'obligation de construction est l'engagement principal que souscrit le preneur. Dans le silence de la loi, l'étendue et les modalités de cette obligation sont totalement libres. La destination des constructions est libre elle aussi ; peu importe qu'elle soit à tendance commerciale ou d'habitation (même si la loi de 1964 avait institué le bail à construction en vue de limiter la crise du logement).

Cette caractéristique principale qui est l'obligation de construire de construire, nécessite l'institution d'un droit de superficie : on donne au preneur les moyens matériels et juridiques lui permettant d'honorer son contrat. C'est pour lui permettre de construire que le droit réel immobilier a été mis en place avec toutes les prérogatives qu'il fait naître et qui ont été ci avant étudiées.

•Le complément de l'obligation de construire réside dans l'obligation d'entretenir les constructions. Cette obligation fait partie de la définition même du bail à construction. Elle concerne les réparations de toute nature quelle que soit leur importance, notamment celles devant avoir lieu après incendie (article L 251.4). Cette obligation est valable aussi bien pour les constructions existantes que pour celles nouvellement édifiées. De même, le preneur doit reconstruire les immeubles qui ont péri, sauf si cela s'est produit à cause de la force majeure ou du cas fortuit. Cette obligation d'entretien de grande envergure est spécifique aux baux à construction, elle n'existe pas dans les baux ordinaires. Cependant elle n'est pas d'ordre public, on peut y déroger. Cette faculté de dérogation recevra application dans le cas du bail à construction à l'envers (voir infra).

## 2. Obligations pécuniaires :

•Le preneur a l'obligation d'acquitter les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain. Cette obligation emportant notamment celle d'acquitter la taxe foncière, s'exécute pendant toute la durée du bail. Elle est étendue à toutes les nouvelles taxes qui n'existaient pas au jour de la conclusion du contrat. Cette obligation est naturelle et logique quand on la rapproche des droits du preneur : droit de propriété sur les constructions et droit réel immobilier sur le terrain, mènent logiquement aux paiements de tout ce qui concerne ces immeubles. Le transfert du terrain au preneur en fin de bail conforte cette obligation : lui seul est, et sera, maître des lieux, c'est donc à lui qu'en incombe la charge pécuniaire.

•Le preneur a l'obligation de payer des loyers. Un loyer rétribuant un simple droit de jouissance aurait pu être symbolique, mais ici il est la contrepartie d'un droit réel : il doit donc être plus élevé que dans les baux ordinaires. Cependant, la Cour de Cassation a récemment ordonné la fixation au franc symbolique pour un terrain qui n'avait, il est vrai, que peu de valeur (54).

Le paiement du loyer peut se faire en espèces, en nature, ou, peut prendre la forme d'un loyer mixte (espèces + nature).

Le loyer en nature est un transfert de propriété. La situation qui va en résulter pendant le bail est une copropriété originale dans laquelle le sol n'est pas une partie commune. Cette copropriété peu ordinaire met le juge mal à l'aise (9) mais la doctrine l'accepte : Roger Saint Alary déclare (53) qu' " *il suffit que le règlement de copropriété prévoit que le sol ne sera pas partie commune pour qu'il devienne une partie privative* ". Cette copropriété se maintiendra à la fin du bail à construction à l'envers puisque chaque partie conservera la propriété des bâtiments qui étaient les siens pendant le bail, le sol devenant la propriété du preneur.

## C. Incidences fiscales:

Certaines retombées fiscales sont prévisibles au vu du type de contrat dont il est question ; mais certains aspects fiscaux spécifiques ne doivent pas non plus être négligés.

### 1. Fiscalité de droit commun :

- Chaque année, pendant toute la durée du bail, il y aura paiement du droit d'enregistrement assis sur les loyers dus. Le droit d'enregistrement du au titre du bail à construction est exclusif de la T.V.A., qui si on avait opté pour elle, aurait du être payée au début du contrat.

- Les loyers constituant des revenus fonciers sont imposés au titre de l'impôt sur le revenu chaque année.

- L'opération de construction réalisée par le preneur est imposé à la T.V.A. dans les conditions ordinaires : le preneur se livrera à lui-même l'immeuble si l'opération entre dans l'un des deux cas d'imposition de la livraison à soi-même (1<sup>er</sup> cas : quand l'immeuble est édifié par une société d'attribution ; 2<sup>ème</sup> cas : quand l'immeuble n'est pas affecté à l'habitation pour les trois quarts et quand il est destiné à être utilisé pour la réalisation d'opérations soumises à T.V.A.).

### 2. Fiscalité adaptée à des situations spécifiques :

- En cas de vente des droits du bailleur au preneur en cours de bail : cette cession met fin au bail à construction et devient une vente de terrain à bâtir soumise à la T.V.A. immobilière.

- En cas de vente du droit réel immobilier du preneur à un tiers : cette cession est une vente de droit immobilier qui peut être soumise à T.V.A.

- En cas de vente des constructions par le preneur à un tiers : cette cession est une vente ordinaire d'immeubles bâtis qui sera soumise à T.V.A. si les constructions sont achevées depuis plus de cinq ans.

- En cas de résiliation du bail à construction : le preneur perd son droit de superficie et permet au bailleur d'accéder à la propriété des immeubles construits. Ceci entraîne un transfert de propriété constituant une mutation soumise au droit de d'enregistrement des mutations d'immeubles (55). Si cette résiliation intervient moins cinq ans après l'achèvement des constructions, l'opération est passible de la T.V.A. en tant que cession.

Ces aspects du louage ne sont cependant pas complets. Il faut les réexaminer à travers la vente du terrain au preneur en fin de bail. L'esprit du contrat va se trouver totalement bouleversé notamment en ce qui concerne les obligations et prérogatives du preneur ...

## **§ II. Influence de la vente sur le louage :**

Pendant la durée du bail, la location-vente modifie les engagements du preneur qui sont traditionnellement prévus dans le cadre du bail à construction ; elle induit une fiscalité nouvelle et peut quelquefois impliquer la mise en œuvre du droit de préemption.

### **A. Les nouveaux engagements du preneur :**

#### **1. L'engagement à construire :**

La construction de locaux est l'engagement principal que souscrit le preneur d'un bail à construction. En principe, l'étendue et les modalités de cette obligation sont libres. Cependant, cette liberté n'est pas totale quand il s'agit d'un bail à construction ordinaire : elle ne saurait autoriser le preneur à réaliser des édifications de petite ampleur, puisque les constructions constituent l'avantage principal du bailleur à qui elles vont être transmises en fin de bail. L'obligation de construire trouve là, sa raison d'être.

Lorsqu'il y a location-vente du terrain, le preneur construit " pour lui-même " sans avoir de comptes à rendre puisque c'est à lui que reviendront les immeubles en fin de bail. Il pourrait, s'il le désirait, ne procéder qu'à des aménagements de locaux existants, sans que ces travaux de petite ampleur ne lui soient reprochés par quiconque. Lorsqu'on parle de " dénaturation du contrat d'origine " c'est aussi à cet aspect que l'on fait allusion : l'obligation de construire qui faisait partie intégrante de la définition du bail à construire, n'est plus ici, que le pâle reflet d'elle-même. De même, on ne peut plus parler d'obligation de résultat en ce qui concerne cette obligation. Dans un bail à construction ordinaire, si le preneur ne construit pas dans les délais convenus entre les parties, sa faute sera présumée et le bailleur pourra demander la résiliation du contrat. En revanche, lorsqu'on a à faire à un bail à construction à l'envers, cette obligation de résultat tombe : le bailleur n'est plus concerné par la rapidité de l'opération de construction, il n'a plus besoin de la garantie de sa réalisation puisqu'il n'a plus vocation à recevoir les bâtiments en fin de bail.

#### **2. L'entretien des constructions :**

Cette obligation faisant partie de la définition du bail à construction, perd son caractère impératif quand il s'agit d'un bail à construction à l'envers. Dans ce cas, le preneur

n'entretient les constructions que pour son propre compte. L'obligation d'entretien instituée en vue de favoriser le bailleur qui doit recevoir les bâtiments en fin de bail, n'a plus lieu d'être. Elle ne sert plus à empêcher la dévalorisation des constructions rétributions du bailleur ; puisque ici c'est le preneur qui conserve ce qu'il a édifié. N'ayant plus le caractère de contre prestation, l'entretien pourra être considéré comme suffisant même s'il est minimal. Il pourra être réduit au strict minimum d'esthétique, de confort et de salubrité. Si l'entretien n'est pas fameux, le bailleur ne pourra plus réclamer de dommages intérêts comme c'était le cas d'ordinaire.

### 3. Le loyer :

- Son montant sera influencé par la clause de location-vente. Le preneur payera un loyer plus élevé car celui-ci doit compenser la perte des bâtiments par le bailleur.

- Sa nature sera, elle aussi, influencée par clause de vente du terrain au preneur. Le bail à construction prévoit d'ordinaire, la faculté de payer le loyer en espèces, en nature ou de façon mixte. Le loyer en nature ou mixte est censé procurer un avantage immédiat au bailleur : recevant les bâtiments en cours de bail, il pourra les vendre ou les louer afin d'en retirer un revenu. Cependant, l'esprit de la location-vente va à l'encontre de cela. En effet, elle est instituée pour permettre au preneur de réunir entre ses mains la propriété du terrain et celle de toutes les constructions, c'est un mode d'accession à la propriété. Le preneur choisira cette technique car elle lui permet de payer le prix du terrain sur lequel sont édifiées ses constructions, de façon progressive. Dans son esprit, la cession de quelques-unes de ces constructions est impensable ... Il aspire, comme tout français, à la propriété pleine et entière des immeubles dont il jouit. On peut donc conclure que le bail à construction-vente comportera rarement la clause instituant le loyer en nature. Si c'est le cas, il faudra aménager une copropriété qui se maintiendra en fin de bail, dans laquelle le preneur sera propriétaire privatif du sol.

- Sa garantie de paiement deviendra indispensable pour le bailleur puisqu'il devient sa seule contrepartie au bail à construction-vente (faute de transfert des constructions). Le non-paiement du loyer constitue un grave préjudice pour le bailleur. Une résiliation judiciaire ou de plein droit pourra avoir lieu. Dans ce cas, le preneur perdra sa qualification et tous les droits qui s'y rattachent, notamment celui de recevoir le terrain et les constructions en fin de bail. Le bailleur recevra les immeubles, non par application de la théorie de l'accession, mais du fait de leur enlèvement au preneur. Celui-ci les aura perdu le temps de la résiliation, et leur transfert au bailleur sera considéré comme une réelle mutation, et imposable en cette qualité. De même, si le bail est résilié avant la durée légale de 18 ans, celui-ci sera requalifié en vente pure et simple et tout reviendra au bailleur de la même manière.

## **B. La fiscalité attachée à la location-vente :**

La fiscalité du bail à construction est le volet qui intéresse le plus la doctrine, il est aussi le plus développé par l'administration fiscale au travers des "instructions" (56) et de la "documentation de base" (57). La loi du 16 décembre 1964 elle-même lui consacre un titre entier, le titre III : "dispositions fiscales".

Tout ceci montre l'importance de la mise au point de la fiscalité et de son adéquation avec le montage particulier qu'est le bail à construction, qui lui-même peut revêtir plusieurs aspects dont la fiscalité doit tenir compte :

- le modèle légal : retour du terrain au bailleur avec application de la théorie de l'accession ;

- stipulation d'une copropriété finale

- résiliation anticipée amiable requalifiée en vente pure et simple ;

- stipulation de la vente du terrain au preneur en fin de bail.

L'aspect location-vente apparaît un des aspects les plus compliqués mais n'en est pas moins détaillé par les textes de la direction générale des impôts.

Le bail à construction à l'envers fait l'objet de développements "très résiduels" dans son aspect juridique. Cependant, dès que l'on intéresse au domaine fiscal du montage, les règles deviennent beaucoup plus faciles à trouver et les vides juridiques se font beaucoup moins nombreux. Tous les textes en la matière convergent pour donner une règle identique.

### **1. Homogénéité rassurante :**

Dans tous les manuels, juriscenseurs ou instructions, on retrouve la même marche à suivre quant aux plus-values immobilières :

- elle est déterminée au moment de la signature du bail ;
- elle est calculée d'après la valeur du bien à cette date ;
- à défaut de stipulation du prix de vente dans l'acte, cette valeur est celle du montant cumulé des surloyers de toute la durée du bail et de la valeur de reprise des constructions en fin de bail ;
- elle est calculée en fonction de la durée écoulée entre la date d'acquisition du bien et la date de signature du bail ;
- elle donne lieu à l'abattement de 6000 francs ;
- c'est la durée de possession par le bailleur qui détermine si oui ou non cette plus-value est imposée. Cette durée est celle écoulée entre l'acquisition du terrain et celle du transfert de propriété au preneur. Si elle est inférieure à 22 ans il y a imposition ;

- c'est à la fin du bail qu'on taxe la plus-value en révisant la valeur donnée au jour de la signature en fonction de la même clause d'indexation que le loyer ;
- le contribuable peut choisir de payer l'impôt non pas en fin de bail, mais par provisions tout au long du bail.

Cette unicité des textes malgré leur nombre permet aux contribuables et aux praticiens de savoir à quoi s'attendre. La précision de ces textes fiscaux contraste avec le flou qui entoure le bail à construction-vente. Cela peut, sans doute, trouver une explication dans la volonté du législateur : les incitations fiscales pour être efficaces doivent être détaillées afin que le public comprenne quels avantages il a, à conclure un bail à construction à l'envers. Cela signifie que le type de montage importe peu (il est à la discrétion des parties) puisque les règles fiscales sont posées de façon certaine.

Cette précision des textes fiscaux peut trouver une autre explication : la matière fiscale. De part sa nature, elle se doit de prévoir chaque cas de figure afin que celui-ci soit imposé de façon adéquate. Il n'est pas étonnant que l'on y trouve plus de précisions que dans les textes juridiques, dont la matière est " moins exacte ".

## 2. Homogénéité malléable :

Cette intangibilité de la règle fiscale permet toutes sortes de fantaisies juridiques : on peut ne pas prévoir la clause instituant les surloyers et ne payer le prix de vente qu'en fin de bail, c'est à dire au moment du transfert de propriété du terrain.

La fixation des loyers et celle des quotients de plus-value sont indépendantes. Ainsi, en cas de prix de vente payé en fin de bail, l'imposition de la plus-value par provision pourra quand même avoir lieu, puisque l'imposition est calculé non pas sur le montant du surloyer effectivement payé mais sur la plus-value totale divisée par le nombre d'années du bail. Les surloyers et les quotients de plus-value peuvent coïncider, c'est plus simple, mais cela n'est pas une obligation : ce sont les quotients de plus-value qui sont imposés et non les surloyers.

### **C. La purge du droit de préemption :**

Lorsque la location-vente prend la forme d'un louage suivi d'une promesse unilatérale, il faudra faire la D.I.A. du moment de la levée de l'option d'achat, puisque la vente ne sera parfaite qu'à ce moment là. Or si la levée de l'option a lieu **pendant le bail**, le preneur achète un terrain grevé d'un bail à construction consenti à lui-même : cela n'est pas gênant ! Si à ce moment là, la commune souhaite purger son droit de préemption, elle deviendra propriétaire d'un terrain grevé d'un bail à construction consenti au profit d'un tiers, expirant plusieurs

dizaines d'années après... Le plus souvent la commune refusera d'exercer son droit, ce qui laissera au preneur toute latitude pour l'achat du terrain, sans être inquiété du droit de préemption. Cette technique de la levée d'option en cours de bail est souvent un moyen de faire échec au droit de préemption de la collectivité, découragée d'avoir à attendre plusieurs années avant de pouvoir utiliser le terrain à des fins d'intérêt général.

Il apparaît évident que la stipulation d'une clause de location-vente, au sein d'un contrat de bail à construction, dénature celui-ci tout en modifiant ses effets. Les obligations du preneur n'ont plus la même portée, la fiscalité se complexifie et le droit de préemption inexistant jusqu'alors peut être mis en œuvre ...

Ces déviations par rapport au contrat d'origine se retrouvent également en fin de bail lorsqu'a lieu le transfert de propriété du terrain.

### **Section III : La fin du bail à construction à l'envers :**

C'est à ce moment là que la notion de vente va prendre tout son sens : les expressions de bail à construction-vente ou location-vente ne trompent pas sur le but ultime et principal du contrat : la vente du terrain au preneur.

La fin du bail à construction est, tout entière, marquée par ce nouveau contrat qui a des effets aussi bien sur le “ preneur-acquéreur ” que sur le “ bailleur-vendeur ”.

#### **§ I. Quant au preneur-acquéreur :**

La vente continue à modifier les conséquences du bail à construction, surtout en ce qui concerne les droits que le preneur a consenti à des tiers.

Cependant, le bail à construction, lui-même, fait de cette vente une cession du terrain à bâtir peu ordinaire dans laquelle les droits et obligations des parties sont dénaturés.

#### **A. Les influences de la vente sur l'issue ordinaire du bail :**

- On sait que le preneur peut consentir des servitudes indispensables aux constructions à réaliser, qui ne s'éteignent pas en fin de bail. Puisque le preneur doit recevoir le terrain et les constructions en fin de bail, il bénéficiera des servitudes actives et subira les servitudes passives à la place du bailleur qui d'ordinaire aurait dû les honorer. Ainsi quel que soit le propriétaire du terrain à l'issue du bail, les servitudes indispensables à l'édification des constructions subsistent.

- Les sûretés telles qu'hypothèques ou privilèges, nées du chef du preneur doivent s'éteindre en fin de bail afin que le bailleur, qui reçoit le terrain et les constructions, ne subisse pas les assauts des créanciers du preneur. Quel sens peut garder cette règle quand le preneur achète le terrain ? En l'absence de toute jurisprudence sur la question (5), on peut penser qu'il n'y aura pas d'extinction des sûretés en fin de bail. C'est la logique qui guide cette solution : une sûreté sert à garantir un créancier. Ici la fin du bail ne change pas l'état du preneur, bien au contraire, elle le renforce dans ses droits : son droit de propriété sur les constructions subsiste tandis que le droit réel immobilier sur le terrain se transforme en réel droit de propriété ... Si une sûreté naît du chef du preneur et que celui-ci devient un propriétaire, elle perdure sans que ce changement de qualité n'ait d'influence sur elle : le preneur gardera terrain et constructions grevés et continuera à répondre des sûretés qu'il a créé pendant le bail. Afin d'étayer cette solution on peut remarquer que l'article L251.6, qui pose le principe de l'extinction des sûretés, n'est pas d'ordre public. On peut donc y déroger en laissant subsister les sûretés.

- Consentir un bail sur les constructions fait partie des prérogatives du preneur, cependant le même article L 251.6 pose le principe de l'extinction des baux et conventions d'occupation en fin de bail ... Faudra-t-il appliquer cette règle lorsque le preneur continuera à garder la propriété desdites constructions une fois le bail terminé ? Cette règle a une raison d'être lorsque le bailleur reçoit les constructions en fin de bail : celles-ci sont transmises exemptes de tout droit des tiers. Inversement, dans le cas du bail à construction-vente, le propriétaire des constructions qui a consenti à la location, reste tel, même après l'échéance du bail à construction. Aucune raison ne peut obliger à l'extinction des baux consentis puisque cette règle n'est pas d'ordre public. Les locataires en place, qui auront toujours la même personne comme interlocuteur, ne verront pas leur bail s'éteindre de plein droit en fin de bail, sauf si le contrat de louage comporte une stipulation en ce sens. En effet, les locataires ont un droit à rester dans les lieux si leur bail dure au-delà de l'échéance du bail à construction ; mais ils peuvent renoncer à ce droit en acceptant dans le contrat de louage que leur bail s'éteigne à telle date, date à laquelle le bail à construction prend fin ...

- L'article L251.3 dispose que le preneur peut céder tout ou partie de ses droits, il est d'ordre public et ne peut, en cette qualité, recevoir aucune limitation. Le preneur peut céder deux choses : - son droit de propriété sur les constructions  
- son droit réel immobilier sur le terrain loué.

Il peut vendre l'ensemble à un même tiers, mais peut aussi vendre ses constructions sans pour autant faire de même avec son droit au bail à construction, et vice versa. Il faut envisager ces cessions partielles des droits du preneur à un tiers.

1<sup>er</sup> cas : S'il vend seulement les constructions qu'il a réalisées et qu'il conserve son droit réel immobilier, il pourra continuer à construire sur le terrain loué, et ceci, à côté des constructions vendues. A l'échéance du bail, c'est à dire au moment du transfert de propriété au preneur, des difficultés naissent. On remarque un paradoxe entre le contrat de bail à construction qui prévoit que le preneur achetant le terrain deviendra propriétaire des constructions par accession et le contrat de vente des constructions à un tiers qui exclut la possibilité de l'accession. Le preneur ne pourra pas être propriétaire en fin de bail des constructions vendues, mais s'il en a construit de nouvelles par la suite celles-ci resteront sa propriété. Devenant propriétaire du terrain par application de la clause de location-vente, il pourra instituer une copropriété entre lui et le tiers. Cette copropriété sera celle que la doctrine accepte, malgré un sol qualifié de partie privative.

2<sup>ème</sup> cas : S'il vend son droit réel mais qu'il conserve les constructions, le nouveau preneur aura les mêmes obligations que lui à savoir notamment celle de construire. Avant la loi du 31 décembre 1975 portant réforme de la politique foncière, le cédant restait garant des obligations du cessionnaire pendant toute la durée du bail. Depuis cette loi, il est déchargé de

cette solidarité qui le lie au cessionnaire, dès lors que les constructions sur lesquelles portaient le bail à construction sont achevées (58).

Le nouveau preneur aura les mêmes obligations que lui sans pour autant devenir propriétaire des constructions édifiées par le premier preneur. Pendant le bail chacun sera propriétaire des constructions qu'il a édifiées (le nouveau preneur ayant acheté ce droit réel à la condition que les droits de construire ne soient pas épuisés !). En revanche, en fin de bail, lorsque le terrain doit être racheté par le preneur, se pose un problème.

Le terrain sera vendu au preneur en titre au jour de l'échéance du bail à construction, c'est à dire au nouveau preneur. Celui-ci gardant la propriété de ses constructions, va accéder à celle du terrain ; il ne pourra devenir propriétaire des bâtiments édifiés par le premier preneur puisque celui-ci ne les lui a pas vendues et que la théorie de l'accession ne peut être appliquée. Si le premier preneur avait vendu l'intégralité de ses droits (les constructions et le droit au bail à construction), le nouveau preneur recevrait la totalité des immeubles. Ici, seul le droit réel immobilier a été vendu, et la volonté du premier preneur doit être respectée. Il s'ensuit la situation suivante : le terrain appartenant privativement au deuxième preneur, supportera les constructions édifiées par lui et par le premier preneur, qui sera propriétaire du bâtiment mais non du sol sur lequel il est construit.

## **B. Les effets de la vente sur le preneur-acquéreur :**

La vente reçoit ici l'application traditionnelle des ventes d'immeubles. Du point de vue de l'acquéreur elle comporte deux effets : l'un est une obligation et l'autre un droit. L'acquéreur du terrain à bâtir devra payer l'intégralité du prix de vente et recevra en échange la propriété du bien.

### **1. Le paiement du prix :**

Le prix qui a été déterminé lors de la signature du bail à construction-vente, doit maintenant être payé. Il pourra être réactualisé en fonction de nouveaux facteurs : l'inflation, dégâts des eaux, glissements de terrain, transformation de quartier ou tout simplement action du temps sur l'immeuble...

Cette revalorisation prend sa source dans celle de la plus-value : en fin de bail on peut modifier le prix du terrain puisque c'est à partir de celui-ci qu'elle est calculée. On peut aussi le laisser tel quel, tout en réactualisant la plus-value par le biais d'une indexation calquée sur celle du loyer. Pour que le prix de vente soit modifié, il faut que cela ait été prévu dans l'acte. Quand les parties le prévoient, il y aura lieu, le plus souvent, de faire faire une expertise qui définira le prix

actualisé. En fonction de cette nouvelle valeur, le solde du par le preneur acquéreur sera modifié à la baisse ; ou à la hausse le plus souvent.

Les modalités de paiement du prix de vente ont déjà été exposées mais on peut les rappeler pour mémoire : - acomptes annuels payés tout au long du bail

- intégralité du prix payé en fin de bail.

Cette cession de terrain à bâtir est soumise à T.V.A. selon sa forme **(59)**. Lorsqu'elle est une vente assortie d'un terme, la T.V.A. aura déjà été payée au début du bail. Ensuite, si elle a pris la forme d'une vente avec condition suspensive, c'est en fin de bail que sera réglée la T.V.A. Ce paiement aura été différé au moment de la réalisation de la condition (la condition étant le terme légal du bail accompagné de la totalité du paiement du prix). Enfin, quand la vente est précédée d'une promesse unilatérale de vente, les droits de mutation sont dus au moment de la levée de l'option d'achat. Quand cette option est levée en fin de bail, le droit de mutation à payer n'est pas la T.V.A. mais le droit d'enregistrement. En effet, dans ce cas, les constructions étant réalisées depuis plus de cinq ans, la soumission à la T.V.A. est exclue.

Les droits de mutation qu'ils soient sous forme de T.V.A. ou de droit d'enregistrement ont pour assiette le prix de vente.

## 2. Le transfert de propriété :

Le transfert de propriété est l'effet principal de la vente. Il a lieu au profit de l'acquéreur qui s'est acquitté du prix. Il existe un principe en droit français qui est : " le transfert immédiat de la propriété " lié au caractère consensuel de la vente. Cependant ce transfert est souvent différé dans la pratique immobilière en raison de l'attente d'un prêt ou de la conclusion de l'acte authentique lorsqu'il y a eu un avant contrat.

La nature même de la location-vente dicte ce report de l'accession à la propriété : il y a bien accord sur la chose et le prix, mais l'acquéreur ne deviendra propriétaire qu'à l'issue d'une période de louage.

D'habitude, tant que le transfert de propriété n'a pas eu lieu, l'acquéreur n'a sur l'immeuble aucun droit réel, mais seulement un droit personnel vis à vis du vendeur. Ici, la nature ambiguë du bail à construction-vente, influe sur ce droit : avant le transfert de propriété, l'acquéreur n'est pas titulaire d'un droit personnel mais d'un droit réel immobilier sur le bien à acheter.

Ce droit réel immobilier était assez fort pour permettre au preneur de se comporter en maître des lieux : il s'acquittait de toutes les charges et jouissait de prérogatives étendues. En recevant la propriété pleine et entière du terrain, il reçoit un " droit reconstitué ", mais concrètement sa situation quotidienne ne change pas. Le transfert de propriété qui revêt une

grande importance juridique en cas de vente de terrain à bâtir ordinaire, passe ici au second plan d'un point de vue pratique.

De plus, si d'ordinaire, le transfert différé de la propriété entraîne celui des risques en même temps que lui, ce n'est plus le cas ici. Le transfert des risques a apparemment déjà eu lieu : l'article L251.4 en atteste : le preneur est tenu de toutes les charges relatives tant aux constructions qu'au terrain. On peut penser que dans le cadre du bail à construction à l'envers, la charge des risques n'est plus liée à l'attribution de la propriété, puisqu'elle était antérieurement liée au droit réel immobilier. La maxime "res perit domino" (ce qui péri est l'affaire du maître) est aménagée.

Preuve vient d'être faite de l'influence du bail à construction sur la vente. Celle-ci n'a pas les mêmes effets qu'une vente de terrain à bâtir ordinaire. Les premiers développements de cette étude indiquaient que la vente influencerait sur le bail à construction, certes ; mais celui-ci n'est pas sans incidence sur les modalités du transfert de propriété. Il n'est pas non plus étranger à la modification de la portée des obligations du bailleur.

## **§ II. Quant au bailleur vendeur :**

Le transfert de propriété du terrain à l'acquéreur doit comporter des garanties pour ce dernier. Ces garanties du preneur constituent les principales obligations du vendeur. Les obligations du vendeur ont assurément évoluées dans le temps, mais elles n'en demeurent pas moins fixées de façon certaine. Cependant, il faut remarquer que la portée de ces obligations est modifiée par l'influence du bail à construction conclu antérieurement à la vente.

### **A. Les obligations traditionnelles du vendeur : (60) (61)**

Pour le code civil (article 1603) : le vendeur a deux obligations principales : celle de **délivrer** et celle de **garantir** la chose qu'il vend. Depuis la rédaction de cet article, les obligations ont évolué : la garantie des vices n'est plus simplement un complément de la délivrance, elle est une obligation à part entière. Ce phénomène découle d'un autre bien plus important : l'achèvement du droit de la consommation qui fait la distinction entre partie profane et professionnel.

Les obligations se sont complexifiées : - l'obligation de délivrance s'accompagne d'une obligation de renseignement et d'une obligation de sécurité.

- la garantie recouvre deux autres obligations devenues de nos jours distinctes : la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés.

Même si la doctrine et la jurisprudence subdivisent les garanties et obligations, il n'en demeure pas moins que celles-ci restent liées les unes aux autres : tout vice caché est par définition, un défaut de délivrance.

Cet essai louable de clarification provenant de cette répartition des garanties et obligations ainsi que de l'autonomie de leurs ramifications, est convenable d'un point de vue théorique, il aide à la compréhension. Mais il pose des difficultés dans la pratique : les recours ouverts à l'acquéreur sur le fondement d'un manquement à telle ou telle obligation, sont trop nombreux et l'acquéreur a parfois du mal à choisir celui qui est adapté à son préjudice. Dans ce cas, le juge apportera le plus grand soin à la " qualification juridique des faits " afin de déterminer si le recours est bien fondé.

Trois des obligations du vendeur méritent d'être analysées.

### 1. L'obligation de délivrance :

C'est l'article 1604 du code civil qui pose cette obligation : " *la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur* ". La jurisprudence considère que cette obligation est remplie lorsque le vendeur met à la disposition de l'acheteur une chose qui correspond en tout point au but recherché par lui.

Cette obligation s'étend aux accessoires du terrain vendu ainsi qu'à tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. La notion d'accessoires comprend aussi les droits attachés au terrain comme les servitudes.

Il ne faut pas confondre livraison et délivrance. La livraison est un aspect de la délivrance. Cette dernière, seule, consacre le pouvoir du propriétaire sur la chose vendue.

Les aspects de la délivrance se diversifient, les devoirs de renseignement et de conseil deviennent de plus en plus importants. Ils obligent le vendeur à informer l'acquéreur de ce que lui seul connaît et que ce dernier ne peut savoir par lui-même. Auparavant, on estimait que c'était à l'acheteur de se montrer curieux : " *Emptor debet esse curius* ", mais aujourd'hui, l'heure est à la protection de l'acquéreur par l'élargissement de l'obligation de délivrance. Le vendeur doit informer l'acquéreur de ce qu'il sait et l'interroger sur ce qu'il désire : plus qu'un devoir de renseignement et de conseil, s'installe une collaboration entre les deux parties.

### 2. La garantie d'éviction :

Le vendeur ne doit pas seulement délivrer la chose vendue, il doit aussi en garantir la propriété. L'article 1625 du code civil impose au vendeur d'assurer à l'acquéreur : " *la possession paisible de la chose vendue* ". La garantie d'éviction comporte deux aspects :

- La garantie du fait personnel du vendeur : elle interdit à celui-ci de troubler la jouissance ou la propriété de l'acquéreur, même par des actes qui auraient pu être licites s'ils avaient été

exercés par une autre personne. L'acquéreur est garanti des troubles de fait et des troubles de droit. L'étendue de cette garantie est importante car : "qui doit garantir ne peut évincer". Cependant le vendeur peut toujours exercer ses droits normaux, tel que celui de faire résoudre la vente, même si cela cause un préjudice à l'acheteur.

- La garantie du fait des tiers : ici la garantie a une étendue plus restreinte : elle ne couvre que les troubles de droit qui sont antérieurs à la vente. Les autres, le juge estime, que le vendeur peut les combattre seul.

Cette éviction est le plus souvent une défaite en justice : l'acquéreur est condamné à délaisser le terrain au tiers ...

### 3. La garantie des vices cachés :

Le vendeur doit garantir à l'acheteur que la chose est apte à l'usage prévu : c'est une garantie contre les défauts cachés de la chose qui en empêchent un usage normal.

Il ne faut pas confondre le vice caché avec le défaut de conformité : ce dernier est une inadéquation entre la stipulation du contrat et la consistance réelle du terrain, alors que le vice est un obstacle à l'usage normal de celui-ci.

Ce vice doit répondre à plusieurs conditions pour que l'acquéreur en soit garanti :

- il doit être antérieur à la vente ;
- il doit être caché au moment de la vente, en ce sens qu'un homme de diligence moyenne n'aurait pas pu le déceler ;
- il doit être rédhibitoire, c'est à dire qu'il doit rendre le terrain impropre à son usage.

Lorsque le vendeur est un professionnel de l'immobilier, la garantie qu'il doit à l'acheteur est renforcée. Cependant, un vendeur profane reste soumis à l'article 1643 du code civil, il "est tenu des vices cachés quand même il ne les aurait pas connus."

Outre le paiement de l'impôt sur la plus value en fin de bail, voici les trois principales obligations d'un vendeur lors d'une vente ordinaire de terrain à bâtir. Mais ici, elles reçoivent l'influence du bail à construction...

### **B. Obligations transformées par l'action du bail sur la vente:**

Chacune d'elles voit sa mise en œuvre plus ou moins modifiée par l'entrée en jouissance de l'acheteur, qui a eu lieu plusieurs dizaines d'années avant l'actuel transfert de propriété.

## 1. L'obligation de délivrance :

L'exécution de cette obligation implique que le vendeur laisse la chose vendue à la libre disposition de l'acheteur et cesse d'exercer sur elle tout acte de possession ou de détention. Ce fut chose faite dès la conclusion du bail à construction-vente : le preneur était seul maître des lieux ; il utilisait le terrain comme bon lui semblait sous réserve de l'application du contrat. Cette partie-là de l'obligation n'a plus lieu d'exister au moment du transfert de propriété puisqu'elle a été instituée dès la signature du bail à construction-vente.

L'article 1605 du code civil dispose que " l'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété ". Si le bail à construction donnait des prérogatives étendues au preneur titulaire d'un droit réel immobilier, il ne lui ait pas le droit de vendre le terrain. Cette prérogative, " l'abusus ", est celle réservée au propriétaire. Le preneur pouvait jouir du terrain et en recevoir les fruits ( " usus et fructus " ) mais ne pouvait l'aliéner. C'est au moment du transfert de propriété qu'aura lieu la délivrance, c'est à dire la transmission du titre de propriété et des documents d'arpentage et de bornage qui permettront au preneur de disposer du terrain en tant que propriétaire de celui-ci.

On peut donc en conclure que l'obligation de délivrance est bien réelle au moment du transfert de propriété ; elle est même nécessaire à l'acquisition de la qualité de propriétaire par le preneur. Cependant, il faut remarquer qu'il existait, au moment de la signature du bail à construction, une obligation de délivrance due au preneur, mais celle-ci allait beaucoup moins loin que celle due à l'acheteur, elle ne portait que sur " l'usus " et " le fructus " .

## 2. Garantie d'éviction :

En cours de bail, la jouissance du preneur ne devait pas être troublée par le bailleur ou par un tiers : le bailleur avait une obligation d'assurer au preneur " la jouissance paisible de la chose louée " .

Au moment du transfert de propriété cette obligation prend le nom de " garantie d'éviction " . Elle va plus loin, puisqu'elle garantit la jouissance mais aussi et surtout la propriété. Elle garantit à l'acheteur qu'il ne sera pas évincé par un tiers revendiquant également un droit de propriété sur le terrain. On peut donc en conclure que si cette obligation existait déjà partiellement pendant toute la durée du bail, elle se renforce. Elle étend son champ d'application de la simple jouissance à la propriété totale et entière du terrain.

En cas d'éviction totale, l'acquéreur pourra récupérer tout le prix qu'il a payé ainsi que tous les frais qui ont été exposés à l'occasion de la vente, même si la " chose se trouve diminuée de valeur ou détériorée " (article 1631 du code civil). En cas d'éviction partielle l'acquéreur pourra faire résilier la vente. L'éviction ouvre droit à l'acheteur de demander remboursement des

impenses réalisées sur le terrain ; s'il n'a pas pu les recouvrer auprès des tiers il pourra demander ces sommes au bailleur.

### 3. Garantie des vices cachés :

Cette garantie existait déjà pendant la durée du bail à construction : comme tous fournisseurs de choses, le bailleur doit la garantie des vices cachés. L'article 1720 du code civil dispose que ce sont "*tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage*". Cette obligation est analogue dans le bail et dans la vente, sauf qu'elle n'a pas à être invoquée dans le bref délai imposé par l'article 1648 du code civil relatif à la vente d'immeuble. Dans le bail comme dans la vente, seuls sont garantis les vices non apparents et inconnus.

On peut donc conclure que cette garantie des vices cachés se prolonge lorsque a lieu le transfert de propriété au preneur. L'obligation existe bel et bien au moment du transfert de propriété, mais elle n'est pas nouvelle. Le preneur acquéreur a pu mettre en œuvre sa garantie bien avant la fin du bail à construction, c'est à dire bien avant le transfert de propriété.

## CONCLUSION

Bail à construction à l'envers, bail à construction dénaturé, bail à construction bouleversé ... Les expressions ne manquent pas pour qualifier le bail à construction-vente. Toutes donnent de lui une vision négative voire péjorative. Le bail à construction-vente devient dans les esprits une maladie du bail à construction ordinaire, pire, un parasite qui influe sur ses caractéristiques.

De même, lorsqu'il est qualifié de vente pure et simple c'est une punition du juge : il le disqualifie, le renie, refuse son existence en tant que contrat autonome et indépendant. De plus, il n'entre dans aucune catégorie de contrat : sa nature mixte apparaît comme un handicap.

Cependant les praticiens pourraient voir en lui un nouveau mode d'accession à la propriété qui serait à mi-chemin entre la vente et le bail ... Ils pourraient même aller au-delà en cessant d'en faire une "déformation". Pourquoi ne pas lui donner un nouveau statut, celui du contrat "sui generis" ? Parler de lui comme d'un contrat d'un genre nouveau serait plus valorisant et surtout plus juste.

Il est vrai que pour l'instant, l'innovation qu'il constitue est telle qu'il effraie. Mais l'évolution des mentalités le transformera peut-être en un instrument juridique à part entière. S'il est vrai que de nos jours, il apparaît mal compris, son efficacité et sa modernité lorsqu'elles éclateront au grand jour, feront de lui un instrument recommandé dans bien des cas. Il ne reste plus qu'à attendre qu'il soit redécouvert.

## BIBLIOGRAPHIE

1. Loi n°64-1247, J.O du 18 décembre 1964 p 11265.
2. Travaux préparatoires de la loi : J.O, débats, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 octobre 1964 p 1208.
3. Code de la construction et de l'habitation, article L 251-1 à L 251-9.
4. LAMY droit immobilier n°203.
5. Jurisclasseur construction fascicule n°110.
6. DALLOZ ACTION construction n°489.
7. Thèse Jean Luc TIXIER 1994 : Le bail à construction, de la théorie à la pratique
8. MEMENTO PRATIQUE LEFEBVRE Urbanisme et construction n°23873.
9. JCP, N, 1993, Note Stemmer concernant l'arrêt de la Cour d'Appel de Pau de 1992 :  
“ Résidence Sunset ” p53.
10. MEMENTO PRATIQUE LEFEBVRE Urbanisme et construction n°23940.
11. Revue droit et patrimoine 1993, Note Wallut.
12. Documentation administrative de base en fiscalité : 4 A223.
13. Annales des loyers 1972, Note Beraud.
14. Congrès des Notaires de 1981 : “ La location-vente ”.
15. AJPI 1983, p 9, Note Saint Alary Houin.
16. Cassation, arrêt du 3 octobre 1974 “ Chaillou/ Lecoute ”, AJPI novembre 1975.
17. JCP, 1964, n°30637.
18. Rep. min. M. Péretti, JO, débats, Ass nat, 1965 p 2953 n°13615 / JCP, N, 1965 n°30637.
19. Cassation, 3<sup>ème</sup> ch. cv, 11 mai 1988, société “ Restau flash le Château d'If et autres ”.
20. MEMENTO PRATIQUE LEFEBVRE urbanisme et construction n°23804.
21. Gaz pal 1978, p364 : “ SOS pour les baux à construction ”, note BOUYEURE.
22. JCP, N, 1983, note CHARTIER / Cassation, 3<sup>ème</sup>, 4 mars 1981 “ SOFILIC ” p 53.
23. DALLOZ ACTION construction n°490.
24. Jurisclasseur formulaire Notarial Construction fascicule n°111, Note Stemmer.
25. INFOLIB dans son logiciel “ Wor Not ”.
26. Rep Min, M. FAURE, revue “ Droit fiscal ” 1985 n°267, p 251.
27. Guide pratique du contribuable 1998.
28. Jurisclasseur fiscalité immobilière fascicule n°765.
29. Revue droit et patrimoine 1996, Note BOURGOIS.
30. Documentation pratique F. Lefebvre, fiscalité immobilière IMMO V 350 n°1030.
31. Petit Larousse illustré.
32. Documentation pratique F. Lefebvre, fiscalité immobilière IMMO V 350 n°505

33. Documentation administrative de base en fiscalité : 8 M 252.
34. Instruction de la DGI du 30 décembre 1976 (BODGI).
35. LAMY droit immobilier n°3343 et suivants.
36. JCP, N, 1992, note BRAULT : CA Paris, 8 novembre 1990.
37. Rep. min. M. COUSTE : JO, débats, Ass nat, 1971 p 216 n°14330.
38. Rep. min. M. ICART : JO, débats, Ass nat, 1970 p 5895.
39. BODGI, instruction du 28 août 1972.
40. Jurisclasseur pratique du droit privé fascicule 640.
41. LAMY droit immobilier n°243.
42. Rep. min. M. MAUGER : JO, débats, Ass nat, 1985 p 242.
43. JCP, N, 1983, pratique, p 713 : chronique hypothécaire.
44. LAMY droit immobilier n°5860.
45. JCP, N, 1966, doctrine, n°1976, note Saint Alary.
46. Gaz. Pal. 1965, doctrine, p 49.
47. AJPI 1965, doctrine p 3.
48. LAMY droit immobilier n°1150.
49. MEMENTO PRATIQUE LEFEBVRE urbanisme et construction n°8100.
50. Defrénois 1990, n°34915 “ Contrats spéciaux et droit de préemption ”.
51. Bulletin fiscal immobilier Lefebvre, Avril Mai 1983, Note Stemmer n°23.
52. Formules commentées par M. HUGOT, JCP, N, 1969 n°2271.
53. Mélanges Boyer, Note Saint Alary “ Baux à construction et copropriété ”.
54. JCP, N, 1997, p 95 Cassation, 1<sup>er</sup> ch. cv. 19 décembre 1995.
55. Defrénois 1998, n°1 p 57, note CHAPPERT : Cassation Commerciale du 27 juin 1997  
“ Agnel Tessonière ”.
56. Instruction du : 28 août 1972  
30 décembre 1976  
6 avril 1978  
14 août 1980  
18 février 1981  
26 février 1993

57. Documentation administrative de base “ fiscale ” :

**8 M 252, Série 8 Fi, division M**

**7 E 421, Série 7 E, division E**

8 A 1743, Série 8 Fi, division A

5 D 123, Série 5 FP, division D

7 C 135, Série 7 E, division C

8 A 1741, Série 8 Fi, division A  
3 D 1231, Série 3 CA, division D  
4 A 223, Série 4 FE, division A

58. JCP, N, 1976, pratique, p 23, note HUGOT.

59. Rep. min. M. LUCAS : JO, débats, Ass. Nat., 21 août 1971 p 3942.

60. Malaurie et Aynès “ Les contrats spéciaux ” CUJAS.

61. LAMY droit immobilier n°3459.

## **REFERENCES COMPLEMENTAIRES**

### **Ouvrages Généraux :**

- Fiscalité immobilière Jean Schmidt, LITEC
- DICTIONNAIRE PERMANENT construction, feuillet 132
- REPERTOIRE CIVIL (ENCYCLOPEDIE DALLOZ)
  - Bail à construction
  - Location-vente
  - Promesse de vente
  - Vente immobilière
- JURISCLASSEUR fiscalité immobilière, fascicules : 120, 130,131, 150, 220, 225, 230, 235, 241, 243-30, 344-A, 565, 735, 935
- JURISCLASSEUR droit civil, article 1589, fascicules 10 et 20

### **Doctrine :**

- Semaine juridique (JCP notarial)
  - 1981 p314 note THUILLIER
  - 1981 p363 note PICARD
  - 1996 p921 note LAFOND
  - 1997 p629
- AJPI (actualité juridique propriété immobilière)
  - 1964 p27 note BOUSSAGEON
  - 1978 p784
  - 1983 p18 note ARNAUD
  - 1987 p643
  - 1988 p411

- Gazette du palais, 1974, p436 note LATAULADE
- DEFRENOIS
  - 1983 p1573 note SOULEAU
  - 1987 article 33835 note MALAURIE ET AYNES
- RTD civil, oct. Déc. 1994 p 737 note BERTEL
- LE MONDE du 19 février 1974, article de Alain FAUJAS
- MELANGES Raynaud, p 733 note Saint Alary Houin
- JCP économique 1992, p 230 note BAUGNIES
- JCP économique 1994, p 63 n°326 note DELFOSSE
- DALLOZ 1965, p 11 note LIET VEAUX SCHMIDT
- Petites affiches 1972, note MOLANT

**Législation :**

- JCP 1964, III, n°30664 et n°30637 décrets d'application
- JO du 15 février 1980 décret du ministre du budget