



**Laëtitia Miceli**

## **La maîtrise foncière des bailleurs sociaux : De l'usage des baux de longue durée**

---

MICELI Laëtitia. *La maîtrise foncière des bailleurs sociaux : De l'usage des baux de longue durée*, sous la direction de Béatrice BALIVET, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2021.

**Disponible** sur : <http://www.theses.fr/2021LYSE3017>

---



Document diffusé sous le contrat *Creative Commons* « **Attribution – Pas d'utilisation commerciale - Pas de modification** »  
Vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2021LYSE3017

**THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON**  
opérée au sein de  
**L'Université Jean Moulin Lyon 3**

**École Doctorale N° 492 de Droit**

**Discipline de doctorat** : Droit  
**Mention** : Droit Privé

Soutenue publiquement le 24/06/2021, par :  
**Laëtitia MICELI**

---

**La maîtrise foncière des bailleurs  
sociaux :**  
**De l'usage des baux de longue durée**

---

Devant le jury composé de :

**M. Hugues PERINET-MARQUET**, Professeur de l'Université PARIS II PANTHEON ASAS, Président

**Mme Christelle COUTANT-LAPALUS**, Maître de Conférences HDR de l'Université de Bourgogne, Rapporteur

**M. Matthieu POUmarede**, Professeur de l'Université de Toulouse 1 Capitole, Rapporteur

**M. Hervé de GAUDEMAR**, Professeur de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, Examineur

**Mme Béatrice BALIVET**, Maître de Conférences HDR de l'Université Jean Moulin, Lyon 3, Directrice de thèse

**Mme Blandine MALLET-BRICOUT**, Avocate générale, Cour de Cassation, Paris, Examinatrice



J'adresse ma profonde et sincère gratitude à Mme Béatrice BALIVET pour avoir accepté de diriger mon travail de thèse, ainsi que pour ses conseils, son accompagnement, sa disponibilité et ses encouragements.

La justesse de son analyse m'a été très précieuse pour structurer ma réflexion et pour améliorer la qualité mon travail.



## ABREVIATIONS

### Revue juridiques, acronymes, mots usuels

Aff. :	Affaire
Al. :	Alinéa
Ann. :	Annexe
Ann. Loyers :	Annales des loyers
Art. :	Article
Ass. plén. :	Cour de cassation, assemblée plénière
Bull.civ., ass.plén. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Bull.civ., ch.mixte :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)
Bull.civ. I, II, III, IV ou V :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles : respectivement les 1 <sup>ère</sup> , 2 <sup>ème</sup> et 3 <sup>ème</sup> chambres civiles, Chambre commerciale et chambre sociale)
Bull.crim. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly :	Bulletin Joly
C. :	Code
CA :	Cour d'appel
C. civ. :	Code civil
C. cass. :	Cour de cassation
C. com. :	Code de commerce
C.C.H. :	Code de la construction et de l'habitation
C. rur. :	Code rural et de la pêche maritime
C. urb. :	Code de l'urbanisme
CE :	Conseil d'Etat
C.E.D.H. :	Cour européenne des droits de l'homme
Ch :	Chambre
Chap. :	Chapitre
Civ.1 <sup>ère</sup> , Civ.2 <sup>ème</sup> , Civ.3 <sup>ème</sup> :	Cour de cassation chambres civiles
C. monét. fin. :	Code monétaire et financier
Coll. :	Collection
Com. :	Cour de cassation chambre commerciale
Cons. const. :	Conseil constitutionnel
Contrats, conc., consom. :	Contrats, concurrence, consommation
C. pr. civ. :	Code de procédure civile
C. trav. :	Code du travail
D. :	Dalloz (Recueil)
D. affaires :	Dalloz affaires
Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
D.H. :	Dalloz hebdomadaire
Doc. fr. :	Documentation française
D.P. :	Dalloz périodique
Dr. pénal :	Droit pénal
Dr. sociétés :	Droit des sociétés
Ed. :	Edition
Fasc. :	Fascicule
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
HLM :	Habitation à loyer modéré
J.-Cl. (Civil, Pénal...) :	Juris-Classeur

J.C.P. :	Juris-Classeur Périodique, édition générale
J.C.P., éd. E. :	Juris-Classeur Périodique, édition Commerce et industrie
J.C.P., éd. N. :	Juris-Classeur Périodique, édition notariale et immobilière
J.O. :	Journal officiel
Mél. :	Mélanges
N° :	Numéro
N.C.P.C. :	Nouveau Code de procédure civile
Op. cit. :	<i>Opere citato</i>
Ord. :	Ordonnance
P.A. :	Petites affiches
PLA :	Prêt Locatif aidé
PLA I :	Prêt Locatif aidé d'intégration
PLS :	Prêts locatifs sociaux
PLUS :	Prêt Locatif à Usage Social
P.U.A.M. :	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
P.U.F. :	Presses Universitaires de France
R.C.A. :	Responsabilité civile et assurances
R.D.I. :	Revue de droit immobilier
RD sanit. soc. :	Revue de droit sanitaire et social
Rép. civ. :	Répertoire civil
Rev. crit. DIP :	Revue critique de droit international privé
Rev. crit. dr. comp. :	Revue critique de droit comparé
Rev. dr. banc. :	Revue de droit bancaire
Rev. écon. et dr. immob. :	Revue économique et de droit immobilier
Rev. pr. coll. :	Revue des procédures collectives
Rev. sc. crim. :	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
Rev. sociétés :	Revue des sociétés
RGAT :	Revue générale des assurances terrestres
R.I.D.C. :	Revue internationale de droit comparé
RJ com. :	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF :	Revue juridique personnes et famille
RRJ :	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RTDciv. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTDcom. :	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
S. :	Sirey (Recueil)
Soc. :	Cour de cassation chambre sociale
Somm. :	Sommaire
Somm.comm. :	sommaires commentés
spéc. :	Spécialement
t. :	Tome
vol. :	Volume
U.S.H. :	Union sociale pour l'habitat

# SOMMAIRE

## LA MAITRISE FONCIERE DES BAILLEURS SOCIAUX : DE L'USAGE DES BAUX DE LONGUE DUREE

INTRODUCTION.....	9
<b>PARTIE 1- LA NATURE DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE..</b>	<b>33</b>
<b>TITRE 1- L'UNICITE DE LA NATURE .....</b>	<b>37</b>
<b>CHAPITRE 1- Un bail source .....</b>	<b>41</b>
<b>CHAPITRE 2- Un bail decline.....</b>	<b>113</b>
<b>TITRE 2 - L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE.....</b>	<b>189</b>
<b>CHAPITRE 1- L'expression d'une nature composite en droit privé.....</b>	<b>193</b>
<b>CHAPITRE 2- L'expression d'une nature composite en droit public.....</b>	<b>261</b>
<b>PARTIE 2- LE REGIME DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE..</b>	<b>333</b>
<b>TITRE 1- LA VIE DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE ....</b>	<b>337</b>
<b>CHAPITRE 1- Les éléments constitutifs des contrats.....</b>	<b>341</b>
<b>CHAPITRE 2- Les effets des contrats .....</b>	<b>421</b>
<b>TITRE 2- LA FIN DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE ....</b>	<b>495</b>
<b>CHAPITRE 1- Les causes de fin des contrats .....</b>	<b>499</b>
<b>CHAPITRE 2- Les conséquences de la fin des contrats.....</b>	<b>583</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>661</b>





# INTRODUCTION

1. Les premiers droits reconnus par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, tels que la liberté d'expression, d'opinion, de réunion, d'association sont des « droits-libertés ». Ils peuvent être individuels ou collectifs. Ils offrent aux individus une certaine autonomie et surtout la possibilité d'agir sans soumission. Depuis le début du 20<sup>ème</sup> siècle, une seconde génération de droits des citoyens ont fait leur apparition. Ces droits qualifiés de « sociaux » contribuent à la dignité de l'individu, mais à la différence des droits-libertés, ils ont un coût, c'est-à-dire que leur mise en œuvre nécessite un engagement financier. Ils sont alors désignés comme des « droits-créances ». Leur dénomination souligne la nécessité de l'intervention de l'État pour leur mise en œuvre. Ces nouveaux droits sociaux sont au fondement de l'action publique<sup>1</sup>.

2. Parmi ces droits-créances, le droit au logement a été reconnu pour la première fois au niveau international dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>2</sup>. L'article 25 proclame que « toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement,... ». En 1966, soit presque 20 ans après, les Etats adoptent le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dans lequel ils reconnaissent le droit au logement<sup>3</sup>. Les Etats s'engagent, dans l'article 11, à prendre les mesures nécessaires pour réaliser « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris (...) un logement suffisant, ... ». Au niveau européen, le droit au logement est mis en avant à l'occasion de la révision de la Charte sociale européenne en date du 3 mai 1996 qui dispose dans son article 31 qu'« en vue d'assurer l'exercice effectif du droit au logement, les Parties s'engagent à prendre des mesures destinées : A favoriser l'accès au logement d'un niveau suffisant ; A prévenir et à réduire l'état de sans-abri en vue de son élimination progressive ; A rendre le coût du logement accessible aux personnes qui ne disposent pas de ressources suffisantes ».

---

<sup>1</sup> AUVERGNON Philippe, MARTIN Philippe, ROZENBLATT Patrick, TALLARD Michèle (coordination), L'Etat à l'épreuve du social, Edition Syllepse, 1998, Robert LAFORE, p. 42 et 43, p. 322 ; BORRAZ Olivier et GUIRAUDON Virginie, Politiques pub., 2, Changer la société, Edit. Sciences Po. Les Presses, 2010, p. 113.

<sup>2</sup> Le 10 déc. 1948, les 58 États membres qui constituent l'Ass. gén. , adoptent la Déclaration universelle des droits de l'homme à Paris au Palais de Chaillot.

<sup>3</sup> Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est adopté à New York le 16 déc. 1966 par l'Ass. gén. des Nations Unies dans sa résolution 2 200 A (XXI). Il est entré en vigueur après sa ratification par 35 États le 3 janv.1976.

3. En droit interne, le droit au logement est considéré comme découlant de la rédaction des 10<sup>e</sup> et 11<sup>e</sup> alinéas du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946<sup>4</sup>, qui fait partie des textes à valeur constitutionnelle. Si la notion de droit au logement n'est pas textuellement intégrée, elle résulte de la rédaction de ces deux alinéas qui édictent que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et « qu'elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. ». Il faut attendre la loi dite « Quilliot », n° 82-526 du 22 juin 1982, sur les droits et obligations des locataires et des bailleurs pour que le droit à l'habitation soit reconnu comme un droit fondamental<sup>5</sup>. Par la suite, la loi dite « Besson », n° 90-449 du 31 mai 1990, visant à la mise en œuvre du droit au logement affirme que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation »<sup>6</sup>. Ce droit ne signifie pas que l'Etat a l'obligation de fournir un logement à toute personne qui en fait la demande, mais qu'elle doit apporter une aide, dans les conditions prévues par ladite loi, aux personnes qui remplissent les conditions pour en bénéficier. Cependant, la notion de droit au logement évolue positivement en droit interne, et ce notamment avec l'apport du Conseil Constitutionnel. Ce dernier, dans sa décision du 19 janvier 1995<sup>7</sup>, considère que « la possibilité de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle ». Intervenant une nouvelle fois sur ce sujet, le législateur, avec la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, modifiant l'article 1719 du code civil, introduit dans les textes la notion de « logement décent »<sup>8</sup>. Le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains précise les obligations du propriétaire. Celui-ci est alors dans l'obligation de remettre à son locataire un logement doté d'une surface habitable minimum, sans risque de porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé du locataire, sans infestation d'espèces

---

<sup>4</sup> La Constitution du 27 oct. 1946 est la constitution de la 4<sup>ème</sup> République. Adoptée par l'Ass. nat. constituante le 29 sept. 1946, elle a été approuvée, par référendum, le 13 oct. svt. Promulguée par le Psdt du Gvt provisoire de la République française, Georges Bidault, le 27 oct. 1946, elle a été publiée au JOF du 28 oct. 1946. Elle est entrée en vigueur le 24 déc. suivant, date de la première réunion du Conseil de la République.

<sup>5</sup> Loi n° 82-526 du 22 juin 1982, sur les droits et obligations des locataires et des bailleurs énonce que « le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent », JORF du 23 juin 1982.

<sup>6</sup> La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 relative à la mise en œuvre du droit au logement affirme que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation », JORF du 2 juin 1990.

<sup>7</sup> Cons. Const., Déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, relative à l'art. 7 de la loi n° 95-74 du 21 janv. 1995 relative à la diversité de l'habitat.

<sup>8</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, JORF du 14 déc. 2000.

nuisibles et parasites, répondant à un critère de performance énergétique minimale et doté d'équipements le rendant conforme à un usage d'habitation<sup>9</sup>.

4. Néanmoins, le Comité Européen des Droits Sociaux condamne la France, dans une résolution datée du 2 juillet 2008<sup>10</sup>. Son droit et sa situation ne répondent pas au standard européen notamment sur l'insuffisance de l'offre de logements d'un coût abordable, l'insuffisance de la prévention et de la réduction de l'état de sans-abri, et les déficiences dans les procédures d'attribution des logements sociaux aux personnes les plus pauvres et leur inefficacité. Les objectifs de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale ne sont pas atteints<sup>11</sup>. Le conseiller d'Etat Frédéric Tiberghien précise lors du colloque national « Droit au logement opposable », du 1<sup>er</sup> décembre 2009, qu' « un des points d'amélioration concerne la bataille de l'offre »<sup>12</sup>. Le 10<sup>ème</sup> rapport du Comité de suivi de la loi dite « DALO », remis le 12 janvier 2016 au ministre du logement, établi un bilan plus que mitigé<sup>13</sup>. L'Etat a été condamné plus de 25 000 fois, dont 8377 en 2014 pour un montant de 19.274.040,00 €, pour ne pas avoir proposé un logement ou un hébergement à des personnes reconnues au titre du droit au logement opposable dans les délais fixés par la loi. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a condamné la France par une décision du 9 avril 2015. Cette dernière s'étant abstenue de reloger une famille en ne prenant pas les mesures nécessaires pour se conformer à une décision de justice définitive et exécutoire. La situation de la France, face à l'application du droit au logement, n'est donc absolument pas satisfaisante.

5. L'offre de logement reste insuffisante et fait obstacle à l'effectivité du droit au logement, et plus spécifiquement à l'efficience du recours au droit au logement opposable<sup>14</sup>. La France fait face depuis plus d'une trentaine d'année à une véritable crise du logement. Plusieurs éléments ont contribué à cet état. Les transformations économiques liées à la mondialisation, au développement des nouvelles technologies et à l'explosion du chômage, ainsi que les facteurs sociaux se sont

---

<sup>9</sup> Décret n° 2002-120 du 30 janv. 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'art. 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF du 31 janv. 2002.

<sup>10</sup> CEDS, résolution du 2 juillet 2008, n° 33/2006 – Mouvement international ATD-Quart Monde c/France.

<sup>11</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.

<sup>12</sup> Colloque national : Le droit au logement opposable, Lyon, 1<sup>er</sup> déc. 2009.

<sup>13</sup> Le 12 janv. 2016 Mme CARLOTTI, Présidente du comité de suivi de la loi Dalo a remis son 10<sup>ème</sup> rapport « Bilan du droit au logement opposable 2008 – 2014 ».

<sup>14</sup> Colloque national : Droit au logement opposable, Lyon 1<sup>er</sup> déc. 2009 ; HOUARD Noémie, Loger l'Europe, Le logement social dans tous ses Etats, La documentation Française, 2011, p. 180 et 181.

ajoutés aux facteurs fonciers et immobiliers<sup>15</sup>. Les besoins des Français en matière de logement sont devenus plus importants en raison d'évolutions sociodémographiques. Les phénomènes de décohabitation, le vieillissement de la population et la moindre durabilité des couples mariés complexifient la situation. En outre, les effets de la crise du logement prennent une ampleur particulière à l'égard de la situation des ménages locataires ou en accession qui supportent des taux d'effort élevés, parfois doublés d'une durée d'emprunt longue. Les conditions d'accès au logement, rendues plus difficiles par l'augmentation des prix de l'immobilier, la précarisation de la situation économique des ménages sous l'effet des conséquences de la crise financière et de la situation du marché de l'emploi, font que la crise du logement concerne encore plus spécifiquement les territoires les plus attractifs pour l'emploi<sup>16</sup>. Aussi, alors que 76 % des cadres se concentrent en ville, les fractions les moins qualifiées de la population demeurent-elles majoritairement dans les quartiers de proche banlieue et les cités d'habitat social, la périurbanisation constituant un mouvement de tri social dans l'espace<sup>17</sup>. Le nombre de rapports réalisés ces dernières années est significatif et le constat effectué est toujours le même : La France traverse une importante crise du logement et il devient urgent de la solutionner<sup>18</sup>. Le 10<sup>ème</sup> rapport du Comité de suivi « DALO » souligne que le manque de logements sociaux aux loyers accessibles est le principal écueil rencontré dans la mise en œuvre du droit au logement opposable. Pour tenter de répondre à cette problématique et développer l'offre de logements, les institutions professionnelles, telles que l'Union Sociale pour l'Habitat<sup>19</sup>, les institutions publiques telles que l'ANIL<sup>20</sup>, ou bien encore le Sénat<sup>21</sup>, plaident pour un usage plus important aux baux réels immobiliers de longue durée.

---

<sup>15</sup> AUVERGNON Philippe, MARTIN Philippe, ROZENBLATT Patrick, TALLARD Michèle (coordination), L'Etat à l'épreuve du social, Ed. Syllepse, 1998, Marie-Thérèse JOIN-LAMBERT, p. 325.

<sup>16</sup> ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Editions de l'aube, 2018, p. 59.

<sup>17</sup> LAMBERT Anne, Tous propriétaires !, éd. Seuil, 2015, p. 30.

<sup>18</sup> Conseil gén. de l'environnement et du développement durable, « Mission d'évaluation de la politique de vente de logements sociaux à leurs occupants et à d'autres personnes physiques », Rapport, sept. 2014 ; SENAT, Rapport d'info. au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le logement locatif privé, par M. Marcel-Pierre CLÉACH, Sénateur, Annexe au P.V. de la séance du 15 oct. 2003 ; Fondation Abbe Pierre, L'état du mal-logement en France, 20<sup>ème</sup> Rapport annuel, 2015 ; ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Editions de l'aube, 2018, p. 21.

<sup>19</sup> L'Union sociale pour l'habitat est la fédération des organismes HLM (755 établissements publics et sociétés de droit privé). Elle a notamment publié Les outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013 ; USH et USH Rhône Alpes (ARRA), Mobiliser le foncier, un enjeu pour les territoires, sept 2014.

<sup>20</sup> ANIL (Agence Nationale pour l'information sur le logement), Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones plus chères ?, VORMS Bernard, mai 2011.

<sup>21</sup> Rapport d'info. fait au nom de la Com. des Affaires éco. et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, Sénat n° 442, Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005.

**6. – Les baux réels immobiliers de longue durée** - Les baux réels immobiliers de longue durée se caractérisent, comme leur dénomination l'indique, par leur « longue durée » en comparaison notamment avec le bail d'habitation dont la durée est de trois ans minimum<sup>22</sup>, ou encore le bail commercial dont la durée minimale est de 9 ans<sup>23</sup>. Les baux réels immobiliers de longue durée ont une durée maximale commune de quatre-vingt-dix-neuf ans. Cependant, ces contrats ne sont pas définis par les textes. Ceux-ci précisent que ces baux confèrent un droit réel immobilier au preneur et que ce dernier jouit du droit d'accession pendant la durée du bail. Leur nature n'est pas expressément énoncée

**7.** Certains auteurs et praticiens rapprochent la concession immobilière des baux réels immobiliers de longue durée issue de la loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière<sup>24</sup>. Le régime de cette technique juridique se rapproche, par certains aspects de celui des baux de longue durée. Toutefois, selon la doctrine majoritaire, la concession immobilière ne confère pas de droit réel, et les praticiens l'ont assez peu mis en pratique. Ce contrat ne peut être rapproché des baux réels immobiliers de longue durée<sup>25</sup>. L'usufruit est également comparé à ce type de contrats spéciaux<sup>26</sup>. Il est défini comme un démembrement des droits sur la chose qui intervient entre l'usufruitier et le nu-propiétaire. L'article 578 du code civil dispose que l'usufruit est le « droit de jouir des choses dont un autre a la propriété ». Le premier a la jouissance du bien, tandis que le second conserve un droit de propriété limité<sup>27</sup>. L'usufruitier peut donner à bail, recevoir des capitaux, gérer un fonds de commerce ou encore des valeurs mobilières. Ce démembrement constitue une technique efficace d'administration des biens d'autrui<sup>28</sup>.

**8.** Cette qualité a par ailleurs été mise en avant dans le milieu HLM dans le cadre de la convention d'usufruit locatif social qui a été instituée par l'article 84 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 Urbanisme et Habitat, ajoutant un alinéa à l'article L. 411-3 du code de la construction

---

<sup>22</sup> Art. 13 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juillet 1989.

<sup>23</sup> Art. L. 145-4 c. com.

<sup>24</sup> Loi n° 67-1253 du 30 déc. 1967 d'orientation foncière, JORF du 3 janv. 1968.

<sup>25</sup> LAMOURET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit civil*, Tome 2, Les biens, Droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 777, p. 498.

<sup>26</sup> ATIAS Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 307, n° 412 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 345 et svts ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 383 n° 1650 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 782 bis, p. 503.

<sup>27</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 697 [777].

<sup>28</sup> BALIVET Béatrice, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse, Lyon, 2004, n° 284, p. 218 ; ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd, 2008, p. 482 [317].

et de l'habitation<sup>29</sup>. Puis, l'article 42 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement est venu conforter et sécuriser cette technique de maîtrise du foncier en introduisant dans le code précédemment cité un chapitre III regroupant les nouveaux articles L. 253-1 à L. 258-8<sup>30</sup>. La convention d'usufruit locatif social consiste à démembrement le droit de propriété d'un ensemble de logements pour en attribuer l'usufruit temporaire à une personne morale et la nue-propriété à un investisseur privé. Puis, l'usufruitier, bailleur social, intègre ces logements à son parc locatif. Les locataires sociaux peuvent alors bénéficier de l'aide personnalisée au logement, d'un loyer modéré et encadré, ainsi que d'un suivi social<sup>31</sup>. Ce montage, permettant la création de logements locatifs sociaux, a été critiqué pour n'être que temporaire. Néanmoins il présente l'intérêt pour le bailleur social de ne pas grever sa capacité d'investissement car en tant qu'usufruitier, dans ce cadre, il ne supporte un coût qui n'excède pas les revenus qu'il tire de la location de ces biens<sup>32</sup>. Toutefois, la convention d'usufruit locatif social n'est pas assimilable aux baux réels immobiliers de longue durée.

**9. - L'histoire des baux réels immobiliers de longue durée** – L'histoire démarque les baux réels immobiliers de longue durée de tout autre contrat. Originellement, ce procédé juridique est constitué par le seul bail emphytéotique<sup>33</sup>. La notion de « jus emphyteuticum » apparaît pour la première fois dans une constitution de l'empereur romain Zenon<sup>34</sup>. Pour autant, cet acte ne porte pas création de ce contrat mais « suppose que l'emphytéose existait déjà et que l'on discutait sur sa nature »<sup>35</sup>. La dépopulation et la désertion de la culture du sol affectent sensiblement la fiscalité impériale du bas-empire, et le développement de l'emphytéose permet alors l'exploitation de terres abandonnées ou incultes. L'emphytéose est utilisée dans le cadre de la société féodale et semble particulièrement adaptée à l'organisation de cette société. Les terres libres de toute emprise seigneuriale, dites alleux, sont rares. La plupart des biens fonciers existent sous la forme de tenures nobles ou roturières où se superposent les droits du concédant et ceux du concessionnaire. L'emphytéose est alors identifiée comme étant une concession à long terme, voire perpétuelle, de terre en friche, moyennant outre l'obligation de culture, le versement d'une

---

<sup>29</sup> Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat, JORF du 3 juillet 2003.

<sup>30</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juillet 2006.

<sup>31</sup> DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, L'usufruit locatif social : une technique de création de logements sociaux rapide mais temporaire, Constr. – Urb. n° 12, déc. 2012, alerte 81.

<sup>32</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, La propriété immobilière, Nantes du 5 juin au 8 juin 2016, n° 3788, p. 990.

<sup>33</sup> Etymologie d'emphytéose (du grec) : plantation.

<sup>34</sup> Zénon est un empereur romain d'Orient qui a régné de 474 à 491.

<sup>35</sup> PEPIN LE HALLEUR, Histoire de l'Emphytéose en droit romain et droit Français, Thèse, Paris, 1843, p. 3.

modeste redevance. Cet outil juridique dispose à cette époque d'un véritable statut juridique<sup>36</sup>. Sous l'ancien régime, l'emphytéose octroie un droit perpétuel analysé comme transférant le domaine utile ou encore un quasi-domaine<sup>37</sup>.

**10.** Le choc révolutionnaire, soutenant les principes d'unité et d'exclusivité du droit de propriété, a contribué à la mise sous silence de l'emphytéose. Le droit de propriété figure explicitement dans l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 comme l'un des quatre « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » et comme un droit absolu dans son article 17<sup>38</sup>. Il ne peut plus être question d'une construction juridique rappelant la décomposition ou la juxtaposition de droits entre domaine utile et domaine direct. En 1804, le code civil ne fait toujours pas référence au bail emphytéotique. Néanmoins, la pratique et la jurisprudence admettent son existence<sup>39</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1857 reconnaît la qualité de droit réel à la nature du droit octroyé par le bail emphytéotique<sup>40</sup>. La législation consacre, enfin, le bail emphytéotique dans le cadre de la loi du 25 juin 1902, codifiée dans le code rural et de la pêche maritime<sup>41</sup>.

**11. - Les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé** - En droit positif, le bail emphytéotique, régi par les articles L.451-1 à L.451-12 du code rural et de la pêche maritime, laisse au preneur la possibilité de planter, récolter, construire ou réhabiliter librement. Celui-ci ne connaît qu'une seule véritable contrainte à son action. Il ne peut opérer, sur le fonds, aucun changement qui en diminue la valeur. Par la suite, le bail emphytéotique a été décliné sous plusieurs formes et dénominations différentes afin de répondre à des objectifs précis. Le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire ont des affectations prescrites par les textes. Le bail à construction, perçu comme une version moderne et urbaine du bail emphytéotique, a été créé en 1964, et intégré aux articles L. 251-1 à L. 251-1 et R.

---

<sup>36</sup> VEILLON Didier, L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVIe au XVIIIe siècle, Université de POITIERS.

<sup>37</sup> PEPIN LE HALLEUR, Histoire du droit de l'emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 287 et svts ; TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 46.

<sup>69</sup> Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

<sup>39</sup> ULRICH Denis, Le bail emphytéotique : survivance du passe ou institution d'avenir ? LPA 7 déc. 1998, n° pa199814601, p. 4.

<sup>40</sup> C. de Cass., arrêt de rejet du 24 août 1857, Dalloz, 1857, 1, 326.

<sup>41</sup> Loi du 25 juin 1902, publiée au JO du 4 juillet 1902, et codifiée sous le Titre V du Livre VI du code rural (articles 937 et suivants).



251-1 à R. 251-3 du code de la construction et de l'habitation<sup>42</sup>. Il a pour objectif de contribuer au développement d'une France plus urbaine qui doit faire face à l'exode rural favorisé par le capitalisme de l'après-guerre<sup>43</sup>. Le bail à construction oblige ainsi le preneur à construire. Puis, la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement institue le bail à réhabilitation, concernant plus particulièrement la réhabilitation du parc privé de logements anciens, codifié aux articles L. 252-1 à L. 252-4 du code précédemment cité<sup>44</sup>. Ce bail réel immobilier de longue durée permet la réhabilitation de logements anciens du parc privé en vue de leur intégration dans le parc locatif social<sup>45</sup>. L'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire a créé le bail réel immobilier, dit « BRILO »<sup>46</sup>. Ce contrat est consenti par des propriétaires de terrains ou de bâtiments à réhabiliter pour la réalisation de logements destinés aux classes dites « moyennes » ou « intermédiaires ». L'objectif est de mettre sur le marché locatif intermédiaire une offre de logements réservés à des personnes de revenu intermédiaire. Cette logique a été poursuivie avec la promulgation du bail réel solidaire, par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, dernier né des baux réels immobiliers de longue durée<sup>47</sup>. Cet outil reprend un certain nombre d'éléments du bail réel immobilier en les adaptant afin de créer une nouvelle offre de logements locatifs et une nouvelle offre de logements en accession à la propriété exclusivement destinés aux ménages modestes<sup>48</sup>.

**12.** Les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé forment un ensemble de contrats spéciaux qui partagent des caractéristiques communes et qui se distinguent de part leurs affectations. Leur régime respectif en est la démonstration.

**13. - Les baux réels immobiliers de longue durée de droit public** - Parallèlement, il est également possible de constater un véritable essor du bail réel immobilier de longue durée administratif. Ce contrat de droit public est largement inspiré de son modèle de droit privé. Les nécessités économiques et l'influence du droit privé ont concouru à la reconnaissance de sa nature

---

<sup>42</sup> Le bail à construction a été créé par une loi du 16 déc. 1964 n° 64-1247 et par son décret d'application n° 64-1323 du 24 déc. 1964.

<sup>43</sup> BENGUIGUI Francine, La politique du logement à l'épreuve de la précarité, Plan construction et architecture, 2004, p. 61.

<sup>44</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>45</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation, RDI 1991. 19 ; WERTENSCHLAG Bruno, La prise à bail de logements privés vacants par les organismes d'HLM, AJDI 1998. 332.

<sup>46</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>47</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juillet 2016, préalablement annoncée à l'art. 94 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

<sup>48</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI. 2016. 544 ; WERTENSCHLAG Bruno, La vente de logements HLM dans le projet de loi ELAN, AJDI 2018. 424.

de droit réel immobilier administratif. Ce type de bail permet le financement et la réalisation sous maîtrise d'ouvrage privée d'équipements sur le domaine public. Il participe à la redynamisation du patrimoine exploité par un opérateur public et à long terme, c'est-à-dire au terme du contrat, la collectivité retrouve un bien ayant bénéficié des travaux réalisés par l'emphytéote. Le bail réel immobilier de longue durée administratif constitue un compromis permettant de concilier la prise en compte des contraintes budgétaires et opérationnelles. Ces dernières conduisent la personne morale de droit public à privilégier l'externalisation tout en conservant un certain contrôle. Initialement institué pour valoriser les biens classés dans le domaine public des collectivités territoriales par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation<sup>49</sup>, ces contrats publics se sont multipliés<sup>50</sup>. Pour exemple, le bail emphytéotique administratif hospitalier est créé par l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation<sup>51</sup>. Le bail emphytéotique administratif « logement social » est conçu aux termes de l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés<sup>52</sup>. La loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social complète ce dispositif<sup>53</sup>. L'objectif du gouvernement est la construction annuelle de 500 000 logements, dont 150 000 logements sociaux. L'article 5 de la loi prévoit la possibilité de porter le montant de la redevance à un prix inférieur à leur valeur vénale les terrains bâtis ou non, destinés à la construction de logements sociaux détenus par l'Etat. En outre, le bail emphytéotique administratif valorisation est institué par la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services<sup>54</sup>.

**14.** Les modalités fonctionnelles inhérentes à la nature des baux réels immobiliers de longue durée administratifs éloignent ces contrats des baux réels immobiliers de longue durée de droit

---

<sup>49</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988 ; Art. L. 1311-1 et s. du C.G.C.T.

<sup>50</sup> TERNEYRE Philippe et NOYER Bernard, Le bail emphytéotique administratif comme technique contractuelle moderne de valorisation du domaine public des collectivités locales, LPA 10 juill. 1996, n° pa199608304, p. 15.

<sup>51</sup> Ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, JORF du 6 sept. 2003.

<sup>52</sup> Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF du 18 fév. 2009.

<sup>53</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>54</sup> Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF du 24 juillet 2010.

privé. Les règles qui s'imposent aux preneurs de ces contrats publics sont limitatives et contraignantes. L'intérêt de la collectivité territoriale et de l'Etat, la protection du domaine public et de ces principes restent fondamentales. Aussi, la nature du droit réel administratif des baux réels immobiliers de longue durée ne peut être assimilée à celle des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé.

**15. - Les bailleurs sociaux** - Ces nombreux outils de maîtrise foncière sont à disposition des professionnels de l'immobilier, dont les bailleurs sociaux. En effet, le secteur du logement social ou « HLM » concentre l'essentiel de l'offre locative, celui-ci logeant plus de quatre locataires sur dix<sup>55</sup>. Sa place est considérable de part la diversité des niveaux de loyer pratiqués et des statuts d'occupation proposés, allant de la location à l'accession à la propriété<sup>56</sup>. Les bailleurs sociaux ont recours depuis plusieurs dizaines d'années au bail emphytéotique, au bail à construction et au bail à réhabilitation, qui représentent une proportion importante de leur patrimoine<sup>57</sup>. Ces dernières années, ils sont particulièrement incités à recourir à ces montages juridiques.

**16.** Le logement social occupe en France une place majeure dans le marché de l'immobilier, et son histoire est indissociable de l'évolution économique, politique et humaine de la France. Il est né du besoin impérieux de loger les Français<sup>58</sup>. La période de la fin du 19<sup>ème</sup> au début du 20<sup>ème</sup> siècle est marquée par une augmentation importante de la population urbaine. Celle-ci passe de 12 à 18 millions, et la majorité des habitants vivent à plusieurs dans une seule pièce. Les ouvriers vivent dans les conditions misérables, ce qui engendre la propagation des épidémies<sup>59</sup>.

**17.** La Société française des Habitations à bon marché est fondée en 1889 par le député Maire du Havres, Jules Siegfried. Plusieurs lois sont par la suite promulguées. La loi dit « Siegfried » du 30 novembre 1894 donne la possibilité pour la Caisse des dépôts et consignation et les caisses d'Epargne de prêter des fonds aux organismes d'habitations à loyer modéré. La loi du 12 avril 1906 autorise les communes et les départements à aider ces organismes par apport de terrains, de prêts, souscriptions d'obligations et actions, puis la loi « Ribot » du 10 avril 1908 facilite l'accession à la propriété. L'Union syndicale des locataires ouvriers et employés est constituée en

---

<sup>55</sup> BORRAZ Olivier et GUIRAUDON Virginie (sous la direction de), Politiques publiques, 2, Changer la société, Editions Sciences Po. Les Presses, 2010, LEVY Jean-Pierre et FIJALKOW Yankel, p. 128.

<sup>56</sup> ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Ed. de l'aube, 2018, p. 59.

<sup>57</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, p. 5 : « La proportion d'immeubles sous bail peut atteindre 50 % du patrimoine de certains organismes ».

<sup>58</sup> STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, Idées reçues sur le logement social, Le cavalier Bleu Editions, 2016, p. 12.

<sup>59</sup> KAMOUN Patrick, Hygiène et morale : La naissance des habitations à bon marché (1830-1938), USH, déc. 2011.

1910<sup>60</sup>. La loi du 23 décembre 1912 crée les Offices publics communaux et départementaux d'Habitations à Bon Marché<sup>61</sup>. En 1919 la confédération nationale du logement compte 35 fédérations et près de 100.000 adhérents.

**18.** Néanmoins, en 1926, dans les villes de plus de 50.000 habitants, un tiers des ménages vit dans des logements surpeuplés. Les prix ne cessent d'augmenter. En réaction, la loi du 13 juillet 1928 prévoit la construction sur cinq ans de 260 000 logements à bon marché, en locatif comme en accession, dont 60 000 logements à loyer moyen<sup>62</sup>. Cette loi dite « Loucheur » est le premier engagement explicite de l'Etat dans le domaine du logement social. Toutefois, le parc locatif social français demeure de mauvaise qualité et quantitativement insuffisant<sup>63</sup>.

**19.** La Seconde guerre mondiale aggrave la situation. Le Ministre de la Reconstruction, Eugène Claudius-Petit, établit qu'il est nécessaire de remettre à niveau les loyers, d'améliorer le patrimoine ancien, et de rétablir l'initiative privée dans le secteur du bâtiment. Aussi, la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 crée-t-elle l'allocation logement et institue-t-elle le droit au maintien dans les lieux pour les locataires des immeubles anciens et du parc locatif social<sup>64</sup>. La loi du 21 juillet 1950 accélère la construction de logements, notamment en accession à la propriété<sup>65</sup>. Cette même loi change la dénomination des organismes d'Habitations à Bon Marché en « organismes d'Habitations à Loyer Modéré » (HLM). A la fin des années 1950, la période de la « reconstruction » s'achève, celle de la « construction » commence. En moins de 15 ans, 2,2 millions de logements sont réalisés. A l'époque du premier choc pétrolier de 1974, le confort du logement a progressé mais il reste en France 16 millions de mal-logés. 39 % des résidences principales sont encore inconfortables.

**20.** A partir des années 1980, les politiques du logement développent une tonalité plus sociale. La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement crée les plans départementaux pour le logement des personnes démunies et les Fonds de Solidarité Logement, et

---

<sup>60</sup> Des sections naissent dans presque tous les arrondissements de Paris et plus de vingt communes de banlieue. L'Union exige l'assainissement des logements insalubres par les propriétaires, l'insaisissabilité du mobilier des ouvriers, le paiement du loyer à terme échu, la taxation des loyers et la suppression du « denier à dieu » au concierge.

<sup>61</sup> Loi du 23 déc. 1912 modification et complément à la loi du 12 avril 1906, JORF du 25 déc. 1912.

<sup>62</sup> Loi du 13 juillet 1928 dite « Loucheur », du nom du Député du Nord, établissant un programme de constructions d'HBM, en vue de remédier à la crise de l'habitation, JORF du 17 juillet 1928.

<sup>63</sup> MAURY Yan, Les HLM, L'Etat providence vu d'en bas, Ed. L'Harmattan, 2001, p. 61.

<sup>64</sup> Loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, JORF du 2 sept. 1948.

<sup>65</sup> Loi n° 50-854 du 21 juillet 1950 autorisations de dépenses pour les opérations prévues au plan de modernisation, JORF du 23 juillet 1950.

donne un rôle de premier plan aux bailleurs sociaux<sup>66</sup>. Puis, la loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville impose aux communes, situées dans des agglomérations de plus de 200 000 habitants, de disposer de 20% de logements sociaux sur leur territoire<sup>67</sup>. Ces obligations sont renforcées par la loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social. Cette loi prévoit que ces communes doivent désormais disposer de 25% de logements sociaux, sauf si elles appartiennent à une agglomération ou un EPCI pour lesquels le parc social existant ne justifie pas un effort de production supplémentaire<sup>68</sup>. Avec l'envolée des prix de l'immobilier, le logement social reste destiné à des ménages dont les ressources sont insuffisantes pour trouver à se loger convenablement au prix du marché privé. La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable confirme le rôle du logement social dans l'accueil des personnes défavorisées<sup>69</sup>.

**21. - Le logement locatif social** - Afin de cerner l'action des bailleurs sociaux, la notion de logement locatif social doit être définie. Un logement est dit locatif social lorsqu'il répond à plusieurs critères. Il doit être agréé par l'Etat et financé avec des fonds publics, faire l'objet d'une procédure d'attribution contrôlée par la puissance publique, avoir un loyer plafonné et accueillir des locataires qui disposent de ressources inférieures à un plafond déterminé par le législateur<sup>70</sup>. La location d'un logement « HLM » présente plusieurs avantages. Le prix est réglementé par l'État et normalement inférieur à celui du parc privé, le loyer est dû à terme échu, le locataire bénéficie d'un droit au maintien dans les lieux s'il respecte son contrat et un suivi individualisé est proposé en cas de difficultés<sup>71</sup>. Deux types d'organismes construisent des logements répondant à cette définition, les organismes HLM dont le patrimoine représente environ 85 % du parc social, et les sociétés d'économie mixte. Plus de 760 organismes d'HLM sont présents sur le territoire, et ils logent près de 11 millions de Français. La part des locataires Hlm appartenant au premier quartier

---

<sup>66</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>67</sup> Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, JORF du 19 juillet 1991.

<sup>68</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>69</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, sur le droit au logement opposable, JORF du 6 mars 2007.

<sup>70</sup> Art. L. 411-1 du C.C.H.

<sup>71</sup> Il existe plusieurs catégories de logements sociaux suivant les prêts et subventions accordés aux organismes lors de leur construction : Les P.L.A.I. (Prêt Locatif Aidé d'Intégration) réservés aux personnes en situation de grande précarité, les P.L.U.S. (Prêt Locatif à Usage Social) correspondent aux HLM traditionnelles, les P.L.S. (Prêt Locatif Social) et les P.L.I. (Prêt Locatif Intermédiaire), attribués aux familles dont les revenus sont trop élevés pour pouvoir accéder aux locations HLM ordinaires, mais trop bas pour pouvoir se loger dans le secteur privé. Les principaux financeurs de logements sociaux sont : L'État, les collectivités territoriales (région, département, agglomération, commune...), la Caisse des Dépôts et Consignations, Action Logement (le 1% logement versé par les employeurs) et le bailleur lui-même sur ses fonds propres ; STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, Idées reçues sur le logement social, Le cavalier Bleu Editions, 2016, p. 12.

de revenus, c'est-à-dire les 25% les plus pauvres de la population, est passée de 12% en 1973 à près de 40% en 2006<sup>72</sup>. Ce phénomène s'accompagne parfois d'un déclassement, c'est-à-dire de l'attribution à un ménage d'un type de logement inférieur en taille à celui auquel il pourrait normalement prétendre, mais également d'une concentration de la paupérisation du parc sur certains territoires. En outre, ne pouvant se loger dans le parc privé ou encore obtenir un logement locatif social plus adapté (situation composition familiale...etc.), les occupants des logements sociaux sont contraints de conserver leur logement. Leur mobilité est donc réduite. La crise du logement fait ainsi naître une série de contraintes graves et différentes des problématiques classiques du mal-logement<sup>73</sup>. Il peut devenir impossible de quitter son conjoint, de travailler à proximité de son logement, de répondre à l'opportunité d'un nouvel emploi ou encore de se rapprocher de sa famille, et en conséquence l'offre de logements sociaux perd toute flexibilité<sup>74</sup>.

**22. – La maîtrise foncière des bailleurs sociaux** - Cependant, face à cette nécessité de développer leur offre de logement, les organismes HLM ou bailleurs sociaux subissent, de même que les investisseurs privés, les conséquences découlant des difficultés d'accès au foncier. La question de la maîtrise foncière constitue un élément important de la politique du logement car sans foncier sur lequel projeter de nouvelles constructions, il devient impossible de proposer de nouveaux logements<sup>75</sup>. Au cours de la dernière décennie, le foncier a représenté une part croissante des coûts de production des logements, allant jusqu'à représenter plus de 50 % dans certaines villes d'Ile-de-France et de la région PACA<sup>76</sup>. L'insuffisante mobilisation des terrains disponibles et la flambée des prix du foncier ont fait obstacle à la réalisation de programmes de logements<sup>77</sup>, notamment sociaux<sup>78</sup>. L'étude de l'évolution du prix de foncier met en évidence une inflation très forte de tous les terrains cédés en vue de projets de construction de logements. Sur la

---

<sup>72</sup> Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées, Loyers Hlm, droit au logement et mixité sociale, Note d'avril 2012.

<sup>73</sup> ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Ed. de l'aube, 2018, p. 92 et svt.

<sup>74</sup> STEBE Jean-Marc, Le logement social en France : 1789 à nos jours, P.U.F, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 119 ; HOUARD Noémie, Loger l'Europe, Le logement social dans tous ses Etats, La documentation Française, 2011, p. 295 et svts ; ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Editions de l'aube, 2018, p. 52.

<sup>75</sup> PISANI Edgard, Utopie foncière, Paris, Gallimard, 1<sup>er</sup> éd., 1977, p. 177.

<sup>76</sup> LEVASSEUR Sandrine, Éléments de réflexion sur le foncier et sa contribution au prix de l'immobilier, Revue de l'OFCE 2013/2, n° 128, p. 365.

<sup>77</sup> Depuis 1999, les prix des logements sont repartis très fortement à la hausse, dépassant en 2004 les niveaux record de 1990-91 (qui avait atteint +97% à Paris, +58 % en Ile de France). Mais à la différence du précédent cycle, celui-ci a intéressé l'ensemble de la France et non plus seulement les régions à forte pression.- USH, L'accès au foncier : comprendre, proposer, agir, Les Cahiers, n° 105, juillet 2006, p. 5.

<sup>78</sup> « L'augmentation touche toutes les régions. La hausse globale du prix du terrain à bâtir est estimée à 40 % entre 1999 et 2004, avec une accélération récente, puisqu'elle est de 22,4 % en 2004 d'après certaines estimations » Rapport d'info. fait au nom de la Commission des Affaires éco. et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement – Sénat n° 442 – Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005.

période 2000-2010, le prix médian au m<sup>2</sup> des terrains à bâtir a augmenté en moyenne nationale de 181 % et le prix moyen de 189 %. L'augmentation des prix fonciers rend le montage financier d'opérations de logements sociaux en zones tendues plus difficile et tributaire d'aides multiples et de foncier public.

**23.** Parallèlement, les coûts de construction ont également augmenté d'environ 60 % sur quinze ans. Plusieurs facteurs expliquent ce phénomène<sup>79</sup>. La flambée des prix de l'énergie, des matières premières et des matériaux qui s'impose aux entreprises, l'augmentation du coût de la main d'œuvre, mais essentiellement le développement de la réglementation. Les réglementations thermiques 2000<sup>80</sup>, 2005<sup>81</sup>, 2012<sup>82</sup>, puis 2020<sup>83</sup>, les normes relatives à la protection incendie, à l'acoustique, à l'accessibilité, au sismique, les réglementations sur l'amiante et le plomb... pèsent incontestablement sur le coût total d'une opération de construction<sup>84</sup>. La mission des bailleurs sociaux, en tant que constructeurs, est rendue d'autant plus difficile que les nouvelles exigences de lutte contre l'étalement urbain conduisent à renforcer les régimes d'interdiction, sans garantir que la densification souhaitée soit effective dans des conditions économiques acceptables<sup>85</sup>. En conséquence, les bailleurs sociaux ne peuvent répondre de façon suffisante aux besoins en logement, et ce alors que l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, reprenant les dispositions de la décision n° 2012/21/UE du 20 décembre 2011 de la Commission

---

<sup>79</sup> FFB, Analyse de l'évolution comparée des prix et des coûts dans le bâtiment, Préconisations en matière de simplifications réglementaires, juillet 2013.

<sup>80</sup> Cette réglementation thermique s'applique aux bâtiments neufs résidentiels (consommation maximale réduite de 20 % par rapport à la RT 1988 afin de ne pas dépasser 130 kWh/m<sup>2</sup>/an) et tertiaires (consommation maximale réduite de 40 %).

<sup>81</sup> Cette réglementation (RT 2005) date du 2 sept. 2006. Par rapport à la RT 2000, la RT 2005 demande une amélioration de 15 % de la performance thermique afin de ne pas dépasser 90 kWh/m<sup>2</sup>/an et s'applique aux bâtiments neufs et aux parties nouvelles.

<sup>82</sup> La RT 2012 est appliquée aux constructions neuves, depuis le 28 oct. 2011 pour les bâtiments publics d'enseignement, d'accueil de la petite enfance et les bâtiments tertiaires; elle est généralisée depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2013 aux bâtiments d'habitation, universitaires d'enseignement et de recherche, hôtels, restaurants, commerces, gymnases et salles de sport y compris les vestiaires, établissements de santé, établissements d'hébergement pour personnes âgées, aéroports, tribunaux et palais de justice et bâtiments à usage industriel et artisanal. La RT 2012 oblige les habitations neuves à consommer au maximum 50 kWh/m<sup>2</sup>/an.

<sup>83</sup> Avec la RT 2020, les bâtiments neufs devront être à énergie positive. Cela signifie qu'ils produiront plus d'énergie qu'ils n'en consommeront. Elle s'appellera *RE 2020* en remplaçant le terme thermique par « environnement ».

<sup>84</sup> L'ensemble des facteurs réglementaires conduit à un total de 80 à 90 % de progression des coûts depuis 2000 ; GAUDEMAR DE Hervé, Application imminente de l'autorisation de déroger aux règles de construction, JCP N. I., n° 5, 1<sup>er</sup> fév. 2019, act. 221 : « l'autorisation d'y déroger sera accordée de droit à ceux qui fourniront une attestation d'équivalence produite par un organisme impartial,... D'après les estimations du Gouvernement, la réforme pourrait par ailleurs générer, dans le marché de la construction, une économie de 700 millions d'euros par an... ».

<sup>85</sup> Conseil général de l'environnement et du développement durable et Inspection générale des finances, Rapport sur la mobilisation du foncier, déc. 2012,

Européenne<sup>86</sup>, définit les missions d'intérêt général des organismes d'habitations à loyer modéré, comme étant « la construction, l'acquisition, l'amélioration, l'attribution, la gestion et la cession de logements locatifs à loyers plafonnés, lorsqu'elles sont destinées à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative pour l'attribution des logements locatifs .... ». Pour remplir ces missions et pouvoir loger décemment des personnes qui ne peuvent l'être dans les conditions de marché, il est nécessaire d'encourager la construction de logements sociaux, et pour ce faire l'optimisation de la maîtrise du coût du foncier apparaît essentielle. Elle est le principal levier de toute opération immobilière, et constitue le corolaire indispensable de toute politique de l'habitat. Dans le contexte actuel, l'approvisionnement en foncier constructible constitue un frein structurel à la production de logements sociaux.

**24.** Dans ce contexte, les bailleurs sociaux rencontrent d'importantes difficultés pour accéder à la propriété foncière dans le cadre de leur mission de construction de nouveaux logements sociaux. Maîtriser le foncier ne signifie pas systématiquement acquérir le foncier. L'objectif des opérateurs de l'immobilier est d'exercer une maîtrise foncière technique et économique, c'est-à-dire une forme d'appropriation du bien, un pouvoir de gestion et de contrôle juridique qui puisse être obtenu sans constituer un investissement initial trop important. Le recours aux baux réels immobiliers de longue durée constituent alors une véritable opportunité.

**25.** Dans le cadre de ces contrats, le propriétaire initial du bien immobilier, dénommé « bailleur » conservant certaines prérogatives de son droit de propriété, se dessaisit d'autres prérogatives et obligations en concédant à une autre personne, désignée comme « preneur », des droits temporaires. Les bailleurs sociaux, en tant que preneur, jouissent des droits nécessaires sur le fond leur permettant de construire et réhabiliter, et d'autre part ils gèrent et exploitent les logements réalisés. L'investissement initial est minimisé, ce qui favorise la faisabilité financière de l'opération de réalisation de logements. L'économie réalisée conduit les organismes HLM à freiner la densification de leur projet, qui permet bien souvent de compenser le coût d'investissement en organisant une rentabilité maximum. Elle contribue à maintenir l'équilibre des plans de financement et à la mise à la location ou à l'accession sociale à la propriété des logements qualitatifs, améliorant ainsi la qualité de vie des bénéficiaires et favorisant leur intégration à l'échelle d'un quartier ou d'une commune<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Déc. de la Com. du 20 déc. 2011 relative à l'application de l'art. 106, 2, du traité sur le fonctionnement de l'U.E. aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général.

<sup>87</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013p. 4 et svts.



**26.** Les publications professionnelles et les rapports parlementaires se sont multipliés sur ce sujet afin d'en promouvoir le recours auprès des bailleurs sociaux et des collectivités territoriales considérés comme des acteurs essentiels de la politique de l'habitat<sup>88</sup>. Ces « constructions juridiques » que sont le bail emphytéotique, le bail emphytéotique administratif, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont présentés comme de réels atouts dans la mise en œuvre d'une politique foncière ambitieuse au service du logement<sup>89</sup>.

**27. - En droit comparé** - Les droits étrangers ont également reconnu les avantages de ce type de contrat. En matière de logements, le bail emphytéotique est de pratique courante en Angleterre et au Pays de Galles. Les *leaseholders* se considèrent comme des propriétaires, alors qu'ils sont preneurs d'un bail de très longue durée et que le *landlord*, bailleur emphytéotique, conserve certains pouvoirs de décision. En outre, les dernières réformes ont permis d'apaiser les relations entre *leaseholders* et *landlord* et de les faire évoluer vers une gestion plus harmonieuse du bien objet du bail emphytéotique. Elles ont donné plus de pouvoirs aux *leaseholders* pour assurer la gestion des réparations et de l'entretien de leur logement, et simplifié la procédure permettant aux *leaseholders* d'en acquérir la pleine propriété<sup>90</sup>.

**28.** L'exemple catalan est également très probant car plus proche de la situation française et de sa crise immobilière. En 2008, l'éclatement de la bulle immobilière espagnole débouche sur une grave crise immobilière. Le Parlement de Catalogne adopte alors la loi sur la propriété temporaire et la propriété partagée (*Llei de la propietat temporal i de la propietat compartida*), promulguée le 29 juillet 2015. La propriété temporaire permet d'acheter un bien pour une période limitée. Le droit de propriété temporaire, confère à l'acquéreur « propriétaire temporaire », très proche par sa

---

<sup>88</sup> USH, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côte d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglo e Plaine commune, Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, août 2016 ; Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015 ; Mobiliser le foncier, un enjeu pour les territoires, sept. 2014 ; Les outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014 ; Rapport d'info. fait au nom du groupe de travail de la commission des fin. et de la commission des lois constitut., de législat., du suffrage universel, du règlement et d'adminis. gén., sur les outils fonciers à disposition des élus locaux, par MM. François PILLET, René VANDIERENDONCK, Yvon COLLIN et Philippe DALLIER, Sénateurs, enregistré à la Présidence du Sénat le 1<sup>er</sup> oct. 2013 ; Rapport d'inf. déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des aff. éco. sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, enregistré à la Présidence de l'Ass. nat. le 16 fév. 2016 ; Conseil éco., soc. et environnemental, Avis sur le rapport présenté par Mme ROUDIL Isabelle, Comment mieux répondre aux besoins en logements dans les territoires ?, Séance du 14 mars 2017.

<sup>89</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, Nantes 5-8 juin 2016, n° 1063, p. 49.

<sup>90</sup> VORMS Bernard, Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères ?, ANIL, Actualité Habitat, mai 2011, p. 2 et 8.

situation du preneur du bail emphytéotique français, la propriété d'un bien pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle le bien revient au vendeur. La durée minimale du contrat est de 10 ans pour les immeubles et 1 an pour les meubles, et sa durée maximale est de 99 ans<sup>91</sup>. Le propriétaire temporaire exerce tous les droits du propriétaire. Il peut jouir du bien, vendre son droit de propriété temporaire à un tiers ou encore l'hypothéquer. Le propriétaire initial peut exiger que le propriétaire temporaire prenne en charge des travaux de réparation ou de reconstruction si le bien se détériore de plus de 50 % de sa valeur par la faute ou la négligence de celui-ci<sup>92</sup>.

**29. - La multiplication des baux réels immobiliers de longue durée** - Le droit français semble reconnaître également les qualités des baux réels immobiliers de longue durée. Ces dernières années, les praticiens et la doctrine ont pu constater une multiplication de nouveaux types de baux réels immobiliers de longue durée<sup>93</sup>. La liste des baux réels immobiliers de longue durée s'est considérablement allongée. Malheureusement, l'essor législatif que connaît ce type de contrat nourri d'autant plus cette perception opaque, et engendre une véritable confusion de la notion de « baux réels immobiliers de longue durée »<sup>94</sup>. Cette situation ne contribue pas à l'attractivité de ces contrats spéciaux<sup>95</sup>. Les bailleurs sociaux, et leurs partenaires en la matière, c'est-à-dire le plus souvent les collectivités territoriales, sont dans une certaine méconnaissance des baux réels immobiliers de longue durée. En pratique, les parties confondent bien souvent leur dénomination, leur caractéristiques et ignorent leur nature. Cette diversité questionne et provoque une certaine perplexité de la part des praticiens, notamment des bailleurs sociaux, comme de la doctrine<sup>96</sup>. L'efficacité de ce qui semble être une accumulation des baux réels immobiliers de longue durée est remise en question. Ainsi que le précise très justement M. Wertenschlag, les baux réels immobiliers de longue durée présentent un important défaut : « il faut être un solide juriste en

---

<sup>91</sup> FLORENSA I TOMAS Carles Enric, « La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya », Universitat de Girona, conferència, 18 juin 2015.

<sup>92</sup> LOPEZ NAVARO Jorge, « Resumen de la Ley sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida, incorporada al libro quinto del Código civil de Cataluña », 26 sept. 2015.

<sup>93</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, R.T.D. civ. 2016. 943 ; PERINET-MARQUET Hugues, Propos conclusifs, RDI 2014. 289.

<sup>94</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail réel solidaire : un bail à la rédaction surprenante, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302y1, p. 73 ; Avis du Conseil éco., social et envir. sur le rapport présenté par Mme Isabelle Roudil, rapport. au nom de la section de l'aménagement durable des territoires, Comment mieux répondre aux besoins en logements dans les territoires ?, Mandature 2015-2020, Séance du 14 mars 2017, p. 202 et svts.

<sup>95</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 292, p. 334.

<sup>96</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 343 à p. 346 ; Avis du Conseil éco., social et envir. sur le rapport présenté par Mme Isabelle Roudil, rapport. au nom de la section de l'aménagement durable des territoires, Comment mieux répondre aux besoins en logements dans les territoires ?, Mandature 2015-2020, Séance du 14 mars 2017, p. 202 et svts.

droit privé pour en comprendre le mécanisme, voire pour en suivre l'exécution. On est loin de l'élégance et de la simplicité des contrats du code civil de 1804 »<sup>97</sup>.

**30. - L'intérêt du sujet** - Durant cette période qui cumule crise du logement et difficulté d'accès au foncier, la nécessité peut conduire les bailleurs sociaux à avoir deux comportements différents face à cette méconnaissance des baux réels immobiliers de longue durée. Ils peuvent choisir d'y avoir recours afin de maîtriser le foncier et produire des logements sans pour autant en connaître la nature, toutes les finalités ou les opportunités qu'ils autorisent, mais ils peuvent également faire le choix de ne pas y recourir à défaut d'en admettre l'efficacité.

**31.** L'étude du recours aux baux réels immobiliers de longue durée dans le cadre de la maîtrise foncière des bailleurs sociaux doit constituer l'opportunité pour les acteurs de l'immobilier social et la doctrine de prendre la véritable mesure de ce type de contrats spéciaux, en écartant les jugements ou a priori qui peuvent être portés par les opérateurs privés et publics, ainsi que le scepticisme qui semble se développer face à la multiplication de la création de ce type d'outils. Il s'agit de réaliser une mise en perspective objective concourant au développement dynamique de l'habitat et s'intégrant aux stratégies de développement pour les bailleurs sociaux. Cette démarche doit également intégrer le développement législatif de ces contrats qui a conduit à leur multiplication. Les circonstances socio-économiques ont participé à leur création, aussi l'analyse de leurs dispositifs ne peut être réalisée sans en considérer la teneur. Dans ce contexte, la nature de ces contrats reste similaire mais les règles qui encadrent les baux réels immobiliers de longue durée changent. Leurs régimes respectifs reprennent les grandes lignes communes mais soulignent également leur spécificité. Si, le bail à construction marque le premier renouvellement de la formule emphytéotique, puis de plus en plus clairement au cours de la création des nouveaux baux, les modifications importantes se sont dégagées.

**32.** Il devient indispensable de confronter le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire au travers d'une étude approfondie afin d'en faire une étude complète et de répondre aux questionnements qu'ils soulèvent. L'objectif est d'en révéler tout les aspects afin de déterminer s'ils doivent réellement être considérés comme des opportunités et être favorisés par les bailleurs sociaux dans le cadre d'une maîtrise foncière sécurisée. Pour se faire il paraît nécessaire d'éclairer les cocontractants et leurs conseils, préalablement au choix du type de bail de longue durée, en fonction de sa nature juridique, de ses

---

<sup>97</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509.

caractéristiques essentielles et de ses issues. Il s'agit également d'éviter une requalification du bail soit en un autre bail réel immobilier de longue durée, soit en un bail constitutif d'un simple droit personnel éventuellement soumis, en fonction de la destination de l'immeuble, à un statut impératif (bail rural, bail commercial)<sup>98</sup>. Il en va également du sort des droits éventuellement consentis dont le maintien se trouve dès lors menacé.

**33.** Cette analyse doit tendre à vérifier l'opportunité de ce type de maîtrise foncière selon les objectifs poursuivis par chacun des cocontractants et le type d'opération immobilière, ainsi que d'alerter les parties sur les points qui doivent retenir plus précisément leur attention. Il est évident que face à cette situation de crise du logement, à la problématique d'accès au foncier et aux difficultés de maîtrise des coûts de construction, les bailleurs sociaux doivent faire évoluer leur processus de réalisation de logements. Dans ce contexte qui concourt aux montages d'opérations particulièrement complexes, ils ne peuvent que viser une parfaite connaissance technico-juridique. Celle-ci présente, en sus, l'avantage de développer une aptitude croissante aux partenariats, avec les collectivités, mais également avec tous les acteurs locaux de l'action foncière et de l'aménagement<sup>99</sup>.

**34. - La nature des baux réels immobiliers de longue durée** - Il est tout à fait nécessaire de faire l'analyse de la nature des baux réels immobiliers de longue durée, en vérifiant si ces contrats ont une nature unique c'est-à-dire commune à tous, ou si la multiplicité de ce type de contrat a généré une divergence de nature. L'emphytéose ou bail emphytéotique, premier de ces contrats spéciaux, bail source de ce modèle juridique, est né durant la période antique, et a traversé le moyen âge, l'ancien régime, la révolution française, l'empire pour enfin être reconnu officiellement par le législateur en 1902. Durant ces différentes époques sa nature a été définie, a évolué et s'est adaptée aux conceptions juridiques permettant son intégration aux différents contextes politiques et économiques. Depuis 1902, la nature du bail emphytéotique est expressément déterminée comme un droit réel sur le bien d'autrui à titre principal donnant à titre accessoire un droit de superficie temporaire sur les éléments, constructions ou plantations, réalisées par le preneur. La nature même du droit de superficie est encore débattue. Nonobstant, il s'agit d'un droit de propriété « qui s'élève sur le sol, à l'exclusion de la propriété du sol lui-

---

<sup>98</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 415, p. 309.

<sup>99</sup> USH, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côte d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, août 2016, p. 178 et svts.

même »<sup>100</sup>. Le bail emphytéotique octroie donc au preneur un droit réel sur le fonds objet du contrat et un droit de propriété temporaire sur les constructions ou plantations qu'il a lui-même réalisé. Cette structure composite de la nature du bail emphytéotique permet au preneur de jouir efficacement du fonds objet du contrat et de pouvoir en exploiter toutes les potentialités juridiques et économiques. Les intérêts des parties, bailleur et preneur, se rejoignent dans une gestion optimisée de l'immeuble.

**35.** Le bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire ont été créés sur cette même base, cette même nature composite. Néanmoins, leurs objectifs, leurs affectations les distinguent du bail emphytéotique, et également les uns des autres. Conservant cette nature unique, le législateur a souhaité missionner ces contrats, fruits de contextes économiques, urbains et sociaux particuliers afin qu'ils servent, le plus efficacement et concrètement possible, les politiques de l'habitat mises en œuvre afin d'apporter des réponses à la crise du logement.

**36.** L'expression de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée en droit privé doit permettre la mise en exergue de la teneur du droit réel immobilier. Cette mise en perspective est complétée par l'examen des manifestations de la nature composite de ces contrats. Ces manifestations relatives au droit réel immobilier et au droit de propriété témoignent de l'étendue des droits du preneur. Ceux-ci assurant au preneur la maîtrise du bien, au travers d'une gestion efficace de l'ensemble immobilier, tout en le dirigeant, l'encadrant, en fonction du type de bail réel immobilier de longue durée auquel il est recouru, et ce afin de veiller au respect de son affectation socio-économique.

**37.** L'expression de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée en droit public est révélatrice d'une part, de l'influence du droit privé sur le droit des biens publics, et d'autre part, des nécessités économiques et politiques qui s'imposent aux collectivités territoriales et à l'Etat. Les collectivités territoriales sont des partenaires privilégiés des bailleurs sociaux. Les métropoles, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les communautés de communes compétentes en matière d'habitat de plus de 30 000 habitants comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants ont l'obligation d'établir un programme local de l'habitat qui détermine une stratégie de programmation incluant l'ensemble de la politique locale de

---

<sup>100</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit civil, Les biens, droits réels principaux*, T.2., 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 750, p. 473.

l'habitat ( parc public et privé, gestion du parc existant et des constructions nouvelles, populations spécifiques)<sup>101</sup>. Ce document doit répondre aux besoins en hébergement, favoriser la mixité sociale et le renouvellement urbain. Les autorités publiques locales bénéficient d'une vision globale de la situation de l'habitat sur leur territoire et sont positionnées au centre des actions de construction et réhabilitation de logements, notamment sociaux. Cette détermination des besoins en logement, mise en parallèle des difficultés financières et économiques que traversent les collectivités territoriales, contribuent au développement d'opérations immobilières sur leur domaine public. D'une part, ces opérations créent et redistribuent l'offre de logements sur leur territoire, et d'autre part elles favorisent l'investissement privé sur le domaine public.

**38.** La reconnaissance de la nature composite du droit réel administratif a permis le déploiement des baux réels administratifs de longue durée, et par conséquent, la réalisation d'opérations immobilières sur le domaine public. Le législateur en a développé le recours en créant plusieurs types de baux emphytéotiques administratifs ayant pour mission de palier aux manques de moyens des collectivités territoriales et de l'Etat. Néanmoins, les manifestations spécifiques de la nature composite de droit public des baux réels administratifs de longue durée sont strictement encadrées par les règles relatives au respect de l'intérêt général et par les modes de passation de la commande publique. Les champs fonctionnels soulignent les particularismes liés aux modalités temporelles, financières et à la nature du bailleur, personne morale de droit public exerçant son action avec des fonds publics. En conséquence, le droit réel administratif octroyé au preneur d'un bail réel de longue durée de droit public n'est pas assimilable au droit réel composite dont jouit le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée de droit privé.

**39. - Le régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée** - Le régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée doit faire l'objet de cette étude afin de mesurer, à la fois, l'efficacité et la qualité des mesures qui organisent leur affectation respective. Chacun de ces baux, bail emphytéotique, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire, répond à un ensemble de règles qui partant de la même origine emphytéotique, est adapté et qui lui est propre. Ces dispositifs particuliers sont déterminés par la mission qui a été attribuée au contrat par le législateur. La vie et la fin de ces contrats spéciaux sont marquées par des règles qui composent un régime semblant homogène, mais qui se décline en fonction du bail réel immobilier de longue durée considéré et de son affectation. La vie des baux réels immobiliers

---

<sup>101</sup> Art. L. 302-1 du C.C.H.

début par l'étude des éléments constitutifs commandant la formation des contrats au travers de la détermination des parties et des règles de formalisation. La qualité des parties, leur capacité, ainsi que l'identification des parties aux contrats subséquents marquent les spécificités de chacun de ces baux. La chose, objet des contrats, terrain nu, terrain bâti, lot de copropriété, volume, est déterminée par l'objectif poursuivi par le bail réel immobilier de longue durée choisi par les parties. Elle est à la fois l'opportunité et la limite de l'opération immobilière envisagée et du bail réel immobilier de longue auquel les parties ont recours.

**40.** Les effets de ces contrats se distinguent entre leurs obligations communes, que sont l'obligation d'entretien et de réparation et l'obligation financière, constituant un tronc commun rappelant leur source emphytéotique, et leurs obligations caractéristiques. L'analyse de l'obligation d'édifier qui s'impose au preneur du bail à construction, et de l'obligation de réhabiliter inscrite dans le cadre du bail à réhabilitation doit permettre d'identifier les potentialités et les limites de ces deux contrats. Elle conduit également à les distinguer des autres baux réels immobiliers de longue durée qui ne sont pas construits avec des contraintes similaires et qui autorisent autant la construction que la réhabilitation.

**41.** La fin des baux réels immobiliers de longue durée doit être déterminée par leurs causes de fin et leurs conséquences. L'extinction à terme, de la stipulation du terme à son report, et l'extinction anticipée, des causes d'extinction de droit commun à la cause d'extinction spéciale que constitue l'accession sociale à la propriété sont examinées afin de prendre la mesure de leur importance. Il est nécessaire que les parties puissent anticiper l'extinction de leurs engagements car l'équilibre financier de l'opération immobilière projetée, et par conséquent sa pérennité, dépendent des analyses et projections à moyen et long terme que preneur et bailleur réalisent en amont. L'accession sociale à la propriété constitue une opportunité pour les bailleurs sociaux et pour les accédants. Les premiers réalisent leur mission sociale et les seconds accèdent à la propriété dans des conditions financières qui leurs sont plus favorables que celles dictées par le marché immobilier classique. Cette cause d'extinction de fin des baux réels immobiliers de longue durée tout à fait spécifique aux bailleurs sociaux ne peut être négligée.

**42.** Les conséquences de la fin des baux réels immobiliers doivent être soumises à une étude similaire. La propriété du bien immobilier, au travers de l'accession différée à la propriété du bailleur au terme du contrat, et la possibilité pour le preneur de devenir lui-même propriétaire du bien immobilier constituent deux options différentes, deux conséquences distinctes de la fin des

baux réels immobiliers de longue durée. Leurs appréciations respectives s'effectuent notamment au travers de leurs effets civils, financiers et sociaux qui impactent preneur, bailleur et plus largement encore les collectivités territoriales et les bénéficiaires de logements sociaux. La fin des baux réels immobiliers de longue durée a également des effets sur la location du bien immobilier. La prise en compte des droits et du bail du locataire-occupant du logement construit, réhabilité et géré par le bailleur social dans le cadre du recours à ces contrats spéciaux a évolué avec l'évolution sociétale et la reconnaissance du droit au logement. Après avoir été ignorés pendant plusieurs décennies, les droits du locataire-occupant ont été pris en considération par le législateur dans le cadre du dispositif des derniers baux réels immobiliers créés. Les effets de la fin du bail à construction et du bail emphytéotique sur le bail du locataire-occupant connaissent le même bouleversement car si le premier principe énoncé est celui de l'expiration du bail au terme du bail réel immobilier de longue durée, l'évolution de la jurisprudentielle puis législative a engendré le principe de l'opposabilité du bail.

**43.** La maîtrise foncière des bailleurs sociaux au travers de l'usage des baux de longue durée constitue un sujet d'importance à l'égard des problématiques engendrées par la crise du logement. Le recours à ce type de contrats spéciaux, bien que courant dans le milieu dit « HLM » peut encore être développé et amélioré. Le but est d'apporter un ensemble de réponses concourant à une production de logements efficace et cohérente. Les spécificités de ces différents contrats, aménagées afin de garantir leurs affectations, ainsi que leur attractivité technique et financière ne doivent pas être obérées par leur complexité et leur multiplicité qui semblent engendrer un certain scepticisme de la part d'une partie de la doctrine<sup>102</sup>, des praticiens<sup>103</sup> et promoteurs<sup>104</sup>.

**44.** Aussi, la maîtrise foncière des bailleurs sociaux au travers de l'usage des baux de longue durée, baux réels immobiliers de longue durée, doit conduire à identifier précisément la nature des baux réels immobiliers de longue durée (Partie 1), pour ensuite traiter du régime des baux réels immobiliers de longue durée (Partie 2).

---

<sup>102</sup> Le club des juristes, Commission Immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales, Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 7 et 8 ; ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins », Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12.

<sup>103</sup> 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 58 ; 109<sup>ème</sup> congrès des notaires, Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ?, 2013, p. 675.

<sup>104</sup> Obs. rég. du foncier, Mobilisation du foncier privé en faveur du logement, Rapport de Dominique FIGEAT, mars 2016, p. 43 ; Rapp.d'info. fait au nom de la Comm. des Aff. éc. et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, Sénat n°442, Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005.





# **PARTIE 1-**

## **LA NATURE DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE**

**45.** Etablir la nature d'un droit ou d'un contrat revient à réaliser la traduction juridique de la dimension économique des pouvoirs octroyés à cette personne. L'examen de ces caractéristiques doit conduire à en relever les traits dominants. C'est dans le cadre de cet exercice que la détermination de la nature des baux de longue durée est réalisée. Etudier la nature des baux réels immobiliers de longue durée que sont le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire permet la mise en perspective des manifestations des relations des parties au contrat, tant dans leurs rapports entre eux, que dans leurs rapports avec les biens. Ces rapports sont dotés d'une structure et d'un contenu caractérisé qui les classent<sup>105</sup>. A la lumière de ces éléments, cet examen doit permettre de vérifier si ces contrats spéciaux constituent un ensemble de même nature ou encore si chacun de ces contrats présente de telles disparités les uns avec les autres qu'ils ne peuvent être assimilés. Ces contrats semblent former un ensemble de conventions plus ou moins cohérent ou disparate selon une partie de la doctrine<sup>106</sup>, constituant autant d'outils de maîtrise foncière de longue durée ne pouvant être assimilés ni à un contrat de vente, ni à une convention d'usufruit ou à un contrat de louage. Leur affectation se faisant de plus en plus précise et directrice au fil de leur création par le législateur contribue à perturber l'analyse de leur nature<sup>107</sup>. Les divergences existantes entre l'emphytéose, premier exemplaire de cette formule juridique, et le bail réel solidaire créé très récemment par le législateur<sup>108</sup>, sont si prégnantes qu'il peut paraître douteux que ces contrats aient une nature unique, c'est-à-dire commune.

**46.** Dans le cadre de cette étude relative à la nature des baux réels immobiliers de longue durée, il apparaît tout d'abord nécessaire de questionner la nature des baux réels immobiliers en examinant le contrat qui est reconnu comme le premier des baux réels immobiliers. L'emphytéose ou bail

---

<sup>105</sup> TERRE François et MOLFESSIS Nicolas, Introduction générale au droit, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd. 2019, n° 26, p. 27.

<sup>106</sup> TIXIER Jean-Louis, Le bail à construction. De la théorie à la pratique : LexisNexis Litec, coll. Litec Immo, 2006, 1<sup>re</sup> éd., p. 19 ; BERTREL Jean-Louis, Le bail à construction, titre constitutif d'un droit de superficie, Thèse, Université de Tours, 1981, p. 317 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 596, p. 229.

<sup>107</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>108</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

emphytéose, connu depuis la Grèce antique et reconnu expressément par le droit français par une loi des 25 juin et 4 juillet 1902, a été identifié comme étant un contrat spécial ne pouvant être associé à la vente, au louage ou l'usufruit. Ce contrat octroie un droit réel composite. Il constitue un droit réel sur le bien d'autrui et octroi un droit accessoire sur le bien construit ou réhabilité par le preneur. Ce droit, dit droit de superficie, est un droit de propriété temporaire que le preneur exerce sur la construction, l'amélioration ou la plantation qu'il a réalisé.

**47.** Si le bail emphytéotique laisse une grande liberté d'action au preneur, les baux réels immobiliers de longue durée qui ont été par la suite créés par le législateur se montrent de plus en plus précis et contraignants. Le bail à construction, créé par la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation qui a pour objet de relancer l'urbanisation et ainsi répondre à un besoin de nouvelles constructions, oblige le preneur à construire<sup>109</sup>. La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, dite « loi Besson » prévoit, dans son article 10, la création d'un contrat dit « bail à réhabilitation » qui a pour objet de permettre à des bailleurs sociaux ou à des organismes à vocation sociale agréés de remettre en état des immeubles et de les gérer<sup>110</sup>. Ce contrat, obligeant le preneur à réaliser la réhabilitation d'un logement, doit favoriser la remise sur le marché locatif de logements privés anciens et mal entretenus situés le plus souvent dans les centres-villes urbains. Néanmoins, malgré les diverses interventions législatives et gouvernementales<sup>111</sup>, la France continue de traverser une importante crise du logement qui touche également les classes moyennes<sup>112</sup>. Aussi, en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction<sup>113</sup>, l'article 4 de l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>114</sup> a créé le bail réel immobilier. Ce nouveau contrat doit permettre de développer une nouvelle offre de logements dits « intermédiaires ». Ces logements sont en effet destinés à l'habitation principale de personnes

---

<sup>109</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>110</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>111</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, JORF du 14 déc. 2000, dont l'art. 55 impose l'obligation pour certaines communes de disposer d'un taux minimum de logements sociaux, selon des critères définis par le C.C.H. ; Actualité Habitat, Logement : les orientations de la nouvelle présidence, 10 mai 2012 ; Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>112</sup> MISTRAL Jacques et PLAGNOL Valérie, Loger les classes moyennes : la demande, l'offre et l'équilibre du marché du logement, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, La Documentation française, Paris, 2008.

<sup>113</sup> Loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juill. 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction, JORF du 2 juill. 2013.

<sup>114</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

aux ressources encadrées et loués avec des loyers plafonnés<sup>115</sup>. Deux ans plus tard, l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire<sup>116</sup>, prise sur le fondement de l'article 94 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques<sup>117</sup>, crée un nouveau type de bail devant répondre aux difficultés rencontrées par les ménages modestes pour accéder à la propriété ou à la location de leurs résidences principales. Ces contrats, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire, constituent des applications circonstanciées de la technique emphytéotique. Reprenant les mêmes fondamentaux relatifs à la nature composite du bail emphytéotique, ces baux réels immobiliers de longue durée en sont les déclinaisons modernes.

**48.** Cet ensemble de contrats, baux réels immobiliers de longue durée, ont donc une nature composite commune qui s'exprime au travers des caractéristiques essentielles qui marquent leur spécificité vis-à-vis d'autres contrats pouvant leur être comparés. Le preneur jouit ainsi d'une maîtrise foncière de longue durée dans le respect de contraintes particulières liées au respect des droits du bailleur. Ces contrats sont affectés à des objectifs précisément définis dans le cadre des contextes socio-économiques qui les ont vus naître. Aussi, les prérogatives dont jouissent les preneurs de ces différents baux réels immobiliers de longue durée sont à la fois la démonstration de cette nature et la caractérisation de leur affectation spécifique.

**49.** Enfin, la mise en œuvre des baux réels immobiliers de longue durée en droit public, très largement inspiré de leur modèle de droit privé, présente un intérêt très particulier. L'adaptation de la technique emphytéotique aux principes protecteurs de la domanialité publique a permis de proposer aux personnes publiques une solution permettant à la fois la valorisation de leur patrimoine et le financement de travaux de constructions ou réhabilitation à une époque où les difficultés budgétaires pèsent de plus en plus lourd dans les caisses publiques<sup>118</sup>. Le bail emphytéotique administratif reprend la construction composite de la nature du bail emphytéotique de droit privé, particulièrement adaptée aux contraintes imposées par le principe d'inaliénabilité du domaine public<sup>119</sup>, et octroie des prérogatives au preneur qui paraissent, d'un premier abord,

---

<sup>115</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 400, p. 365.

<sup>116</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

<sup>117</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

<sup>118</sup> BRISSON Jean-François, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, AJDA 2005. 591.

<sup>119</sup> COMBE Christine, Les droits réels sur le domaine public, ambiguïtés et limites, Droit adm., n° 12, déc. 2001, chron. 22 ; GROSDIDIER Jean, L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-

similaires à celles du preneur de droit privé. Néanmoins, le droit réel administratif dont jouit le preneur de ce contrat administratif ne peut être assimilé à son modèle de droit privé. L'adaptation de ce concept en droit public, son expression administrative, ne peut être associée aux baux réels immobiliers de longue durée de droit privé précédemment évoqués tant la notion de droit réel administratif reste encore éloignée de celle de droit réel de droit privé<sup>120</sup>.

**50.** La nature des baux réels immobiliers de longue durée doit donc être analysée, en premier lieu, dans le cadre de l'unicité de leur nature (Titre 1), pour, dans un second lieu, être examinée au travers de l'expression de cette nature composite (Titre 2).

---

propriétaire, Les annales de droit, 7, 2015, p. 111 ; JUAN Philippe, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RD imm. avr.-juin 2000, n° 2, p. 134.

<sup>120</sup> PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domanialité publique, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39 ; YOLKA Philippe, A propos du « bail à construction administratif », AJDA 2016. 1145 ; TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, répertoire droit immobilier, Dalloz, n° 57.

# TITRE 1-

## L'UNICITE DE LA NATURE

**51.** La nature juridique des baux de longue durée a été et reste discutée. La doctrine et les praticiens rapprochent ces contrats particuliers d'autres institutions plus connues ou simplement mieux maîtrisées que sont l'usufruit, le contrat de louage classique ou encore la vente<sup>121</sup>. S'il est établi que ces baux peuvent être classés parmi les droits patrimoniaux, leur identification entre droit réel principal, droit réel accessoire ou encore droit personnel peut encore paraître assez opaque. Par ailleurs, si les publications professionnelles se multiplient en la matière, il n'existe que trop peu d'articles et encore moins d'ouvrages qui font une analyse complète et argumentée de leur nature. Il est alors tout à fait nécessaire d'apporter une réponse à cette question que se pose tout praticien et juriste lorsque vient le moment d'évoquer ce type de contrat et d'en expliquer la portée. Cette question est d'autant plus prégnante que l'époque est sujette à une multiplication des baux réels immobiliers de longue durée<sup>122</sup>. Le bail emphytéotique est le premier des contrats de ce type, mais ces dernières décennies le législateur a créé le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire. Ces contrats reprennent les principales caractéristiques de l'emphytéose sans en être similaires. Ces baux sont affectés c'est-à-dire qu'ils sont assignés à un usage, un objectif très précisément définis<sup>123</sup>. Les règles qui les régissent les destinent à un champ d'action de plus en plus précis<sup>124</sup>. Deux questions doivent alors être soulevées, la première étant relative à la nature de l'emphytéose en tant que bail source, et la seconde se portant sur la déclinaison de ce bail en plusieurs autres baux réels immobiliers de longue durée plus récemment créés par le législateur. L'objectif de cette recherche est de révéler la nature de ce bail source, pour ensuite vérifier si les baux réels immobiliers de longue durée sont de même nature ou si le législateur l'a modifié en multipliant les spécificités et affectations.

---

<sup>121</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 620, p. 343 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 929, p. 830 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 415, p. 309 ; RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 236, n° 274.

<sup>122</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12.

<sup>123</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>124</sup> Art. L. 251-1 à L. 251-9 du C.C.H. pour le bail à construction, art. L. 252-1 à L. 252-6 pour le bail à réhabilitation, art. L. 254-1 à 254-9 pour le bail réel immobilier, art. L. 255-1 à 255-19 pour le bail réel solidaire.

52. Pour réaliser une étude approfondie permettant d'aboutir à la détermination de la nature des baux réels immobiliers de longue durée, il est, dans un premier temps, nécessaire d'examiner le premier de ces contrats qui constitue le fondement, la source de cette formule juridique<sup>125</sup>. La détermination de la nature du bail emphytéotique est essentielle. Cette réflexion ne peut être aboutie sans être mise en parallèle avec l'histoire de ce contrat. Mise en œuvre durant l'antiquité pour répondre aux problématiques de gestion de grands ensembles agricoles, l'emphytéose est reconnue comme un contrat particulier dès cette période<sup>126</sup>, puis perd de sa lisibilité dans les méandres du moyen-âge et de la féodalisation. Cependant, le recours à cette formule juridique perdure et ce jusqu'à la révolution française. La rupture avec l'organisation féodale des droits patrimoniaux antérieurs donne une nouvelle perception de l'emphytéose. Sa qualification et son existence même sont questionnées. La promulgation du code civil de 1804, la jurisprudence<sup>127</sup>, la doctrine<sup>128</sup> et les pratiques<sup>129</sup> ne solutionnent pas explicitement ces débats<sup>130</sup>. La loi des 25 juin et 4 juillet 1902 vient poser un cadre salvateur<sup>131</sup>. La nature des droits conférés au preneur reste une source de débat. Leur nature réelle bien qu'imposée par les textes et reconnue par la doctrine est discutée<sup>132</sup>, et leur exacte qualification est source d'interprétations différentes. S'il est admis que l'emphytéose octroie un droit réel immobilier au preneur sur le fonds objet du bail, la détermination du droit du preneur sur ses propres constructions et plantations ne fait pas l'unanimité. Droit de propriété, droit de superficie ou droit réel sur le bien d'autrui, la question relative au sens de l'accession provisoire du preneur n'est pas précisément résolue. Les diverses

---

<sup>125</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [847], p. 1808 ; COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 396, p. 360 et svts

<sup>126</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 23 ; ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 182 ; BREGI Jean-François, Droit romain : les obligations, Université Droit, 2006, p. 198 et 199.

<sup>127</sup> Cass. 1<sup>er</sup> avril 1840, Recueil général des lois et arrêts, 1840, p. 433 et svts ; Cass. 26 avril 1853, Dalloz, 1853, 1, 145.

<sup>128</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 186 ; DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 573, p. 400.

<sup>129</sup> Le Parlement autorise, par la loi du 21 juin 1826, la concession d'une partie (2 900 m<sup>2</sup>) de terrain, comprise entre la rue Saint-Honoré, la place des Pyramides et la rue de Rivoli. L'adjudication conclue au mois de mai 1828 constitue le point de départ d'un bail emphytéotique de 99 ans établi avec une demi-douzaine de concessionnaires. Le principal d'entre eux est la « société de l'Hôtel Régina », qui postule pour plus de 1 000 m<sup>2</sup> de ce terrain, délimité par la future rue des Pyramides et par la rue Saint-Honoré.

<sup>130</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 50 ; LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 186 ; DEMOGUE René, Les notions fondamentales du droit privé, Ed. La Mémoire du Droit, 1911, p. 409.

<sup>131</sup> Loi des 25 juin-4 juill. 1902 sur le code rural (livre I, titre V : du bail emphytéotique), J.O. du 4 juill. 1902.

<sup>132</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 5, n° 1287 ; DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 122.

analyses qui en sont faites doivent alors être étudiées afin d'établir la véritable nature des droits octroyés au preneur dans le cadre du bail emphytéotique<sup>133</sup>.

**53.** Dans un second temps, à la lumière de l'étude réalisée sur la détermination de la nature de ce contrat, élément fondateur d'un certain type de baux réels immobiliers de longue durée, il apparaît indispensable de questionner la nature du bail à construction<sup>134</sup>, du bail à réhabilitation<sup>135</sup>, du bail réel immobilier<sup>136</sup> et du bail réel solidaire<sup>137</sup> qui ont été créés plus récemment. Ces derniers baux présentent de grande similarité entre eux et avec le bail emphytéotique<sup>138</sup>. Ils ont été conçus sur une même base, ils sont issus de la même source emphytéotique, mais ils sont également le fruit de contextes économiques et sociaux particuliers. Ils ont été conçus dans le cadre de politiques mises en œuvre pour solutionner les problématiques qui ont été identifiées. Néanmoins, la nature des droits octroyés par ces contrats est similaire. Il est ainsi question d'un droit réel immobilier conféré au preneur pendant toute la durée de vie des contrats, et à terme de l'accession en propriété du bailleur. De plus, le bail réel immobilier, créé afin de proposer une nouvelle offre de logements dit « intermédiaires », introduit un nouvel élément de vocabulaire relatif dans la nature des droits qu'il octroie. L'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que « les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration. » Le bail réel immobilier introduit en droit français le concept de propriété temporaire d'un logement, qui existe déjà dans de nombreux pays<sup>139</sup>. Cet élément confirme la nature composite des droits octroyés au preneur d'un bail réel immobilier de longue durée. Il s'agit de l'introduction et de la reconnaissance, en droit français, de la notion de propriété temporaire, ce qui permet d'identifier le droit de superficie comme un véritable droit de propriété.

---

<sup>133</sup> DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001, p. 464 ; BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 950, p. 843 et svts ; dans le même sens v. BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 286, p. 330 ; DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [133], p. 120.

<sup>134</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>135</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>136</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>137</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

<sup>138</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP Adm. et Collect. Territ. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943 ; VIAL-PEDROLETTI Béatrice, Création d'un nouvel outil juridique : le bail réel immobilier, L'essentiel, Droit de l'immobilier et urbanisme, 01/04/2014, n° 04, p. 1.

<sup>139</sup> Bulletin Chevreux Notaires, le bail réel immobilier relative au logement « Brilo », Droit immobilier, le 24/02/2014.



**54.** L'analyse de la nature des baux de longue durée doit débiter par l'examen du bail emphytéotique, bail source de ce type de contrats spéciaux (chapitre 1), pour ensuite pouvoir procéder à l'étude éclairée des déclinaisons qui ont été créées par le législateur. Le bail à construction, bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont envisagés comme des affectations spécifiques d'une formule juridique déclinée, conservant et affirmant ainsi cette même nature composite (chapitre 2).

## CHAPITRE 1- UN BAIL SOURCE

**55.** Etablir la nature de l'emphytéose, c'est à la fois procéder à la détermination des rapports existants entre les parties au contrat, en l'occurrence entre propriétaire-bailleur et preneur, et faire la lumière sur les conditions d'appréhension du fonds, objet du contrat, par ces mêmes parties. Ce contrat porte l'empreinte des siècles d'une culture juridique qui s'est transmise et qui lui a communiqué ses principales caractéristiques<sup>140</sup>. M. Carbasse écrit très justement que « les mots du droit, ses concepts, ses mécanismes et ses règles ne sont pas nés d'hier, de la volonté arbitraire d'un législateur », et l'emphytéose ne fait pas exception<sup>141</sup>. Ce contrat, tel qu'il est connu et mis en œuvre en droit positif, est le fruit d'un long cheminement qui plonge ses racines jusque dans l'antiquité. L'emphytéose est l'héritage de cette histoire et il apparaît impossible de faire une analyse de cette institution en omettant ce qui a précédé la loi des 25 juin et 4 juillet 1902 relative au louage emphytéotique. Bien au contraire, l'étude de la conception historique de l'emphytéose, réalisée de façon chronologique, est à la fois riche d'enseignement et permet une meilleure compréhension de sa nature.

**56.** Le droit justinien ouvre une période dans laquelle l'emphytéose est envisagée, après un processus de construction juridique lié à l'évolution économique, politique et militaire de Rome, au travers d'une nature simple, non composée, caractérisée par l'octroi au preneur d'un seul droit réel<sup>142</sup>. Le moyen-âge et l'ancien régime, emprunts d'un système féodal complexe<sup>143</sup>, ont en brouillé les lignes. Par la suite, la naissance du droit contemporain, à partir de la révolution française, en passant par l'œuvre de codification napoléonienne, a conduit à interroger, une nouvelle fois, l'emphytéose à la lumière de nouveaux principes juridiques. L'abolition du régime féodal, l'interdiction des baux perpétuels et la sacralisation du droit de propriété influencent l'analyse de la nature du bail emphytéotique. La loi des 25 juin et 4 juillet 1902 relative au bail emphytéotique, promulguée pour mettre fin à une longue période de questionnements et d'incertitudes doctrinales et jurisprudentielles, détermine la nature composite du bail emphytéotique. Cependant, la nature emphytéotique, composée d'un droit réel sur le bien d'autrui et d'un droit de superficie accessoire, ne semble pas aussi limpide qu'il a été souhaité par le

---

<sup>140</sup> LOVISI Claire, Introduction historique au droit, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 2.

<sup>141</sup> CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 3, p. 13.

<sup>142</sup> ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 24 et svts ; GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 245 et svts.

<sup>143</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2016, n° 43, p. 61 et svts ; CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 53, p. 89.

législateur car elle fait encore l'objet de certaines critiques et interrogations. Les natures du droit principal octroyé au preneur et du droit accessoire que ce dernier acquiert dans le cadre de son action de construction ou réhabilitation composant la nature du bail emphytéotique font l'objet de discussions, et ce alors même que leur complémentarité ne peut être sérieusement remise en question.

57. Aussi, afin d'aboutir à une détermination précise de la nature de l'emphytéose, au travers des droits octroyés à l'emphytéote, doit-il être procédé à l'étude de la nature simple qui lui a été octroyé en droit antérieur (§1), pour ensuite réaliser l'analyse de la nature composite déterminée en droit positif (§2).

## **Section 1 – Une nature simple en droit antérieur**

58. La conception de l'emphytéose au travers des vingt-cinq siècles de l'histoire juridique n'est pas linéaire. Elle a connu autant d'aléas que l'histoire du droit lui-même, et à ce titre, elle peut être divisée en deux périodes, deux temps qui se sont succédés mais qui n'ont pas considéré le droit et par conséquent l'emphytéose de la même façon. L'emphytéose est née et s'est développée dans une période antique où sa nature fut très explicitement déterminée comme simple, c'est-à-dire n'octroyant qu'un seul et unique droit au preneur (§1). Au cours des siècles qui ont suivi, du moyen-âge à l'Empire, l'emphytéose a été confrontée à une transformation des concepts juridiques et à des événements politiques et sociaux, entraînant ainsi difficultés d'analyse et débats doctrinaux mais sans pour autant remettre en question sa nature simple (§2).

### **§1- Une nature en construction à l'époque antique**

59. C'est parce que le droit a été « le génie propre de Rome »<sup>144</sup>, et que ce même droit romain constitue un apport décisif auquel « le droit en occident reste redevable »<sup>145</sup>, qu'il est nécessaire de sonder les racines de l'emphytéose dans un contexte particulier propice aux échanges et discussions relatives à sa nature (A). Ce droit qui a évolué et s'est considérablement développé

---

<sup>144</sup> CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 7, p. 21.

<sup>145</sup> LOVISI Claire, Introduction historique au droit, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 3.

pendant les dix siècles de l'histoire romaine a concouru au déploiement des analyses doctrinales et à la rédaction de textes qui ont permis d'aboutir à la définition précise de la nature de l'emphytéose (B).

## **A-Une nature discutée**

**60.** Le contrat d'emphytéose est né durant la période antique. Ses principales caractéristiques ont été définies à cette période de l'histoire singulièrement riche et créative, qui constitue le berceau des origines du contrat (1), et qui a conduit celui-ci à faire l'objet de plusieurs interrogations relatives à sa nature (2).

### **1- Les origines du contrat**

**61.** L'emphytéose née et évolue pour répondre aux besoins des contextes économiques et politiques particuliers de l'époque antique. Dans ce cadre, deux périodes de l'histoire antique de l'emphytéose se distinguent car la première, préromaine, a vu naître ce contrat (a) et la seconde, romaine, a conduit à son développement (b)<sup>146</sup>.

#### **a- Des origines préromaines**

**62.** S'il est difficile de déterminer avec exactitude l'époque à laquelle les grecs commencent à avoir recours à l'emphytéose, plusieurs éléments peuvent en témoigner<sup>147</sup>. La première inscription a été trouvée sur une des faces de la table d'Héraclée découverte en 1732. Il s'agit là du plus ancien document relatif à ce contrat. Cette inscription porte le contenu d'un contrat de bail conclu par les administrateurs de la ville d'Héraclée<sup>148</sup>, trois ou quatre siècles au moins avant l'ère

---

<sup>146</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 63, p. 67.

<sup>147</sup> CAILLEMER Exupère, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes, Le contrat de louage à Athènes*, Paris, 1879, p. 16 et svts ; LAPASSET Léon, *Etude de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Montpellier, 1900, p. 46 et svts ; DAREMBERG Charles et SAGLIO Edmond, *Le dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Hachette, 1900, p. 605.

<sup>148</sup> Cette colonie grecque fut fondée en Italie par Tarente vers - 433, aujourd'hui cité italienne de Policoro située dans la région Basilicate.

chrétienne<sup>149</sup>. Ce contrat précise que les administrateurs donnent à bail perpétuel des terres appartenant au temple de Bacchus afin de subvenir à l'approvisionnement de la ville. La location est perpétuelle et le preneur doit payer annuellement une redevance. Ce dernier peut également transmettre son droit à ses héritiers, l'aliéner entre-vifs ou par testament, mais non l'hypothéquer. S'il néglige de payer les redevances ou de fournir les cautions, qui sont exigées de lui, le bien est rendu à la cité. En contrepartie, le bailleur lui doit une jouissance paisible. Par ailleurs, le bail est résolu si la guerre empêche le preneur de cultiver ou de recueillir les fruits des champs. Enfin, le preneur s'oblige à cultiver les terres déjà mises en culture et celles encore incultes, le bailleur ayant à cet effet une action spéciale dite « ageorgiou dike » lui permettant d'intenter devant les tribunaux grecs une action contre le preneur pour négligence ou mode de culture inapproprié<sup>150</sup>. Il peut également être fait référence à une seconde inscription connue sous le nom de contrat de Munychie, remontant à 306 ans avant Jésus-Christ, découverte au Pirée et actuellement exposée au Musée national d'Athènes. Par ce contrat il est précisé que les administrateurs du dème<sup>151</sup> des Cythériens<sup>152</sup> louent un immeuble important à Eucrate, fils d'Excésias, du dème d'Aphidna<sup>153</sup>. Le contrat est perpétuel, une redevance annuelle est fixée et doit être payée à deux échéances indiquées « en Hécatombéon et en Possidéon ». Il est également indiqué que le bail est résolu si le paiement n'est pas effectué à ces termes. Par ailleurs, le preneur s'engage à faire toutes les réparations nécessaires<sup>154</sup>. Ces contrats, qui ne sont pas pour autant désignés comme « emphyteusis » dans ces inscriptions<sup>155</sup>, alors même que ce terme est repris plus tard par les romains, ont tous été identifiés par les différents auteurs qui ont en fait l'étude comme autant de démonstrations significatives de la connaissance et du recours à l'emphytéose par les grecs<sup>156</sup>. Ils retrouvent dans les détails des droits et obligations de chacune des parties et notamment la charge du paiement de l'impôt laissé au preneur, ainsi que dans la perpétuité du bail, les principales caractéristiques de ce contrat qui le distingue alors de la propriété et du simple bail.

---

<sup>149</sup> BESNIER Maurice, La question de la table latine d'Héraclée, *Revue des études anciennes*, 1912, p. 40 et svts : « La table latine d'Héraclée est une longue inscription gravée sur bronze au revers d'un texte grec du IV s. avant notre ère. Elle a été trouvée en 1732, entre Héraclée et Métaponte, dans les alluvions de la rivière Salandrella. »

<sup>150</sup> LAPASSET Léon, *Etude de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Montpellier, 1900, p. 46 et svts.

<sup>151</sup> Circonscription administrative.

<sup>152</sup> Cythère : île grecque, située entre le Péloponnèse et la Crète.

<sup>153</sup> Ville au nord-est d'Athènes.

<sup>154</sup> CAILLEMER Exupère, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes*, Le contrat de louage à Athènes, Paris, 1879, p. 5 et svts.

<sup>155</sup> Emphytéose.

<sup>156</sup> CAILLEMER Exupère, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes*, Le contrat de louage à Athènes, Paris, 1879, p. 12 ; LAPASSET Léon, *Etude de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Montpellier, 1900, p. 50 ; DAREMBERG Charles et SAGLIO Edmond, *Le dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Hachette, 1900, p. 606.

**63.** L'emphytéose a permis aux grands propriétaires grecs de faire cultiver leurs vastes étendues de terre par des hommes libres afin d'améliorer le sol. Cet outil juridique présente plusieurs avantages qui démontrent que la réflexion théorique du droit grec est essentiellement philosophique et politique<sup>157</sup>. D'une part, l'emphytéose décharge ces grands propriétaires de la surveillance qu'ils sont tenus d'exercer sur leurs esclaves agriculteurs, leur permettant de se consacrer entièrement aux affaires publiques et au gouvernement de la cité, qui doivent être la seule occupation des classes élevées<sup>158</sup>. D'autre part, non seulement ce procédé empêche les esclaves d'être eux-mêmes mis à la tête d'un nombre trop important d'esclaves, mais ils mettent également ainsi en œuvre une institution recommandée par Aristote. Le philosophe grec conseille aux classes élevées d'aider les pauvres et de les tourner vers le travail, en imitant l'exemple du gouvernement de Tarente, qui accorde l'usage commun de ses terres aux citoyens pauvres et obtient une certaine paix sociale permettant à l'oligarchie de conserver le pouvoir<sup>159</sup>. Le but évident est de ne pas reproduire la crise sociale qui a sévi à Athènes au début du VI<sup>ème</sup> avant notre époque, et qui eut pour origine l'inégalité du régime foncier<sup>160</sup>. La pratique des baux perpétuels est favorable à l'agriculture et au pouvoir politique, puisque le bailleur peut prescrire au preneur de défricher la terre, d'y planter des oliviers ou des vignes, et ce afin de la rendre plus productive. Elle a contribué au maintien de la classe rurale, en créant des fermiers libres ne pouvant ni perdre, ni engager, ni amoindrir le fonds dont ils sont bénéficiaires<sup>161</sup>.

## **b- Un développement romain**

**64.** L'histoire de Rome a contribué au développement de l'emphytéose. Dès le milieu du III<sup>ème</sup> siècle avant J.C., la forte poussée expansionniste vers le nord et les colonies grecques du sud de l'Italie génère un contexte qui modifie profondément le paysage romain. Les conquêtes qui enrichissent la République, les échanges marchands qui se multiplient et la diffusion d'un système monétaire romain stable engendrent une augmentation spectaculaire du nombre d'esclaves. Les

---

<sup>157</sup> LOVISI Claire, Introduction historique au droit, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 9.

<sup>158</sup> BARTHÉLEMY SAINT HILAIRE Jules, Politique d'Aristote, Traduite en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éditions principales, 1874, livre IV, Théorie générale de la cité parfaite, chapitre VIII.

<sup>159</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 54.

<sup>160</sup> ANAGNOSTOU-CANAS Barbara, Le droit grec : de la cité classique à l'Égypte hellénistique et romaine, École pratique des hautes études. Section des sciences historiques et philologiques. Livret-Annuaire 15. 1999. 2000. 2001, p. 105.

<sup>161</sup> DAREMBERG Charles et SAGLIO Edmond, Le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, Hachette, 1900, p. 606.

conséquences de ces changements sont considérables pour la production agricole<sup>162</sup>. Les classes dirigeantes doivent alors affronter les mêmes problématiques auxquelles les grecs ont pu faire face en ayant recours aux baux de longue durée. Elles ont une abondance de terres et d'esclaves, et doivent dans le même temps gouverner avec efficacité les territoires conquis<sup>163</sup>. Parallèlement, le peuple épuisé par les guerres ne peut fournir assez de colons pour occuper de si vastes territoires. L'Italie, bien qu'admirablement dotée en terrains à vocation agricole, doit, pour sa subsistance, recourir à l'Afrique et à l'Égypte dont elle devient tributaire<sup>164</sup>.

65. Dans les années proches du principat d'Auguste, le concours de la jurisprudence, du *ius civile* et de l'édit, ont conduit à configurer plusieurs outils juridiques permettant de passer du concept de complète appartenance à une décomposition structurelle et fonctionnelle de pouvoirs initialement contenus dans le *mancipium*<sup>165</sup>. Celui-ci étant jusqu'alors envisagé comme un droit de propriété absolu aux prérogatives illimitées initialement réservé aux citoyens romains dits « quirites ». Au fur et à mesure des besoins de l'Empire, est apparu une nouvelle forme de droit dit *dominium*, droit de propriété limité par l'intérêt général et celui des voisins, qui peut alors coexister avec d'autres droit sur la chose<sup>166</sup>. Il peut s'agir de l'*usus* (appropriation de fait, sans la couverture rituelle de la part du *ius*) ou encore des *possessions* (figures de la disposition matérielle, distinctes de la propriété)<sup>167</sup>. L'évolution juridique est d'importance car elle implique l'intégration de la notion abstraite d'un droit sur la chose, qui ne se confond pas avec cette chose et qui n'en « absorbe » pas toute l'utilité. Elle crée des situations de droit, auxquelles le droit du Bas-Empire apporte parfois quelques modifications et que la technique classique qualifie de droits réels sur la chose d'autrui<sup>168</sup>. Plusieurs types de contrat ont pu apparaître. Pour exemple, le *jus privatum salvo canone* qui confère à l'acheteur, car il s'agit encore d'une vente, tous les caractères du *dominium*. Cependant, le fonds est transféré à un particulier qui s'engage à donner en retour une redevance annuelle et perpétuelle, le défaut de paiement du canon constituant alors une condition résolutoire du contrat. Peut également être cité, le *jus perpetuum salvo canone* qui émane de la location perpétuelle appliquée au fonds du domaine impérial. Dans cette tenure, il n'y a pas d'aliénation du fonds, l'acquéreur n'en a que la jouissance sous condition résolutoire du défaut de paiement de la

---

<sup>162</sup> SCHIAVONE Aldo, L'invention du droit en occident, Belin, 2011, p. 169.

<sup>163</sup> ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 182.

<sup>164</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 31 et svts.

<sup>165</sup> Mancipation : aliénation d'une propriété, vente (on porte la main, en présence de cinq témoins, sur l'objet cédé, comme symbole de la prise de possession).

<sup>166</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Droit des biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 405, p. 113.

<sup>167</sup> SCHIAVONE Aldo, L'invention du droit en occident, Belin, 2011, p. 493.

<sup>168</sup> GAUDEMMENT Jean et CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 245.

redevance périodique<sup>169</sup>. Néanmoins, pour arriver à la source véritable du contrat emphytéotique, il faut faire plus précisément l'étude du régime de *l'ager vectigali*<sup>170</sup>. Les villes possédant des terres communes bien trop importantes concèdent à perpétuité, moyennant un canon (vectigal). Ces concessions sont un moyen de défricher des terres à l'abandon et stériles qui pèsent sur les villes comme les riches particuliers. Les familles pauvres sont appelées à participer aux avantages de la possession du sol. Elles peuvent les travailler, élever des habitations et en vivre. *L'ager vectigali* rejoint le but spécifique de l'emphytéose, qui, comme l'indique son nom grec, consiste à planter, à améliorer les terres incultes. Tribonien<sup>171</sup> désigne *l'ager vectigali* et *l'ager emphyteuticarius*, comme un seul et même contrat<sup>172</sup>.

## 2- La qualification de la nature du contrat

66. Dans un premier temps, le droit romain s'est interrogé, au travers des jurisconsultes et de la jurisprudence, sur la nature réelle de l'emphytéose en hésitant dans sa qualification entre une vente et la location (a). Dans un second temps, les glossateurs, faisant l'étude d'un droit romain en partie retrouvé, ont questionné, non plus sa nature réelle, mais bien sa nature propre et spécifique en lui trouvant de nombreuses similitudes avec d'autres droits réels (b).

### a- Une nature réelle discutée

67. Au début de l'époque tardive<sup>173</sup>, l'emphytéose peut désigner à la fois un bail et une vente<sup>174</sup>. La distinction entre ces deux contrats et les débats doctrinaux qu'elle a suscité sont autant d'un ordre conceptuel qu'un travail d'affinage de terminologie juridique. En effet, les juristes romains

---

<sup>169</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 36 et svts.

<sup>170</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 21.

<sup>171</sup> Tribonien (mort en 542) est un juriste byzantin dont le rôle dans la constitution du Corpus iuris civilis a été fondamental.

<sup>172</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 34.

<sup>173</sup> Fin du 3<sup>ème</sup> siècle.

<sup>174</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 23 ; BREGI Jean-François, Droit romain : les obligations, Université Droit, 2006, p. 198 et 199 ; OURLIAC Paul et DE MALAFOSSÉ Jean, Histoire du droit privé : Les Obligations, P.U.F, Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 1969, p. 270 ; ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 182.



sont particulièrement soucieux d'attribuer ou de créer le terme juste et d'y associer une définition technique de qualité<sup>175</sup>. Gaius<sup>176</sup> observe à ce propos qu' « il y a une telle familiarité entre l'achat-vente (*emptio* et *venditio*) et la location-conduction (*locatio* et *conductio*) que, dans certaines causes, on se demande auquel des deux contrats on a affaire »<sup>177</sup>. Les lignes entre ces deux types de contrat paraissent floues et nourrissent les questionnements. En premier lieu, il faut noter que le louage est issu de la vente car à l'origine seule la maîtrise effective est reconnue, et l'analyse juridique ne distingue pas la chose du droit portant sur elle<sup>178</sup>. Par la suite et de par son adaptation aux besoins de la pratique, la location s'est considérablement développée. En second lieu, il apparaît que certaines particularités de leur régime respectif rapprochent ces deux contrats. Le contrat de vente ou *emptio-venditio*, à la différence du contrat de vente-transfert qui rend l'acheteur immédiatement propriétaire, ne s'engage qu'à livrer la possession libre de la chose vendue. Il ne transfère pas immédiatement la propriété du bien vendu et il est susceptible d'être affectée d'un terme ou d'une condition<sup>179</sup>. Ce dernier point rapproche incontestablement ce contrat de celui de louage de choses, ou *locatio rei*, par lequel le bailleur, dit *locator* s'engage à procurer au preneur, le *conductor*, la jouissance d'une chose pendant un certain temps, et pour un certain prix. Cependant, les effets du contrat de louage, ne sont pas nécessairement perpétuels et ont vocation à s'éteindre. Par ailleurs, le locataire, le *conductor*, doit également payer le prix prévu par le contrat, et ce aux termes convenus. Il n'existe à cet égard aucune règle particulière autre que la commune volonté des parties. Le prix peut être aussi bien versé par fractions périodiques échues ou à échoir, ou bien encore en une seule fois, ce qui rapproche une nouvelle fois, tout du moins dans la forme, ces deux types de contrats<sup>180</sup>. Ces deux contrats sont synallagmatiques et ont des buts économiques marqués ce qui les distingue des deux autres types de contrats usités par les romains que sont la société et le mandat qui paraissent plus marqués par *l'intuitus personae*<sup>181</sup>. Enfin, ils exigent tous deux les trois mêmes conditions fondamentales : *res*, *prelium* et *consensus*<sup>182</sup>. Pour prendre un exemple de la proximité entre *emptio-venditio* et *locatio-conductio* en droit romain il peut être cité une loi énoncée par Festus, qui affirme que « le louage des choses

---

<sup>175</sup> LOVISI Claire, Introduction historique au droit, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 58 et svts.

<sup>176</sup> Gaius est un célèbre juriste, né pendant le règne d'Hadrien, exerce vraisemblablement dans la partie orientale de l'empire. Il écrit un manuel ou institutes, publié aux environs de l'année 150, dont le plan, maintes fois repris (les personnes, les choses, les actions) a traversé les siècles.

<sup>177</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s. », livre électronique édité par l'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

<sup>178</sup> GAUDEMMENT Jean et CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 225.

<sup>179</sup> BREGI Jean-François, Droit romain : les obligations, Université Droit, 2006, p. 185 et svts.

<sup>180</sup> BREGI Jean-François, Droit romain : les obligations, Université Droit, 2006, p. 196 et svts.

<sup>181</sup> OURLIAC Paul et DE MALAFOSSÉ Jean, Histoire du droit privé : Les Obligations, P.U.F, Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 1969, p. 270.

<sup>182</sup> Une chose, le prix (certain et sérieux), et le consentement des parties.

qui rapportent des fruits naturels ou industriels, contient une vente de ces fruits ou d'une partie de ces fruits »<sup>183</sup>. Pour reprendre une nouvelle fois Gaius, celui-ci énonce dans son Institutes que lorsqu'il est livré des chevaux pour tourner une meule pendant un an, et qu'il est convenu d'un paiement par cheval survivant à la tâche et d'un autre par cheval qui meurt à la peine alors il faut faire une distinction. Il y a simple louage en ce qui concerne les chevaux qui restent sains et saufs, et il y a vente à l'égard de ceux qui succombent<sup>184</sup>. Néanmoins, un point relatif à l'objet même du contrat les distingue, car il apparaît que le locataire n'a pas l'intention d'acquérir un droit définitif à l'inverse de l'acheteur. Le locataire souhaite uniquement jouir du bien conformément à sa nature, en simple détenteur.

**68.** Cette distinction paraît plus difficile à relever lorsqu'il est question d'un bail de très longue durée, voire perpétuel au travers duquel cette notion de détention temporaire du bien perd son sens. L'emphytéose ne semble pas pouvoir être qualifiée de *conductio*, en raison de son caractère réel et perpétuel. Le locataire ordinaire n'a pas de droit réel et la *locatio-conductio* est un contrat à durée déterminée, renouvelable, mais pas pour une durée perpétuelle. L'emphytéose n'est pas une aliénation pure et simple, puisque les terres ne sont données que sous condition du versement du canon patrimonial<sup>185</sup>. Gaius précise cependant à ce propos que « si une chose est louée à bail perpétuel ...la jurisprudence préfère y voir une location<sup>186</sup>. » En effet, du temps de Gaius, les juristes, tels que Caius et Papinien<sup>187</sup>, s'accordent à ne reconnaître, le plus souvent, dans ce contrat qu'une particularité du contrat de louage<sup>188</sup>.

## **b- Une nature propre remise en question**

**69.** Après plusieurs siècles d'un relatif oubli, la codification de Justinien est redécouverte au XI<sup>ème</sup> siècle dans une bibliothèque italienne. Les intellectuels trouvent alors ce système juridique plus intéressant que le droit pratique appliqué dans leur pays et c'est le point de départ de la

---

<sup>183</sup> Festus Grammaticus, Sextus Pompeius Festus est un grammairien latin de la fin du II<sup>e</sup> s. ap. J.-C., ayant peut-être vécu à Narbo (Narbonne).

<sup>184</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 27 et svts.

<sup>185</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VI<sup>e</sup> s. », livre électronique édité par l'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

<sup>186</sup> Idem.

<sup>187</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 38.

<sup>188</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 55.

renaissance du droit romain. Progressivement étudié dans la plupart des universités européennes qui sont créées du XII<sup>ème</sup> au XV<sup>ème</sup> siècle, le droit romain est soutenu, diffusé et discuté par la plupart des intellectuels<sup>189</sup>. C'est dans ce contexte que né un débat doctrinal relatif à la distinction qu'il peut ou non exister en droit romain entre l'usufruit, la superficie et l'emphytéose. L'usufruit et la superficie sont, de même que l'emphytéose, des droits de jouissance dissociés de la propriété, des droits réels qui viennent démembrer le droit de propriété. Ces créations juridiques ont des traits communs avec l'emphytéose, et ceux-ci ont, à l'heure de la redécouverte du droit romain, engendré une certaine confusion parmi les glossateurs et ce jusqu'aux jurisconsultes du XVIII<sup>ème</sup> siècle.

**70.** Concernant l'usufruit il faut noter au préalable qu'il détient probablement ses origines, comme la location et donc comme l'emphytéose, dans un droit de propriété limité dans le temps et ses attributs<sup>190</sup>. Par ailleurs, il apparaît assez clairement à la doctrine que la théorie de l'emphytéose emprunte beaucoup à l'usufruit. Les deux institutions fractionnent le droit de propriété et les différentes prérogatives se trouvent réparties de la même manière entre deux personnes. L'usufruitier et l'emphytéote possèdent avec la même indépendance et défendent par les mêmes moyens leurs prérogatives. Cependant, de nombreux éléments les séparent. D'une part, les romains n'y ont pas recours dans les mêmes circonstances. L'emphytéose est, au bas-empire, un outil de gestion de grands propriétaires en difficultés, alors que l'usufruit se rattache à des situations de famille ou à des combinaisons d'intérêts privés. D'autre part, la relation qu'il établit entre le nu-propiétaire et l'usufruitier est toujours temporaire. L'usufruit s'éteint, le plus souvent, à la mort du nu-propiétaire, car il est attaché à sa personne, de sorte que la situation de l'usufruitier est toujours momentanée. Au contraire de l'emphytéote qui présente un caractère essentiellement permanent. L'emphytéose constitue ainsi un démembrement de propriété comparable à l'usufruit par certains aspects, mais partageant également quelques caractéristiques de la location. Il a été conclu par les glossateurs que le contrat emphytéotique, bien que constituant un contrat particulier, n'est pas autre chose que la combinaison de deux institutions de l'âge classique du droit romain : l'usufruit et la location<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> ROBAYE René, *Le droit romain*, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 27 et 28.

<sup>190</sup> GAUDEMMENT Jean et CHEVREAU Emmanuelle, *Droit privé romain, Domat droit privé*, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 248.

<sup>191</sup> PEPIN LE HALLEUR E., *Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1843, p. 154.

71. S'agissant de la superficie, Cujas, Bartole et Doneau<sup>192</sup> se sont également interrogés sur ses ressemblances et dissemblances avec l'emphytéose<sup>193</sup>. Le droit de superficie est né du besoin d'optimiser l'aménagement des espaces publics urbains qui, à Rome, sont assez nombreux. Les rues, places et forums participent pleinement à la vie économique et accueillent les commerces ainsi que les échoppes des artisans et des banquiers<sup>194</sup>. L'Etat organise alors la gestion de ces emplacements en créant un droit de superficie<sup>195</sup>. Par la suite, les particuliers ont concédé l'usage de leur terrain pour y placer des constructions. Ainsi, et comme l'atteste une foule de lois du Digeste, le contrat de superficie devient alors très fréquent. Le recours au contrat de superficie permet de faire échec au principe *superficies solo cedit* selon lequel le propriétaire du sol devient le propriétaire de la construction édifée sur son terrain, en vertu du principe de l'accession d'immeuble à immeuble. Ce contrat crée une dérogation par laquelle la propriété se trouve partagée, dissociée, le droit de superficie conférant à son titulaire la propriété de l'immeuble construit. Si les lois romaines autorisent que ce détachement puisse se faire par vente, échange, ou donation, il intervient essentiellement dans le cadre d'un bail de longue durée<sup>196</sup>. Le superficiaire, moyennant le paiement d'une redevance qualifiée de *pensio* ou plus souvent de *solarium*, et à condition qu'une clause spéciale du bail prévoit cette situation, dispose de l'*usus* et du *fructus*, ainsi que d'un certain *abusus* portant sur son droit qu'il peut aliéner, hypothéquer et sur lequel il lui est loisible de constituer des servitudes<sup>197</sup>. Le contrat de superficie a des analogies avec l'emphytéose, et les glossateurs ont ainsi pu se questionner sur la validité d'une réelle distinction entre ces deux contrats. Cependant, la concession qui accorde un droit de superficie a été réglementée par le préteur<sup>198</sup>, qui a cherché à garantir la situation du superficiaire notamment en lui accordant une action en revendication contre le propriétaire et un interdit de superficie *uti possidetis* contre les tiers. Ces interventions judiciaires ont abouti à la reconnaissance d'un droit réel particulier, distinct de l'emphytéose, qui a par ailleurs été consacré dans la codification de Justinien<sup>199</sup>.

---

<sup>192</sup> Auteurs des XIV<sup>ème</sup> et XV<sup>ème</sup> s.

<sup>193</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 32.

<sup>194</sup> Les exemples les plus connus sont les boutiques du Forum, où ont exercés en particulier les banquiers. Ce cas de superficie est attesté par la fameuse inscription de Pouzzoles du second siècle de notre ère.

<sup>195</sup> ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 185.

<sup>196</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 33 et 34 ; DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001, p. 28 et 29.

<sup>197</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 22.

<sup>198</sup> Magistrat de la Rome antique.

<sup>199</sup> ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 185.

72. Enfin, l'emphytéose a bien été identifiée par une partie des jurisconsultes comme un contrat autonome et distinct. Cujas et Doneau ont résolu la controverse en concluant que le droit de l'emphytéote est en droit romain un *jus in re aliena*, présentant certes plusieurs analogies avec celui de l'usufruitier et le superficiaire mais constituant un concept juridique propre<sup>200</sup>. De récentes découvertes sont venues confirmées les conclusions de ces glossateurs, et démontrent que bien avant les constitutions de Zénon et Justinien, les jurisconsultes romains ont ouvert une troisième possibilité de classification de l'emphytéose. En témoigne une inscription latine datant de 386 qui énonce que « les fonds patrimoniaux des provinces de Mésopotamie et d'Osdroène et destinés aux soldats reviennent au droit initial, sans qu'aucune réclamation ne puissent être reçue par ceux qui prétendent en avoir le *dominium* ou l'emphytéose ou la *conductio* »<sup>201</sup>. C'est cette troisième voie qui a été choisie par l'empereur Zénon dans sa constitution et qui ainsi met un terme au débat doctrinal relatif à la classification de l'emphytéose parmi les outils juridiques du droit romain, et édicte les dispositions qui concourent à la définition de sa nature.

## **B- Une nature définie**

73. L'avènement juridique du contrat d'emphytéose prend appui sur trois constitutions, la première de l'empereur Zénon datée de 476, et les deux autres de l'empereur Justinien de 529 et 530. Ces textes, repris dans les Institutes, formalisent officiellement la nature de l'emphytéose (1) et en édictent les manifestations (2).

### **1- L'énoncé de la nature du contrat**

74. Les constitutions des empereurs Zénon et Justinien marquent un point important dans l'histoire de l'emphytéose, car elles en font explicitement un contrat *sui generis* (a), dont la nature de droit réel sur le bien d'autrui est confirmée (b).

---

<sup>200</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 51 à p. 57.

<sup>201</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s. , livre électronique édité par L'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

## a- Un contrat *sui generis*

75. La constitution de l'empereur Zénon<sup>202</sup>, rédigée entre 476 et 484, prenant acte des interrogations de la doctrine à déterminer si l'emphytéose constitue une *conductio* ou une vente, emprunte une autre voie en énonçant que « le droit de l'emphytéose ne doit pas être rattaché ni à la *conductio*, ni à l'aliénation, mais nous le constituons en troisième droit, bien séparé des autres formes de contrats cités ; il doit avoir une conception et une définition propres ... »<sup>203</sup>. Ce texte clos le débat doctrinal qui perdure jusqu'alors et qui a eu pour conséquence de rapprocher l'emphytéose soit de la vente, soit de la location. La constitution de Zénon a pour double mérite d'introduire une distinction formelle entre ces contrats, et de développer une nature propre à l'emphytéose qui contribue d'autant plus à marquer ces différences. Pour exemple, s'il suffit au fermier ordinaire d'entretenir le fonds afin de le maintenir dans l'état où il l'a reçu, l'obligation de l'emphytéose est plus ambitieuse puisque celui-ci est tenu de l'améliorer. De même, au regard de la vente, si ce contrat transfère ordinairement à l'acheteur l'intégralité des droits du vendeur sans aucune restriction, il est bien établi au contraire que l'emphytéose ne transfère jamais la propriété du fonds au preneur. De plus et toujours à l'inverse de l'emphytéose telle qu'elle est construite à travers des constitutions de Zénon et Justinien, dans le cadre de la vente, la perte totale de la chose, a posteriori du contrat, ne libère pas l'acheteur du paiement du prix<sup>204</sup>. D'importantes distinctions sont posées et concourent à affirmer le caractère propre d'un contrat à présent identifié comme étant *sui-generis*<sup>205</sup>.

76. Le texte ajoute que le contrat doit être convenu entre les parties par écrit « sur quelque objet que ce soit ». Zénon marque là encore l'originalité de l'emphytéose en indiquant que l'écrit est une condition essentielle de validité. Certains auteurs ont estimé que cette condition constitue une démonstration du caractère réel du droit octroyé à l'emphytéote<sup>206</sup>. Le droit emphytéotique peut être valablement créé par contrat écrit entre le *dominus* et l'*emphyteuta*, mais également par testament. A l'inverse et en application de cette règle, la prescription ne peut pas être considérée comme source du droit emphytéotique. La prescription ne s'envisage comme un mode de

---

<sup>202</sup> Les constitutions impériales sont des actes normatifs et édits ayant force de loi, émis sous l'Empire romain par l'empereur, à partir du début du II<sup>e</sup> s.

<sup>203</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s., livre électronique édité par l'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

<sup>204</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 111 et svts.

<sup>205</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s., livre électronique édité par l'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

<sup>206</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 97.

constitution du droit emphytéotique que dans le contexte particulier où après une inaction du propriétaire de trente ou quarante ans, ce dernier ne se trouve dans l'impossibilité de troubler l'emphytéote dans la jouissance de la chose. Elle ne peut devenir un mode d'acquisition que si le possesseur est de bonne foi, ce qui est impossible s'il existe effectivement un titre valable qui a constitué le droit emphytéotique. En outre, dans tous les cas, c'est-à-dire que le possesseur de bonne foi ait un titre régulier ou qu'il n'en ait pas, il peut paraître incohérent de ne pas simplement lui accorder la prescription d'un droit de propriété. Enfin en tout état de cause, il apparaît qu'en droit romain, la prescription n'a jamais été considérée comme un mode d'acquisition applicable aux droits réels et ce même dans le silence de la loi<sup>207</sup>. En soulignant la distinction entre bail et vente et en interdisant les ventes et louages avec convention d'emphytéose, la constitution de Zénon fait de l'emphytéose un contrat spécial, un contrat *sui generis*<sup>208</sup>. Ce contrat spécial présente la caractéristique de constituer un démembrement de la propriété, c'est à dire d'amender le droit de propriété afin de faire cohabiter une dualité de droit et créer une souveraineté partagée de la propriété<sup>209</sup>.

## **b- Un droit réel sur le bien d'autrui**

77. La codification de Justinien apporte un éclairage d'une grande précision à propos de la nature de l'emphytéose. Intégrée et développée dans un chapitre des Institutes qui précède celui consacré à la superficie, marquant ainsi la distinction entre ces deux contrats, il est indiqué que l'emphytéose est « le droit réel par lequel nous nous servons de la propriété d'autrui comme de la nôtre... »<sup>210</sup>. L'emphytéose vient s'ajouter officiellement à la liste des droits réels exercés sur la chose d'autrui, tout comme le sont les servitudes et l'usufruit, et ce depuis le bas-empire<sup>211</sup>. Il est ajouté que sans être propriétaire de la chose, « l'emphytéote a presque tous les droits compris dans la propriété ». Il est question d'un véritable partage du droit de propriété, dans lequel une grande partie des attributs du propriétaire sont transférés à l'emphytéote sans pour autant que la qualité de propriétaire disparaisse ou lui soit attribuée. Une dissociation est opérée, un démembrement de la

---

<sup>207</sup> Idem, p. 102.

<sup>208</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 23 ; ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 182 ; BREGI Jean-François, Droit romain : les obligations, Université Droit, 2006, p. 198 et 199.

<sup>209</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 21.

<sup>210</sup> MACKELDEY Ferdinand, Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes, Bruxelles, 1846, p. 167.

<sup>211</sup> GAUDEMMENT Jean et CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, p. 245.

propriété, dans le cas de l'emphytéose romaine, le plus souvent à perpétuité, est créé. Le statut juridique de l'emphytéose est défini.

**78.** Pour être tout à fait clair sur l'ampleur de ce droit et sa nature simple, le texte ajoute que l'emphytéote « n'acquiert pas, il est vrai, la propriété des accessions, mais on ne peut lui refuser sur elles un droit emphytéotique »<sup>212</sup>. Une nouvelle fois, le statut des droits de l'emphytéose est précisé en ce qui concerne les accessions sur lesquelles l'emphytéote n'a pas de droit de propriété mais un droit limité, bien qu'entraînant la dépossession du propriétaire. Ce dernier n'est jamais totalement exclu de ces droits, la dissociation du droit de propriété étant assurée tant sur le fonds initialement donné à concession que sur les accessions. Ce schéma juridique particulièrement bien élaboré témoigne de la grande souplesse de la conception romaine de la propriété, qui a permis d'être à la base de conceptions différentes liées à la fois à l'évolution de cette civilisation et au développement de son droit<sup>213</sup>. Les modalités de l'emphytéose énoncées par ces constitutions constituent les manifestations de la nature simple de ce contrat.

## **2- Les manifestations de la nature du contrat**

**79.** Les manifestations de la nature de l'emphytéose s'articule sur deux points principaux, que sont les modalités de jouissance de l'emphytéote (a) d'une part, et les garanties du propriétaire (b) d'autre part, qui soulignent, démontrent et garantissent la nature de l'emphytéose telle qu'elle a été énoncée par les constitutions précitées.

### **a- Les modalités de jouissance de l'emphytéote**

**80.** L'une des principales modalités de jouissance de l'emphytéote est constituée par le paiement du canon ou *pensio* qui consiste soit partie en denrée et partie en or, soit un seul des deux. Le paiement des denrées s'effectue alors tous les quatre mois, alors que celui de l'or est fait un seul

---

<sup>212</sup> MACKELDEY Ferdinand, Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes, Bruxelles, 1846, p. 167.

<sup>213</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 24.



paiement<sup>214</sup>. L'empereur Zénon précise en sus l'étendue de l'obligation de l'emphytéote. Il a expressément décidé que l'obligation de payer le canon cesse de peser sur l'emphytéote lorsque la chose périe. Il précise que la quotité du canon n'est pas modifiée en raison des changements qui peuvent être apportés à l'état de la chose aussi bien par cas fortuit, que dans le cas d'amélioration ou de détérioration.

**81.** De plus, l'emphytéote doit entretenir le fonds en bon administrateur. Il est indiqué plus précisément que celui-ci est tenu de l'améliorer. En conséquence, l'emphytéote est non seulement tenu de cultiver le sol qui lui est concédé en friches et de faire les réparations nécessaires à un bâtiment qu'on lui a livré, mais il est également obligé d'adjoindre à son exploitation les terres abandonnées par le voisinage. L'emphytéote qui a remis ces terres en culture ou à réparer l'édifice, ne peut les laisser ensuite retourner en friches ou retomber en ruines, sous prétexte qu'il ne les a pas reçues, du propriétaire, en meilleur état. Une constitution de Justinien ajoute qu'en cas de déchéance de l'emphytéote ou d'extinction naturelle de son droit, ce dernier ne peut demander aucune indemnité pour les améliorations. Enfin, l'emphytéote doit acquitter les charges publiques qui pèsent sur le fonds. A ce titre il doit récolter les impôts publics auprès des colons installés sur son fonds, qu'il s'engage ensuite à reverser<sup>215</sup>. Le preneur n'est pas seulement tenu à l'égard du fisc, comme possesseur, car il est également tenu à l'égard du propriétaire, qu'il doit libérer de sa responsabilité envers le fisc. Il est obligé de présenter les quittances de paiement de l'impôt au propriétaire.

**82.** Les constitutions de Zénon et Justinien précisent également les droits de l'emphytéote. En premier lieu, l'emphytéote en tant que bénéficiaire d'un droit réel sur le bien d'autrui, d'un *jus in re aliena*, peut faire valoir judiciairement ses droits car il bénéficie d'une action réelle dite « utilis in rem actio » lui permettant de faire valoir ses droits sur la chose, non-seulement contre un tiers détenteur, mais au besoin contre le propriétaire lui-même<sup>216</sup>. En second lieu, ces constitutions ont établi précisément le mode de jouissance de l'emphytéote. Il a la possibilité de changer l'état des biens concédés, dans la mesure où ce changement produit une amélioration. En cela, le droit de l'emphytéote dépasse alors le droit de l'usufruitier car le preneur emphytéote peut changer, selon

---

<sup>214</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 82 et 83 ; TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 37.

<sup>215</sup> CHOUQUER Gérard, Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s., livre électronique édité par L'observatoire des formes du foncier, Paris, août 2014.

<sup>216</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 112 et svts ; MACKELDEY Ferdinand, Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes, Bruxelles, 1846, p. 168.

sa volonté, la forme d'exploitation du sol. Cela paraît conforme au contexte dans lequel l'emphytéose est née, les empereurs souhaitant en faire un instrument de régénération rurale, appliqué le plus souvent à des terres en friche ou en jachères<sup>217</sup>. Il a le droit d'affranchir les esclaves du fonds, et de constituer des servitudes sur le fonds dont il a la jouissance. Toutefois, le propriétaire reprend la chose franche et libre de toute servitude, dont la durée ne peut dépasser celle de l'emphytéose. En outre, le preneur a le droit de constituer des hypothèques. Cependant, les jurisconsultes s'opposent sur la détermination de l'objet de l'hypothèque. Certains estiment qu'il s'agit du fonds qui est hypothéqué, et d'autres comprennent, au contraire, qu'il est uniquement question du droit réel. Dans le premier cas, proche du régime juridique du contrat de superficie, l'hypothèque ne prend pas fin dans le même temps que l'emphytéose mais perdure sur le fonds. Dans le second cas, l'hypothèque, comme les servitudes, s'éteint lorsque le contrat d'emphytéose prend fin<sup>218</sup>. Enfin, l'emphytéote a également la possibilité d'autoriser un tiers à faire tous les actes qu'il peut faire lui-même, sans toutefois pouvoir lui accorder un droit réel.

## **b- Les garanties du propriétaire**

**83.** Les garanties des droits du propriétaire sont autant d'affirmation de la nature de l'emphytéose comme droit réel sur le bien d'autrui. Les textes romains en font plusieurs démonstrations. Il est possible dans un premier temps d'évoquer les cas de déchéance des droits de l'emphytéote qui ont pour objet de préserver les droits du propriétaire bailleur. Une constitution de Justinien prononce ainsi formellement la déchéance de l'emphytéote pour cause de graves détériorations du fonds<sup>219</sup>. Ce texte évoque plus spécifiquement l'emphytéose des biens ecclésiastiques, cependant il semble qu'il ne s'agisse pas d'une dérogation au régime général de l'emphytéose<sup>220</sup>. Également énoncée par la constitution de Justinien, la déchéance des droits de l'emphytéote pour défaut de paiement lorsque pendant trois ans, l'emphytéote n'a payé ni canon, ni impôts. À ce titre le propriétaire peut à la fois demander le règlement des termes échus du canon et l'expulsion de l'emphytéote. La déchéance pour irrégularité dans la transmission du droit emphytéotique (*ius emphyteuticum*) est

---

<sup>217</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 61 et svts.

<sup>218</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 61 et svts.

<sup>219</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 80 et svts

<sup>220</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 82 et svts.

explicitement formulée dans la constitution de Justinien au troisième et dernier titre consacré au *jure emphyteutico*. Ces dispositions règlementent l'aliénation du droit emphytéotique et en prévoient les sanctions dont la déchéance de l'emphytéote. Aucun principe ne s'oppose à ce que l'emphytéote ou *perpetuarius* puisse transmettre à un tiers le bénéfice de son titre<sup>221</sup>, cependant afin de transmettre également ses charges sur la tête du nouvel emphytéote, le cessionnaire doit obtenir l'accord du propriétaire bailleur. A défaut, le premier preneur ne peut que se résigner à rester, à perpétuité, c'est-à-dire pour lui-même et pour ses héritiers, responsable du canon envers le propriétaire, alors qu'il en a cédé le droit de jouissance du fonds à un tiers. Aussi, l'emphytéote doit chercher à racheter cette obligation auprès du propriétaire. Il a été alors constaté que le propriétaire peut être tenté de mettre son consentement à un prix très élevé et ces entraves à la transmission du droit emphytéotique sont préjudiciables à une agriculture romaine moribonde. Justinien a alors entrepris de tarifier le prix que les emphytéotes règlent au propriétaire dans ces circonstances.

**84.** La constitution de Justinien règle minutieusement les formes que doivent suivre l'emphytéote qui veut opérer valablement la transmission de son droit, celles qui établissent ses droits de retrait et celles qui accordent au propriétaire le droit de percevoir, à chaque aliénation, une certaine somme. Toutes ces dispositions ont pour unique et même sanction la déchéance de l'emphytéote. Il faut que l'emphytéote annonce au propriétaire son intention de vendre, en lui indiquant le prix de la cession. Le propriétaire a ensuite un délai de deux mois pour lui faire part de son positionnement quant à cette transmission. Celui-ci peut donner son consentement et procéder à l'installation du nouvel emphytéote, ou encore décider de racheter lui-même les droits d'emphytéose et accepter de payer à l'emphytéote ce que ce dernier aurait pu recevoir d'un tiers. Par ailleurs, en cas de silence du propriétaire, l'emphytéote est autorisé à se passer du concours du propriétaire. De plus, le nouvel emphytéote doit apporter une garantie au propriétaire en lui fournissant une caution, preuve de la solvabilité. A défaut la constitution énonce que l'emphytéote initial ne peut transmettre ses droits<sup>222</sup>. Enfin, et c'est l'objet principal de l'intervention de Justinien, l'emphytéote initial doit verser le cinquantième du prix de l'aliénation au propriétaire. Il faut également préciser que les Institutes font référence aux autres modes de transmission du droit emphytéotique. En cas de décès de l'emphytéote, il y a transfert de l'emphytéose aux héritiers et il est alors précisé qu' « aussi longtemps que le canon sera payé, le fonds ne pourra être enlevé. » Il

---

<sup>221</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 23.

<sup>222</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 112 et svts.

est entendu que l'emphytéose, concession à perpétuité de la jouissance du fonds, est faite tant au concessionnaire primitif qu'à ses héritiers. Il y a continuation de la personne, plutôt que substitution d'une personne à une autre, et la procédure prévue lors de la transmission entre vifs ne peut s'appliquer<sup>223</sup>. Toutefois, il apparaît que la transmission par legs est assimilée aux cas de transmission entre vifs car un nouveau débiteur a pris la place de l'ancien, alors même que le propriétaire peut avoir intérêt à conserver le précédent jusqu'à son décès. Le propriétaire ne peut pas être forcé de subir cette novation sans dédommagement. C'est pourquoi un passage des Institutes prévoit que le cinquantième de la valeur de l'objet aliéné doit également être perçu par le propriétaire<sup>224</sup>.

**85.** L'emphytéose a été expressément établie et sa nature simple précisément définie par le droit romain. Au cours de l'histoire romaine, le droit a évolué pour s'adapter à la société qu'il régit<sup>225</sup>, et l'emphytéose constitue un excellent exemple de cette évolution. Les différentes constitutions qui se sont succédées ont pu reconnaître officiellement son caractère autonome et lui construire un régime particulier permettant de confirmer qu'elle constitue un droit réel sur un fonds dont la propriété reste toujours au concédant. Cette perception très souple du droit romain de la notion de propriété et de ses démembrements ont servis de base aux différentes conceptions juridiques sur lequel s'est appuyé le moyen-âge féodal, le droit naturel classique mais également le droit civil positif<sup>226</sup>. Cependant, l'ancien droit a transformé ces conceptions qui ont conduit à complexifier l'appréhension de l'emphytéose sans modifier la perception simple de sa nature<sup>227</sup>.

## **§2- Une nature débattue du moyen âge à l'empire**

**86.** L'étude de l'histoire de l'emphytéose permet de vérifier sa persistance et sa capacité à traverser toutes ces époques, mais également d'interroger sa nature au travers de l'histoire du droit français. Aussi, il doit en premier lieu être procédé à l'analyse de l'emphytéose dans l'ancien droit (A), pour en second lieu en examiner les évolutions dans les prémices du droit contemporain (B).

---

<sup>223</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 78.

<sup>224</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 126 et svts.

<sup>225</sup> LOVISI Claire, Introduction historique au droit, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 37.

<sup>226</sup> CORIAT Jean-Pierre, La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble, Publication de l'école française de Rome, 1995, p. 24.

<sup>227</sup> CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 7<sup>ème</sup> éd., 2017, n°53, p. 89.

## **A- L'emphytéose dans l'ancien droit**

**87.** La nature de l'emphytéote présente durant cette période, comprise entre la fin de l'antiquité et la fin de l'ancien régime, un caractère difficile à déterminer en raison d'une part d'une pénurie des textes<sup>228</sup>, et d'autre part d'un pluralisme juridique combinant à la fois une juxtaposition et une grande diversité de droits locaux<sup>229</sup>. La période dite de droit féodal a particulièrement marqué l'emphytéose par ces caractéristiques (1). Par la suite, il apparaît que l'ancien régime, qui a succédé à cette première période, témoigne d'une certaine évolution juridique dont les conséquences doivent être également observées à l'égard de l'emphytéose (2).

### **1- L'emphytéose en droit féodal**

**88.** L'histoire de l'emphytéose dans le droit féodal s'appuie sur deux situations particulières qui peuvent paraître, en premier lieu, antagoniques. La période est propice à une dilution et confusion de l'emphytéose au travers de la multiplication des constructions juridiques (a). Néanmoins l'emphytéose, en tant que contrat particulier, n'a pas été complètement oubliée et ce malgré l'évolution de sa nature (b).

#### **a- La confusion des contrats**

**89.** Au cours de la seconde moitié du V<sup>ème</sup> siècle, l'unité juridique imposée par les romains est mise à mal par l'installation des « barbares » venant du nord-est de l'Europe. Ces invasions changent la problématique de l'application des normes juridiques. Il n'est alors plus question de la territorialité du droit. Chaque groupe ethnique, chaque clan, conserve sa propre tradition juridique et ce quelque soit le lieu où il se sédentarise. A la fin du V<sup>ème</sup> siècle le brassage entre les anciens peuples des provinces romaines et ces dernières migrations ont engendré une grande mixité de populations soumises à un même monarque. Aussi, lorsque le royaume des Francs apparaît comme l'entité conquérante et dominante au cours du VI<sup>ème</sup> siècle, le peuple franc se compose des descendants des Gallo-romains, de Francs, de Burgondes, de Visigoths, d'Alamans, et d'autres

---

<sup>228</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 129.

<sup>229</sup> CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 89 et svts ; CHAUMET Pierre-Olivier, Introduction historique au droit, Ellipses, 2016, p. 31.

encore, qui ont tous leurs propres usages<sup>230</sup>. Le régime juridique qui s'applique est celui de la personnalité du droit<sup>231</sup>. Avec le temps, grâce au mariage mixte et au commerce inter-ethnies, la langue et les mœurs s'uniformisent et ce système juridique apparaît beaucoup trop archaïque. Toutefois le droit ne s'applique toujours pas de façon uniforme sur l'ensemble du territoire. En témoigne un édit de Charles le Chauve de 864 qui distingue le territoire où les jugements sont rendus et réglés par la loi romaine, et celui où s'applique la loi salique<sup>232</sup>. Il est ainsi possible de délimiter une frontière se situant au niveau de la Loire, au sud de laquelle les habitants répondent de la loi romaine, et au nord de laquelle les habitants respectent la loi salique<sup>233</sup>. A partir du X<sup>ème</sup> siècle, la féodalité s'installe définitivement sur les ruines de l'empire romain. Cette époque de morcellement territorial et de dispersions des anciens droits régaliens engendre une mise en dépendance, par les seigneurs, de la grande majorité des communautés paysannes libres<sup>234</sup>. Cette période est particulièrement propice au développement de nombreuses institutions particulières qui s'inspirent et parfois même se confondent avec l'emphytéose<sup>235</sup>.

**90.** Les glossateurs du Moyen Age ont emprunté certains concepts au droit romain pour expliquer ce régime seigneurial dans lequel les biens immobiliers (maisons, boutiques, fonds ruraux, pâturages, moulins etc.), existent sous la forme de tenures nobles ou roturières, où se superposent tout à la fois les droits du concédant et ceux du concessionnaire. Ces juristes se sont inspirés des baux à long terme connus sous le Bas Empire afin de mettre en œuvre la forme médiévale de la propriété foncière, et qui a par ailleurs également favorisée une certaine perpétuité des rapports<sup>236</sup>. Les glossateurs du XIII<sup>ème</sup> siècle désignent les prérogatives du tenancier et celle du concédant sous le même mot : *dominium* (propriété). Cependant, le seigneur possède le *dominium directum* et le tenancier, le vassal ou censitaire bénéficie du *dominium utile*. L'organisation foncière féodale se traduit par une superposition de droits, un enchaînement de concessions, aboutissant à une sorte de mille-feuilles continu de propriétés utile et directe largement inspiré par l'emphytéose<sup>237</sup>.

---

<sup>230</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>ème</sup> s., Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 9 et 10.

<sup>231</sup> CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, PUF, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 101.

<sup>232</sup> La loi salique est pour l'essentiel un code pénal qui découle d'un règlement militaire donné aux Francs qui ont été établis en deçà des limites par les Romains eux-mêmes, dès le milieu du IV<sup>ème</sup> s., pour consolider la défense de la frontière.

<sup>233</sup> CHAUMET Pierre-Olivier, Introduction historique au droit, Ellipses, 2016, p. 55.

<sup>234</sup> Idem, p. 57.

<sup>235</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 147.

<sup>236</sup> OURLIAC Paul, DE MALAFOSSÉ Jean, Histoire du droit privé : Les Obligations, Paris, P.U.F, Thémis, 1969, p. 290.

<sup>237</sup> VEILLON Didier, L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> s., Université de POITIERS.

**91.** Il est possible de noter que quelques juristes ont établi une confusion entre la *precaria* et l'emphytéose<sup>238</sup>. Toutefois, Lapasset a, dans son étude de l'emphytéose, rejeté cette analyse en arguant « des différences profondes » qui y font obstacles<sup>239</sup>. L'auteur note que la redevance ou canon est un des caractères essentiels de l'emphytéose alors que celle-ci peut être supprimée dans le cadre de la *precaria*. Il ajoute également que la *precaria* est toujours temporaire, au contraire de l'emphytéose qui est à l'époque essentiellement perpétuelle. Pépin de Halleur, quant à lui, voit dans l'*hospitalitas*<sup>240</sup> « l'application la plus étendue qui ait jamais eu lieu du régime emphytéotique<sup>241</sup> ». Cependant, il est là encore possible relever quelques différences avec l'emphytéose romaine, car si le propriétaire romain choisit son co-contractant dans le cadre de l'emphytéose, l'*hospitalitas* est imposé au romain par le barbare qui s'est saisi de ses terres. De plus, il apparaît que les burgondes qui ont eu recours à ce mode de gestion des terres ne sont absolument pas familiers de l'emphytéose romaine<sup>242</sup>. Dumoulin<sup>243</sup> note encore que la confusion avec la *precaria*, le libellus, le bail à cens, le fief est si important qu'il n'existe plus alors en France de véritables emphytéoses.

**92.** D'autres auteurs remarquent par ailleurs qu'il existe à cette époque dans les provinces méridionales plusieurs modèles de baux qui sont désignés comme « emphytéotique » bien qu'ils revêtissent les caractéristiques d'une tenure féodale<sup>244</sup>. Dumoulin énonce alors que le mot emphytéose, employé dans un contrat, ne suffit plus pour lui attribuer les caractères et les effets que l'emphytéose véritable a dans le droit romain. En conséquence, sauf stipulations expresses et très précises, ce contrat doit être interprété avec les modifications que les mœurs féodales ont introduites, et qui le rapprochent singulièrement du bail à cens. Fonmaur conclut ainsi que « quoique nous ayons adopté le mot d'emphytéose, le vrai est pourtant qu'il n'y a pas de véritable

---

<sup>238</sup> La *precaria* ou la précaire est une terre concédée en bénéfice par un supérieur à un inférieur (un vassal par exemple), à la demande (« prière ») expresse de cet inférieur. Le contrat est établi pour une durée limitée et cesse à la mort du bénéficiaire, ou de ses proches (épouse, enfants). Ce type de contrat a notamment été utilisé entre le IX<sup>e</sup> s. et le XI<sup>e</sup> s. par les monastères, qui mettent ainsi une tenure à la disposition d'un laïc, qui abandonne en échange une partie de ses biens, et s'acquitte chaque année d'un cens reconnaissant.

<sup>239</sup> LAPASSET Léon, *Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français*, Thèse, Montpellier, 1900, p. 137 et 138.

<sup>240</sup> Système de partage de propriété en les peuples romains et les barbares qui s'installent définitivement sur les terres.

<sup>241</sup> PEPIN LE HALLEUR E., *Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1843, p. 131.

<sup>242</sup> CHOUQUER Gérard, *L'hospitalitas dans la loi des Burgondes*, [formedufoncier.org](http://formedufoncier.org), 2014, p. 8.

<sup>243</sup> LAPASSET Léon, *Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français*, Thèse, Montpellier, 1900, p. 157 et svt.

<sup>244</sup> BART Jean, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> s.*, Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 236.

emphytéose chez nous, mais seulement des baux à cens »<sup>245</sup>. Néanmoins, les deux institutions ne peuvent être confondues car l'emphytéose a pour spécificité d'améliorer des terres incultes et d'augmenter la richesse agricole du sol, alors que le bail à cens est plutôt destiné à procurer au seigneur des hommes et des sujets.

## **b- La persistance de l'emphytéose**

**93.** Durant cette période de l'histoire, l'emphytéose ne disparaît pas complètement. Elle reste pratiquée pour les biens appartenant aux établissements religieux afin de favoriser la fertilisation de grands domaines stériles<sup>246</sup>. Après avoir été ignorée ou persécutée par l'Etat romain pendant trois siècles, l'Eglise est devenue elle-même romaine. Au début du moyen âge, elle apparaît en Occident comme l'héritière de l'Empire et donc de son droit<sup>247</sup>. Trois chartes de l'époque, empruntées au cartulaire<sup>248</sup> de Saint-Hugon et une série de documents relatifs au prieuré de Chamonix, confirme le recours à l'emphytéose romaine. Les deux premières chartes évoquent deux baux emphytéotiques faits à la Chartreuse de Saint-Hugon et la troisième charte traite d'une emphytéose entre simples particuliers. Cependant, des changements ont été introduits dans ces contrats par rapport au régime de l'emphytéose romaine. Si dans le cadre de l'emphytéose romaine l'emphytéote peut être déchu de plein droit pour n'avoir pas réglé le canon durant trois années, seul le juge peut prononcer cette même déchéance dans l'emphytéose médiévale. De plus, alors que l'emphytéote romain encourt la déchéance dans le cas d'aliénation sans information préalable du propriétaire, cette condition n'est plus imposée. Enfin, l'emphytéote féodal a le droit de déguerpir sous conditions. Il doit avoir réglé toutes les redevances dues et réalisé l'ensemble des travaux d'amélioration exigés dans le contrat, et en préalable en faire la demande en justice<sup>249</sup>.

**94.** Les auteurs ne sont pas alors tous d'accord sur la détermination de la nature du droit que l'emphytéose transfère au preneur. D'après Dumoulin il est nécessaire de distinguer l'emphytéose perpétuelle et l'emphytéose temporaire. Si dans les deux cas, cette nature reste simple, la première

---

<sup>245</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 39.

<sup>246</sup> TROP LONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 39 ; LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 130 et svts.

<sup>247</sup> CARBASSE Jean-Marie, Histoire du droit, Que sais-je ?, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 32.

<sup>248</sup> Recueil de chartes contenant la transcription des titres de propriété et privilèges temporels d'une église ou d'un monastère.

<sup>249</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 150 et svts



transfère tout le domaine utile, le propriétaire conservant le domaine direct alors que l'emphytéose temporaire ne transfère absolument pas l'intégralité du domaine utile au preneur auquel n'est attribué qu'un *jus in re*, un *jus in fundu*<sup>250</sup>. Troplong convient qu'il ne peut être question d'un transfert du domaine utile dans le cadre de l'emphytéose temporaire et s'oppose expressément à la reconnaissance de ce même transfert au regard de l'emphytéose perpétuelle, qui reste encore la plus courante à cette époque. Pour appuyer ses propos, l'auteur rappelle que le domaine utile doit être compris dans sa perception la plus large et qu'à ce titre la comparaison avec les droits de l'emphytéote ne peut y être rattachée. Il précise alors très justement que l'emphytéote n'a pas le droit d'user et d'abuser librement du fonds puisque celui-ci s'engage sur l'amélioration et l'exploitation du fonds, au contraire du bénéficiaire du domaine utile qui a l'*usus*, le *fructus* et même un *abusus* matériel puisqu'il peut par exemple démolir les constructions du fonds<sup>251</sup>. Les restrictions de l'emphytéose ne s'harmonisent pas avec le vrai domaine utile<sup>252</sup>. Selon cet auteur mais également selon Cujas, l'emphytéote n'a qu'un quasi-domaine et ce que l'emphytéose soit perpétuelle ou temporaire. Ce quasi-domaine tout en étant différent du droit dont un simple bail investit un fermier, n'engendre le détachement que d'une partie du domaine utile<sup>253</sup>.

## 2- L'emphytéose sous l'ancien régime

95. L'ancien régime amorce timidement une certaine évolution du droit. Celle-ci est insuffisante mais l'époque, au travers notamment de l'évolution de la perception de la division de propriété entre domaines utile et direct, permet tout de même une redéfinition de l'emphytéose (a), qui a suscité un nouveau questionnement sur la nature de ce contrat permettant de la qualifier de quasi-domaine (b)<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 41.

<sup>251</sup> CASTALDO André et LEVY Jean-Philippe, Histoire du droit civil, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 292, p. 410.

<sup>252</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 43.

<sup>253</sup> C. de Cass., 12 mars 1845, Journal du Palais, p. 526.

<sup>254</sup> VEILLON Didier, L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, Université de POITIERS.

## a- Une redéfinition de l'emphytéose

96. La détermination de l'emphytéose durant l'ancien régime ne peut être considérée qu'au regard du contexte juridique qui connaît alors d'importantes évolutions. En effet, la période est marquée par l'émergence du « droit français » c'est-à-dire d'un droit commun national. Cette période s'inscrit dans un renouveau des droits écrits ou savants, une apparition de nouvelles sources du droit que sont les lois du roi et la coutume, ainsi que la formation progressive d'un personnel judiciaire<sup>255</sup>. Dans le même temps il subsiste une grande diversité de droits particuliers, à tel point que Voltaire écrit qu'« en France, en voyageant, on change de lois plus souvent que de chevaux »<sup>256</sup>. Cette époque est également un temps d'affaiblissement de la féodalité. En témoigne, notamment dès le XIV<sup>ème</sup> siècle, le fait que de nombreux praticiens du droit considèrent l'investiture seigneuriale comme une formalité inutile. Les notaires parisiens insèrent dans leurs actes des clauses dites de « dessaisine-saisine » en vertu desquelles l'acquéreur peut prétendre avoir la saisine sur un bien dès lors qu'il en a eu la jouissance pendant un an et un jour. Cette évolution a été consacrée par l'ancienne coutume de Paris de 1510. Ainsi, l'une des principales utilités à l'ensaisinement seigneurial est enlevée au profit des clauses notariales. Autre symbole de cet affaiblissement, les services, liés notamment à la guerre ou au conseil, qui grèvent le domaine utile ont progressivement disparu. En conséquence, les droits attachés à la « directe » ou propriété éminente prennent alors un caractère essentiellement fiscal qui par ailleurs<sup>257</sup>, ne représentent même plus dans certains cas, pour exemple la censive, de réel intérêt<sup>258</sup>. Pothier confirme cette évolution en affirmant que le domaine de supériorité du concédant n'est pas le domaine de propriété, ce dernier n'étant propriétaire que de son droit de se faire payer les redevances, alors que le concessionnaire est le propriétaire du fonds<sup>259</sup>. Il apparaît qu'à la fin de l'ancien régime la propriété est passée du domaine direct du seigneur au domaine utile du vassal. Cependant, du point de vue strictement juridique, le vassal n'est pas pleinement propriétaire de son fief. La persistance du relief, du quint et du retrait féodal en sont autant de démonstration<sup>260</sup>.

---

<sup>255</sup> CHAUMET Pierre-Olivier, Introduction historique au droit, Ellipses, 2016, p. 88.

<sup>256</sup> CARBASSE Jean-Marie, Histoire du droit, Que sais-je ?, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 97.

<sup>257</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>ème</sup> s., Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 231.

<sup>258</sup> DEROUSSIN David, Histoire du droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 455, p. 315 ; BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIII<sup>e</sup>- XX<sup>e</sup> s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 319, p. 265

<sup>259</sup> DEROUSSIN David, Histoire du droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 457, p. 316.

<sup>260</sup> VEILLON Didier (Université de POITIERS), L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> s.

**97.** L'emphytéose est, en ces temps de lente mutation, envisagée très précisément au travers de plusieurs textes qui tentent d'en apporter une définition. Le dictionnaire de Trévoux, dans ses éditions de 1721 et 1771, indique qu'il s'agit d'un « bail d'héritages à perpétuité ou à longues années, à charge de les cultiver, de les améliorer, et d'en faire un certain revenu. » Pothier<sup>261</sup> expose que le bail d'héritage est un contrat par lequel « l'une des parties baille et cède un héritage ou quelque droit immobilier et s'oblige de le lui faire avoir à titre de propriétaire, sous la réserve qu'il fait d'une certaine somme d'argent et que l'autre partie s'oblige réciproquement envers elle de lui payer tant qu'elle possédera ledit héritage. » L'auteur ajoute que le contrat transfère au preneur tout le droit qu'a le bailleur dans l'héritage sous la seule réserve du droit de rente du bailleur »<sup>262</sup>. Prenant acte de l'évolution des droits sous l'ancien régime, il est possible d'en conclure que l'emphytéose a suivi la même évolution que les autres droits féodaux et qu'à ce titre la véritable propriété du fonds est transférée à l'emphytéote, alors que le bailleur ne conserve qu'un droit de rente. Pothier en conclut que « la propriété est transférée au preneur ».

**98.** En 1718 et 1762, les éditions du Dictionnaire de l'Académie, définissant également l'emphytéose, énoncent que c'est un « bail à longues années, pour dix, vingt, trente années, et qui peut durer jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans. Les emphytéoses sont des espèces d'aliénations à cause de leur longue durée ». Le dictionnaire de droit et de pratique, rédigé par Claude-Joseph de Ferrière<sup>263</sup>, dispose plus précisément encore que « l'emphytéose est une aliénation de la propriété utile en la personne du preneur pendant tout le temps de la concession, avec une rétention de la propriété directe de la part du bailleur »<sup>264</sup>. La nature de l'emphytéose repose toujours sur la distinction entre la propriété directe et propriété utile. Les différents auteurs cités retiennent que l'emphytéote a la propriété utile et que le bailleur reste maître d'une propriété directe. Ferrière écrit que « le bailleur à titre d'emphytéose et le preneur sont tous deux appelés propriétaires du même héritage, eu égard aux différents droits de propriété qu'ils y ont ».

**99.** Pour autant, et comme il l'a déjà été évoqué précédemment il est nécessaire de vérifier si dans le cadre de la mise en œuvre de cette emphytéose, au travers de l'analyse de son régime juridique, il s'agit bien là d'un véritable transfert de domaine utile ou s'il est encore question que d'un quasi-

---

<sup>261</sup> POTHIER Robert-Joseph, Traité du contrat de bail à rente, Paris, Debure ; Orléans, Rouzeau- Montaut, 2<sup>ème</sup> éd., 1766, p. 204.

<sup>262</sup> Idem.

<sup>263</sup> DE FERRIERE Claude-Joseph, Dictionnaire de droit et de pratique, Paris, Nyon, 1768.

<sup>264</sup> ZELLER Olivier, Baux généraux, baux particuliers et emphytéoses. Points de droit et pratiques au XVIIIe s., Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe s.) Rome : École Française de Rome, 1995, p. 85.

domaine. Ces définitions doivent être confrontées à la nature de l'emphytéose telle qu'elle est envisagée à cette période de l'histoire.

## **b- Un quasi-domaine**

**100.** L'emphytéose de l'ancien régime, de même que l'emphytéose antique, peut être perpétuelle ou temporaire. Cependant, l'emphytéose perpétuelle ne peut avoir pour objet que des fonds allodiaux. Elle remplace alors pour les propriétaires et francs-alléux roturiers le bail à cens ou le bail à rente seigneuriale. Les auteurs s'opposent sur la détermination de la durée du contrat. Guyot affirme que l'emphytéose est censée être faite à perpétuité si aucune clause n'a fixé sa durée alors qu'au contraire Brodeau dit qu'en pareil cas l'emphytéose se réduit de plein droit à 99 ans<sup>265</sup>. Le Halleur estime quant à lui que dans « les pays de droit écrit », où les traditions romaines ont été conservées et où domine le principe de l'allodialité, la présomption doit être pour la perpétuité de l'emphytéose<sup>266</sup>. Dans « les pays soumis à la maxime « nulle terre sans seigneur » et, sans distinction de contrées », toutes les fois que les parties ont su qu'elles appliquent à une censive le bail emphytéotique, il doit être présumé que l'emphytéose est temporaire<sup>267</sup>. Le contrat emphytéotique produit trois principaux effets à l'égard de l'emphytéote. En premier lieu, l'emphytéote est obligé d'entretenir la chose. Il a la faculté de changer la superficie et la destination du fonds mais il ne peut le faire qu'à la condition de ne pas détériorer le fonds. En deuxième lieu, l'emphytéote est tenu de payer au bailleur une redevance annuelle. Ce canon emphytéotique est dû à forfait. La quotité est irrévocablement fixée par le titre originaire, ce qui signifie que l'emphytéote ne peut demander aucune réduction du canon pour cause de diminution de la valeur du fonds. Il est également impossible d'augmenter le canon à raison des accessions qui peuvent donner de la valeur au fonds. Par ailleurs, l'emphytéote est déchu de son droit et perd toutes les améliorations qu'il a pu faire sur le fonds s'il laisse passer trois ans sans payer le canon. Enfin, en cas d'aliénation de son droit, il est tenu d'offrir au seigneur direct la préférence, à la charge par ce dernier d'accepter les conditions de l'aliénation proposée. En troisième et dernier lieu, il faut préciser que l'emphytéote a la faculté d'hypothéquer le fonds et de constituer des servitudes. Cependant ces dernières ne peuvent survivre à une emphytéose temporaire<sup>268</sup>. Le

---

<sup>265</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 287 et svts.

<sup>266</sup> Idem.

<sup>267</sup> Idem.

<sup>268</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 46.

preneur a la faculté de céder son droit d'emphytéose, de l'échanger ou encore de le donner. Dans ce cas lorsqu'il s'agit d'une emphytéose temporaire le droit du nouvel acquéreur s'éteint de plein droit lorsque la durée de la concession faite à son cédant est expirée<sup>269</sup>.

**101.** Au regard de l'étude du régime juridique de cette emphytéose, telle qu'elle est pratiquée sous l'ancien régime, les auteurs se sont opposés sur la question relative à la nature des droits dont l'emphytéote est investi. La plupart des auteurs anciens ont attribué le domaine utile à l'emphytéote perpétuel. Merlin va encore plus loin car il estime que l'emphytéose temporaire, comme l'emphytéose perpétuelle, transfère la propriété utile du fonds au preneur<sup>270</sup>. Cependant, il a été démontré qu'à cette époque la propriété utile ne présente pas de réelle différence avec la pleine propriété, et que le domaine direct n'est plus qu'un domaine de supériorité, un droit particulier d'exiger certains devoirs recognitifs. Les droits de l'emphytéose restent, durant cette époque de l'ancien régime, limités. Il n'a pas le droit d'user et d'abuser librement du fonds. Ces droits n'ont donc pas les caractéristiques de la pleine propriété ou du domaine utile tel qu'il est connu et analysé à cette période de l'histoire. Le Halleur, reprend ainsi très judicieusement l'analyse de Troplong, qui l'a lui-même emprunté à Cujas, pour en conclure que l'expression « quasi-domaine », semble en définitive caractériser parfaitement le droit de l'emphytéote.

**102.** La nature de l'emphytéose n'a pas changé entre le moyen-âge et l'ancien régime car il apparaît qu'au cours de ces périodes de l'histoire l'emphytéote a toujours bénéficié d'un quasi-domaine, sorte de démembrement du domaine utile, et non d'un véritable domaine utile. Cependant, la révolution va faire rentrer l'emphytéose dans les prémices du droit contemporain, et cette nouvelle étape de la vie juridique française, au travers de laquelle il est nécessaire de poursuivre l'analyse de ce contrat, est déterminante dans la compréhension de la nature de l'emphytéose.

---

<sup>269</sup> DE FERRIERE Claude-Joseph, Dictionnaire de droit et de pratique, Paris, Nyon, 1768.

<sup>270</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 298.

## **B- L'emphytéose dans les prémices du droit contemporain**

**103.** L'emphytéose doit, avant de faire enfin l'objet d'un texte législatif particulier en 1902, traverser deux temps juridiques, qui ont interrogé son existence et questionné sa nature. Ils ont également eu une influence certaine sur la perception que le législateur a de ce contrat au début du siècle dernier. Ainsi, il apparaît nécessaire de faire l'analyse de ce contrat au travers de ces deux périodes que sont celle du droit intermédiaire (1) et celle de la codification napoléonienne (2).

### **1- L'emphytéose en droit intermédiaire**

**104.** Cette période du droit, de 1789 à 1804, est désignée traditionnellement comme étant celle du « droit intermédiaire » car c'est durant ces quinze années que les bases d'un droit fondamentalement nouveau ont été posées. La révolution française semble avoir provoqué une rupture radicale avec l'ancien modèle juridique en s'opposant à toute forme de propriété dissociée et en faisant de la propriété pleine et entière d'un des droits individuels majeurs (a). Toutefois, il apparaît que cette rupture n'est pas aussi nette qu'il le semble et que l'emphytéose a survécu à ces événements<sup>271</sup> (b).

#### **a- La promotion de la propriété**

**105.** La rupture avec l'ancien droit n'a été ni totale ni immédiate, et c'est par une évolution progressive qu'un nouveau système juridique va voir le jour<sup>272</sup>. Néanmoins, il faut noter que plusieurs textes votés dans les premières années de la Révolution viennent fondamentalement modifier les rapports entre les citoyens<sup>273</sup>, et marquent la profonde mutation du droit français et par conséquent la perception de l'emphytéose. Le comité des droits féodaux, créé au sein de l'Assemblée nationale en août 1789, détermine les modalités de rachat des droits féodaux en distinguant la féodalité « dominante » et féodalité « contractante ». Le comité estime que la

---

<sup>271</sup> FARON Olivier, A propos de la modernité de l'emphytéose, Publication de l'Ecole Française de Rome, 1995, p. 11 et svts.

<sup>272</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIIIe-XXe s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 305 et svts.

<sup>273</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>ème</sup> s., Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 387 et svts.

première constitue une usurpation seigneuriale qui doit être supprimée, alors que la seconde désigne les droits, qui reposent sur une concession des fonds, considérés comme rachetables. Ce mécanisme de rachat, bien que compliqué à mettre en œuvre, pose le principe de la fin du régime féodal au profit de propriété pleine et entière sans partage des droits réels<sup>274</sup>. La législation révolutionnaire, poursuivant ce même objectif, a par la suite énoncé dans un texte daté des 18 et 29 décembre 1790 la suppression des baux perpétuels irrachetables et la limitation de la durée des baux à long terme à 99 ans ou trois vies humaines. Quelques années plus tard, en 1793, une nouvelle loi votée par la Convention le 17 juillet, dite « loi de la colère » car adoptée sous la pression populaire, sans aucun débat, supprime définitivement la distinction de la féodalité dominante et de la féodalité contractante, et stipule que toutes les redevances ci-devant seigneuriales, droit féodaux, censuels, fixes et casuels sont supprimés sans indemnité<sup>275</sup>. L'œuvre révolutionnaire de réforme du paysage juridique français est complétée en parallèle par la promotion du droit de propriété, et notamment au travers de l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme adoptée le 26 août 1789 qui vient ériger la propriété privée individuelle au rang de droit inviolable et sacré. Plus tard, lors de sa première séance le 21 septembre 1792, la convention précise que les personnes et les propriétés sont sous la sauvegarde de la nation. Robespierre témoigne à son tour de l'importance juridique et sociétale de cette réforme en définissant la propriété, le 24 avril 1793, comme « le droit qu'à chaque citoyen de jouir et de disposer de la portion des biens qui lui est garantie par la loi »<sup>276</sup>.

**106.** Dans un temps assez bref la révolution semble avoir mis tout en œuvre afin d'entériner la promotion de la propriété privée au détriment des concessions et autres recours au démembrement de propriété. Néanmoins, malgré les apparences, elle n'a pas totalement éliminé la propriété dissociée<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIIIe-XXe s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 336.

<sup>275</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>ème</sup> s., Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 413 et svts.

<sup>276</sup> DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 523, p. 365.

<sup>277</sup> FARON Olivier, A propos de la modernité de l'emphytéose, Publication de l'Ecole Française de Rome, 1995, p. 11 et svts.

## **b- Le maintien de l'emphytéose**

**107.** Il est nécessaire de vérifier si la législation révolutionnaire a mis un terme à l'emphytéose ou si cette dernière a pu perdurer. S'il est possible de répondre affirmativement à cette dernière interrogation, il doit alors être procédé à l'analyse de la nature de ce contrat. En premier lieu, il faut noter que la loi des 18-29 décembre 1790 n'apporte aucun changement aux principes qui régissent l'emphytéose temporaire. Le texte se contente de fixer le maximum de durée pour lequel les emphytéoses temporaires peuvent être constituées<sup>278</sup>. De plus, l'article 5 de cette loi, faisant uniquement référence au rachat de l'emphytéose perpétuelle, confirme le maintien et l'exécution des baux emphytéotiques non perpétuels<sup>279</sup>. Il est possible d'en conclure que les règles de l'ancien droit, applicables en cette matière, conservent toute leur autorité. Toutefois, certains jurisconsultes ont contesté cette interprétation et ont prétendu que cette loi a transformé l'emphytéose en simple louage<sup>280</sup>. La suite des événements leur a donné tort. Le 17 juillet 1793 la Convention, allant jusqu'au bout de la politique qu'elle a entreprise, supprime sans indemnité toutes les redevances seigneuriales, tous les droits féodaux ou censuels, fixes ou casuels qui conservés par les lois précédentes. Elle maintient par contre les rentes ou prestations purement foncières et non féodales, et notamment les « redevances emphytéotiques »<sup>281</sup>. Les lois du 15 septembre 1791, de messidor an III et de brumaire an VII déclarent quant à elles que l'emphytéose est susceptible d'hypothèque.

**108.** L'emphytéose temporaire est officiellement maintenue par la révolution, de sorte qu'à l'avènement du Consulat, il ne subsiste plus de l'ancien système juridique féodale que les rentes foncières simples et les emphytéoses<sup>282</sup>. Cependant l'Assemblée nationale et la Convention ayant mis fin à la division de la propriété entre domaine utile et domaine directe, il ne peut plus être question de transmission du domaine utile ou d'un quasi-domaine à l'emphytéote. Certains

---

<sup>278</sup> La loi du 18-29 déc. 1790, après avoir soumis au rachat toutes les rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, et les champarts de toute espèce, avait défendu de créer à l'avenir aucune redevance foncière non remboursable; puis elle ajoute, art. 1<sup>er</sup> : Sans préjudice des baux à rente ou emphytéose non perpétuels et qui seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à venir pour 99 ans et au-dessus, ainsi que les « les baux à vie, même sur plusieurs têtes, à la charge a qu'elles n'excèdent pas le nombre de trois. »

<sup>279</sup> L'art. 5 de la loi du 18-29 déc. 1790 précise que : « Lorsque les baux à rente ou emphytéose perpétuelle et non seigneuriale contiendront la condition expresse imposée au preneur et à ses successeurs, de payer au bailleur un droit de lods, ou autre droit casuel quelconque, et, dans les pays où la loi assujettit les détenteurs aux dits titre de bail à rente ou emphytéose perpétuelle, et non seigneuriale, à payer aux bailleurs des droits casuels aux mutations, le possesseur qui voudra racheter la rente foncière ou emphytéotique sera tenu, outre le capital de la rente, de racheter les droits casuels dus aux mutations.

<sup>280</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 170.

<sup>281</sup> MASSA-GILLE Geneviève, Les rentes foncières sous le Consulat et l'Empire, Bibliothèque de l'école des chartes, 1975, T. 133, p. 59 et svts.

<sup>282</sup> Idem.



jurisconsultes, dont Merlin, ont estimé que la suppression du système féodal a transformé l'emphytéose en une simple rente foncière<sup>283</sup>. Selon leur analyse, la loi de brumaire a voulu reconnaître à la redevance emphytéotique temporaire le caractère de charge purement foncière qui impose au preneur l'obligation personnelle de payer la redevance<sup>284</sup>. D'autres auteurs qui ont convenu du maintien de l'emphytéote temporaire, retiennent alors qu'elle constitue toujours, en référence au droit romain, un droit réel qui vient démembrement le droit de propriété du bailleur<sup>285</sup>. En témoigne, par ailleurs cette loi du 9 messidor an III qui dispose qu'est susceptible d'hypothèque « l'usufruit des mêmes biens, résultant des baux emphytéotiques, lorsqu'il reste encore vingt-cinq années de jouissance. » Ainsi, outre l'erreur de confusion des concepts d'usufruit et d'emphytéose dans sa rédaction, il peut être convenu que l'emphytéose est un outil juridique, dont la nature de droit réel immobilier sur le bien d'autrui est comparable à celle de l'usufruit.

**109.** Si la révolution a engagé le travail de redéfinition du système juridique français, le code civil est venu en achever le processus confirmant que les domaines direct et utile ne peuvent plus désormais être séparés<sup>286</sup>. Le traitement de l'emphytéose dans le cadre de la codification doit être étudié afin de faire la lumière sur son cheminement et sur l'évolution de sa perception juridique dans cette période décisive du droit.

## **2- L'emphytéose et la codification napoléonienne**

**110.** A l'heure de la codification napoléonienne, symbolisant au mieux l'œuvre juridique impériale<sup>287</sup>, l'emphytéose est omise (a). Cette situation, quelque peu déroutante n'a pas conduit à la suppression de ce contrat qui a persisté dans la pratique (b).

---

<sup>283</sup> Idem.

<sup>284</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 339.

<sup>285</sup> PEPIN LE HALLEUR E., Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 334 ; LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 175.

<sup>286</sup> DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 523, p. 366 et svts.

<sup>287</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIIIe-XXe s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 455, p. 356.

## a-L'omission de l'emphytéose

**111.** Une première tentative de codification, consistant à l'organisation d'un ensemble de lois qui réunit la totalité des règles applicables du droit civil, voit le jour durant la convention nationale qui crée un « comité de législation civile, criminelle et de féodalité » présidé par Cambacérès. Néanmoins, le manque de stabilité lié aux événements révolutionnaires n'a pas permis de voir aboutir ce projet<sup>288</sup>. En 1804 Napoléon Bonaparte, souhaitant voir aboutir ce grand projet, confie la rédaction du code civil à quatre juristes renommés<sup>289</sup>. Ceux-ci se réfèrent alors à quatre grandes catégories de sources du droit que sont le droit romain, le droit coutumier, les ordonnances des rois de France et le droit intermédiaire. Le déroulement des travaux est rapide et abouti à la rédaction de 2281 articles répartis en trois livres. Le premier est relatif aux personnes, le second aux biens et le troisième et dernier titre est consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété<sup>290</sup>. Très étonnamment le code napoléonien omet d'aborder l'emphytéose.

**112.** Cette situation paraît en effet tout à fait particulière et notamment au regard du traitement qui en est fait par les Etats européens. Pour exemple, la loi d'abolition de la féodalité décidée par Joseph Bonaparte pour le Royaume de Naples en 1806 abolit toutes les prestations et rentes féodales « à l'exception des loyers emphytéotiques ». A la même époque ce contrat est également connu et utilisé à Parme et Modène<sup>291</sup>. De même, le code des Deux-Siciles y fait référence dans son article 1686 et le code hollandais le définit dans son article 767 comme étant « un droit réel qui consiste à avoir la jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété. ».

**113.** Cependant, le code civil français est absolument muet sur le contrat d'emphytéose. La question relative à l'existence de l'emphytéose est débattue et diversement solutionnée par les juristes de l'époque car si aucun d'entre eux ne peut alors ignorer la suppression de l'emphytéose perpétuelle, l'emphytéose temporaire reste sujet à controverse<sup>292</sup>. Certains ont pu interpréter le

---

<sup>288</sup> Idem, p. 350 et svts.

<sup>289</sup> TRONCHET François-Denis, BIGOT de PREAMENEU Félix-Julien-Jean, DE MALEVILLE Jacques et PORTALIS Jean-Etienne-Marie. Tous sont issus de l'ancien régime mais ont rempli des fonctions judiciaires ou législatives sous la Révolution.

<sup>290</sup> CHAUMET Pierre-Olivier, Histoire du droit et des institutions 1750-1914, Ellipses, 2016, p. 139 et svts ; CARBASSE Jean-Marie, Manuel d'introduction historique au droit, 8<sup>ème</sup> éd., PUF, 2019, p. 275 et svts.

<sup>291</sup> FARON Olivier, A propos de la modernité de l'emphytéose, Publication de l'Ecole Française de Rome, 1995, p. 13.

<sup>292</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 173 et svts.

silence du code civil à l'égard de ce contrat comme étant une abrogation tacite, et ce alors même que l'article 1134 de ce nouveau code civil pose le principe de liberté des parties dans l'introduction de clauses et conditions particulières. Les partisans de la suppression de l'emphytéose se réfèrent à l'article 2118 du code civil qui, reprenant littéralement la loi de brumaire an VII, ne fait plus référence à l'emphytéose comme étant également susceptible d'hypothèque. A ce titre, il est également possible de reprendre les propos de Tronchet, qui, étant interpellé sur l'emphytéose au moment où le Conseil d'Etat s'occupe de l'article 2118, explique qu'« on n'employait, autrefois, l'emphytéose que pour éviter les droits seigneuriaux. Maintenant, elle n'aurait plus d'objet ; il est donc inutile d'en parler. »<sup>293</sup>. De plus, pour remettre en cause l'existence et l'identité particulière de l'emphytéose, ces auteurs s'appuient également sur l'article 543 du code civil qui, selon leur propre analyse, en énonçant expressément que l'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre », exclut par conséquent l'emphytéose. Delvincourt estime que l'emphytéose ne permet plus de transmettre un droit réel à l'emphytéote et qu'elle ne diffère plus d'un simple bail à ferme. Toullier reconnaît quant à lui la possibilité de continuer à recourir à cet outil de maîtrise foncière mais hésite sur sa nature et ne lui attribue pas de caractéristique spécifique<sup>294</sup>.

**114.** Cependant, une analyse différente des articles du code civil, de la jurisprudence et plus simplement la persistance du recours à ce contrat par les praticiens constituent une démonstration convaincante de la persistance de l'emphytéose temporaire.

## **b- La survivance de l'emphytéose**

**115.** Si certains jurisconsultes ont conclu à la suppression de l'emphytéose temporaire du fait de son absence dans le code civil, d'autres ont en déduit l'inverse. Lapasset énonce que le texte de l'article 544 de ce même code qui définit la propriété comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements » permet au propriétaire de grever son droit de toutes les charges qu'il juge convenables<sup>295</sup>. Rien n'interdit expressément au propriétaire de transférer les droits d'emphytéose

---

<sup>293</sup> Idem.

<sup>294</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 50.

<sup>295</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 176.

de son fonds. La rédaction de l'article 543 du code civil laisse entendre qu'une telle construction est tout à fait autorisée. En indiquant que l'« on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance ou seulement des services fonciers à prétendre », l'article semble autoriser l'emphytéose. D'autant que selon les premiers commentateurs du code, et notamment Toullier et Demante, la liste des droits énoncés n'a pas un caractère limitatif et les particuliers peuvent créer par convention d'autres droits réels<sup>296</sup>. Cependant, l'article 526 du même code ne classe pas les emphytéoses parmi les immeubles. Toutefois, la remarque fait précédemment à l'égard de l'article 543 peut être reprise pour ce dernier article qui n'est pas limitatif<sup>297298</sup>.

**116.** Par ailleurs, il apparaît que le silence du législateur sur l'emphytéose est justifiable. L'époque de la rédaction du code civil est encore trop marquée par la révolution et par la volonté de mettre en exergue le modèle unitaire de la propriété<sup>299</sup>, en opposition de l'ancien système féodal, pour oser confirmer une telle institution, et prendre ainsi le risque de réveiller certaines peurs<sup>300</sup>. Rossi, dans ses observations sur le droit civil français et considérant l'état économique de la société, fait valoir que « les auteurs du code civil, craignant peut être d'être accusés d'un retour à la féodalité, n'ont su ni proscrire, ni régler l'emphytéose temporaire »<sup>301</sup>. De plus, outre les dispositions du code civil et ses interprétations, la pratique et la jurisprudence ne valident pas la suppression de l'emphytéose<sup>302</sup>. Bien contraire, de nombreux éléments témoignent du recours et de la reconnaissance de l'existence de l'emphytéose dans la période post-code civil. Pour exemple, la Cour d'appel de Colmar, en 1821, énonce la nullité d'une emphytéose perpétuelle, mais la Cour de cassation casse cette décision dans un arrêt du 15 octobre 1824 et précise que l'infraction à la défense de créer des emphytéoses perpétuelles ne doit pas être réprimée par la peine de nullité<sup>303</sup>. Elle ajoute également que sauf cette modification apportée à la durée de l'emphytéose perpétuelle, les principes de l'ancien droit, décrétés en matière d'emphytéose perpétuelle, continuent à être appliqués. Par la suite la validité du bail emphytéotique est reconnue par l'immense majorité des auteurs et par une jurisprudence constante<sup>304</sup>. Quatre avis du Conseil d'Etat, en date du 11 juin

---

<sup>296</sup> DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 573, p. 400.

<sup>297</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 177.

<sup>298</sup> Voir p. 91 n° 103.

<sup>299</sup> DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 528, p. 368.

<sup>300</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228.

<sup>301</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 186.

<sup>302</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228.

<sup>303</sup> DALLOZ Victor Alexis Désiré, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, T. 38, 1857, p. 370.

<sup>304</sup> Cass., 26 juin 1822 (J. Palais, t. 17. P. 449. S. 22-1-362) ; Cass. 18 juillet 1832 (J. Palais, t. 24 p. 1293. D. 32-1, 296). Douai. 15 déc. 1832 (J. Palais, t. 24, p. 1633. D. P. 40-1.140.81-1-13).

1806, 10 mars 1807, 7 mars 1808 et 2 février 1809<sup>305</sup> reconnaissent la validité et le recours à l'emphytéose temporaire. Une décision ministérielle du 16 septembre 1821, concernant les droits électoraux de l'emphytéote, une ordonnance du 8 août 1821 sur l'administration municipale et la loi du 8 novembre 1814 sur la dotation de la Couronne, reconnaissent que ce contrat n'est pas incompatible avec les principes modernes et conserve toute sa force. A Paris, c'est au moyen de baux emphytéotiques que la rue Rivoli a été continuée en vertu de la loi du 21 juin 1826<sup>306</sup>. Enfin, les archives de la bibliothèque nationale révèlent un projet datant de 1835 dans le cadre duquel des promoteurs envisagent de doter Paris, et plus précisément le Grand Carré des Champs-Élysées, de nouvelles galeries pour « l'exposition des produits de l'industrie des beaux-arts » et d'un cirque pour « les fêtes et réjouissances publique », et font pour ce faire une demande de concession par bail emphytéotique<sup>307</sup>.

**117.** Néanmoins, dans ce contexte particulier où l'emphytéose existe sans qu'aucun texte ne soit venu en qualifier la nature, et alors que le régime féodal et sa fameuse division entre domaine utile et domaine direct ont été supprimés, se pose la question de la nature de ce droit. La jurisprudence post code civil a hésité entre trois notions. La première reprend contre toute attente le principe de la division entre domaine utile et domaine direct. La Cour de cassation énonce ainsi, dans un arrêt du 26 juin 1822 que l'emphytéose divise la propriété du domaine en deux parties, l'une étant formée par le domaine direct, « dont la rente que se retient le bailleur est représentative » et l'autre, « appelée domaine utile, qui se compose de la jouissance des fruits qu'il produit... »<sup>308</sup>. Cette même logique est reprise dans un nouvel arrêt de la Cour de cassation daté du 26 avril 1853 qui dispose que « l'effet de l'emphytéose, à la différence du bail ordinaire, est d'opérer pendant sa durée même la division de la propriété en deux parties... », car « la théorie féodale de la division de la propriété en domaine direct et domaine utile a conservé tout son prestige, sous notre législation actuelle. »<sup>309</sup>. Ce raisonnement reprenant et appliquant les théories féodales à un droit contemporain n'est pas accepté par une partie de la doctrine qui s'en offusque assez

---

<sup>305</sup> L'avis du 11 juin 1806 est relatif aux ventes de biens soumis à bail emphytéotique, l'avis du 10 mars 1807 est relatif aux biens des hospices soumis à emphytéose, l'avis du 7 mars 1808 est relatif aux redevances des baux emphytéotiques et l'avis du 2 février 1809 est relatif à la contribution foncière des biens détenus par emphytéose (DE CORNEMIN, *Droit administratif*, T. 1, 5<sup>ème</sup> éd., 1840, p. 264).

<sup>306</sup> Le Parlement autorise, par la loi du 21 juin 1826, la concession d'une partie (2 900 m<sup>2</sup>) de terrain, comprise entre la rue Saint-Honoré, la place des Pyramides et la rue de Rivoli. L'adjudication conclue au mois de mai 1828 constitue le point de départ d'un bail emphytéotique de 99 ans établi avec une demi-douzaine de concessionnaires. Le principal d'entre eux est la « société de l'Hôtel Régina », qui postule pour plus de 1 000 m<sup>2</sup> de ce terrain, délimité par la future rue des Pyramides et par la rue Saint-Honoré.

<sup>307</sup> FARON Olivier, *A propos de la modernité de l'emphytéose*, Publication de l'Ecole Française de Rome, 1995, p. 11.

<sup>308</sup> Cass. 26 juin 1822, *Journal du Palais*, T. 17, 1822- juin 1823, p. 449 et svts.

<sup>309</sup> Cass. 26 avril 1853, *Dalloz*, 1853, 1, 145.

logiquement<sup>310</sup>. Dans le même temps, sur une autre affaire, la Cour de cassation abandonne la théorie de la division de la propriété en domaine utile et domaine direct, et estime que le bail emphytéotique opère, pour un temps, l'aliénation de la propriété de l'immeuble. Elle précise en effet dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1840 que « le preneur possède comme un propriétaire l'immeuble qui lui est transmis pour un temps déterminé ; qu'en cette qualité de propriétaire, il peut, pendant la durée du bail emphytéotique, disposer de cette propriété par vente, cession, échange, et même l'hypothéquer, le tout sauf l'exercice des droits du bailleur à l'expiration de l'emphytéose.»<sup>311</sup>. Se faisant, la Cour de cassation inaugure un nouveau concept complètement différent des précédents historiques. Cependant, si Proudhon et Durantou approuvent cette nouvelle logique et affirment également que l'emphytéote jouit de sa chose puisqu'il acquiert la propriété du fonds<sup>312</sup>, Lapasset reste sceptique et rappelle que cette attribution de propriété temporaire à l'emphytéote n'est guère envisageable. En effet, d'une part, le bailleur conserve aussi la propriété de la chose, et d'autre part, il manque au preneur deux principales caractéristiques du droit de propriété que sont la perpétuité et la faculté d'user librement du bien<sup>313</sup>. Enfin, la Cour de cassation reprend la théorie déjà préconisée par Troplong et reconnaît que l'emphytéote n'a que le quasi domaine ou *jus in re*<sup>314</sup>. Elle se conforme aux constitutions de Zénon et Justinien et considère l'emphytéose comme un droit réel donné sur le bien d'autrui. Dans un arrêt du 12 mars 1845, elle déclare « qu'en droit, l'emphytéose se distingue du bail à ferme en ce qu'elle transmet au preneur un *jus in fundo*, un quasi-domaine, bien différent du droit dont le simple bail investit le fermier. »<sup>315</sup>. Il résulte de ce dernier arrêt que l'emphytéose confère au preneur un démembrement du droit de propriété. Lapasset considère alors, qu'il s'agit d'une « réhabilitation de l'emphytéose romaine avec sa nature juridique et le rejet définitif de l'emphytéose féodale ». L'auteur déclare encore que cette solution est la plus juste juridiquement et la plus conforme à l'esprit de la législation<sup>316</sup>.

**118.** Le chemin parcouru depuis la codification napoléonienne est très intéressant car essentiel à l'évolution de la pensée juridique et à la reconnaissance de l'emphytéose en tant que contrat particulier de nature simple. En effet, alors que le code civil semble avoir consacré le droit de propriété et que la doctrine classique s'est efforcée d'assurer son unité en rejetant définitivement

<sup>310</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 187.

<sup>311</sup> Cass. 1<sup>er</sup> avril 1840, Recueil général des lois et arrêts, 1840, p. 433 et svts.

<sup>312</sup> DE VILLARGUES Roland, Répertoire de la jurisprudence du notariat, 2<sup>ème</sup> éd. T. 9, 1845, p. 548.

<sup>313</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 188.

<sup>314</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 48.

<sup>315</sup> Cass. 12 mars 1845, Journal du Palais, 1845, p. 525 et svts.

<sup>316</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 187 et svts.

la théorie féodale du double domaine, la jurisprudence est confrontée à une réalité différente, plus complexe dans laquelle elle fait face à la survivance d'anciens outils juridiques qu'il est nécessaire d'intégrer, d'adapter aux nouvelles normes juridiques<sup>317</sup>. La jurisprudence joue un rôle fondamental dans la redéfinition de l'emphytéose dans cette période de transition en qualifiant la propriété comme un droit réel qui peut être démembré sans pour autant remettre en cause les nouvelles bases d'un système juridique qui tremble d'y retrouver l'ancienne division domaniale. Il apparaît ainsi, qu'à la fin du XIX<sup>ème</sup>, la jurisprudence, déjà reconnue comme une source de droit importante, a jeté les bases de la conception moderne de l'emphytéose qui ont par la suite été reprises, en partie, par le législateur et la doctrine<sup>318</sup>.

## Section 2- Une nature composite en droit moderne

**119.** Durant plus d'un siècle, l'emphytéose française perdure dans le paysage juridique français alors même qu'aucun texte ne vient en préciser officiellement la nature, laissant la jurisprudence dans une certaine indécision. Dans le même temps, la Belgique reconnaît à l'emphytéose, dans une loi datée du 10 janvier 1824, le caractère de droit réel consistant à avoir la pleine jouissance et tous les attributs de la propriété d'un immeuble, sans pouvoir en diminuer la valeur et moyennant le paiement d'une rente<sup>319</sup>. Le code hollandais reconnaît également l'emphytéose comme droit réel et la doctrine de ce pays débat de la notion de propriété des bâtiments construits par l'emphytéote sur le terrain objet du contrat<sup>320</sup>. En France, le silence des textes a favorisé les débats et les controverses juridiques<sup>321</sup>. Le gouvernement prend alors enfin conscience de la nécessité de mettre un terme à ses discussions et intègre une loi sur l'emphytéose dans le code rural<sup>322</sup>. Cette loi de 1902 dispose que « l'emphytéose confère au preneur un droit réel » et que l'emphytéote « profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ». En droit positif, le bail emphytéotique

---

<sup>317</sup> DEROUSSIN David, Histoire du Droit privé, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 398 et svts.

<sup>318</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 528, p. 410.

<sup>319</sup> Revue trimestrielle de droit civil, T. 2, Sirey, 1903, p. 210.

<sup>320</sup> Revue trimestrielle de droit civil, T. 2, Sirey, 1903, p. 426.

<sup>321</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 227 ; ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, [315], p. 479 ; TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 93, p. 831.

<sup>322</sup>

est défini à l'article L. 451-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime. L'article L. 451-1 dispose qu'il « confère au preneur un droit réel » et l'article 451-10 ajoute que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ». Les termes définissant la nature de l'emphytéose sont identiques. Le texte de loi de 1902 apporte donc d'importantes informations, présentement intégrées aux articles précités, relatives à la fois, à la nature du droit d'emphytéose comme droit réel immobilier (§1), et soulève certaines incertitudes quant à la nature de l'accession en propriété dont bénéficie l'emphytéote (§2).

## **§ 1- Un droit réel immobilier**

**120.** Les articles L. 451-1 et L. 451-10 du code rural et de la pêche maritime ont pour origine la loi des 25 juin et 4 juillet 1902. Aussi, dans un premier temps, il apparaît nécessaire de faire l'analyse du cadre général de ce texte afin de prendre toute la mesure de l'importance de ce texte au regard de l'emphytéose et des éléments permettant d'affirmer sa nature spécifique (A), pour ensuite en étudier plus précisément l'apport déterminant relatif à la reconnaissance de la nature réelle du droit octroyé à l'emphytéote (B).

### **A- L'affirmation d'une nature spécifique**

**121.** Le cadre général de la loi de 1902 se distingue par un contexte législatif très particulier (1), et par la nécessité, qui s'est imposée, d'établir des éléments déterminants venant affirmer la spécificité de la nature du bail emphytéotique (2).

#### **1- Le contexte législatif**

**122.** Le contexte législatif de la loi relative à l'emphytéose est marqué d'une part, par un très long cheminement (a) et d'autre part, par la spécificité de son objet qui doit solutionner un certain nombre de débats et interrogations jurisprudentielles et doctrinales (b).



## a- Le long cheminement du texte

**123.** La codification napoléonienne est particulièrement remarquable par son ampleur et sa pérennité. Cinq codes de grande importance ont été promulgués. Le code civil, le code de procédure civile, le code du commerce, le code d'instruction criminelle et le code pénal ont pu être mis en application. Parallèlement un projet de code rural est entrepris et élaboré dès 1808. Des commissions se réunissent au siège de chaque cour impériale afin de procéder à son examen et achèvent leur examen vers 1814. Cependant, la situation intérieure ne permet pas aux gouvernements de l'époque de continuer le processus d'adoption. Pendant les décennies qui suivent, le projet est évoqué mais n'est pas mené jusqu'à son terme<sup>323</sup>. Durant cette période, les dispositions de droit rural sont intégrées dans l'ensemble plus vaste que forme le droit civil. Le droit rural à l'époque n'a aucune autonomie et il n'existe pas en tant que tel. Dans une époque où plus de quatre Français sur cinq vivent à la campagne, le droit rural n'est qu'une branche du droit civil<sup>324</sup>. Le bail rural n'est pas envisagé de façon autonome et il est englobé dans la catégorie plus large du louage de choses (art. 1713). La section 1<sup>ère</sup> du chapitre 2, du titre 8 du Livre III (art. 1714 et suivants) est intitulée « Des règles communes aux baux des maisons et de biens ruraux », et celle-ci est complétée par une section III (art. 1763 et suivants), intitulée « Des règles particulières aux baux à ferme ».

**124.** Lorsque les républicains arrivent au pouvoir, ils bénéficient d'un large soutien de la population rurale, catégorie sociale la plus importante de la III<sup>ème</sup> République, qu'ils souhaitent satisfaire en retour<sup>325</sup>. Ils créent en 1881 le ministère de l'agriculture et reprennent l'idée d'un code rural. Cependant, afin d'éviter un changement trop violent dans la structure sociale paysanne, les républicains procèdent par un morcellement du code en votant une série de plusieurs lois indépendantes<sup>326</sup>. A travers ces lois, il s'agit également de rechercher à améliorer l'organisation de la propriété immobilière rurale afin d'en tirer un meilleur rendement<sup>327</sup>. Pour exemple, la loi du 8 février 1897 confirme la légalité du bail « à domaine congéable », encore pratiqué en Bretagne. Ce bail a survécu à l'abrogation des anciennes « tenures », par l'effet de la loi révolutionnaire du 6 août 1791. La loi de 1897 vient préciser que le « domanier » peut se dégager du bail, à son expiration ou à la fin d'une période d'assolement et ce malgré une clause, validée par

---

<sup>323</sup> Jurisp. Gén. Dalloz, 1898, 4<sup>ème</sup> partie, p. 136 ; BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et GAUDEMET Jean, Introduction historique au droit XIIIe-XXe s., LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 483, p. 376.

<sup>324</sup> Jcl. Rural., Introduction historique au droit rural, n° 36.

<sup>325</sup> CHAUMET Pierre-Olivier, Histoire du droit et des institutions 1750-1914, Ellipses, 2016, p. 210.

<sup>326</sup> HALPERIN Jean-Louis, Histoire du droit privé français depuis 1804, Puf Quadrige, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 167, p. 244.

<sup>327</sup> DEROUSSIN David, Histoire du droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., Ellipses, 2018, n° 620 et n° 621 p. 442 et 443.

la jurisprudence, de renonciation au droit de provoquer le congédiement. Une loi du 8 mars 1898 relative aux baux à complant résout un conflit entre propriétaires et preneurs en autorisant les preneurs à reconstituer les vignes détruites sans que le caractère ou la durée du bail ne soit modifié. Enfin, une loi sur le bail à colonat partiaire est votée le 18 juillet 1889. Dans le même temps le gouvernement constate que l'emphytéose conserve toute sa vigueur dans le monde agricole et que ce contrat présente de grandes utilités<sup>328</sup>. Il permet la réalisation de travaux importants devenus nécessaires pour l'exploitation d'un fonds, mettre en culture des terres en friche, ou encore transformer en profondeur un mode d'exploitation, et ce sans que les charges trop lourdes qui en découlent ne soient supportées par un propriétaire insolvable. Le gouvernement perçoit alors toute l'utilité d'un tel contrat et souhaite en favoriser le développement<sup>329</sup>.

**125.** C'est dans ce contexte que le gouvernement entreprend d'intégrer le bail emphytéotique dans le projet de code rural présenté au Sénat le 13 juillet 1876. Cependant, le projet connaît de longues vicissitudes. Le titre V du livre 1 relatif au bail emphytéotique est adopté par le Sénat dans ses séances des 27 janvier et 28 février 1882. Puis, il est déposé une première fois à la Chambre le 11 mars 1882 et une seconde fois le 15 février 1886, sans jamais faire l'objet de discussion et ce alors même qu'il n'a pas suscité de réelles objections<sup>330</sup>. Enfin, le 8 novembre 1898, faisant preuve d'une grande persévérance, le ministre de l'agriculture dépose une fois de plus ce projet, voté depuis vingt-deux ans par le Sénat et toujours en attente devant la Chambre. Le texte modifié est à nouveau déposé au Sénat afin d'y être agréé. La loi, venant compléter les fractions du code rural déjà votées, est finalement adoptée en date des 25 juin et 4 juillet 1902.

## **b- L'objet du texte**

**126.** Cette loi a été promulguée afin de mettre un terme aux débats doctrinaux et aux incertitudes jurisprudentielles. En premier lieu, elle a pour objet de reconnaître la légalité du bail emphytéotique, qui est encore discutée en cette fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, de définir le contrat d'emphytéose, d'en déterminer les caractères et la durée<sup>331</sup>. Elle doit également énumérer les personnes qui peuvent le consentir et poser les règles relatives à la preuve de ce contrat. Ce texte

---

<sup>328</sup> HALPERIN Jean-Louis, Histoire du droit privé français depuis 1804, Puf Quadrige, 2<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 78, p. 127.

<sup>329</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 932, p. 831.

<sup>330</sup> Recueil de droit civil et de procédure civile, notes parlementaires, 1902, p. 731.

<sup>331</sup> Jcl. Rural., Introduction historique au droit rural, n° 151.

doit régler la situation du preneur quant à la redevance ou canon, la résiliation de l'emphytéose, l'exploitation du fonds, l'établissement des servitudes et le droit d'accession. Il traite encore des droits de chasse, de pêche, de l'ouverture ou l'exploitation des mines, des droits d'enregistrement, de transcription et de mutation. Néanmoins, les observateurs contemporains notent que la loi n'apporte pas de réelle nouveauté au contrat d'emphytéose mais semble se contenter de consacrer point par point, les principes posés par la jurisprudence<sup>332</sup>. Ce texte aborde la question relative à la nature de l'emphytéose telle qu'elle a déjà été débattue, et reprend également les clauses qui sont habituellement inscrites dans ce type de contrat. Cependant, il est également remarqué que ce texte tranche la controverse qui a, depuis la rédaction du code civil, divisé la doctrine et la jurisprudence. Cette loi, si elle reprend et valide certains éléments qui ont pu être déjà tranchés par une partie de la jurisprudence, a pour mérite de coordonner les diverses solutions et d'apporter des réponses aux questions relatives à ce qu'est l'emphytéose, quelle est sa nature et quels sont ses critères qualitatifs<sup>333</sup>. Les hésitations jurisprudentielles et les débats doctrinaux n'ont plus, a priori, de raison d'être.

## **2- Des éléments déterminants**

**127.** Le texte a énoncé des éléments déterminants relatifs à la nature du contrat d'emphytéose qui reste en suspens à l'époque et qui peuvent encore aujourd'hui faire l'objet de quelques contentieux. Ces éléments permettent de préciser la nature de l'emphytéose et de lui poser un cadre qui s'impose aux parties. L'exclusion du statut rural (a) constitue un point essentiel de l'emphytéose qui concourt à son succès actuel et notamment dans le cadre de son recours par les bailleurs sociaux. Puis, l'identification de l'emphytéose comme un contrat *sui-generis* (b) lui a enfin conféré un statut particulier confirmant ainsi l'originalité de sa nature.

### **a- L'exclusion du statut rural**

**128.** L'emphytéose fait l'objet d'une loi, qui vient pour la première fois en définir la nature et les caractéristiques, laquelle est intégrée au code rural. Il en est ainsi car le gouvernement a pris acte

---

<sup>332</sup> Recueil de droit civil et de procédure civile, notes parlementaires, 1902, p. 732 ; Jurisp. Gén., Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, p. 1.

<sup>333</sup> Recueil de droit civil et de proc. civ., notes parlementaires, 1902, p. 732.

de l'usage et de l'intérêt du monde agricole pour ce contrat. La question relative à la nature rurale du bail emphytéotique paraît alors s'imposer. L'introduction de l'emphytéose dans le code rural peut laisser présumer qu'il s'agit d'un bail rural de longue durée du type bail à ferme ou bail à métayage. Les conséquences découlant de la réponse qu'il est possible d'apporter à cette question sont importantes. Les baux ruraux répondent à une réglementation spécifique et plus encore depuis l'ordonnance du 17 octobre 1945 relatif au statut juridique du fermage<sup>334</sup>. Le preneur d'un bail rural doit notamment respecter un certain nombre de contraintes très restrictives. Il doit exploiter le bien pour y exercer une activité exclusivement agricole et obtenir une autorisation écrite du bailleur pour effectuer tout changement non prévu par le contrat de bail permettant d'améliorer l'exploitation. De plus, toute cession ou sous-location de bail est interdite, et même en cas d'accord du bailleur, il s'agit d'une cause de résiliation du bail<sup>335</sup>.

**129.** Cependant d'une part, la loi relative au bail emphytéotique codifiée dans le code rural ne fait aucunement référence aux autres dispositions de ce même code ou encore à d'autres textes pouvant faire référence aux baux ruraux. D'autre part, l'emphytéose dans la loi de 1902 est codifiée dans le premier livre du Titre V qui lui est spécifiquement dédié. Aujourd'hui encore, bien qu'intégré dans le livre IV intitulé « Baux ruraux », l'emphytéose fait l'objet du titre V et les baux ruraux sont quant à eux codifiés aux titres qui précèdent celui spécifiquement dédié à l'emphytéose. La lecture de l'emphytéose doit se faire indépendamment des dispositions relatives aux autres baux ruraux. Par ailleurs, il peut être noté que si la loi de 1902 ne fait pas référence à d'autres dispositions du droit rural, elle indique dans son article 3 que « la preuve du contrat d'emphytéose s'établira conformément aux règles du code civil ». Cette disposition n'est pourtant pas suffisante pour écarter à elle seule le statut de fermage de l'emphytéose. Cette référence au code civil n'exclut pas les règles du bail rural pour les autres éléments du contrat. Il faut se référer aux pratiques antérieures, aux législations précédentes et à la jurisprudence qui n'ont jamais invalidés les emphytéoses relatives aux biens urbains. Dans son rapport à la chambre, relatif au projet de loi, M. le député Graux, présente l'emphytéose comme pouvant avoir pour objet des biens « soit ruraux, soit urbains ». Il apparaît qu'il ne peut y avoir de doute sur l'exclusion du statut de fermage, et la doctrine comme la jurisprudence sont constantes à ce propos<sup>336</sup>. La Cour

---

<sup>334</sup> Ord. n° 45-2380 du 17 oct. 1945 relatif au statut juridique du fermage, JORF du 18 oct. 1945.

<sup>335</sup> Art. L 411-1 à L. 411-78, et D. 410-1 à R. 411-27 du c. rur.

<sup>336</sup> CHANDELLIER Jean-Louis et SAGET Blandine, Baux ruraux, Ed. Delmas, 6<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 52 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 412, p. 307 ; TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 831, n° 932 ; DESMOTS A., Bail emphytéotique et droit rural, Journ. Not. et av. 1988. 825 et 905 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 291, p. 333.

de cassation l'a rappelé à de multiples reprises<sup>337</sup>, et notamment dans un arrêt du 6 mai 1964 dans lequel elle énonce que le bail emphytéotique est régi par le titre 5 du livre 6 du code rural (articles 937 et suivants de l'ancien code rural) qui ne comporte pas de renvoi au chapitre 2 du titre 1<sup>er</sup> dans lequel se trouve l'article 832 interdisant les sous-locations et qui ne fait que codifier la loi du 25 juin 1902 sous l'empire de laquelle la sous-location a toujours été admise »<sup>338</sup>. Cette intégration des textes relatifs au bail emphytéotique dans le code rural reste critiquée en doctrine car perçue comme une véritable anomalie<sup>339</sup>. Cependant, il n'est plus contesté que l'emphytéose puisse s'appliquer à tous les immeubles, et pas uniquement ceux à destination agricole.

## **b- Un contrat *sui generis***

**130.** Dans le cadre de la discussion générale du Sénat relative à la loi de 1902, lors de la séance du 25 janvier 1882, M. le sénateur De Garvardie propose de définir l'emphytéose en précisant qu'il s'agit « d'un contrat *sui generis*, différent, par son essence, des contrats de vente et de louages ». Le député Graux, dans son rapport sur le projet de loi, retient que « la nature de ce contrat et les différences qui le séparent du louage, soit en droit romain, soit en doctrine, soit d'après la jurisprudence. »<sup>340</sup>. Certains membres du corps législatif ont senti la nécessité de revenir sur le débat relatif à la nature propre de l'emphytéose. Reprenant les mêmes interrogations qui ont pu susciter diverses discussions, et ce depuis l'antiquité et le droit romain, ces membres du corps législatif ont cru nécessaire de rappeler que ce contrat ne constitue pas un louage classique ou encore une vente. Cependant, ces précisions n'ont pas été introduites dans le texte de la loi. Il peut être néanmoins noté que le législateur a, par cette loi, reconnu et affirmé la nature particulière de ce contrat. La doctrine retient que cette loi a mis à l'honneur le bail emphytéotique « qui s'intercale entre la vente et le louage, parce qu'elle divise la propriété en domaine direct (que retient le bailleur et que représente la rente) et en domaine utile, que possède le preneur, comme propriétaire autant que dure le bail »<sup>341</sup>. La Cour de cassation a rappelé ce principe récemment

---

<sup>337</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1970 : Bull. civ. 1970, III, n° 339 ; Soc. 6 mai 1964, JCP 1964, II, 13831, note Ourliac et de Juglart ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1970, D. 1970, 773 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 1983, Bull. civ. III, n° 104, JCP N 1984, II, 17 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juillet 1975, Bull. civ. III, n° 258.

<sup>338</sup> Cass. soc., 6 mai 1964 : Bull. civ. 1964, IV, n° 438.

<sup>339</sup> MOREAU Jean-Pierre et GRIMONPREZ Benoît, Jcl Baux ruraux, n° 2 et n° 18.

<sup>340</sup> Jurisp. Gén., Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

<sup>341</sup> LORVELLEC Louis et COLLART-DUTILLEUL François, Les Baux ruraux : Sirey, 1993, n° 51, p. 15.

dans un arrêt du 2 juin 2010 précisant que le bail emphytéotique « ne constitue pas un mode d'acquisition de la propriété mais est un contrat *sui generis* distinct du contrat de vente »<sup>342</sup>.

**131.** Qualifier l'emphytéose de contrat *sui generis* c'est affirmer sa singularité, empêcher son classement dans une catégorie de contrat préexistante et valider le fait qu'il ne puisse répondre qu'à des règles qui lui sont propres<sup>343</sup>. Cette qualification n'a pas pour seule utilité de la distinguer de la vente, de la location, de l'usufruit ou encore du droit de superficie comme l'ont déjà fait en droit romain les constitutions de Zénon et Justinien. Elle permet de pouvoir lui reconnaître une nature spécifique. Alors même que l'emphytéose peut être comparée ou étudiée en corrélation avec d'autres dispositifs qui s'en rapprochent, ceux-ci ne peuvent cependant pas lui être opposés. La particularité de ce contrat justifie que l'emprise du preneur sur le fonds est un caractère réel alors même que le bail classique constitue normalement un droit personnel<sup>344</sup>. Ce droit réel immobilier constitue un critère distinctif fondamental, relatif à la nature de l'emphytéose, énoncé par la loi de 1902.

## **B- La reconnaissance d'une nature réelle**

**132.** M. Graux, député et rapporteur lors du débat relatif au texte de la loi de 1902, définit l'emphytéose dans son rapport comme étant « une convention aux termes de laquelle l'une des parties consent, moyennant des prestations de nature à améliorer l'immeuble que l'autre partie s'engage à fournir, un droit réel immobilier spécial qui confère au preneur un usage et une jouissance de la chose louée plus complets que dans le louage ordinaire. »<sup>345</sup>. Cet apport est déterminant car il répond aux nombreuses interrogations exprimées par la doctrine et la jurisprudence depuis que la révolution a mis fin à la distribution féodale des droits. C'est pourquoi il est nécessaire de faire une analyse détaillée de la définition de nature réelle du droit octroyé à l'emphytéote (1), qui a pu faire l'objet de certaines critiques (2).

---

<sup>342</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juin 2010 n° 08-17.731.

<sup>343</sup> CHAGNOLLAUD de SABOURET Dominique, Dict. élémentaire du droit, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 749.

<sup>344</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1692, p. 411 ; DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [136], p. 122 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228.

<sup>345</sup> Jurisp. Gén., Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

## **1-Une nature réelle définie**

**133.** La loi de 1902 définit le droit de l'emphytéote comme étant un droit réel immobilier (a), qui peut être qualifié de droit réel sur le bien d'autrui à l'instar des autres droits réels immobiliers principaux qui ont été reconnus par le code civil (b).

### **a- Le droit réel immobilier de l'emphytéote**

**134.** Les droits réels se particularisent à raison de leur objet qui peut être corporel ou incorporel, mobilier ou immobilier. Cette classification présente une utilité sous le rapport de la distinction des biens. Le rapport présenté par le député Graux dans le cadre des travaux législatifs a énoncé que « l'emphytéote peut avoir pour objet les immeubles corporels, soit ruraux, soit urbains, mais non les immeubles incorporels (actions immobilières de la Banque de France), puisqu'on ne peut concevoir qu'ils soient l'objet d'une amélioration du fait de l'homme. »<sup>346</sup>. Ce même rapport énumère les quatre éléments essentiels de l'emphytéose que sont le consentement des parties, une amélioration déterminée par les parties, une longue durée et « un immeuble corporel, dont l'usage ou la jouissance est abandonnée par l'une des parties à l'autre, à titre de droit réel immobilier ». L'article 1<sup>er</sup> de la loi des 25 juin et 4 juillet 1902 précise que « le bail emphytéotique de biens immobiliers confère au preneur un droit réel ... ». Il est clairement précisé que ce contrat a pour unique objet les biens immobiliers. Il est alors exclu que l'emphytéose puisse, de même que l'usufruit, porté sur une rente viagère<sup>347</sup>. Le législateur s'est en effet attaché à redéfinir l'emphytéose telle qu'elle a été créée en droit romain, ayant pour objet un fonds, une terre à exploiter et/ou un immeuble à construire ou réhabiliter, l'objectif du recours à ce contrat étant d'entretenir le bien.

**135.** La controverse est tranchée car cet article fait cesser les discussions délicates sur l'interprétation de la nature juridique de l'emphytéose. Le texte proclame que ce contrat confère au preneur un droit réel, notamment susceptible d'hypothèque, et ne fait pas référence du bénéficiaire d'un droit de propriété. Ce texte met fin aux deux autres théories qui peuvent encore persister au début du siècle dernier, à savoir la théorie du double domaine dans laquelle le preneur peut bénéficier du domaine utile, et la théorie de la propriété du bien du bailleur transféré

---

<sup>346</sup> Jurisp. Gén., Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

<sup>347</sup> Art. 588 du c.civ.

temporairement au preneur. Les comptes rendus des débats relatifs au texte de la loi précitée évoquent également la distinction que cette définition permet d'établir entre l'emphytéose et le louage classique qui n'octroie qu'un droit personnel usage et de jouissance au preneur.

**136.** Autre élément distinctif, l'article 14 de cette même loi ajoute que l'acte constitutif d'emphytéose est alors assujéti aux droits d'enregistrement et de transcription établis pour les baux ordinaires, et ce contrairement à la jurisprudence fiscale antérieure qui l'a assimilé à une mutation de propriété<sup>348</sup>. Cependant, le second alinéa de cet article ajoute que les mutations à titre onéreux donnent ouverture au droit normalement fixé pour la transmission de propriété immobilière car comme le rappelle le rapport de la loi à ce propos « l'emphytéose emporte division du droit de propriété entre le bailleur et le preneur »<sup>349</sup>. Il s'agit là de l'introduction d'un nouvel élément distinctif vis-à-vis de la mutation de propriété, c'est-à-dire de la vente, qui permet d'identifier plus clairement encore le droit réel d'emphytéose comme un droit réel particulier, différent des autres droits réels reconnus par le code civil.

## **b- Le droit réel sur le bien d'autrui**

**137.** La question relative à la possibilité de créer de droits réels immobiliers en dehors du code civil doit être abordée. L'article 543 du code civil qui énonce qu'il est possible d'avoir « sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre », peut être interprété de façon limitative ou non. Cependant, si le débat reste encore prégnant aujourd'hui vis-à-vis de la possibilité pour la volonté privée de créer des droits réels, la grande majorité de la doctrine reconnaît que le champ des droits réels ne se limite pas à ceux désignés comme tel par le code civil. Il ne s'agit pas uniquement de l'usufruit et des servitudes, mais sont inclus également les autres droits réels créés par le législateur tel que l'emphytéose, qui est ainsi reconnu en tant que droit réel principal<sup>350</sup>. Cette reconnaissance de droit réel principal permet de rendre à l'emphytéose toute l'importance que le droit romain lui a déjà reconnue. La doctrine reconnaît dans le droit de propriété le plus important et le plus complet des droits réels, les autres droits réels principaux étant des démembrements de cette propriété. Les droits réels

---

<sup>348</sup> Recueil de droit civil et de procédure civile, notes parlementaires, 1902, p. 733.

<sup>349</sup> Jurisprudence générale, Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

<sup>350</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 94, DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 107 et svts ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 114, p. 59.



principaux se suffisent à eux-mêmes car leur exercice permet à leur titulaire de retirer l'utilité de la chose sur laquelle ils portent en dissociant les prérogatives du droit de propriété<sup>351</sup>. L'emphytéose crée à ce titre un droit sur la chose d'autrui, un *jus in re aliena* en droit romain. L'emphytéose, telle l'usufruit, ne confère qu'une partie, bien qu'importante, des attributs attachés à la propriété<sup>352</sup>.

**138.** Les utilités du bien objet du contrat sont classiquement divisées en *usus, fructus, abusus*<sup>353</sup>. Il est admis par une grande partie de la doctrine que l'*usus* et le *fructus* sont transmis par le bailleur à l'emphytéote<sup>354</sup>, rapprochant ainsi sa situation de celle de l'usufruitier. D'autres auteurs estiment que seul l'*usus* est conféré au preneur. En effet, ces auteurs font le parallèle avec l'usufruit et les servitudes, et envisagent l'emphytéose comme un droit réel de moindre importance qui est assez peu utilisé<sup>355</sup>. Néanmoins, d'une part, il doit être précisé que l'emphytéose, comme les autres baux réels immobiliers de longue durée (bail à construction et bail à réhabilitation), a un taux de mobilisation très important par les bailleurs sociaux<sup>356</sup>, et connaît un nouveau développement au travers les projets éoliens et photovoltaïques<sup>357</sup>. D'autre part, il semble qu'aboutir à cette conclusion, c'est omettre que l'emphytéote peut profiter des fruits de l'exploitation du fonds car il est reconnu dans le dernier alinéa de l'article L. 451-2 du code rural que celui-ci peut louer les biens objet du bail à l'usage de logements. Dans le même sens, l'article L. 451-4 du code précité fait référence aux récoltes que l'emphytéose peut produire et dont il peut jouir librement. Il faut rappeler que l'intérêt même de l'emphytéose, la raison pour laquelle ce contrat a été conçu dès l'antiquité est de permettre l'exploitation d'un bien, son entretien, tout en donnant à l'exploitant les possibilités d'en vivre donc de disposer de ses fruits<sup>358</sup>. Le preneur a par la suite toute liberté pour jouir de ces fruits, il n'a aucune obligation de les réinvestir complètement dans l'entretien ou le développement du fonds. Libre à lui d'employer les moyens qu'il lui semble utile et nécessaire pour assurer l'entretien du bien objet du bail dont la mesure où il respecte cette obligation. Il s'agit

---

<sup>351</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 771, p. 697.

<sup>352</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 92.

<sup>353</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 58 et p. 59.

<sup>354</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [847], p. 1808 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 412, p. 307.

<sup>355</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 590, p. 227 et n° 593, p. 228.

<sup>356</sup> USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014 : Taux de 44 %.

<sup>357</sup> TIXIER Jean-Luc, Le renouveau de l'emphytéose, Opérations immobilières n° 22, fév. 2010.

<sup>358</sup> DAREMBERG Charles et SAGLIO Edmond, Le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, Hachette, 1900, p. 606.

bien là de la définition du *fructus*<sup>359</sup>. Il est tout à fait erroné de conclure que l'emphytéote bénéficie uniquement de l'*usus* et non du *fructus*<sup>360</sup>. Il est alors possible de qualifier l'emphytéose de droit sur la chose d'autrui puisque ce contrat vient transférer temporairement certaines utilités du droit de propriété relatif au bien du bailleur<sup>361</sup>. En reconnaissance de la nature de ce droit, la jurisprudence a eu l'occasion de tirer les conclusions qui s'imposent en considérant notamment l'octroi d'un droit réel au preneur comme un impératif de l'emphytéose<sup>362</sup>, ne pouvant être limité à un simple droit de jouissance précaire<sup>363</sup>. En découle également un certain nombre de droits et de contraintes particulières qui s'imposent aux parties d'un tel contrat, et ce en raison du caractère réel du droit créé<sup>364</sup>. Cependant, la détermination de la nature du droit octroyé à l'emphytéote ne fait pas l'unanimité et quelques auteurs n'hésitent pas à en faire la critique et faire perdurer un débat que la loi de 1902 a voulu clôturer.

## 2- Une nature réelle immobilière critiquée

**139.** La loi des 25 juin et 4 juillet a établi très précisément la nature corporelle et immobilière du droit réel octroyé par l'emphytéose au preneur, cependant une partie de la doctrine alimente toujours le débat en contestant que l'emphytéose puisse être qualifiée de droit réel et non de droit personnel (a), et qu'elle soit identifiée comme un droit réel principal et non comme un droit réel accessoire (b).

### a- L'octroi d'un droit réel

**140.** La critique doctrinale relative à l'octroi d'un droit réel au preneur du bail emphytéotique porte essentiellement sur le fait que ce contrat est considéré par un certain nombre d'auteur comme un simple bail qui ne doit permettre au locataire que de bénéficier d'un droit personnel. Mazeaud et

---

<sup>359</sup> CHAGNOLLAUD DE SABOURET Dominique, Dictionnaire élémentaire du droit, Dalloz, 2016, p. 733.

<sup>360</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 778, p. 498.

<sup>361</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 771, p. 697 et 698 ; DROSS William, Jcl. c. civ., Biens. Droits dont les biens peuvent être l'objet, n° 11.

<sup>362</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 1978, n° 77-14155, D. 1979. IR 220.

<sup>363</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1991, n° 89-20008, Bull. civ. III, n° 140.

<sup>364</sup> Pour exemple : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-19731 : « Seuls les propriétaires, ou les titulaires d'un droit réel (titulaire d'un bail emphytéotique en l'occurrence) lorsque l'expropriation porte uniquement sur ce droit, ont qualité pour former un pourvoi en cassation contre une ordonnance portant transfert de propriété. » ; Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juillet 2002, n° 00-20697 : « Faute d'avoir été publiée, la cession d'un bail emphytéotique ... conférant ... un droit réel immobilier est inopposable au tiers qui a inscrit une hypothèque sur les mêmes droits. »

Chabas reconnaissent que le législateur a classé l'emphytéose dans la catégorie des droits réels mais maintiennent que l'emphytéote n'est qu'un locataire qui à la différence de l'usufruitier, n'a pas un droit direct sur le bien objet du bail, mais un droit contre le bailleur qui s'est obligé à mettre ce bien à sa disposition<sup>365</sup>. Ils en concluent que « l'emphytéose devrait être un droit personnel, puisque le bail emphytéotique n'est qu'une variété de louage »<sup>366</sup>. Cependant, ces mêmes auteurs conviennent également que la durée du bail, son but et l'absence presque totale d'obligations à la charge du bailleur, ont amené le législateur, et ce dès le droit romain, à accorder à l'emphytéote un droit réel. C'est bien ces spécificités qui distinguent l'emphytéose d'une simple location, sans pour autant en faire une vente ou un usufruit. La situation du preneur est très particulière et elle le rapproche, comme ces auteurs l'ont eux-mêmes énoncé, de celle d'un propriétaire. L'emphytéose crée un droit réel sur l'immeuble d'autrui, et ce bien que sa dénomination de « bail » puisse amener quelques interrogations. Il n'est pas plus une simple location ou qu'une vente, telle que le droit romain l'a déjà précisé.

**141.** Pour M. Dross, en attribuant un droit réel à l'emphytéose, le législateur « contribue à brouiller les frontières »<sup>367</sup>. L'auteur voit une contradiction entre l'obligation personnelle du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur et le droit réel de ce même preneur sur la chose qui prive l'obligation du bailleur d'objet puisque ce dernier n'a plus alors à s'engager personnellement. La plupart des auteurs reconnaissent effectivement que le bailleur a une telle obligation à l'encontre du preneur. Plus précisément, la doctrine générale estime qu'il est simplement interdit au bailleur de faire obstacle à la bonne exécution des droits et obligations du preneur, et qu'en conséquence il doit assurer une jouissance paisible au preneur<sup>368</sup>. Cette obligation n'est pas énoncée expressément. Elle n'apparaît ni dans le texte de la loi des 25 juin et 2 juillet 1902, ni dans les dispositions actuelles codifiées aux articles L. 451-1 et suivants du code rural. Cependant la doctrine et la jurisprudence ont reconnu à l'emphytéote, le bénéficiaire, avant leur suppression, des actions possessoires. Il peut encore invoquer par les voies de droit ordinaires, que sont le référé possessoire, protection conférée par l'article 2278 du code civil, ou encore l'action pétitoire afin de revendiquer son droit réel<sup>369</sup>. Ainsi, l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le

---

<sup>365</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1287, p. 5.

<sup>366</sup> Idem, n° 1692, p. 411.

<sup>367</sup> DROSS William, *Droit des biens*, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 122.

<sup>368</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 57 ; DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 396, p. 361.

<sup>369</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1696, p. 413 ;

preneur n'est certainement pas une obligation personnelle directe. Elle n'est pas née du rapport juridique existant entre le preneur et le bailleur, mais elle est la conséquence, l'effet secondaire de l'action dont le preneur bénéficie à l'encontre du bailleur. Estimer que bailleur a une obligation personnelle et directe de faire jouir paisiblement le preneur de l'emphytéose consiste à étendre l'application de l'article 1719 du code civil spécifique au contrat de louage classique à un contrat spécial, un contrat identifié comme étant sui-generis. Ceci n'est pas possible puisque la loi de 1902 a fait de l'emphytéose un contrat particulier au régime spécifique. M. Dross écrit que l'attribution d'un droit réel au preneur est impropre et qu'elle plus encore superflue. Toutefois, ce droit réel n'a pas pour seul intérêt de faciliter l'hypothèque des constructions et de favoriser le recours à l'emphytéose, mais est bien justifié par la véritable nature du contrat qui présente toutes les caractéristiques d'un droit réel sur l'immeuble d'autrui. En témoigne par ailleurs, les écrits de M. M. Zenati et Revet<sup>370</sup> qui voient dans ce droit réel un ersatz de propriété foncière. Par ailleurs, il paraît opportun de conclure ce développement en rappelant l'analyse de Carbonnier<sup>371</sup>, reprenant lui-même la théorie de Planiol qui ramène le droit réel à une obligation passivement universelle<sup>372</sup>, qui écrit que « les droits réels sont souvent pénétrés de rapports personnels ». Il semble que l'emphytéose soit effectivement « pénétrée » de rapports personnels qui peuvent exister entre le bailleur et le preneur, de façon indirecte, mais sans que cela ne modifie fondamentalement la nature du droit engendré par l'emphytéose.

**142.** Il a été démontré que l'emphytéose octroie un droit réel à l'emphytéote. Un droit réel peut être principal ou accessoire, et ce en fonction de la chose sur lequel le pouvoir juridique du bénéficiaire s'exerce directement<sup>373</sup>. Si la loi de 1902 a apporté une réponse explicite à ce questionnement, concernant l'emphytéose, il semble que le débat ne soit pas clos pour autant.

---

TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 934, p. 834 ; DEGACHE Christophe, Vade-mecum du bail emphytéotique, avril 2018, [villagedelajustice.com](http://villagedelajustice.com).

<sup>370</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, [315], p. 479.

<sup>371</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [704] et [705], p. 1585 et svts.

<sup>372</sup> PLANIOL, Traité élémentaire, 1896, I, n° 2158 : « ...un droit ne peut être qu'un rapport entre deux ou plusieurs personnes...le droit se résout ainsi en un rapport obligatoire entre les débiteurs, en nombre illimité, ne se révèlent que le jour où ils ont manqué à leur obligation. »

<sup>373</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Introduction, Thémis, 27<sup>ème</sup> éd., 2002, [164], p. 263.

## **b- L'octroi d'un droit réel principal**

**143.** Mazeaud et Chabas critiquent la nature du droit réel conféré à l'emphytéote telle que celle-ci a été définie par la loi de 1902 et reprise dans l'article L. 451-1 du code rural<sup>374</sup>. Ils estiment en effet que si l'emphytéose est reconnue, par le législateur et de façon générale par la jurisprudence et la doctrine, comme un droit réel immobilier principal, cette analyse n'est pas exacte. De l'avis de ces auteurs, l'emphytéose octroie, en réalité « un droit réel accessoire au droit de créance de l'emphytéote contre le bailleur »<sup>375</sup>. Dans cette logique, le droit de l'emphytéote constitue l'accessoire d'une créance, en l'occurrence de la créance du preneur à l'encontre du bailleur. Ce droit y est adjoint pour en renforcer l'efficacité c'est-à-dire pour se prémunir contre l'insolvabilité du bailleur. En ce sens le droit d'emphytéose constitue un droit réel de garantie, telles que le sont les sûretés réelles. Ainsi, il ne donne pas un pouvoir direct sur la chose, mais seulement un droit sur sa valeur<sup>376</sup>. L'emphytéose doit être, tout comme l'hypothèque selon les termes de l'article 2393 du code civil, « affecté à l'acquittement d'une obligation ». Néanmoins, Mazeaud et Chabas ne se prononcent pas sur la détermination de la créance dont le preneur peut se prévaloir à l'encontre du bailleur. Il est possible d'envisager qu'elle soit constituée dans l'obligation de jouissance paisible ou de mise à disposition du bien du bailleur. Cependant, ces obligations ne sont énoncées ni par la loi de 1902, ni par les articles du code rural. Il est possible de les déduire de l'application des règles du contrat de louage classique, mais là encore c'est oublié que l'emphytéose est depuis le droit romain reconnu comme un contrat particulier au régime juridique spécifique. De plus, reprenant la logique des auteurs précités, ce type de droit réel dit « accessoires » ne doit pas permettre au créancier d'user de la chose de son débiteur, mais seulement de « faire servir cette chose » en garantie de sa créance<sup>377</sup>. Un droit réel accessoire n'entraîne pas la dépossession immédiate et automatique du débiteur. Le créancier a, uniquement dans le respect de certaines conditions et limites, un droit de préférence ou encore un droit de suite. Néanmoins, l'emphytéote a l'usage du fonds, et cet usage constitue autant pour le preneur que pour le bailleur tout l'intérêt du contrat. Le droit d'emphytéose ne présente pas les caractéristiques d'un droit réel accessoire et la critique de Mazeaud et Chabas présente des limites qui ne peuvent pas être dépassées. C'est donc très justement que la doctrine contemporaine insiste

---

<sup>374</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1287, p. 5 et n° 1696, p. 413.

<sup>375</sup> Idem.

<sup>376</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 92.

<sup>377</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 51, p. 66 et 67.

sur le fait que ce droit réel conférant un droit de construire sur le terrain du bailleur qui s'en être un droit de propriété du sol est un droit réel sur l'immeuble d'autrui<sup>378</sup>.

**144.** Il a été établi que malgré les débats qui peuvent encore persister, il doit être reconnu dans le droit de l'emphytéote, un droit réel immobilier sur le bien du bailleur, c'est-à-dire un droit réel sur le bien d'autrui<sup>379</sup>. Cependant reste à définir la nature du droit d'accession en propriété du preneur, qui n'étant pas défini par les textes, et laisse une grande place aux réflexions doctrinales et indécisions jurisprudentielles.

## §2- Un droit de propriété

**145.** Selon les termes d'un vieil adage l'accessoire suit le principal<sup>380</sup>. Si la maxime trouve de nombreuses applications en droit, elle s'applique en droit immobilier dans le cadre de la formule *superficies solo cedit*, qui entraîne, dans le respect de certaines dispositions, l'extension du droit de propriété du sol aux choses qui s'y incorporent<sup>381</sup>. Aux termes de l'article 546 du code civil « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit à tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession. » C'est par le jeu de l'accession que le preneur du bail emphytéotique se voit octroyer des droits sur les biens et les cultures qu'il a implantés et entretenus, et ce alors même qu'il n'a pas les droits de propriété du fonds sur lequel a fait ces réalisations<sup>382</sup>.

Il est nécessaire de faire l'analyse de la nature de droit d'accession en propriété de l'emphytéote, afin dans un premier temps, d'en établir le processus (A), puis dans un second temps d'en identifier la véritable nature (B).

---

<sup>378</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualités sur la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. P.16 ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Droit de la construction, Encyclopédie Dalloz, dos. 140, n° 140.32.

<sup>379</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009, p. 16 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 929, p. 830 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228.

<sup>380</sup> Accessorium sequitur principale.

<sup>381</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 201, p. 191.

<sup>382</sup> Art. L. 451-10 du c. rural.

## **A- L'acquisition de la propriété par l'accession**

**146.** Afin d'établir le processus de l'accession de l'emphytéote et d'en faire une analyse complète il paraît fondamental d'aborder en premier lieu la théorie de l'accession artificielle immobilière (1), pour ensuite faire plus particulièrement l'étude de l'accession artificielle immobilière de l'emphytéote (2).

### **1- La théorie de l'accession artificielle immobilière**

**147.** La théorie de l'accession artificielle, telle qu'elle est appréhendée aujourd'hui, et bien qu'initiée par le droit romain, trouve ces véritables origines dans les concepts et idéaux qui ont été portés par le code civil (a). Néanmoins, ce principe connaît quelques aménagements qui doivent être soulignés et ce afin d'en saisir la portée et les limites (b).

#### **a- Les origines de la théorie**

**148.** *Accessio* signifie s'approcher, mais il fait également référence aux notions « d'augmentation » et « d'addition ». L'accessoire est une chose qui s'ajoute à l'autre, ce qui implique que l'accessoire et le principal sont reliés et qu'ils ne peuvent être envisagés indépendamment l'un de l'autre<sup>383</sup>. Cependant, bien que les maximes ne manquent pas pour indiquer que le bien accessoire suit le sort du bien principal<sup>384</sup>, les romains n'en ont jamais dégagé de théorie générale<sup>385</sup>. Au contraire, ils résolvent individuellement chaque question en fonction de considérations morales, économiques et sociales<sup>386</sup>. Le droit romain n'a pas considéré l'accession comme un véritable mode d'acquisition autonome de la propriété<sup>387</sup>. Ce même principe a permis la mise en œuvre du concept de l'affectation au service du principal. Cette logique juridique conduit les accessoires à être joints aux droits du principal et ce pour atteindre le but du contrat. Il s'agit ici de l'application d'une logique économique de l'accession. Dans ce contexte l'accession a pour objet de faciliter

---

<sup>383</sup> BALANGER Laurent, Etude de l'accession artificielle en droit romain, Thèse, Université d'Auvergne, 2004, p. 32.

<sup>384</sup> *Maior pars trahit ad se minorem, Accessorium sequitur naturam principalis, Accessio sedit principali.*

<sup>385</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, T. 2, Les biens, Les obligations, Quadriège, P.U.F., 2<sup>ème</sup> édition, 2017, [878], p. 1850.

<sup>386</sup> BALANGER Laurent, Etude de l'accession artificielle en droit romain, Thèse, Université d'Auvergne, 2004, p. 4.

<sup>387</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

l'atteinte des objectifs du principal, le tout formant un ensemble au but commun<sup>388</sup>. Cette conception de l'accession constitue une démonstration du régime juridique de l'emphytéose romaine dont la fonction principale est l'exploitation de terres incultes et, dans le cadre de cette activité, la réalisation de tous travaux pouvant être utiles au preneur. Les constructions et les cultures ainsi produites par l'emphytéote concourent à une exploitation efficiente du fonds objet du contrat. Les accessoires doivent recevoir une qualification vis-à-vis des droits du preneur, et dans ce cadre spécifique de l'emphytéose, le droit romain ne fait effectivement pas application d'un principe général selon lequel l'accession est une source de propriété. En effet, dans l'emphytéose, l'accessoire suit le principal dans les droits octroyés au preneur. La constitution de Justinien énonce expressément que l'emphytéote « n'acquiert pas, il est vrai, la propriété des accessions, mais on ne peut lui refuser sur elles un droit emphytéotique. »<sup>389</sup>.

**149.** Le code civil imposant la propriété comme un droit absolu a modifié la perception française de l'accession, qui est alors présenté comme une conséquence du droit de propriété<sup>390</sup>. Celle-ci est dite naturelle lorsque l'accroissement résulte de la nature, sans intervention humaine alors qu'elle est dite artificielle lorsqu'une personne intervient soit en plantant ou en construisant sur un fonds<sup>391</sup>. Dans le cadre particulier de l'accession immobilière artificielle, plusieurs règles ont été énoncées. L'article 551 du code précité définit l'accession en indiquant que « tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire », l'article 552, alinéa 1, dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous », et l'article 555 alinéa précise que « lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec les matériaux de ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit d'en conserver la propriété... ». La règle qui est énoncée est claire, et Grenier écrit à ce propos que ces dispositions ont amélioré les lois romaines qui « contenaient une foule de distinctions qui ne pouvaient que jeter de l'embarras »<sup>392</sup>. Le principe de l'unification de l'accessoire et du principal, de la propriété du sol et de la propriété de la construction fondement de l'accession artificielle immobilière s'impose en droit français<sup>393</sup>. L'article 712 du code civil résume ces aspects du droit en indiquant que la propriété s'acquiert par accession ou incorporation.

---

<sup>388</sup> BALANGER Laurent, Etude de l'accession artificielle en droit romain, Thèse, Université d'Auvergne, 2004, p. 31.

<sup>389</sup> MACKELDEY Ferdinand, Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes, Bruxelles, 1846, p. 167.

<sup>390</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 227, p. 209.

<sup>391</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 442 et n° 443, p. 128.

<sup>392</sup> GRENIER, Loqué, t. VIII, p. 203.

<sup>393</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.



**150.** Cependant, bien que le législateur ait voulu faire une application générale de ce principe, celui-ci a également créé un certain nombre d'aménagement qui modifie les règles de l'accession et permet qu'une personne non propriétaire du fonds puisse lui-même bénéficier de l'accession.

## **b- Les aménagements de la théorie**

**151.** L'accession, telle qu'elle a été édictée par le code civil, connaît quelques aménagements dans l'application de son principe. Non pas qu'elle ne puisse être source d'un droit de propriété, comme le droit romain a pu le prévoir par ailleurs et notamment au travers du régime de l'emphytéose, mais elle peut s'exercer au bénéfice d'une personne qui n'est pas propriétaire du fonds, c'est-à-dire propriétaire du principal sur lequel est réalisé l'accessoire. L'article 555 du code civil régit les rapports entre « le propriétaire du fonds » et les « tiers » qui y ont réalisé des plantations, constructions et ouvrages. Un tiers est une personne qui n'a aucun droit sur le sol. Pour exemple il a été décidé que l'accession peut jouer entre concubins<sup>394</sup>. Elle joue également entre époux mariés sous le régime de la communauté<sup>395</sup>. *A contrario*, l'usufruitier n'est pas un tiers et l'article 599 alinéa 2 énonce une règle qui déroge à l'application de l'article 555. Le troisième alinéa de ce dernier article indique que « si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages. » Néanmoins, le second alinéa de l'article 599 dispose que « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétend avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée ». Alors que le nu-propriétaire est toujours considéré dans l'usufruit comme le véritable propriétaire, parce qu'il a vocation à la perpétuité et ce même si son droit de propriété est temporairement limité, le principe de l'accession ne s'applique pas, en l'espèce, dans toutes ces dispositions<sup>396</sup>.

**152.** On note cependant, que l'article 555 du code civil est applicable dans les rapports entre bailleur et locataire, et ce même qu'il existe un lien contractuel entre ces deux personnes. Il a été admis à plusieurs reprises par la jurisprudence que dès lors que la loi ou le contrat de bail lui-

---

<sup>394</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 avr. 2009, n° 08-11.431.

<sup>395</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 juillet 1966, D. 1966. 713, note Dedieu.

<sup>396</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 830, p. 279.

même ne règle pas expressément le sort des constructions réalisées par le locataire<sup>397</sup>, l'accession permet l'acquisition des ouvrages construits ou plantés par le propriétaire du sol<sup>398</sup>. Cependant, alors que classiquement l'accession du propriétaire se réalise au fur et à mesure de la construction ou de l'incorporation au sol des matériaux ou des plantes, dans ce cadre particulier, la jurisprudence a établi que l'accession ne se produit qu'en fin de bail<sup>399</sup>. Il peut être relevé que le droit de propriété immobilière est souvent privé de cet attribut particulier que constitue le droit d'accession. Une personne peut être propriétaire des constructions élevées sur le fonds d'autrui. Cette situation crée alors une certaine autonomie en ce sens que le constructeur est propriétaire d'un bien édifié sur un terrain dont il n'est pas lui-même propriétaire<sup>400</sup>. Aussi faut-il en conclure que les titulaires de droits réels, tels que l'usufruitier et l'emphytéote, peuvent être bénéficiaire de l'accession<sup>401</sup>.

## **2- L'accession artificielle immobilière de l'emphytéote**

**153.** L'accession artificielle immobilière qui s'exerce au bénéfice de l'emphytéote durant la vie du contrat présente deux caractéristiques essentielles Elle est, à la fois, l'attribut de son droit réel (a), et constitue le fondement d'une dissociation de propriété entre le preneur et le bailleur (b).

### **a- L'attribut du droit réel de l'emphytéote**

**154.** La loi des 25 et 4 juillet 1902 indique, dans son article 10, que l'emphytéose profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose, et le rapport du député Graux rajoute, « sans augmentation de redevance »<sup>402</sup>. L'article L. 451-10 code rural énonce que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ». La loi écarte l'article 555 du code civil

---

<sup>397</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 nov. 1970, D. 1971. 395 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 juin 1975, Bull. civ. III, n° 215 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 nov. 1999, n° 97-21.942 P : D. 2000. AJ 77, obs. Rouquet ; Défrénois 2000. 312, obs. Atais ; Gaz. Pal. 2000. 2. 1975 note Barbier ; RDI 2000. 20, obs. Brushi.

<sup>398</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 7 mars 1955. 1955. 590, note Saint-Alary ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 nov. 1999, n° 97-21.942 P : D. 2000. AJ 77, obs. Rouquet ; Défrénois 2000. 312, obs. Atais ; Gaz. Pal. 2000. 2. 1975 note Barbier ; RDI 2000. 20, obs. Brushi ;

<sup>399</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1964, Bull. civ. I, n° 535 ; D. 1965. 473 ; JCP G 1965. II. 14213, n. P. Esmein, RTD civ. 1965. 373, obs. Bredin.

<sup>400</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 278, p. 211.

<sup>401</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 250, p. 221 ; COHET Frédérique, Accession, avril 2016, dalloz.fr ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1970, D. 1970. 562.

<sup>402</sup> Jurisp. Gén., Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

en y substituant d'autres dispositions. Ce dernier article n'est pas applicable dans le cadre de l'emphytéose, et ce alors même que l'emphytéote n'a pas obligation, sauf clause contraire, de réaliser des constructions ou des aménagements particuliers. Ceux-ci sont considérés comme la contrepartie de l'avantage d'un bail dont la durée est assez longue pour permettre au preneur de retirer un profit suffisant de ces travaux<sup>403</sup>. La Cour de cassation a confirmé cette analyse dans un arrêt du 16 avril 1970<sup>404</sup> en indiquant que « les dispositions de l'article 555 ne sont pas applicables en cas de bail emphytéotique, dont la caractéristique est la faible redevance versée au bailleur qui, en compensation, devient propriétaire à l'expiration du bail des constructions édifiées pendant la location sans verser aucune indemnité. » Il en résulte notamment que l'emphytéote jouit de l'alluvion sans augmentation de la redevance<sup>405</sup>. De plus, s'il peut sous-louer les biens dont il a la jouissance par l'octroi du droit réel immobilier, il peut également louer les constructions qu'il a lui-même réalisées et pour lesquelles il bénéficie de l'accession<sup>406</sup>.

**155.** Toutefois, il a été établi que le droit d'accession du preneur est limité aux seules constructions qu'il réalise, il ne s'étend pas au bâtiment dans lequel il a effectué des travaux qui demeurent la propriété du tréfoncier<sup>407</sup>. En outre, viennent se rajouter deux éléments importants à cette analyse de l'accession du preneur d'un bail emphytéotique. D'une part, la loi indique que l'accession profite à l'emphytéote uniquement pendant la durée du contrat. Lorsque la fin du bail survient, soit à l'expiration du terme, soit de façon anticipée, en cas de résolution pour inexécution des clauses du bail, l'emphytéote doit restituer le bien au propriétaire avec tous les aménagements et constructions. D'autre part, il faut ajouter que l'application du dispositif de l'emphytéose implique, aux termes de l'article L. 451-7 du code rural qui reprend l'esprit de la loi de 1902, que ce retour en pleine propriété du bailleur se fait sans qu'aucune indemnité ne soit versée à l'emphytéote<sup>408</sup>. Cet article écarte l'application du troisième alinéa de l'article 555 du code civil qui dispose que lorsque le propriétaire souhaite conserver les constructions réalisées sur son fonds il doit alors procéder à l'indemnisation du tiers constructeur. Dans le cadre de ce dernier article, l'indemnité est calculée en fonction des matériaux et au prix de la main d'œuvre nécessaires pour

---

<sup>403</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 252, p. 223.

<sup>404</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 avr. 1970, Bull. civ. III, n° 251.

<sup>405</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1970, S<sup>té</sup> Marseille de crédit c/Guillement et a., D. 1970. jur. 562.

<sup>406</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, Bull. civ. III, n° 34, D. 2005, Act. 713, obs. Rouquet, JCP E 2005, Chron. 826, n° 15, obs. Monéger ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juin 2010, Bull. civ. III, n° 110, D. 2010, Act. 1485, obs. Rouquet, Loyers et copr. 2010. 251, obs. Vial-Pedroletti, RTD civ. 2010, 589, obs. Revet.

<sup>407</sup> C.A.A. Nantes, 27 sept. 2012, req. n° 11NT02870, RJF 2013, n° 50.

<sup>408</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd. 2019, n° 594, p. 228.

une construction de même valeur que celle existant à la date à laquelle le juge statue<sup>409</sup>. Dans le contexte particulier de l'emphytéose, il est clairement entendu que l'abandon de l'accession de l'emphytéote, à l'issue du bail, découle de la nature du contrat passé avec le propriétaire du sol<sup>410</sup> qui fait exception à l'application de la règle classique de l'article du code civil susvisé.

**156.** L'emphytéote, qui n'est pas propriétaire du fonds, profite de l'accession. M. Bertrel<sup>411</sup> a pu analyser ce phénomène juridique et établir que l'accession n'est pas dans ce cas particulier l'attribut d'un droit de propriété mais plus spécifiquement l'attribut d'un monopole d'exploitation foncière. L'emphytéose engendre un monopole d'exploitation foncière au bénéfice de l'emphytéote. Ce monopole qui est caractérisé par le transfert de l'*usus* et du *fructus* au preneur, est dissocié de la propriété. Il crée un droit réel principal immobilier qui est octroyé à l'emphytéote. M. Bertel y voit un dédoublement de propriété dans lequel le preneur est propriétaire par accession dans sa perception économique. Il précise que « le droit de propriété trouve un fondement économique dans la notion de valeur, qui correspond communément à l'utilité. Nous ne sommes pas loin de ce que les économistes appellent la valeur d'usage ». Cette analyse rejoint la vision économique dans laquelle le droit romain a développé sa conception de l'accession, qui a conduit Justinien à énoncé que l'emphytéote profite de l'accession non pas en propriété, mais en emphytéose. Cependant, il n'est pas possible en droit français d'envisager une accession qui ne soit pas génératrice d'un droit de propriété. En partant du même constat de l'utilité économique de l'accession de l'emphytéote, le droit romain et le droit français post-code civil n'en ont pas tiré les mêmes conclusions.

**157.** Puisque l'accession de l'emphytéote n'engendre pas une unification des propriétés du fonds et de la construction réalisée, il est nécessaire de vérifier si celle-ci crée une véritable dissociation de propriété entre les deux partenaires du contrat.

## **b- Le fondement d'une dissociation de propriété**

**158.** La qualification de droit de propriété dans le cadre de l'accession de l'emphytéote est discutée. La situation du preneur, en tant que titulaire d'un droit d'utilisation ou de construction,

---

<sup>409</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 fév. 2006, JCP 2006, IV, 1591, JCP 2006, I, 178, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet.

<sup>410</sup> DROSS William, Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur, Thèse, Nancy II, 2000, n° 421, p. 418.

<sup>411</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

n'est pas suffisante pour caractériser le droit de propriété. Cette approche économique doit être vérifiée avec une approche juridique du concept<sup>412</sup>. Il s'agit d'observer si l'accession en propriété de l'emphytéote constitue un véritable droit de propriété. Le droit de propriété peut être défini comme un ensemble complet de prérogatives qui permet au propriétaire d'en tirer toutes les potentialités. C'est par cet aspect de la propriété qu'une critique a été portée sur la réalité du droit de propriété de l'emphytéote, et plus précisément sur le droit de démolition, attribut du droit de propriété, qui a priori ne peut être contesté. M. Dross s'est ainsi interrogé à l'égard de l'emphytéote, en relevant que l'emphytéote n'a pas le droit de détruire les constructions qu'il a réalisés dans le cadre du contrat puisque celles-ci doivent revenir en pleine propriété au bailleur à son terme<sup>413</sup>. L'auteur solutionne cette problématique en rappelant que « le droit de démolition peut exister en dehors de toute propriété du bien » et que la Cour de cassation a par ailleurs affirmé en relevant que « le droit de démolir pendant un temps limité ne saurait à lui seul constituer le droit de propriété de l'article 544 du code civil »<sup>414</sup>. En outre, le pouvoir matériel de disposer d'un immeuble est également restreint par le droit moderne. Pour exemple, il n'est possible de démolir une construction urbaine qu'avec une autorisation administrative, qui parfois impose la charge de reconstruire. Aucune prérogative du propriétaire est absolue car chacune d'entre elles comporte des restrictions très nombreuses et surtout en matière immobilière<sup>415</sup>. Face à la grande diversité des règles qui viennent limiter le droit de propriété, il a été démontré qu'il est nécessaire d'adapter la corporalité du droit de propriété au domaine économique, et qu'en conséquence celui-ci doit être entendu en considération des limitations qui s'imposent à lui sans pour autant le nier ou l'anéantir<sup>416</sup>.

**159.** Il ne peut être contesté que l'emphytéose devienne propriétaire de l'accessoire qu'il réalise dans le cadre du contrat. Alors que dans le cadre des dispositions du code civil l'accession artificielle immobilière constitue le fondement de l'unification de la propriété du sol et de la propriété de la construction, la nature de l'accession de l'emphytéote engendre la dissociation de la propriété du sol et de la propriété de la construction<sup>417</sup>. Cependant reste à déterminer l'exacte qualification de la propriété de l'emphytéote dont l'analyse, au regard des débats relatifs au droit de superficie, ne manque pas d'intérêt.

---

<sup>412</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

<sup>413</sup> DROSS William, Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur, Thèse, Nancy II, 2000, n° 146, p. 147 et svts.

<sup>414</sup> Req. 8 juillet 1851, S. 1851, I, p. 683.

<sup>415</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 123 et p. 124.

<sup>416</sup> ROLAIN Marianne, Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 497.

<sup>417</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

## **B- La nature du droit de superficie**

**160.** Il a été démontré que l'emphytéote est propriétaire de l'accessoire durant toute la durée du bail emphytéotique. Cependant, cette propriété est questionnée car elle rentre en corrélation avec la notion de droit de superficie qui ne fait encore aujourd'hui, en droit français, pas l'objet d'une réglementation spécifique<sup>418</sup>. Le droit de superficie est défini par la doctrine soit comme un droit réel sur le bien d'autrui<sup>419</sup>, soit comme un droit de propriété qu'un propriétaire, dit superficiaire, exerce sur la surface d'un fonds, dont le dessous ou tréfonds appartient à un autre propriétaire, dit tréfoncier<sup>420</sup>. La question de la qualification de l'accession en propriété de l'emphytéote n'est pas expressément résolue, et il est apparu nécessaire, au travers des interrogations qui doivent être portées sur le droit de superficie, d'en déterminer la nature. C'est ainsi que dans un premier temps l'accession de l'emphytéote peut être étudiée au travers du prisme du droit de superficie identifié en tant que droit réel sur le bien d'autrui (1), pour envisager dans un second temps cette même accession dans le cadre du droit de superficie défini comme un véritable droit de propriété (2).

### **1- Le droit de superficie, droit réel sur le bien d'autrui**

**161.** Pour une partie de la doctrine, le droit de superficie est un droit réel sur le bien d'autrui. Cependant, cette qualification englobe deux conceptions différentes. Une partie de la doctrine rejetant la conception dite « classique » du droit de superficie est favorable à une conception dualiste (a), alors que quelques auteurs l'envisagent dans une conception moniste (b).

#### **a- Une conception dualiste**

**162.** Pour certains auteurs, le droit de superficie ne peut pas être réduit à un droit de propriété sur les constructions. Pour M. Viatte, il ne peut être envisagé d'être propriétaire d'une construction sans avoir un droit quelconque sur sa base<sup>421</sup>, et pour M. Falys, le droit de superficie est toujours

---

<sup>418</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 289, p. 331.

<sup>419</sup> BERTREL Jean-Pierre, *L'accession artificielle immobilière*, RTD civ., 1994, p. 737 ; DUMONT Florence, *La nature juridique du droit de superficie*, Thèse, Lyon 2001, p. 464.

<sup>420</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Le droit des biens*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 900, p. 289 ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 949, p. 842.

<sup>421</sup> VIATTE Jean, *La location des constructions sur le terrain d'autrui*, Rev. loyers, 1966.421.

le complément d'un autre droit<sup>422</sup>. Il en résulte pour ces auteurs que le droit de superficie se décompose en deux éléments : un droit de construire ou de planter sur le sol d'autrui et un droit de propriété sur les constructions lorsqu'elles sont édifiées. Tant que le droit de construire n'est pas exercé, « il ne constitue un droit réel, démembrement du droit de propriété, et les constructions ou plantations une fois réalisées, constituent l'objet d'un véritable droit de propriété distinct de celui du tréfoncier »<sup>423</sup>.

**163.** Cette approche dualiste demeure très ancrée dans la doctrine contemporaine<sup>424</sup>. D'une part, cette conception du droit de superficie s'appuie sur une analyse particulière de l'article 553 du code civil<sup>425</sup>. M. Bertrel écrit que cet article ne pose non pas une unique présomption de propriété, mais construit « un droit complexe » comprenant un droit de construire (ou de planter) sur le sol d'autrui, et un droit de propriété sur les constructions (ou plantations), une fois que celles-ci ont été édifiées<sup>426</sup>. Il s'agit là de la structure dualiste du droit de superficie qui, pour quelques auteurs, trouve à s'appliquer dans l'emphytéose. D'autre part, l'argumentation des auteurs favorables à cette conception dualiste du droit de superficie se fonde sur le fait qu'il doit nécessairement porter sur le sol car il ne peut être « accroché au ciel par des fils invisibles<sup>427</sup> ». La théorie classique, qui envisage le droit de superficie comme un droit de propriété permettant de déroger au principe classique de l'accession, est critiquée pour « son irréalisme physique<sup>428</sup> ». Il faut alors en conclure que le droit de superficie ne peut pas être réduit à un droit de propriété sur les constructions.

**164.** Cependant, M. Bertrel ne cache pas que la théorie dualiste du droit de superficie induit « d'importantes conséquences pratiques » notamment dans le cadre d'ensemble immobilier complexe cumulant plusieurs volumes correspondants tous à un droit superficiaire. M. Saint Alary propose une solution, critiquée par M. Bertrel pour ne pas prendre toute la mesure dualiste du droit de superficie, qui reprend néanmoins cette même logique mais n'arrive pas à la même conclusion. Cet auteur estime en effet que si « l'exercice du droit du superficiaire implique l'existence d'un droit sur le sol », celui-ci peut prendre la forme de servitude d'appui, le fonds du tréfoncier devenant le fonds servant, et le fonds du superficiaire en devenant le fonds dominant. Il doit être

---

<sup>422</sup> FALYS Jacques, Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public, Ann. de droit et de sciences politiques, 1960, p. 84.

<sup>423</sup> MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, JOURDAIN Patrice, Droit civil, Les biens, Dalloz, 1995, n° 177.

<sup>424</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Dossier 290 - Droit de superficie, Droit de la construction, dalloz.fr, 290.101.

<sup>425</sup> Art. 553 du c.civ : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. »

<sup>426</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

<sup>427</sup> LATAULADE de D. et BOCQUET A., L'avenir du bail à construction, Gaz. Pal. 1974. I. 439.

<sup>428</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

constaté que, sans pour autant constituer une validation de cette conception dualiste du droit de superficie, c'est la solution qui a été envisagée et qui est employée par la pratique afin de garantir une bonne gestion des ensembles immobiliers. En effet, cette organisation juridique de volumes de propriété est aujourd'hui parfaitement orchestrée par le notariat et l'ensemble des géomètres-experts au travers du jeu des servitudes qui sont introduites dans tout acte constitutif de ce type d'opération immobilière. Sont ainsi prévues en sus des servitudes d'appui, des servitudes d'accrochage et d'ancrage, des servitudes de vues, de prospect et de surplomb, des servitudes de passages, des servitudes relatives aux canalisations, gaines et réseaux divers, ainsi que des servitudes d'écoulement des eaux pluviales, résultantes toutes de l'implantation des constructions et de la configuration architecturale de l'ensemble immobilier et grevant réciproquement l'ensemble des volumes les uns par rapport aux autres<sup>429</sup>.

**165.** Enfin, la théorie dualiste argue qu'il n'est pas possible qu'un droit de propriété puisse avoir pour objet autre chose qu'un bien corporel et matériel construit, le droit du superficiaire ne pouvant ainsi n'être qu'un droit réel avant qu'une construction ne vienne remplir le volume. Cette analyse semble dépassée. En effet, là encore la pratique a solutionné cette question en délimitant un espace de façon géographique et géométrique, duquel il résulte une scission notamment en hauteur, de la propriété et qui permet d'aboutir à la création de deux propriétés distinctes qui se superposent<sup>430</sup>. C'est ainsi qu'intervient la division en volumes telle qu'elle a été définie par M. Sizaire comme étant « une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en-dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des côtes NGF<sup>431</sup>, sans qu'il existe de partie objet d'une propriété commune entre les différentes fractions ou volumes<sup>432</sup>.

**166.** Il est nécessaire de confronter cette conception dualiste du droit de superficie au travers de sa mise en œuvre dans le bail emphytéotique. En effet, M. Bertrel prend l'exemple de l'emphytéose et plus précisément de la rédaction de l'article L. 451-10 du code rural qui énonce que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose » afin de souligner la

---

<sup>429</sup> 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, 2007, p. 17 et svts.

<sup>430</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009, p. 16.

<sup>431</sup> Le Nivellement Général de la France (NGF) constitue un réseau de repères altimétriques disséminés sur le territoire français. Les repères altimétriques permettent de déterminer l'altitude en chaque point du territoire. En NGF IGN69, l'altitude zéro (NGF 0) de référence est déterminée par le marégraphe de Marseille.

<sup>432</sup> 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, sept. 2007, n° 2254.



cohérence de sa conception du droit de superficie qui s'articule ainsi entre le droit de l'emphytéote superficière sur la construction et son droit sur le sol d'autrui<sup>433</sup>. Ainsi, le droit réel qui est octroyé sur le fonds à l'emphytéote est déjà l'expression du droit de superficie et en conséquence l'emphytéose n'est pas constitutif d'un droit particulier mais constitue l'expression, la mise en œuvre, du droit de superficie. Il faut rappeler que ces deux droits, emphytéose et droit de superficie, sont envisagés tout à fait distinctement dans la constitution de Justinien, et répondent ainsi chacun à des règles qui leur sont propres<sup>434</sup>. Par ailleurs, il peut être retenu au titre de preuve de cette distinction en droit français un arrêt de la Cour de cassation<sup>435</sup>, antérieur à la loi relative à l'emphytéose, qui cherchant à qualifier une situation juridique, écarte une qualification d'emphytéose, préférant celle de superficie. De plus, si les auteurs de la loi de 1902 font référence au droit romain, il n'a nullement été question du droit de superficie dans les débats relatifs à la loi de 1902. Le législateur a pu évoquer d'éventuels traits communs mais surtout distinctifs avec la location et la vente, mais aucunement avec le droit de superficie<sup>436</sup>. Il semble tout à fait impossible, si ce n'est en niant le fait que la conception moderne de l'emphytéose est le fruit de sa longue histoire, de fondre le droit d'emphytéose dans un droit de superficie générique.

## **b- Une conception moniste**

**167.** Cette conception du droit de superficie a été initiée par M. Zenati<sup>437</sup> et particulièrement développée par Mme Dumont dans le cadre de sa thèse intitulée « La nature juridique du droit de superficie »<sup>438</sup>. Ces auteurs envisagent le droit de superficie comme un droit réel sur le bien d'autrui, sans que celui-ci ne permette d'accéder à un droit de propriété. Mme Dumont écrit que « le droit de superficie en droit français n'est pas un droit de propriété » et conclue que la conception classique y voit un droit de propriété car elle a renoncé à le voir comme un droit perpétuel et exclusif de jouir des choses de la manière la plus absolue, au point de lui préférer une définition plus économique qui selon elle « en bouleverse l'identité »<sup>439</sup>. Selon Mme Dumont « le droit de superficie est un droit réel sur la chose d'autrui répondant à une fin spécifique : élever une

---

<sup>433</sup> BERTREL Jean-Pierre, L'accession artificielle immobilière, RTD civ., 1994, p. 737.

<sup>434</sup> MACKELDEY F., Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes, 3<sup>ème</sup> éd., 1846, p. 169 et svts.

<sup>435</sup> Req. 6 mars 1861, S, 1861, I, 174.

<sup>436</sup> Jurisprudence générale, Dalloz, 1903, 4<sup>ème</sup> cahier, 4<sup>ème</sup> partie, commentaires ss la loi des 25 juin et 4 juillet 1902.

<sup>437</sup> ZENATI Frédéric, obs. sous Cons. Const. 21 juillet 1994, JO, 23 juillet 1994, p. 10635, RTD civ. 1995, p. 656, n° 8 ; obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ. , 7 oct. 1998, RTD civ. 1999, 142.

<sup>438</sup> DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001.

<sup>439</sup> DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001, p. 359.

construction voire surélever une construction existante »<sup>440</sup>. En application de cette théorie, cet auteur a fait l'étude d'un éventuel rapprochement avec l'emphytéose<sup>441</sup>. Elle constate en préalable que l'emphytéote jouit d'importantes prérogatives sur le fonds qui ont conduit la jurisprudence et la doctrine à lui reconnaître un véritable droit de propriété que celui-ci soit temporaire ou partiaire, et qui permet alors d'initier un rapprochement avec le droit réel qu'est le droit de superficie<sup>442</sup>. Cependant, elle souligne plusieurs contraintes qui s'imposent à l'emphytéote en application de l'article L. 451-7 du code rural et qui, selon elle, ne peuvent qu'écarter la qualification de droit de superficie. Elle énumère l'interdiction du preneur de diminuer la valeur du fonds, de procéder à la destruction des biens et de demander une indemnité au bailleur. Enfin, Mme Dumont évoque le caractère rural de l'emphytéose et ajoute que « cette institution ne s'applique pas aux fonds urbains » ce qui « interdit véritablement d'y assimiler le droit de superficie ».

**168.** Il est nécessaire d'écarter une première objection énoncée par Mme Dumont. Le bail emphytéotique n'a pas le statut de bail rural et peut tout à fait avoir pour objet des biens urbains<sup>443</sup>. De fait, les bailleurs sociaux sont preneurs de très nombreux baux emphytéotiques ayant pour objet des immeubles urbains<sup>444</sup>. Ensuite, reprenant les arguments relatifs aux prérogatives limitées de l'emphytéose, il peut être rappelé que droit de propriété subi lui-même un certain nombre de restrictions qui le font obligatoirement évoluer vers une perception à la fois plus contrainte et économique<sup>445</sup>, mais également plus moderne<sup>446</sup>. En outre, Mme Dumont envisage le droit de superficie en tant que droit réel immobilier non constitutif d'un véritable droit de propriété. Il s'agit plus précisément d'un droit de jouissance du sol avec permission de bâtir<sup>447</sup>, or ce droit de construire ne peut qu'être également soumis à des restrictions légales relatives notamment aux règles d'urbanisme et de construction. Enfin, M.M. Terré et Simler<sup>448</sup> ont très justement retenu que « si le droit de superficie n'était qu'un droit réel sur la propriété d'autrui, son

---

<sup>440</sup> Idem, p. 464.

<sup>441</sup> Idem, p. 394 et svts.

<sup>442</sup> Cass. civ. 26 juin 1822, S.1822, I, 362 ; civ, 1<sup>er</sup> avril 1840, S.1840, I, 433 ; Cass. civ.24 juillet 1843, S.1843, I, 830 ; Cass. civ 18 mai 1847, D.1847, I, 176, S. 1847, I, 623.

<sup>443</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 932, p. 831 et svts.

<sup>444</sup> Voir : USH, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, Août 2016 ; Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, Mars 2015.

<sup>445</sup> ROLAIN Marianne, Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 497.

<sup>446</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009, p. 16.

<sup>447</sup> DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001, p. 464.

<sup>448</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 950, p. 843 et svts ; dans le même sens v. BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 286, p. 330 ; DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [133], p. 120.

caractère perpétuel vouerait à la condamnation le concept de volume de propriété ». Ainsi, la conception défendue par Mme Dumont ne peut être retenue, sous peine de condamner toute possibilité de droits de superficie perpétuels. Le Conseil constitutionnel<sup>449</sup> a jugé qu'un droit réel d'une durée indéfinie sur la propriété d'autrui est de nature à porter atteinte à la protection constitutionnelle due à la propriété. De plus, le volume de propriété est reconnu tant par la jurisprudence<sup>450</sup>, que par une grande majorité de la doctrine<sup>451</sup>. Il est également plébiscité par la pratique au travers des montages juridiques immobiliers conçus par les géomètres-experts et le notariat<sup>452</sup>. Il ne peut qu'être constaté que cette conception du droit de superficie rencontre de nombreux obstacles quant à sa compatibilité avec d'autres concepts qui ne peuvent être par ailleurs remis en question. En conséquence, il apparaît nécessaire de faire l'analyse de la conception dite « classique » du droit de superficie, qui s'impose de façon générale tant auprès de la doctrine que de la jurisprudence, et ce afin d'examiner sa cohérence avec la notion d'accession de l'emphytéote.

## **2- Un droit de propriété**

**169.** Il s'agit de définir le droit de superficie (a) dans sa conception classique reconnue par la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence, pour ensuite faire l'étude de son mode d'établissement dans le cadre de bail emphytéotique (b).

### **a- La définition du droit de superficie**

**170.** Le droit de superficie est une dissociation juridique de la propriété. Il confère à son titulaire la propriété de ce qui se trouve au-dessus du sol, généralement il s'agit de constructions, tandis que

---

<sup>449</sup> Cons. Const. N° 94-346 DC, 21 juillet 1994, JO 23 juillet 1994, p. 10635.

<sup>450</sup> Cass. civ. 14 nov. 1888, DP 1889 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 déc. 1969, Bull. civ. III, n° 832 ; C.E, 27 mai 1964, JCP 1964. II. 13936.

<sup>451</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 597, p. 229 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 950, p. 843 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 327 et svts ; MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 550. Par CHAPUT Jean-Christophe.

<sup>452</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 550. par CHAPUT Jean-Christophe ; 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, sept. 2007, n° 2254 et svts.

le propriétaire du terrain conserve la propriété du tréfonds<sup>453</sup>. A la différence de l'interprétation de M. Bertrel<sup>454</sup>, cette conception du droit de superficie estime que l'article 553 du code civil prévoit expressément la possibilité de faire coexister, sur un même fonds, plusieurs propriétaires superposés ou juxtaposés, sans qu'on puisse y voir l'addition d'un droit réel et d'un droit de propriété. Par ailleurs, cette même théorie voit dans le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 2133 du code civil une certaine définition de droit de superficie en posant le principe que « lorsqu'une personne possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, elle peut constituer hypothèque sur les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; .... »<sup>455</sup>. Cette conception est admise par l'opinion dominante en doctrine. Ainsi, MM. Marty et Raynaud envisagent le droit de superficie comme une dérogation au principe de l'accession, et admettent la similitude de nature entre les droits du superficiaire et ceux du tréfoncier<sup>456</sup>. Mazeaud et Chabas précisent que par ailleurs le droit de superficie n'est pas une copropriété car chacun est propriétaire de choses différentes<sup>457</sup>. Ce droit dédouble la propriété, entre une propriété de la surface et une autre du dessus ou du dessous. Malaurie et M. Aynes soulignent que le droit de superficie se distingue des démembrements de la propriété, tel que l'usufruit qui ne confère qu'une partie des prérogatives attachées à la propriété<sup>458</sup>. La jurisprudence a également retenu, très justement, que le droit de superficie n'est pas un nouveau droit réel qui vient s'ajouter à la liste limitative des droits réels, mais bien un droit de propriété sur les constructions<sup>459</sup>. Elle a conclu que comme le droit de propriété, le droit de superficie est susceptible d'hypothèque, a un caractère perpétuel et peut être acquis par la prescription<sup>460</sup>. Enfin, cette analyse a été reprise par une réponse ministérielle du 26 février 2001 qui dispose que « la

---

<sup>453</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la Construction*, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 550. par CHAPUT Jean-Christophe ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 750, p. 472 et svts.

<sup>454</sup> BERTREL Jean-Pierre, *L'accession artificielle immobilière*, RTD civ., 1994, p. 737.

<sup>455</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la Construction*, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 550. par CHAPUT Jean-Christophe ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 950, p. 842 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 363, p. 150.

<sup>456</sup> MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, JOURDAIN Patrice, *Droit civil*, Les biens, Dalloz, 1995, p. 193.

<sup>457</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1361, p. 122.

<sup>458</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des biens*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, , p. 289.

<sup>459</sup> Cass., req., 6 mars 1861, DP 1861. I. 418 ; Cass. req., 5 nov. 1866, DP 1867. I. 32, Cass. civ. 16 déc. 1873, Carl c/l'État, S. 1874. I. 457, note J.-E. Labbé ; Cass. req., 27 avr. 1891, DP 1892. I. 219 ; S. 1891. I. 369, note J.-E. Labbé ; Cass. req., 26 avr. 1906, S. 1906. I. 256 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ. , 1<sup>er</sup> déc. 1963, Bull. civ. I, n° 564 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 janv. 1975, Rev. loyers 1975. 174 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 mars 1991, Le Comte c/Cne de Chaudfontaine, n° 89-17.786, Bull. civ. III, n° 84 ; D. 1991. Somm. 308, obs. A. Robert, JCP 1992. II. 21890, note P. Ourliac, RDI 1991. 189, obs. J.-L. Bergel.

<sup>460</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, n° 11-13.202, Bull. civ. III, n° 84, LPA 13/14 août 2012. 17, obs. Agostini ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 déc. 2009, n° 08-20.310, Bull. civ. III, n° 266 ; D. 2010. 17, obs. Forest ; D. 2011. 199, obs. Atias et Capoulade, AJDI 2010. 644, obs. Tomasin, RDI 2010. 315, obs. Bergel.

superficie consiste dans le droit réel qu'un propriétaire exerce sur la surface du fonds dont le sol ou le dessous appartient à un autre propriétaire. C'est un droit qui présente les caractères de la propriété »<sup>461</sup>.

**171.** C'est fort de ce constat général fait par la doctrine dominante et la jurisprudence, que l'Association Henri Capitant créant fin 2006 une commission chargée de réfléchir au projet de réforme du livre II du code civil consacré aux biens a, le 12 novembre 2009, présenté certaines propositions ayant pour objet la notion du droit de superficie. L'une de ces propositions porte sur un article 562 intitulé « de l'objet de la propriété immobilière » qui précise qu'« un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriétaire superficiiaire, celle du dessous propriété tréfoncière. Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes »<sup>462</sup>. Reprenant la même idée, l'avant-projet de réforme du droit des biens a également envisagé le droit de superficie comme un découpage de l'immeuble en deux sections de propriété séparées horizontalement, qualifiant les volumes ainsi créés d'immeubles par nature. L'article 562 de l'avant-projet admet alors qu'un « fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes et ce sont les règles de la propriété qui s'appliquent ». Dans ce cadre, c'est en qualité de biens objets de propriété et non de droits démembrés que la superficie et le volume sont appréhendés<sup>463</sup>. Malheureusement, la réforme n'a pas abouti à identifier clairement le droit de superficie et n'a pu mettre un terme aux discussions doctrinales. Cependant, il ne peut être contesté qu'à ce jour l'application du concept du droit de superficie créant une dissociation de la propriété du dessus de celle du dessous donne lieu à des applications nouvelles qui répondent favorablement aux problématiques de raréfaction croissante de l'espace urbain et d'affinement des techniques de construction. De tels recours conduisent à définir le droit de superficie en un volume décrit en trois dimensions. Ce concept moderne de la propriété semble pouvoir autoriser tous projets immobiliers ambitieux et complexe, ce qui constitue une garantie de la pérennité de cette conception du droit de superficie, et qui par conséquent ne peut aboutir qu'à sa reconnaissance officielle<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> Rép. min. n° 55306, JOAN Q 26 fév. 2001, p. 1276, Constr.-Urb. 2001. 4.

<sup>462</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009, p. 16.

<sup>463</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 597, p. 229.

<sup>464</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 842 et svts.

## **b- L'établissement du droit de superficie**

**172.** Le droit de superficie est un véritable droit de propriété et l'emphytéose est une démonstration de son application. Ce contrat est générateur de l'accession en propriété de l'emphytéote sur les constructions ou améliorations qu'il a lui-même réalisé. Le preneur est provisoirement, c'est à dire, pendant la durée de vie du contrat, propriétaire de ces constructions, ce qui lui confère un droit de superficie distinct du droit du sol sur lequel il n'a qu'un droit réel immobilier<sup>465</sup>. M. Périnet-Marquet précise que l'emphytéose confère « un droit de construire sur le terrain et qui s'accompagne d'une renonciation à l'accession entraînant la propriété des constructions édifiées sur le terrain. »<sup>466</sup>. Cette situation juridique a été confirmée dans un arrêt du Conseil d'Etat du 8 décembre 1999 qui affirme que l'emphytéote doit « être regardé comme propriétaire de la superficie »<sup>467</sup>. M. Terré et Simler voient dans l'emphytéose un titre constitutif du droit de superficie, ce contrat pouvant alors être analysé un mode d'établissement particulier du droit de superficie<sup>468</sup>. Par ailleurs, c'est en vertu de son droit de propriété sur les biens réalisés que l'emphytéose en position de superficiataire dans ce contexte bien précis, peut consentir des baux, sans engendrer une sous-location des constructions et sans devoir obtenir l'accord du tréfoncier<sup>469</sup>. Ce statut de propriétaire temporaire de l'emphytéote vis-à-vis des biens qu'il a construit et loué a été notamment confirmé par un arrêt du 10 octobre 2012, par lequel le Conseil d'Etat valide qu'un office public de l'habitat, preneur d'un bail emphytéotique, est investie du droit qu'à un propriétaire de demander réparation du préjudice subi pour inexécution d'une décision d'expulsion de son locataire<sup>470</sup>. En outre, la même juridiction a précisé que le droit de superficie conforte le droit de construire de l'emphytéote car « le bail emphytéotique, même s'il ne confère qu'un droit de superficie temporaire au preneur, peut en principe, constituer un titre suffisant pour permettre à un constructeur d'obtenir légalement un permis de construire. »<sup>471</sup>. Enfin, le preneur a également la faculté de consentir une hypothèque sur les constructions afin d'obtenir du crédit pour les financer<sup>472</sup>.

---

<sup>465</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les Biens/Les Obligations*, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [877], p. 1848 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 295, p. 338 ; TIXIER Jean-Luc, *Le renouveau de l'emphytéose*, *Opérations immobilières* n° 22, fév. 2010.

<sup>466</sup> PERINET-MARQUET Hugues, *Actualités sur la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, RDI 2009. 16.

<sup>467</sup> C.E. 8 déc. 1999, Renucci, req. n° 168665, Lebon 420 ; Dr. et patr. juill-août 2001, p. 110, obs. Roussel.

<sup>468</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 847 et 848.

<sup>469</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 déc. 1972, Bull. civ. III, n° 665 ; Cass. civ., 20 déc. 1971, JCP 1972. II. 17197, note LEHMANN.

<sup>470</sup> C.E. 10 octobre 2012, Paris habitat OPH req. n° 352770.

<sup>471</sup> C.E., 15 févr. 1993, Cne d'Épinay-sur-Seine : Rép. Defrénois 1994, 35803, note Pérignon ; C.E., 22 nov. 1985 : RD imm. 1986, p. 63.

<sup>472</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 297, p. 338 et 339.

**173.** La commission créée par l'association Henri Capitant a proposé, dans le cadre de la réforme du droit des biens, un article 607 qui précise les droits des preneurs en indiquant que « des droits réels sur le sol peuvent être conférés par certains contrats, tels les baux emphytéotiques ou à construction. Ces droits cessibles et susceptibles d'hypothèque, confèrent à leurs titulaires, pendant la durée du contrat, la propriété des constructions ou plantations ou installations dont ils autorisent la réalisation. Ils sont régis par les lois qui les instituent.<sup>473</sup> ». Les termes de cet article présentent un grand intérêt car ils apportent la précision relative à la qualité de l'accession du preneur qui fait encore défaut aujourd'hui. Cette absence de réglementation continue d'alimenter le débat doctrinal, et ce alors même qu'un ensemble important d'éléments concourent à valider cette analyse de la nature du droit de superficie. Néanmoins, il est important de rappeler que si l'emphytéose confère l'accession en propriété au preneur, celle-ci n'est que temporaire car derrière elle « se profile le droit perpétuel du propriétaire qui bénéficiera de l'accession à la fin du bail. »<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009, p. 16.

<sup>474</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Le droit des biens, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 140.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**174.** La conception moderne de l'emphytéose est le fruit de la longue histoire de ce contrat qui s'est, depuis l'antiquité, adapté aux différents contextes historiques et économiques. Au vu de l'analyse de l'emphytéose qui a pu être réalisée, il paraît nécessaire d'en conclure deux choses. En premier lieu, il faut constater que la survivance de l'emphytéose au travers des époques n'est due qu'à ses qualités particulières. Il n'est pas question de qualité au sens juridique, mais de qualité au sens large du terme. C'est parce que le recours à ce contrat a pu paraître pertinent durant toutes ces périodes de l'antiquité et de l'histoire, qu'il a pu perdurer. L'emphytéose répond à des besoins et des buts qui sont les mêmes depuis toujours, à savoir de favoriser l'entretien et l'exploitation d'un fonds. Les intérêts des propriétaires-bailleurs et des preneurs n'ont eu de cesse de se rencontrer au cours des siècles dans le cadre de l'emphytéose. Ensuite, il ne peut qu'être remarqué que depuis le droit romain la nature de l'emphytéose a toujours été questionnée, analysée et discutée. Ceci souligne la modernité de ce contrat qui constitue un sujet de débat contemporain à chaque époque du droit<sup>475</sup>, mais cela témoigne également de la richesse du débat doctrinal qui interroge l'emphytéose dans un contexte juridique, économique et social en constante évolution. En droit positif, l'emphytéose est un contrat sui-generis à la nature composite qui octroie au preneur un droit réel immobilier sur le bien d'autrui et un droit de propriété, qualifié de droit de superficie, sur les constructions ou plantations qu'il réalise. La conception de l'emphytéose retenue est dite « classique » car elle est admise par la grande majorité de la doctrine<sup>476</sup> et de la jurisprudence<sup>477</sup>. Cependant, il a été également démontré que cette définition de la nature de l'emphytéose s'impose tant à l'égard des différents concepts et notions juridiques auxquelles elle a été confrontée, qu'aux conséquences qui résultent de sa mise œuvre. Seule cette détermination de la nature de l'emphytéose qui se compose de deux droits complémentaires, un droit réel immobilier principal sur le fonds et un droit de superficie sur les constructions réalisées, doit être retenue. Celle-ci

---

<sup>475</sup> FARON Olivier, A propos de la modernité de l'emphytéose. Les formes dissociées de la propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe siècle), Rome : Ecole Française de Rome, 1995, p. 9 ; TIXIER Jean-Luc, Le renouveau de l'emphytéose, Opérations immobilières n° 22, fév. 2010 ; VORMS Bernard, Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères ?, ANIL, Habitat Actualité, mai 2011 ; USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014 et Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015.

<sup>476</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 412, p. 307 ; CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [877], p. 1848 ; RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 274, p. 236.

<sup>477</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juil. 2002, n° 00-20697 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 av. 2002, n° 01-70.061, Bull. civ. III, n° 82, D. 2002, somm 2508 obs. Mallet-Bricout, JCPÉ 2002. 1843, note Keita, RTD civ. 2003. 114, obs. Revet ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2001, n° 99-20.871, Bull. civ III, n° 142, D. 2002. IR 253, RD rur. 2002. 3 et 178 et 285, obs. Crevel, Gaz. Pal. 20-22 janv. 2002. 27 ; JCP N 2002. 1186, p. 409, obs. Grimonprez. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 nov. 1999, Bull. civ, n° 212, JCP 2000. II. 10328, note Roussel.



donne une juste perception de l'ampleur des possibilités qu'offre ce contrat, tant pour le preneur qui en jouit durant un temps assez long, que pour le bailleur qui en cours de contrat reçoit le versement du canon ou loyer, et à terme profite de ces aménagements.

## CHAPITRE 2- UN BAIL DECLINE

**175.** Reconnaissant les qualités juridiques et la praticité du bail emphytéotique, le législateur fait le choix, au fil des années, de décliner cette formule en l'adaptant aux circonstances et nécessités de l'époque. Il crée le bail à construction, introduit par la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation<sup>478</sup>, et codifié aux articles L. 251- 1 à L. 215- 9 du code de la construction et de l'habitation. Dans le cadre de ce bail « 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 ». Puis, il instaure le bail à réhabilitation, par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement<sup>479</sup> et figurant aux articles L. 252- 1 à 252- 4 du code précité. Le bail à réhabilitation engage le preneur « à réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et à le conserver en bon état d'entretien et de réparations de toute nature en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du bail». Persévérant dans cette dynamique, le législateur crée le bail réel immobilier, par une ordonnance du 20 février 2014 n° 2014-159 relative au logement intermédiaire<sup>480</sup>. Régi par les articles L. 254-1 à L. 254-9 du même code, il vise à favoriser la construction et la réhabilitation de logements intermédiaires en octroyant au preneur « des droits réels en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements »<sup>481</sup>. Enfin, par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, vient s'intégrer au code précité, aux articles L. 255-1 et suivants, le bail réel solidaire. Ce nouveau et dernier contrat permet à un organisme de foncier solidaire de consentir à un preneur, pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, avec s'il y a lieu obligation pour ce dernier de construire ou réhabiliter des constructions existantes<sup>482</sup>.

**176.** Ces baux de longue durée présentent de nombreuses caractéristiques communes avec l'emphytéose dont ils sont largement inspirés. Baux de longue durée pouvant être conclus pour un délai maximum de 99 ans, contrats concédant un droit réel immobilier au preneur, ils ont

---

<sup>478</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>479</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>480</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>481</sup> Les logements locatifs intermédiaires sont des logements neufs, répondant aux dernières normes, notamment en matière de performance énergétique et d'isolation phonique. Les loyers, inférieurs de 15 à 20 % au prix du marché, sont plafonnés.

<sup>482</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juillet 2016.

également pour point commun d'autoriser une lecture économique différente des autres outils juridiques de maîtrise du foncier, permettant ainsi de réduire le coût de la charge foncière d'une opération immobilière<sup>483</sup>. De nombreux auteurs se sont interrogés sur le sens ou même l'utilité de ces distinctions<sup>484</sup>. En 2013, soit avant la création du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, le club des juristes, constatent que de nombreuses règles communes à ces baux constituent un socle substantiel pouvant permettre d'aboutir au final à créer un seul et unique bail réel immobilier<sup>485</sup>. Cependant, ces outils existent distinctement les uns des autres et présentent des éléments qui leur sont propres pour avoir été dictés par les circonstances de leur création. La nature réelle de ces contrats doit être interrogée afin d'en préciser les différents aspects entre des traits communs partagés avec l'emphytéose et leurs spécificités contextuelles<sup>486</sup> car de certaines incertitudes semblent subsister<sup>487</sup>.

**177.** En effet, ces baux réels immobiliers de longue durée ont une nature composite commune à celle du bail emphytéotique (1). Leurs affectations respectives n'ont pas modifié la teneur de cette nature, car cette dernière, *a contrario*, sert leurs objectifs (2).

## **Section 1- Une nature composite commune**

**178.** Le bail à construction et le bail à réhabilitation trouvent leur source dont la formule juridique que propose l'emphytéose depuis l'antiquité. Ces contrats sont inspirés du bail emphytéotique. Ils en sont les adaptations modernes et urbaines. Cependant, il est constaté qu'il n'existe pas de consensus doctrinal sur ce point et certains auteurs, considérant que ces baux de longue durée sont d'une nature différente, alimentent alors un débat qui doit être analysé (§1). Néanmoins, l'examen de la nature du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, telle qu'elle décrite par leur dispositif confirme la nature composite commune à l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée

---

<sup>483</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Cahier n° 151, Actualité Habitat, 2013, p. 13 et svts.

<sup>484</sup> DUBOIS SPAENLE Claire-Marie, Choisir entre bail emphytéotique et bail à construction, La Gazette, 26 mars 2018, p. 58 ; PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16 ; WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509 ; MALLET-BRICOUD Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>485</sup> Offre de loi du Club des juristes, Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif, Commission Immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales, sept. 2013, p. 12.

<sup>486</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16.

<sup>487</sup> BERGEL Jean-Louis, Effets juridiques et résiliation du bail à construction, RDI 1998. 191.

et valide expressément l'introduction de la notion de droit de propriété temporaire en droit positif (§2).

## **§1- Une structure composite discutée**

**179.** Face à la raréfaction et au renchérissement des terrains à bâtir, fruits de la spéculation foncière, le législateur de 1964, sur proposition du gouvernement, a souhaité élargir les possibilités de maîtrise des sols. Dans cette optique, il crée le bail à construction. Afin de permettre la mise sur le marché de nouveaux logements propres à satisfaire les besoins en logements sociaux pour les personnes les plus défavorisées, et constatant que le parc social ne peut y répondre seul, le législateur de 1990 donne vie au bail à réhabilitation. Ces deux baux de longue durée sont marqués par d'importantes similitudes avec le bail emphytéotique et la grande majorité de la doctrine constate qu'ils en constituent une version moderne. Il est possible d'en déduire une similarité de nature, cependant la question reste débattue. Si la doctrine a très vite affirmé que ces contrats sont constitutifs d'un droit de superficie temporaire, une partie des auteurs estime que ces contrats octroient au preneur un droit d'une nature particulière dit « droit réel superficiaire »<sup>488</sup> (A), alors qu'une théorie plus classique considérant ce droit de superficie comme accessoire au droit réel immobilier du preneur est toujours défendue (B)<sup>489</sup>.

### **A- Le droit réel superficiaire**

**180.** Afin de faire une analyse complète de cette conception plus récente de la nature du droit des preneurs des baux à construction et à réhabilitation, il doit être fait au préalable l'exposé de la théorie (1), pour ensuite étudier la conclusion qui en a été tirée (2) quant à leur qualification de baux superficiaires.

---

<sup>488</sup> TIXIER Jean-Louis, *Le bail à construction. De la théorie à la pratique* : LexisNexis Litec, coll. Litec Immo, 2006, 1<sup>re</sup> éd., p. 19.

<sup>489</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1592-2, p. 326 et p. 327; CHAPUT Jean-Christophe et ROCHEGUDE Stéphane, 103<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, La division de l'immeuble, audit des procédures de division conventionnelle : des techniques contrôlées à l'organisation conventionnelle de l'espace, JCP N.I. n° 18, 4 mai 2007, 1167 ; TRANCHANT Laetitia, Les accessoires artificiels : les accessoires « rattachés » à l'immeuble, JCP N.I. n° 46, 16 nov. 2018, 1338.

## 1- L'exposé de la théorie

**181.** Cette théorie se fonde sur une interprétation spécifique du droit de superficie appliquée, reproduite dans ce contexte particulier des baux de longue durée (a), et dont les arguments sont liés à la notion du droit à construire qui est inhérent à ce type de baux (b).

### a- Les fondements

**182.** La nature des droits octroyés au preneur est précisée dans les dispositions du code de la construction et de l'habitation. L'article L. 251-2 du code précité relatif au bail à construction disposant que « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées » et qu'à défaut « le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations », laisse entendre que le preneur est propriétaire des constructions en cours de bail. L'article L. 251-3 du même code énonce dans un premier alinéa que « le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier ». L'article L. 252-1 du code susvisé précise qu'au terme du bail à réhabilitation, les améliorations réalisées bénéficient au bailleur sans indemnisation, et l'article L. 252-2 indique que le preneur du bail à réhabilitation est titulaire d'un droit réel immobilier. Un certain nombre d'auteurs ont en conclu que ces contrats forment un nouveau mode d'accession provisoire à la propriété constituant une modernisation ou actualisation du droit de superficie adapté aux besoins reconnus par les gouvernements et législateurs<sup>490</sup>. Selon cette théorie, le bail à construction et le bail à réhabilitation constituent des applications du droit de superficie, tel qu'il est déduit de l'interprétation a contrario de l'article 553 du code civil. Cet article prévoyant une présomption d'accession au profit du propriétaire du terrain pour les constructions et plantations sur ce terrain, autorise l'exception au principe d'accession car il permet la dissociation entre le droit du propriétaire du sol, appelé aussi « superficière » et le droit du propriétaire du dessous ou « tréfonds », appelé encore tréfoncier<sup>491</sup>. M. Tixier tend à démontrer, dans le développement de cette théorie, que le preneur à qui est imposée l'obligation de construire un immeuble est titulaire d'un droit réel qui le fait agir comme

---

<sup>490</sup> MUSSO Dominique, La réquisition du droit d'usage, AJDI 1964, p. 195 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 1. ; BERTREL Jean-Louis, Le bail à construction, titre constitutif d'un droit de superficie, Thèse, Université de Tours, 1981, p. 317.

<sup>491</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 596, p. 229.

un propriétaire, et également de prérogatives dont il doit être titulaire<sup>492</sup>. Il précise qu'« il faut surtout retenir que le preneur bénéficie d'un droit réel qui est un droit de superficie dès la conclusion du contrat et qui porte tant sur la surface du terrain que sur la construction qu'il est amené à édifier, dont il devient propriétaire en qualité de superficiaire ». Ce droit réel, défini à l'article L. 251-1 alinéa 1 du code de la construction et de l'habitation, porte sur le terrain du bailleur et celui-ci constitue alors l'assiette juridique du bail à construction<sup>493</sup>. M. Bertrel conclut que par la mise en œuvre de ce contrat, le législateur a organisé une dissociation entre la propriété foncière et le droit de superficie<sup>494</sup>. M. Saint Alary confirme qu'il fait naître un droit de superficie dans la définition duquel il fait figurer la reconnaissance à un autre que le propriétaire du sol la jouissance et la disposition des choses qui s'élèvent au-dessus de la surface<sup>495</sup>.

**183.** Dans cette analyse, le bail à construction et le bail à réhabilitation constituent des applications légales du droit de superficie<sup>496</sup>, et cette conception a trouvé un certain écho dans un arrêt de la cour d'appel de Caen du 29 juin 1998<sup>497</sup> qui énonce que « le bail à construction confère indéniablement au preneur un droit réel immobilier dit droit de superficie ». Par ailleurs, cette nature a également été affirmée, au regard des obligations de publication du bail à construction au fichier immobilier. En effet, il a été précisé que de part « son caractère superficiaire » l'acte constitutif de ce bail de longue durée doit faire l'objet d'une publicité foncière<sup>498</sup>. M. Tixier complète son analyse en ajoutant que le bail à construction est le seul contrat à faire une aussi large application potentielle de ce droit réel superficiaire, le bail à réhabilitation en faisant une application beaucoup plus restreinte<sup>499</sup>.

---

<sup>492</sup> TIXIER Jean-Louis, *Le bail à construction. De la théorie à la pratique* : LexisNexis Litec, coll. Litec Immo, 2006, 1<sup>ère</sup> éd., p. 19.

<sup>493</sup> CHAPUT Jean-Christophe et ROCHEGUDE Stéphane, 103<sup>ème</sup> congrès des notaires de France, *La division de l'immeuble, audit des procédures de division conventionnelle : des techniques contrôlées à l'organisation conventionnelle de l'espace*, JCP N.I. n° 18, 4 mai 2007, 1167.

<sup>494</sup> BERTREL Jean-Louis, *Le bail à construction, titre constitutif d'un droit de superficie*, Thèse, Université de Tours, 1981, p. 18 et svts.

<sup>495</sup> SAINT ALARY R., *J-Cl. Notarial*, 1966, p. 1 ; *Rép. Civ. Dalloz*, V° Bail à construction, n° 11.

<sup>496</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 596, p. 229.

<sup>497</sup> C.A. Caen, Ch. expr. , 29 juin 1998, confirmé par Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2001, pourvoi n° 98-70.142.

<sup>498</sup> *Chron. Hypothécaire*, JCP N 1992. Prat. 2199.

<sup>499</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 317.

## **b- Les arguments**

**184.** Pour défendre cette conception de la nature du bail à construction et par extension celle du bail à réhabilitation, M. Tixier énonce que c'est le législateur lui-même qui a prescrit cette conception du droit du preneur<sup>500</sup>. Il explique que dans ces circonstances le droit de superficie n'est pas un accessoire du droit réel conféré au preneur du bail<sup>501</sup>. Le droit octroyé par ces contrats ne peut pas être considéré comme étant dans un premier temps un simple droit réel immobilier sur sol d'autrui tant que les constructions n'ont pas été édifiées qui, dans un deuxième temps, se mue en un droit de superficie en présence des constructions, et ce du fait de la coexistence du droit réel de construire, alors exercé, et du droit de propriété sur les édifices résultats de cet exercice. Pour justifier son analyse l'auteur énonce que la constitution d'un droit de superficie a toujours été admise tant postérieurement qu'antérieurement à l'édification ou à la plantation. Il rapproche directement la notion de superficie telle qu'elle est retenue par la majorité de la doctrine au droit du preneur en précisant alors que les conditions d'exercice des droits octroyés au preneur en vertu de ces types de baux de longue durée sont accordées indépendamment de l'époque à laquelle le contrat prend effet et de la date à laquelle la construction est réalisée<sup>502</sup>. Le droit réel superficiaire est octroyé au preneur dès la signature des baux à construction et à réhabilitation sans plus attendre le commencement de quelconques travaux.

**185.** Les auteurs, qui défendent cette théorie, voient dans ces deux baux de longue durée des actes constitutifs à titre principal et ab initio d'un droit de superficie. Le preneur bénéficie d'un droit réel qui est un droit de superficie dès la conclusion du contrat et qui porte tant sur la surface du terrain que sur la construction qu'il est amené à édifier, dont il devient propriétaire en qualité de superficiaire. Dans ce contexte, le droit de construire n'est pas détaché du droit superficiaire. A la différence de la théorie défendue par M. Bertrel<sup>503</sup>, les deux éléments qui composent le droit de superficie n'interviennent pas dans des temps différents, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un droit de construire sur le sol d'autrui et un droit de propriété sur les constructions au fur et à mesure de leur élévation. Les deux composantes du droit réel du preneur naissent simultanément dès la conclusion de l'acte authentique. Cette théorie s'appuie sur l'importance du droit de construire qui s'applique aussi bien au contexte du bail à construction qu'à celui du bail à réhabilitation car les

---

<sup>500</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 19.

<sup>501</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 17.

<sup>502</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la Construction*, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 550. par CHAPUT Jean-Christophe ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 950, p. 842.

<sup>503</sup> BERTREL Jean-Pierre, *L'accession artificielle immobilière*, RTD civ., 1994, p. 737.

obligations d'édification et d'amélioration constituent les critères essentiels de ces contrats et semblent alors justifier l'octroi au preneur de ce droit réel de superficie<sup>504</sup>. Une réponse ministérielle de 1969 énonce à ce propos que le preneur d'un bail à construction est titulaire d'un droit réel imposant obligation de construire un immeuble et accordant immédiatement, à cet effet, les prérogatives d'un propriétaire<sup>505</sup>. Cette idée rejoint alors la notion d'unité foncière qui réunit le fond et le droit de construire, ou plus précisément le pouvoir de construire, permettant ainsi d'inclure ce dernier dans un droit plus global, s'il n'existe pas en soi c'est-à-dire de façon autonome. Si le droit de propriété classique en est la démonstration la plus complète, il s'établit également, dans le recours au bail à construction et le bail à réhabilitation, au travers du droit de superficie, lesquels constituent alors une unité foncière<sup>506</sup>.

## **2- La conclusion de la théorie**

**186.** Le développement de cette théorie a pour effet de conclure à l'assimilation de ces baux de longue durée à des baux superficiaires (a). Cependant, cette qualification est discutable et il est nécessaire d'en préciser les limites (b).

### **a- L'assimilation aux baux superficiaires**

**187.** Les auteurs Malaurie et M. Aynés ont écrit que le droit de superficie a « une histoire tourmentée »<sup>507</sup>. Conçu par le droit romain, il est resté très vivant dans l'ancien droit pour être ensuite quasiment enterré par la révolution française et renaître timidement au 19<sup>ème</sup>. Il faut en effet attendre un arrêt de principe de la Cour de cassation de 1873 pour que soit consacrée la dissociation du droit de propriété et permettre au droit de superficie de former un droit de propriété distinct, autonome et total, séparé du fonds, sans démembrement et sans état d'indivision<sup>508</sup>. La dissociation de la propriété permet de scinder la propriété en deux, non pas dans un sens vertical mais dans un sens horizontal, dont la ligne de séparation horizontale est

---

<sup>504</sup> SIZAIRE Daniel, Requalification d'un contrat en bail à construction, Constr. – Urb. n° 7-8, juill. 2001, 143.

<sup>505</sup> Rép. Min., 9 sept. 1969, JO déb. AN, p. 1683.

<sup>506</sup> MAS Jean-Paul et CALMELS Louis, Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété, Constr.-Urb. n° 6, juin 2007, étude 12.

<sup>507</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 289 et svts

<sup>508</sup> Cass., 16 déc. 1873, DP 1874. I. 249 ; S. 1874. I. 457, n. J-E. Labbé.



définie par la volonté des parties créant ainsi deux propriétés distinctes. Par la suite ce concept ancien a été redynamisé pour connaître depuis quelques dizaines d'années un développement rapide dans le cadre de l'élaboration du système juridique de la division en volumes qui régit aujourd'hui de très nombreux ensembles immobiliers complexes, notamment à Paris les quartiers de la Défense, les Halles ou de la Gare Montparnasse<sup>509</sup>. De même qu'en droit romain, le droit moderne permet de constituer le droit de superficie, soit définitivement dans le cadre d'une vente ou sous la forme d'une renonciation par le propriétaire du sol au bénéfice de l'accession<sup>510</sup>, soit de façon temporaire et résulte alors de la conclusion d'un bail comportant la permission ou l'obligation de construire ou de planter. Le propriétaire renonce, en pareil cas, au bénéfice de l'accession immédiate. Cette renonciation peut être expresse et est alors prévue par le contrat lui-même<sup>511</sup>, ou tacite<sup>512</sup>. Certains auteurs envisagent l'emphytéose<sup>513</sup>, le bail à construction et le bail à réhabilitation comme des baux superficiaires<sup>514</sup>. Cependant, cette qualification sous-entend deux situations différentes.

**188.** Pour certains auteurs<sup>515</sup>, cette qualification est envisageable alors même qu'ils reconnaissent la double nature des droits octroyés au preneur de ces baux de longue durée (droit réel immobilier et droit de superficie). Ils admettent cependant qu'en l'occurrence il ne peut être question d'une « acception rigoureusement littérale ». Pour d'autres auteurs, cette conception de bail superficiaire ne peut être retenue que dans le contexte où ce type de baux de longue durée sont analysés comme permettant au superficiaire de disposer de façon principale d'un droit de propriété sur toutes les constructions édifiées par lui<sup>516</sup>. M. Tixier retient cette notion de bail superficiaire pour qualifier le bail à construction et le bail à réhabilitation<sup>517</sup>. Aussi, s'il est convenu par cet auteur que les baux à construction et à réhabilitation octroient exclusivement un droit de superficie au preneur, il est

---

<sup>509</sup> DROSS William, *Droit des biens*, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [365], p. 301 ; MAUREY Henri et LODIER Franck, *Du renouveau du droit de superficie*, JCP A. C. n° 46, 10 nov. 2008, 2258.

<sup>510</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 juin 1953, D. 1953.613.

<sup>511</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 nov. 1970, Bull. civ. III, n° 592, D. 1971.395.

<sup>512</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1964, Bull. civ. I., n° 535, D. 1965. 473 ; JCP G 1965. II. 14213, n. P. Esmien.

<sup>513</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Droit de superficie*, 2018/2019, Dalloz, dossier 290, 290.31 et svts ; GRIMONPREZ Benoît, *Superficie*, Répertoire Droit civil, Dalloz, mars 2013, n° 34 et svts ; DUTILLEUL COLLART François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 360 et svts.

<sup>514</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 229.

<sup>515</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 842 et svts.

<sup>516</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 338 et 339, n° 297.

<sup>517</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 12 et svts.

nécessaire de confronter les régimes de ces baux et celui du droit de superficie afin d'en vérifier l'adéquation<sup>518</sup>.

## **b- Les limites de l'assimilation**

**189.** Afin de faire une analyse efficiente de la qualité du droit de superficie dont le preneur d'un bail à longue jouit durant la vie du contrat, il doit être rappelé au préalable que classiquement il est entendu que ce droit, en dehors de ces circonstances particulières, s'étend à toute la surface du sol et à tous les objets établis sur le sol. Si le droit du superficiaire est considéré dans son intégralité il ne reste au tréfoncier que le droit à l'exploitation du sous-sol, par exemple des carrières, à condition toutefois de ne pas nuire à celle de la superficie, le droit à la redevance minière, au cas où l'exploitation d'une mine est concédée dans le tréfonds à un tiers, en application de l'article 716 du code civil, le droit à la moitié ou à la totalité du trésor découvert dans le sous-sol, selon que la découverte a été faite par un tiers ou par lui-même, et enfin la mitoyenneté du mur élevé par le propriétaire<sup>519</sup>. Dans ce même contexte, le superficiaire dispose sur les constructions édifiées de tous les attributs de la propriété. Il peut exercer un droit d'usage qui emporte le droit d'utiliser les constructions, de les améliorer, de les détruire ou de les reconstruire à volonté<sup>520</sup>. Cependant, l'objet du droit de superficie engendré dans le cadre du bail à construction ou du bail à réhabilitation est moins étendu. Dans le bail à construction, les prérogatives du preneur sont encadrées par son engagement à édifier des constructions et à les conserver en bon état d'entretien<sup>521</sup>, et le preneur d'un bail à réhabilitation est quant à lui d'autant plus contraint par son obligation de réaliser des travaux d'amélioration sur l'immeuble du preneur et de le conserver en bon état, mais également de le louer à l'usage exclusif d'habitation et de conclure un conventionnement spécifique avec l'Etat<sup>522</sup>. Dans ces deux cas le bailleur devient à terme normalement propriétaire des constructions ou réhabilitation réalisées<sup>523</sup>. Dans le cadre d'un bail conférant un droit de superficie complet, le preneur reste libre, jusqu'à la fin du bail, de supprimer

---

<sup>518</sup> BERTREL Jean-Louis, L'accession artificielle immobilière, RTD civ. 1994, p. 737.

<sup>519</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 290. par SAINT ALARY HOUIN Corinne.

<sup>520</sup> Rép. min. n° 55306, JOAN Q 26 févr. 2001, p. 1276 – Constr.- Urb. 2001. 4.

<sup>521</sup> Art. L. 251-1 du C.C.H.

<sup>522</sup> Art. L. 251-2 et svts du C.C.H.

<sup>523</sup> RAYNARD Jacques et Jean-Baptiste SEUBE, Droit des contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 340, p. 306.

les constructions<sup>524</sup>. De plus, comme tout droit de propriété, le droit de superficie est par nature perpétuel<sup>525</sup> et ne s'éteint pas par le non-usage<sup>526</sup>. Toutefois, ce principe est « sérieusement édulcoré »<sup>527</sup>, dans le cadre des baux de longue durée qui limite la durée du droit de superficie à celle du contrat qui lui a donné naissance.

**190.** Les droits du tréfoncier varient en fonction de l'importance des droits attribués au superficiaire. Si celui-ci n'a qu'un droit incomplet sur le sol, le propriétaire conserve d'importantes prérogatives. Ces restrictions, imposées au droit de superficie, créées dans le cadre des baux de longue durée susvisés montrent que la qualification de baux superficiaires soulève de sérieuses difficultés. Sous une même dénomination, sont amalgamées à la fois deux conceptions différentes de la nature du droit octroyé au preneur et deux réalités distinctes. D'une part, certains auteurs<sup>528</sup> reconnaissent la double nature du droit du preneur à bail à construction et à réhabilitation, et retiennent tout de même cette qualification de baux superficiaires, alors que pour d'autres auteurs<sup>529</sup> cette qualification ne peut être cohérente que dans la mesure où il est retenu que ces baux ne concèdent au preneur qu'un unique droit de superficie qui concentre à lui seul toutes ses prérogatives. D'autre part, d'un point de vue tout à fait concret, la situation juridique du preneur à bail de longue durée et celle d'un superficiaire qui bénéficie de l'intégralité de ces droits est différente. Outre une différence de répartition des droits entre les parties, une superposition définitive est généralement mise en œuvre par la constitution de volumes générés par un état descriptif de division en volumes, ce qui n'est pas le cas des baux de longue durée<sup>530</sup>. Le qualificatif de bail superficiaire à l'égard de ces contrats ne peut être utilisé qu'avec une certaine prudence car il s'agit en l'occurrence plus de l'aménagement particulier d'un droit de superficie dans le cadre de contrats spéciaux et non d'un véritable droit de superficie tel qu'il peut être entendu dans son sens le plus complet. Enfin, cet adjectif paraît d'autant plus erroné ou du moins apocryphe dans un contexte où la doctrine générale reconnaît au preneur l'octroi d'un droit réel immobilier principal complété par un droit de superficie accessoire. Il paraît alors peu adéquat de donner à ces baux une dénomination qui ne correspond véritablement pas à la nature principale du droit qu'ils octroient.

---

<sup>524</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadrige, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [877], p. 1849.

<sup>525</sup> Rép. min. n° 55306, JOAN Q 26 fév. 2001, p. 1276 – Constr.- Urb. 2001. 4.

<sup>526</sup> Req., 27 avr. 1891, DP 1892. 1. 219, S. 1891. 1. 369, note Labbé.

<sup>527</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la Construction*, 7<sup>ème</sup> éd., 2018-2019, Dalloz, dossier 290. par SAINT ALARY HOUIN Corinne.

<sup>528</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 849 et svts.

<sup>529</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 297, p. 338 et 339.

<sup>530</sup> Rép. quest. écrite : JO déb. Ass. Nat., 9 sept. 1959, p. 1683, réf. à l'art. 7 al. 3 du décret du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.

## **B- Un droit de superficie accessoire**

**191.** Cette analyse classique du droit du preneur tant à démontrer l'articulation entre un droit réel immobilier principal et un droit de superficie accessoire et ainsi de qualifier cette nature de composite (1). Il s'avère que cette analyse ne se contente pas d'une démonstration purement théorique car il est également possible de faire le constat de ses manifestations au travers de la mise en œuvre des baux à construction et à réhabilitation (2).

### **1- La démonstration de la nature composite**

**192.** Le bail à construction et le bail à réhabilitation, héritiers ou encore versions modernes de l'emphytéose, concèdent au preneur, un droit d'une nature composite au preneur comprenant un droit réel à titre principal (a) et un droit de propriété à titre accessoire (b) qui doivent faire chacun l'objet d'une analyse particulière.

#### **a-Un droit réel à titre principal**

**193.** Une partie de la doctrine<sup>531</sup> qui défend l'idée que les baux à construction et à réhabilitation sont des baux superficiaires se fondent sur cette analyse de leur nature pour les distinguer de l'emphytéose qui reste quant à elle marquée par sa nature composite. Selon, cette théorie l'emphytéote bénéficie d'un droit réel sur le bien d'autrui et d'un droit de superficie, alors que le preneur de ces derniers baux bénéficie de l'unique droit superficiaire qui englobe toutes ses prérogatives. Cette analyse rencontre quelques difficultés face à la logique jurisprudentielle qui a rapproché dans une même conception emphytéose et bail à construction. En 1861, la Cour de cassation a estimé qu'un bail emphytéotique peut impliquer la charge d'édifier des constructions<sup>532</sup>, et très récemment la cour d'appel d'Aix a fait référence à un bail emphytéotique dans lequel le preneur serait obligé d'édifier des locaux<sup>533</sup>. Cependant, depuis la loi n° 64-1247 du

---

<sup>531</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 228 et svts.

<sup>532</sup> Cass. civ., 11 nov. 1861, DP 1862, p. 444 et DP 1862, p. 275.

<sup>533</sup> C.A. Aix en Provence, 20 oct. 1987, AJDI 1989, p. 145.

16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation<sup>534</sup>, lorsqu'il est imposé au preneur, à titre principal, d'édifier une construction déterminée, la grande majorité de la jurisprudence et la doctrine estiment qu'il s'agit alors du champ d'application du bail à construction. La Cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 24 février 2005 qu'un contrat qualifié par ses signataires de bail « emphytéotique » portant obligation pour les preneurs d'édifier une construction sur un terrain constitue un bail à construction en raison de l'obligation pesant sur ces derniers de construire<sup>535</sup>. Il apparaît que l'obligation de construire constitue l'élément distinctif principal entre ces deux contrats de longue durée, car dans toutes ces démonstrations il n'est nullement question de leur différente nature, d'un bail superficiaire face à un bail de nature composite<sup>536</sup>. En jurisprudence, les natures de ces contrats ne sont jamais opposées l'une à l'autre.

**194.** Les articles du code de la construction et de l'habitation relatifs au bail à construction ne font pas référence à un unique droit superficiaire. L'article L. 251-3 précise que ce contrat « confère un droit réel immobilier au preneur » et que « ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain ». L'article L. 252-2 du code précité dispose que le preneur d'un bail à réhabilitation « est titulaire d'un droit réel immobilier. Le droit qui est conféré à titre principal au preneur des baux à construction et à réhabilitation reste un droit réel sur le bien d'autrui et n'est pas un droit de propriété ou un droit superficiaire sur le terrain<sup>537</sup>. La nature du droit conféré au preneur se trouve de cette manière affirmée et précisée sans aucune ambiguïté. La renonciation à l'accession, introduite par ces dispositifs au bénéfice du preneur durant toute la durée de vie de ces contrats, fait du preneur le propriétaire temporaire des constructions qu'il a édifiées ou réhabilitées, mais ce dernier n'a aucun droit sur le fonds autre que son droit réel<sup>538</sup>. Le preneur est simplement titulaire, sur le terrain, d'un droit réel immobilier, cessible et susceptible d'hypothèque qui ne peut être qualifié de droit de propriété. Le texte du premier alinéa de l'article L. 252-2 du code susvisé ne fait à cet égard que préciser les conséquences juridiques de la qualification de droit réel attribué au bail à réhabilitation, comme le fait également et dans les

---

<sup>534</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>535</sup> C.A. Paris, 24 fév. 2005, *Constr. Urb.*, 2005, comm. 136.

<sup>536</sup> BENABENT Alain, *Droits des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 312, p. 241 ; CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [877], p. 1849 ; RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 277, p. 264 ; MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 120.08, p. 134.

<sup>537</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, *Le bail à réhabilitation*, RDI 1991. 19 ; HUGOT Jean, *Un nouveau-né : le bail à réhabilitation*, JCP N.I. n° 24, 15 juin 1990, 100816 ; MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 376, p. 105.

<sup>538</sup> Art. L. 251-2 et art. L. 252-1 du C.C.H.

mêmes termes le deuxième alinéa de l'article L. 251-3 dudit code, pour le bail à construction. Ce droit est tout à fait différent d'un véritable droit de superficie car lorsque le notaire crée un droit de superficie, il confère la propriété d'une fraction volumétrique du terrain créée à l'occasion de l'établissement d'un état descriptif de division en volumes. L'objet même du contrat est le transfert du droit de propriété et non pas la création d'un droit réel sur le bien d'autrui<sup>539</sup>. Par ailleurs, le bailleur conserve un droit réel immobilier sur le fond objet de ces baux de longue durée. Il n'est pas entièrement dépossédé de ses droits pendant la durée de vie de ces contrats. En conséquence, il faut considérer que le preneur bénéficie, à titre principal, d'un droit réel sur le bien du bailleur.

## **b- Un droit de propriété temporaire à titre accessoire**

**195.** Il a été établi que le droit conféré par le bail à construction et le bail à réhabilitation est un droit réel conférant un droit de construire sur le terrain et qui s'accompagne d'une renonciation à l'accession entraînant la propriété des constructions édifiées sur ce terrain<sup>540</sup>. Dans ce type de baux, le preneur a en cours de contrat un droit réel original sur l'ensemble immobilier, qui est complété, par les termes des dispositions législatives, par un droit de superficie sur les constructions<sup>541</sup>. Cet élément commun, cette nature commune à l'emphytéose, au bail à construction et au bail à réhabilitation permet au preneur de conserver la propriété des constructions pour pouvoir réaliser les travaux nécessaires, les démolir dans le cas du bail à construction, et les exploiter librement. C'est également conformément à cette logique qu'il est désigné comme responsable de l'incendie des bâtiments existants. En conséquence, le droit de superficie est un accessoire au droit réel immobilier du preneur car celui-ci devient propriétaire des constructions qu'il édifie pendant la durée du bail à construction ou qu'il réhabilite durant la vie du bail à réhabilitation, et c'est dans le cadre de la manifestation de ce droit réel immobilier que le preneur bénéficie d'un droit de superficie<sup>542</sup>. Le droit de superficie peut être qualifié de droit « accessoire ». Le preneur de ces baux de longue durée se voit conférer, pendant la durée du bail, deux prérogatives complémentaires : un droit réel principal sur le sol et un droit accessoire de

---

<sup>539</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16.

<sup>540</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16.

<sup>541</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les biens, Les obligations, Quadriga, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [877], p. 1849.

<sup>542</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1361 et n° 1697-3 ; TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz-Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 824, p. 836 et svts.

superficie sur les constructions qu'il édifie ou réhabilite<sup>543</sup>. Cette théorie a été reprise par la jurisprudence comme il est possible de le constater dans plusieurs arrêts du Conseil d'Etat énonçant que le droit réel du preneur d'un bail à construction s'analyse en un droit réel principal et que le titulaire de ce droit réel immobilier doit être analysé comme propriétaire de la superficie<sup>544</sup>.

**196.** Cependant, il est nécessaire de préciser que cette analyse des droits octroyés aux preneurs des baux de longue durée ne remet pas en cause la notion de droit de superficie telle qu'elle est communément reconnue par la doctrine. Il s'agit en l'occurrence de l'identification de droits spécifiquement conférés dans le cadre de contrats spéciaux mais aucunement de la détermination du droit de superficie qui pour autant peut tout à fait exister indépendamment de tout autre droit dans le cadre d'une convention de location ou d'un contrat de vente. Le droit de superficie n'est pas systématiquement l'accessoire d'un droit réel immobilier<sup>545</sup>. Dans ces circonstances, le droit de superficie est alors détaillé dans le cadre d'un état descriptif de division en volume faisant référence à des points précis déterminés dans l'espace<sup>546</sup>. C'est donc dans le cadre très particulier de ces baux de longue durée que le droit de superficie ne peut qu'être accessoire au droit réel immobilier du preneur.

**197.** La nature composite du droit octroyé par le bail à construction et le bail à réhabilitation a été établie. Elle implique une certaine complexité du droit octroyé au preneur car il comprend à la fois un droit réel immobilier identifié dans ce contexte particulier et un élément accessoire constituant la propriété des constructions édifiées<sup>547</sup>. Cette complémentarité peut être constatée aux travers d'un certain nombre de manifestations qui confirment le bien-fondé de cette analyse.

---

<sup>543</sup> JCl. Roulois, Fasc. 6180 : Construction – Bail à construction. Bail à réhabilitation, 26 av. 2018 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-3, p. 414 ; MARTY Jean-Pierre, La dissociation juridique de l'immeuble : contribution à l'étude du droit de superficie, LGDJ 1979, n° 245 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 752, p. 475 et n° 783, p. 504.

<sup>544</sup> C.E. 2<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> ss-sect., 8 déc. 1999, n° 168665 ; C.E. 23 déc. 2011, Min. Economie, Finances et Indust. et Cne de Sceaux c/Sté Fortis Lease France, req. n° 313306.

<sup>545</sup> Nonobstant quelques servitudes d'appui, des servitudes d'accrochage et d'ancrage, des servitudes de vues, de prospect et de surplomb, des servitudes de passages rendues nécessaires par les positionnements naturels, architecturaux ou techniques.

<sup>546</sup> 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, sept. 2007, n° 2254.

<sup>547</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 784, p. 506.

## 2- Les manifestations de la nature composite

**198.** Cette conception de la nature du droit concédé au preneur est confortée par les manifestations constatées tant en cours (a), qu'en fin de vie de ces contrats (b).

### a- En cours de vie des contrats

**199.** De la même façon que dans le cadre de l'emphytéose, pendant la durée des baux à construction et à réhabilitation, le preneur est titulaire d'un droit réel sur la chose objet du bail, c'est-à-dire le terrain à bâtir ou l'immeuble à réhabiliter, et est propriétaire de l'immeuble qu'il a édifié ou des réhabilitations réalisées. Le bien dans son état d'origine, terrain nu ou partie d'immeuble objet du bail, reste propriété du bailleur, alors que ce dernier ne détient aucun droit sur les constructions et améliorations réalisées par le preneur durant la vie du contrat. En conséquence, certains droits dont bénéficie le preneur sont l'expression du droit réel immobilier principal, et d'autres sont inhérents au droit de superficie accessoire. Les possibilités de constituer des servitudes en sont une manifestation. Le preneur du bail à construction a le droit de constituer les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail<sup>548</sup>. Ces servitudes passives survivent à l'extinction du bail à construction<sup>549</sup>. Il s'agit, le plus souvent, de servitudes de passage, d'appui, de voisinage, mais également de servitudes réciproques de cour commune grevant des parcelles voisines<sup>550</sup>. Cependant, il a été précisé par la jurisprudence qu'une convention peut soumettre une servitude à l'accord du bailleur si celle-ci n'est pas indispensable à la réalisation de la construction sur le terrain faisant l'objet du bail<sup>551</sup>. Ceci démontre bien que le bailleur demeure propriétaire du sol et que le preneur est propriétaire des constructions qu'il édifie pendant la durée du bail<sup>552</sup>. Concernant le bail à réhabilitation, la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation énonce expressément qu'il confère au preneur un droit réel sur l'immeuble qui lui donne un certain nombre de droits et obligations, dont le bailleur bénéficie initialement en tant que propriétaire, et ce dans les conditions prévues au contrat et

---

<sup>548</sup> Art. L. 251-3 du C.C.H.

<sup>549</sup> Art. L. 251-6 du C.C.H.

<sup>550</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 120.81, p. 140.

<sup>551</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juillet 1998, Bull. civ. III, n° 164 ; RDI 1999. 621 ; Constr. Urb. 1998, n° 299.

<sup>552</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 938, p. 836.



pendant toute la durée de celui-ci<sup>553</sup>. Il est ajouté que le bailleur conserve, sous réserve des droits du preneur, la possibilité de faire certains actes de dispositions (hypothèques, vente) pendant la durée du bail. Ces dispositions établissent très clairement la distribution des rôles et prérogatives entre bailleur et preneur, et confirment que le droit réel immobilier du preneur du bail à réhabilitation constitue le droit principal sur lequel vient s'agencer un droit de superficie accessoire.

**200.** Cette coexistence entre droits du bailleur, considéré comme le véritable propriétaire du terrain, et le preneur à bail à construction est relevée dans le cadre de la mise en œuvre du droit de préemption. Cela a été établi par un arrêt de la Cour de cassation datée du 11 mai 2000<sup>554</sup>. Dans cette affaire, deux sociétés, dont la première est propriétaire de parcelles de terre et la seconde est titulaire d'un bail à construction sur l'une de ces parcelles, souhaitaient réaliser concomitamment la vente de leurs droits. La Cour d'appel retient, à bon droit, que le droit de préemption de la commune ne peut concerner le bail à construction et que la transmission simultanée du terrain et du droit au bail ne peut y faire échec. Elle en déduit qu'il ne peut être fait grief au notaire chargé de la rédaction des actes de ne pas avoir fait apparaître la solidarité voulue par les deux sociétés venderesses dès lors que cette condition est inopposable à la commune pour l'application de son droit de préemption. Seule une préemption portant sur la cession des droits du bailleur est concevable car cette cession s'analyse comme la vente d'un terrain grevé d'un bail. En revanche, il n'est pas possible de concevoir une préemption portant uniquement sur les constructions car l'article L. 251-3 du code de la construction prévoit que « le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société » et non que celui-ci peut céder tout ou partie de son droit réel immobilier et de son droit de propriété temporaire sur les constructions<sup>555</sup>. Il s'agit d'une nouvelle démonstration de la distinction de droits existants entre bailleur et preneur, mais également de cette concomitance sur un même fonds entre propriété du terrain et des constructions.

**201.** Cette singularité propre aux baux de longue durée est démontrée par l'application des règles fiscales. Il est énoncé que le preneur d'un bail à construction étant, pendant la durée du bail, propriétaire des constructions qu'il édifie et bénéficiant d'un droit réel immobilier sur le terrain du bailleur en vertu des dispositions des articles L. 251-1, L. 251-2 et L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation, doit être regardé, lorsque le permis de construire a été délivré au

---

<sup>553</sup> Circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>554</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 2000, n° 97-18.610 P: Constr.-Urb. 2000, n° 180, obs. Cornille ; Defrénois 2000. 1245, note Benoît-Cattin.

<sup>555</sup> PERIGNON Sylvain, Defrénois 1990, art. 34915, spécialement. n° 5 et 6, p. 1315.

bailleur, comme un ayant cause du titulaire de l'autorisation de construire au sens des dispositions des articles 1723 decies et 1929 du code général des impôts<sup>556</sup>. En conséquence, il figure parmi les personnes tenues solidairement avec le titulaire du permis de construire au paiement du versement pour dépassement du plafond légal de densité et de la taxe locale d'équipement. Cette logique peut être appliquée au bail à réhabilitation dans sa coexistence entre droits du bailleur et droits du preneur.

## **b- En fin de vie des contrats**

**202.** La fin de vie des baux de longue durée intervient à terme selon la durée ou la date fixée dans le contenu de l'acte authentique. Pour le bail à construction et le bail à réhabilitation, cet événement entraîne pour le bailleur un retour en pleine propriété dans son patrimoine de l'ensemble du bien soumis à bail et réalisé dans son cadre. La résiliation de ces contrats en cours de vie a également pour effet d'anéantir le droit réel et le droit de superficie engendrés lors de leur conclusion et, sauf convention contraire, de transférer au bailleur la propriété des constructions édifiées par le preneur<sup>557</sup>. La jurisprudence faisant une stricte application de ce principe, en relevant que le preneur bénéficiant sur le terrain d'un droit réel immobilier et sur les constructions d'un droit de propriété temporaire, et le bailleur étant propriétaire du sol, en a déduit une conséquence fiscale<sup>558</sup>. Par l'effet de la résiliation le preneur perd ce droit de propriété temporaire et permet au bailleur d'accéder à la propriété des immeubles construits avant l'expiration du bail, de sorte qu'entraînant transfert de propriété des immeubles, la résiliation constitue une mutation soumise aux droits d'enregistrement des mutations d'immeubles. Les conditions d'expropriation relatives aux baux susvisés constituent également une reconnaissance de la double composante des droits octroyés au preneur, ainsi que du droit de propriété qui est conservé par le bailleur. Il a été jugé qu'en cas d'expropriation, le droit réel immobilier a une valeur distincte de celle des constructions<sup>559</sup>. Le preneur a droit à une indemnité pour ces constructions<sup>560</sup>, et cette indemnisation, pour perte de la propriété des constructions qu'il a édifiées, n'exclut pas celle du

---

<sup>556</sup> C.E. 23 déc. 2011, Min. Économie, Finances et Industrie et Cne de Sceaux c/ Sté Fortis Lease France, n° 313306; Lebon T. 886, 1089, 1195; Constr.-Urb. 2012. 91, obs. Gonzalez-Gharbi.

<sup>557</sup> BERGEL Jean-Louis, Effets juridiques et résiliation du bail à construction, RDI 1998. 191.

<sup>558</sup> Cass. com., 24 juin 1997, n° 1695 P, SCI Agnel-Teissonnière c/ Directeur des services fiscaux du Gard.

<sup>559</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2004, n° 02- 15.754, Bull. civ. III, n° 66 ; RDI 2005. 21, obs. C. Saint- Alary- Houin ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 juill. 1997, Sté Intercoop c/ Cne Bois- Guillaume, n° 95- 70.038.

<sup>560</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> civ., 5 janv. 2012, n° 10- 26.965, Bull. civ. III, n° 3 ; RDI 2012. 271, obs. J.- L. Bergel ; JCP N 2012, n° 165, p. 7.

bailleur pour perte de la propriété de ces biens<sup>561</sup>. Enfin, un dernier événement illustre la complémentarité des droits octroyés au preneur d'un bail à construction ou d'un bail à réhabilitation. La Cour de cassation a énoncé que la confusion des droits locatifs et de propriété éteint le droit au bail sur les parcelles dont le preneur devient alors propriétaire<sup>562</sup>. Cependant, aucun transfert de la propriété des constructions ne s'étant produit entre le patrimoine du preneur et celui du bailleur, le premier étant bénéficiaire du droit de superficie, la valeur des constructions ne peut entrer dans l'assiette des droits d'enregistrement.

**203.** La nature composite du droit réel octroyé au preneur des contrats précités est démontrée au travers des différentes circonstances rencontrées dans le cadre de la fin de vie de ces contrats. Cette démonstration concourt à confirmer cette dualité de droit qui s'orchestre entre un droit réel immobilier principal et un droit de superficie accessoire, et ce même si l'engouement doctrinal relatif à un unique droit superficiaire persiste en la matière. Il ne peut qu'en être déduit que le bail à construction et le bail à réhabilitation sont de la même nature que le bail emphytéotique, l'objectif de ces deux premiers contrats étant de revaloriser la formule emphytéotique afin de promouvoir la construction et la réhabilitation d'un bâti vieillissant.

**204.** Par ailleurs si ces baux de longue durée ont aujourd'hui atteint une certaine maturité, ils sont désormais concurrencés par une nouvelle technique adaptée à un contexte économique renouvelé<sup>563</sup>. Le législateur s'est une nouvelle fois inspiré de la technique des baux réels pour créer le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, et en faire des instruments de sa politique de logements. Cependant, certains observateurs y ont vu l'avènement d'un nouveau mode de propriété temporaire qui semble distinguer ces nouveaux contrats des précédents baux de longue durée. La nature de ces deux contrats doit faire l'objet d'une étude approfondie afin d'en dévoiler toutes les subtilités et d'en établir la qualification.

---

<sup>561</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2004, Bull. civ. III, n° 66 ; Constr. Urb. n° 140, obs. Sizaire ; D. 2004. IR 1352 ; RDC 2004. 993, obs. Seube ; RDI 2005. 21, obs. C. Saint-Alary-Houin ; AJDI 2004. 822, obs. Morel.

<sup>562</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 juin 2012, RDI. 2012. 511.

<sup>563</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

## § 2 – Une structure composite confirmée

**205.** En application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction<sup>564</sup>, l'article 4 de l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>565</sup>, codifié dans le code de la construction et de l'habitation aux articles L. 254-1 et suivants, a créé le bail réel immobilier. Ce nouveau contrat doit permettre de développer une nouvelle offre de logements dits « intermédiaires ». Ces logements sont en effet destinés à l'habitation principale de personnes aux ressources encadrées et loués avec des loyers plafonnés<sup>566</sup>. Deux ans plus tard, la ministre du logement et de l'habitat durable présente une ordonnance relative au bail réel solidaire. L'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire<sup>567</sup>, prise sur le fondement de l'article 94 de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques<sup>568</sup>, crée un nouveau type de bail devant répondre aux difficultés rencontrées par les ménages modestes pour accéder à la propriété ou à la location de leurs résidences principales. Ces deux derniers baux ont pour objectif de favoriser l'accès au logement pour un type de population précis. L'un s'adresse aux classes moyennes et l'autre aux ménages les plus modestes. Les deux baux ont donc une affectation spécifique visant à favoriser, voir à réintroduire, une certaine mixité sociale.

**206.** Les dénominations et les caractéristiques de ces contrats rappellent incontestablement les baux de longue durée précédemment évoqués<sup>569</sup>. D'une durée fixée entre 18 et 99 ans et organisant une distinction entre le foncier et la construction réalisée, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire bien que distincts de l'emphytéose, du bail à construction et du bail à réhabilitation semble en reprendre les principaux fondamentaux et ainsi présenter d'importantes similitudes. Néanmoins, ces dispositifs contiennent certaines formulations spécifiques qui nécessitent une analyse particulière. Les dispositions font référence à la propriété du preneur. Les articles L. 254-1 et L.

---

<sup>564</sup> Loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction, JORF du 2 juillet 2013.

<sup>565</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>566</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 400, p. 365.

<sup>567</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

<sup>568</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

<sup>569</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP A. C. T. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

255-7 du code précité disposent que les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail. Cette rédaction constitue une introduction expresse de la notion de « propriété temporaire » qui est débattue en droit positif (A), et confirme le recours à cette notion dans le cadre des baux réels immobiliers, affirmant ainsi leur nature composite (B)<sup>570</sup>.

## **A- L'introduction de la notion de propriété temporaire**

**207.** L'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation, dans son premier alinéa, définit le bail réel immobilier comme le contrat par lequel un propriétaire consent à un preneur des droits réels. Le texte précise que « les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration ». L'article L. 255-1 du même code, relatif au bail réel solidaire, dispose qu'il est consenti au preneur des droits réels, notamment, en vue de l'accession à la propriété de logements. Ces rédactions suscitent des interprétations différentes. Si la majorité des auteurs reconnaissent la dualité des droits octroyés au preneur, un cumul ou une association de droit, entre un droit réel immobilier sur le bien d'autrui et un autre droit réel, l'interrogation porte sur la qualité de cet autre droit. Analysé comme une énième application du droit de superficie par une partie de la doctrine<sup>571</sup>, ou considéré comme la première introduction en droit français du concept de propriété temporaire<sup>572</sup>, il apparaît que ces dispositions puissent également ouvrir une autre voie permettant de qualifier le droit de superficie de propriété temporaire. Afin de faire une analyse non exhaustive de la notion de propriété temporaire mais suffisamment poussée pour en comprendre les enjeux il apparaît au préalable nécessaire de se pencher sur la notion même de propriété dans le cadre du droit français (1) pour ensuite étudier l'appréhension du concept de propriété temporaire (2).

---

<sup>570</sup> CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement, JCP G n° 12, 24 mars 2014, 330 ; CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N.I., juillet 2016, p. 827.

<sup>571</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personne Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 596, p. 229.

<sup>572</sup> CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement, JCP G. n° 12, 24 mars 2014, 330 ; CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N. I., juillet 2016, p. 827 ; MALLET-BRICOUT Blandine et REBOUL-MAUPIN Nadège, Droit des biens, D. 2014. 1844.

## 1- La notion de propriété en droit français

**208.** Le droit de propriété est une institution centrale, un pilier du droit français<sup>573</sup>. Sa place est fondamentale car il constitue un droit absolu (a), dont les restrictions légales qui peuvent y être apportées restent mesurées (b).

### a- Un droit absolu

**209.** Depuis, la révolution de 1789 la propriété individuelle est un droit de l'homme, complément indispensable du droit à la liberté. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen a fait de la propriété un droit naturel, imprescriptible, inviolable et sacré. Plus tard, dans l'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété, Portalis déclare que « si nous découvrons le berceau des nations, nous demeurons convaincus qu'il y a des propriétaires depuis qu'il y a des hommes. »<sup>574</sup>. Il conclut qu'« en un mot, c'est la propriété qui a fondé les sociétés humaines. C'est elle qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence. C'est par elle que l'industrie de l'homme, cet esprit de mouvement et de vie qui anime tout, a été portée sur les eaux, et a fait éclore sous les divers climats tous les germes de richesse et de puissance ». C'est dans cet esprit que l'article 544 du code civil énonce la règle classique connue depuis 1804 selon laquelle « le droit de propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue... ». Cette définition pose le principe du droit de propriété comme le droit le plus complet des droits réels dont les principales manifestations en sont, selon la théorie classique, l'abusus, l'usus et le fructus<sup>575</sup>. Le titulaire du droit de propriété, c'est-à-dire le propriétaire, peut tout faire, sauf ce qu'il lui est interdit, alors que le titulaire de tout autre droit réel ne peut faire que ce qu'il lui est spécialement accordé<sup>576</sup>. La propriété est la relation la plus primitive et la plus étendue que l'homme peut avoir avec les biens<sup>577</sup>. Elle assure à son titulaire une maîtrise complète de la chose<sup>578</sup>.

---

<sup>573</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 179 ; ZENATI Frédéric, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD civ., 1993, p. 305.

<sup>574</sup> J. E. M PORTALIS, *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété (26 nivôse an XII)*, in J. E. M. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 112-113.

<sup>575</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 76, p. 95.

<sup>576</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [730], p. 1642.

<sup>577</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 430, p. 121 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 66, p. 71 et 72.

<sup>578</sup> AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, SIREY, 18<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 207, p. 251.

**210.** Les termes de l'article précité place la propriété au plus haut dans la hiérarchie des droits subjectifs et des pouvoirs qu'une personne peut exercer sur un bien. Affirmer que le pouvoir du propriétaire est absolu conduit à le distinguer de tous les autres pouvoirs de droit ou de fait que le code civil accorde aux personnes sur les biens<sup>579</sup>. Bien que la théorie classique confonde le droit de propriété avec son objet, que la théorie moderne l'analyse comme un droit qui porte sur des droits et que la théorie structurale présente la propriété comme un droit qui porte sur les choses<sup>580</sup>, toutes ces conceptions témoignent de la place fondamentale du droit de propriété dans le droit français.

**211.** Le droit de propriété est exclusif, c'est-à-dire que seul le propriétaire peut user ou choisir de ne pas user de la chose. En conséquence, il n'en partage pas la maîtrise et a le droit d'en exclure toute autre personne. C'est à ce titre qu'il n'est pas possible d'instituer un régime de propriété divisée permettant à plusieurs personnes de se déclarer à des titres différents propriétaires du même bien. Le caractère privatif d'un bien est opposable à tous, personne ne peut ignorer l'appartenance d'un bien<sup>581</sup>. Aussi, le propriétaire dispose d'un droit de suite qui lui permet d'agir en revendication contre le tiers acquéreur ou le possesseur de la chose qui lui a été enlevée, et d'un droit de préférence qui permet à l'acquéreur d'un bien d'en obtenir la livraison sans que les créanciers du vendeur ne puissent prétendre à en partager avec lui la valeur<sup>582</sup>. Le droit de propriété est illimité car il permet à son titulaire d'accomplir tous les actes juridiques et matériels qui ne lui sont pas spécifiquement interdits. Ce droit est donc absolu car par principe et sauf certaines restrictions légales, aucun usage de la chose ne peut être interdit d'emblée au propriétaire. Celui-ci peut disposer librement de son bien en accomplissant la plupart des actes juridiques qu'il est possible de faire tels que l'abandon, l'aliénation ou encore constituer des droits réels<sup>583</sup>. Conformément aux termes de l'article 2227 du code civil, le droit de propriété est imprescriptible. Il ne s'éteint pas par le non-usage<sup>584</sup>, l'action en revendication n'est pas susceptible de prescription car son absolutisme implique sa perpétuité<sup>585</sup>. M. Dross écrit à ce propos que « n'est pas véritablement absolu le pouvoir que perd celui qui s'abstient d'en user »<sup>586</sup>.

---

<sup>579</sup> BENABENT Alain et MAZEAUD Denis, Les grands articles du code civil, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 63 et svts.

<sup>580</sup> DROSS William, Une approche structurale de la propriété, RTD civ. 2012, p. 419.

<sup>581</sup> ZENATI Frédéric, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 305.

<sup>582</sup> AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, SIREY, 18<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 207, p. 250.

<sup>583</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304 P; R. 444; D. 2012. 2596, obs. Tadros; D. 2013. 53, note d'Avout et Mallet-Bricout.

<sup>584</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 juin 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. Pan. 309, note Piedelièvre.

<sup>585</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 2 juin 1993, n° 91-16.370 P, D. 1994. 582, note Fauvarque-Cosson ; D. 1993. Somm. 306, obs. A Robert.

<sup>586</sup> DROSS William, Une approche structurale de la propriété, RTD civ. 2012, p. 419.

C'est un droit perpétuel, c'est-à-dire qu'il est également héréditaire et inviolable. La propriété ne s'éteint pas au décès du propriétaire, mais elle est automatiquement transmise à ses héritiers. Il ne s'agit pas d'un droit viager mais héréditaire, transmissible à cause de mort, de génération en génération. Enfin la propriété est en principe perpétuelle dans la mesure où elle est inviolable et incessible par la force selon les termes de l'article 545 du code civil qui dispose que « nul ne peut être contraint de céder sa propriété... ». Elle dure autant que la chose sur laquelle elle porte, autrement dit, en principe, indéfiniment, du moins quand il s'applique à des immeubles dont la perte complète paraît inconcevable<sup>587</sup>. L'assemblage de ces caractéristiques constitue la démonstration de l'absolutisme du droit de propriété qui fascine toujours et encore mais tant également à évoluer entre liberté, contraintes économiques et sociales et préservation de cette institution fondamentale du droit français.

## **b- Des restrictions mesurées**

**212.** La conception théorique du droit de propriété, considéré comme un droit absolu, a beaucoup évolué. L'article 544 du code civil prévoit qu'il n'est pas possible d'en faire « un usage prohibé par les lois ou règlements ». Ces restrictions se multiplient<sup>588</sup>, et plus spécialement encore depuis les années d'après-guerre<sup>589</sup>. L'expropriation pour cause d'utilité publique, les nationalisations, les modalités imposées au droit de construire énoncées tant par le code de l'urbanisme que par les prescriptions locales intégrées dans le cadre de P.L.U., les servitudes d'utilité publique, les servitudes d'urbanismes, la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>590</sup> et la réglementation relative aux lotissements ne constituent que quelques exemples de restrictions au droit de propriété<sup>591</sup>. Depuis plusieurs décennies le droit de propriété est marqué par une réduction des prérogatives du propriétaire, et essentiellement en matière immobilière<sup>592</sup>. Il est affecté par un grand nombre de dispositifs juridiques qui paraissent pouvoir remettre en question son absolutisme.

---

<sup>587</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 97, p. 111.

<sup>588</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil, Introduction, Biens, Personne Famille*, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 340, p. 141.

<sup>589</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Quadriga, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [732], p. 1646.

<sup>590</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>591</sup> ROLAIN Marianne, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015 ;

<sup>592</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 83, p. 101.



**213.** Cependant, parallèlement, les juridictions les plus importantes ont affirmé la place essentielle occupée par le droit de propriété et ont œuvré à sa préservation<sup>593</sup>. C'est ainsi qu'appelé à se prononcer sur la conformité à la Constitution de 1958 des nationalisations votées en 1981 par le Parlement, le Conseil constitutionnel a expressément rappelé « le caractère fondamental du droit de propriété » en précisant que « si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution, caractérisé à la fois par une extension notable de son champ d'application ... et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique. »<sup>594</sup>. Ultérieurement, la Cour de cassation affirme, dans un arrêt du 4 janvier 1995, que « le droit de propriété est un droit fondamental de valeur constitutionnelle »<sup>595</sup>. À cette protection nationale du droit de propriété privée, il faut ajouter une défense internationale. Le droit à la propriété figure à l'article 17-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>596</sup>. Il résulte également de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »<sup>597</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé, dans l'arrêt *Marckx*<sup>598</sup>, qu'« en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1<sup>er</sup> garantit en substance le droit de propriété ». La même juridiction a encore admis que les États puissent réglementer l'usage des biens en fonction de l'intérêt général tout en respectant l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais doivent « rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs

---

<sup>593</sup> ZENATI Frédéric, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ.*, 1993, p. 305 ; MALLET-BRICOUT Blandine, *Droit des biens*, Recueil Dalloz 2014 p. 1844.

<sup>594</sup> Cons. Const. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982 ; GAJC, 12<sup>ème</sup> éd. n° 2, D. 1983. 169, note L. Hamon ; JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck.

<sup>595</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 janv. 1995, *Bull. civ. I*, n° 4 ; D. 1995. Somm. 328 ; obs. Grimaldi ; JCP 1996. I. 3921, n° 1, obs. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 1996. 932, obs. Zenati.

<sup>596</sup> La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 déc. 1948 à Paris par la résolution 217 (III) A.

<sup>597</sup> SUDRE Frédéric, La protection du droit de propriété par la CEDH, *D.* 1988. Chron. 71 s. ; PAULIAT Henri, Le droit de propriété devant le Conseil const. et la CEDH, *RD publ.* 1995. 1445.

<sup>598</sup> Arrêt *Marckx c/ Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31.

de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »<sup>599</sup>. L'association des nombreuses interventions législatives qui viennent affecter la liberté d'exercice du droit de propriété et les nombreuses décisions nationales et internationales qui viennent en protéger le principe ne font que souligner son importance dans la vie économique et sociale. M. Zenati y voit « un hommage à son expansion »<sup>600</sup>. Carbonnier constate quant à lui que la propriété s'accommode tout à fait de ces limitations et en ressort « fraîche là où on l'attendrait écrasée »<sup>601</sup>. Depuis 1804, l'évolution de la conception du droit de propriété est marquée à la fois par une réduction des prérogatives qui y sont attachées, surtout en matière immobilière, et parallèlement par une consolidation constitutionnelle et internationale<sup>602</sup>. Le droit de propriété reste un fondement essentiel de droit et de la société française. C'est dire avec quelle prudence il doit être envisagé d'aborder le concept de propriété temporaire.

## 2- La notion de propriété temporaire

**214.** La société française et son droit restent particulièrement attachés à la notion d'un droit de propriété absolu. Cette situation paraît alors tout à fait opposée à l'intégration de la notion de propriété temporaire. Néanmoins, il est nécessaire, afin de prendre connaissance des possibilités que présentent d'autres ordres juridiques et de faire évoluer les perspectives sur le sujet<sup>603</sup>, de faire l'analyse de l'appréhension de la notion de propriété temporaire auprès de nos voisins étrangers qui ont en intégré le principe (a), pour ensuite faire l'étude de ses possibilités de développement en droit français (b).

---

<sup>599</sup> CEDH 27 nov. 2007, D. 2008. 884, note J.- P. Marguénaud, D. 2008. 2390, obs. F.- G. Trébulle ; D. 2008. 2458, obs. B. Mallet- Bricout et N. Reboul- Maupin

<sup>600</sup> ZENATI Frédéric, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTD civ., 1993, p. 305.

<sup>601</sup> CARBONNIER Jean, Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur, Collection Anthologie du Droit, L.G.D.J, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 356.

<sup>602</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 83, p. 101 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personne Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 311, p. 133.

<sup>603</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 88, p. 105.

## a- En droit étranger

**215.** L'exemple anglais est très abouti dans ce domaine<sup>604</sup>. Cependant au préalable, il faut différencier deux situations juridiques. Le *freehold estate* est identifiée comme une propriété perpétuelle alors que le *leasehold estate* est identifiée comme une propriété temporaire. Ces deux formes de propriété sont issues de l'époque où le Roi est le seul propriétaire de l'ensemble des terres<sup>605</sup>. Le *leasehold estate* est reconnu en droit anglais par la loi sur la propriété foncière, *The law of property* de 1925. Il présente trois caractéristiques essentielles. En premier lieu, il a une durée maximale. Son terme peut être fixe ou périodique. En ce dernier cas, le *leasehold estate* est fixé pour une durée déterminée, hebdomadaire, mensuelle ou annuelle, et est renouvelable avec une période de préavis déterminée. En deuxième lieu, c'est une propriété exclusive car le détenteur du *leasehold* a la possibilité d'exclure toute personne de la propriété, y compris le propriétaire de *freehold*. Le détenteur de *leasehold* peut hypothéquer son bien et de le louer. Enfin, en troisième lieu, le détenteur du *leasehold* doit verser une rente, et procéder au paiement d'un service annuel au *freeholder* pour couvrir l'entretien, les réparations du bâtiment et des parties communes<sup>606</sup>.

**216.** L'exemple catalan est plus récent mais également très probant car plus proche de la situation française et de sa crise immobilière. La forte croissance du marché immobilier espagnol prend fin en 2008. En pleine crise immobilière, de nombreuses personnes ne peuvent plus rembourser leur emprunt et les expulsions se multiplient<sup>607</sup>. Le Parlement de Catalogne adopte alors la loi, promulguée le 29 juillet 2015, sur la propriété temporaire et la propriété partagée (*Llei de la propietat temporal i de la propietat compartida*). La propriété temporaire octroie, au propriétaire temporaire, la propriété d'un bien pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle le bien revient au vendeur. La durée minimale du contrat est de 10 ans et sa durée maximale est de 99 ans<sup>608</sup>. Le propriétaire temporaire peut jouir du bien, le vendre à un tiers ou encore l'hypothéquer. Le bien est transmis à ses héritiers en cas de décès. Le titulaire successif, vendeur initial, peut vendre, hypothéquer et transmettre à ses héritiers son droit à récupérer le bien à la fin du contrat.

---

<sup>604</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016, p. 943.

<sup>605</sup> VORMS Bernard, Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones plus chères ? ANIL, Habitat Actualité, mai 2011.

<sup>606</sup> CHARLES Camille, Modalités et formes de l'accession à la propriété immobilière en Angleterre, Mémoire Master 2 de droit notarial de Paris XI- Sceaux, 2015.

<sup>607</sup> El Periódico, « Catalunya és la comunitat que registra més desnonaments », 22 mars 2013.

<sup>608</sup> FLORENSA I TOMAS Carles Enric, « La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya », Universitat de Girona, conferència, 18 juin 2015.

Ce dernier ne peut pas interférer dans la gestion du bien<sup>609</sup>. Le parlement Catalan souhaite, à travers cette nouvelle forme de propriété, réduire le surendettement des ménages en permettant un accès à la propriété moins onéreux et ainsi de favoriser leur accès au logement. Le droit catalan a réussi à mettre en œuvre le concept d'une propriété temporaire. Cependant, il est nécessaire de rappeler les caractéristiques de ce contexte juridique particulier qui a permis cette innovation. Le droit catalan a été formé sur la base du droit romain, du droit canonique et sur l'influence du féodalisme franc, évoluant par la suite vers une organisation démocratique. La tradition catalane est depuis toujours favorable à ces principes que sont la liberté civile, la protection et le maintien de la famille, et enfin à l'accès de toutes les classes à la propriété immobilière. La notion catalane de la propriété constitue à la fois un des traits essentiels du droit civil catalan et une condition essentielle de la vie sociale de la Catalogne<sup>610</sup>.

**217.** Les pays voisins qui connaissent et reconnaissent la propriété temporaire n'ont pas le même rapport à la notion de propriété que la France, qui reste marquée par ses idées révolutionnaires. Il est nécessaire de vérifier de quelle manière le droit français est susceptible d'accueillir ce nouveau concept.

## **b- En droit français**

**218.** En droit français, il est généralement et classiquement admis que le caractère perpétuel du droit de propriété exclut toute possibilité de propriétés temporaires<sup>611</sup>. L'exclusivité des droits du propriétaire entraîne nécessairement l'absence de terme de ce droit. Si la perpétuité n'est pas expressément mentionnée à l'article 544 du code civil, il a toujours été considéré comme la caractéristique de son absolutisme. Par ailleurs, le législateur l'a expressément rappelé à l'article 2227 du même code. Il en est déduit que la perpétuité du droit de propriété se justifie par sa nature même et que le caractère perpétuel du droit de propriété lui est trop inhérent pour être évacué<sup>612</sup>. En conséquence, l'existence d'un terme marque une immixtion dans la relation entre le propriétaire et le bien. Seules la destruction de la chose et la décision de céder du propriétaire

---

<sup>609</sup> LOPEZ NAVARO Jorge, « Resumen de la Ley sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida, incorporada al libro quinto del Código civil de Cataluña », 26 sept. 2015.

<sup>610</sup> DE SOLA CANIZARES F., *Le droit civil catalan*, Revue internationale de droit comparé. Vol. 5 n° 1, janv.-mars 1953, p. 76.

<sup>611</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 116, n° 100.

<sup>612</sup> TERRE François, *L'évolution du droit de propriété depuis le code civ.*, PUF, Droits, 1985, p. 41 et svt.

constituent des modes d'extinction du droit de propriété respectueux de la souveraineté du propriétaire<sup>613</sup>. Le caractère perpétuel du droit de propriété paraît exclure toute possibilité de propriétés temporaires.

**219.** Cependant, certains auteurs retiennent que la notion classique d'une propriété qui ne peut être qu'exclusive et perpétuelle ne répond à aucun impératif technique ou conceptuel, et qu'à ce titre l'affectation d'un terme n'est qu'une limitation de ce droit dans sa durée<sup>614</sup>. Elle n'atteint la position de souveraineté du droit de propriété que dans sa dimension temporelle. Cette notion existe déjà en droit, soit qu'elle ait été créée par le législateur, soit que cette conception semble devenir peu à peu réalité sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'agit notamment des propriétés intellectuelles dont le caractère temporaire ne fait, par ailleurs, pas obstacle à une pleine maîtrise du bien par son auteur. Dans ce cas, à l'issue du terme, aucune propriété privée ne prend le relais car les droits patrimoniaux disparaissent lorsque l'œuvre ou l'invention tombe dans le domaine public<sup>615</sup>. La qualité de propriétaire du fiduciaire doit être évoquée. Consacrée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie<sup>616</sup>, elle est définie à l'article 2011 du code civil comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». La fiducie est donc une opération translatrice de propriété, pouvant assurer ou non, une fonction de sûreté<sup>617</sup>. Le fiduciaire bénéficie des trois attributs classiques de la propriété, l'usus, le fructus et l'abusus. Il peut utiliser les biens mis en fiducie, en récupérer les fruits et les céder. L'action du fiduciaire n'est limitée que par la finalité de la fiducie. La propriété du fiduciaire est temporaire, car le fiduciaire doit transférer hors du patrimoine fiduciaire les biens mis en fiducie à l'échéance de celle-ci<sup>618</sup>. La fiducie aménage le droit de propriété en lui imposant une double limitation. D'une part, le droit de propriété fiduciaire est limité dans ses prérogatives, et d'autre part, ce droit de propriété revêt un caractère temporaire<sup>619</sup>. Enfin, il peut être également fait référence à la situation du quasi-

---

<sup>613</sup> REVET Thierry, Le dénouement de la propriété temporaire, RTD civ. 2008 p. 322.

<sup>614</sup> LARDEUX Gwendoline, Qu'est-ce que la propriété ?, RTD civ. 2013, p. 741 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 103 n° 133 ; REVET Thierry, Le dénouement de la propriété temporaire, RTD civ. 2008 p. 322 ; ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 233.

<sup>615</sup> LUCAS André, Propriété littéraire et artistique, Dalloz, Connaissance du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 96 et 97.

<sup>616</sup> Introduit en France par la loi n° 2007-211 du 19 fév., 2007 instituant la fiducie, JORF du 21 fév. 2007, et codifié art. 2011 et svts du c. civ.

<sup>617</sup> PELLIER Jean-Denis, Fiducie, JCl. Contrats - Distribution, oct. 2019, Fasc. 3300, n° 3,

<sup>618</sup> BARRIERE François, Le fiduciaire-actionnaire, Revue des sociétés 2018 p. 428.

<sup>619</sup> RICHEMONT (de) Henri, Rapport n° 11 (2006-2007) de, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 oct. 2006.

usufruitier en tant que propriétaire temporaire, de part la nature des choses sur lesquelles porte ses droits. Le quasi-usufruit explicité à l'article 587 du code civil, a pour objet « les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer » c'est-à-dire les biens consommables. Le quasi-usufruitier a alors la charge de rendre à la fin de l'usufruit, soit la même quantité, soit la même valeur de ces choses au nu-propriétaire. Le nu-propriétaire cesse d'être un propriétaire de ces choses pour devenir un créancier du quasi-usufruitier, lequel, étant propriétaire, peut disposer des choses qui lui ont été remises, en les consommant ou en les aliénant<sup>620</sup>.

**220.** Il doit être conclu que malgré la résistance de certains auteurs<sup>621</sup>, qui maintiennent encore que le caractère perpétuel du droit de propriété paraît exclure toute possibilité de propriétés temporaires, l'actualité du débat ne fait aucun doute. Il est nécessaire de considérer, dans ce contexte, que le code civil date de 1804 et que ses institutions ne peuvent et ne doivent pas être sacralisées. Le droit des biens, pilier économique et sociétal, doit évoluer et répondre aux besoins reconnus dans ce domaine<sup>622</sup>. Le droit de propriété temporaire, tel qu'il est notamment considéré dans le cadre bail réel immobilier et du bail réel solidaire, doit être envisagé dans cette perspective.

## **B- La confirmation de la notion de propriété temporaire**

**221.** L'introduction du concept de propriété temporaire dans le bail réel immobilier et le bail réel solidaire a été analysée par certains auteurs comme une réelle innovation juridique<sup>623</sup>. Afin de vérifier la conformité de cette analyse et d'en révéler les ressorts, il est nécessaire d'en examiner la détermination (1) et la mise en pratique dans le cadre du dispositif de ce contrat spécifique (2).

---

<sup>620</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Précis, Dalloz, 2018, p. 715, n° 790 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2020, p. 206, n° 508.

<sup>621</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 116 et 117 : « En définitive, les prétendues « propriétés temporaires », sur lesquelles on s'interroge souvent, ne semblent guère s'analyser que comme des modalités de transmission temporaire de l'utilité de certains biens et ne paraissent pas altérer la perpétuité du droit de propriété. ».

<sup>622</sup> PISANI Edgard, Utopie foncière, Paris, Gallimard, 1<sup>er</sup> éd., 1977, p. 17, p. 65 et p. 209 ; LARDEUX Gwendoline, Qu'est-ce que la propriété ?, RTD civ. 2013, p. 741.

<sup>623</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N. I., juillet 2016, p. 827 ; PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, L.P.A., 22/11/2016, p. 6.

## **1- La détermination d'une propriété temporaire**

**222.** La détermination d'une propriété temporaire explicitement instaurée par ces contrats permet, en premier lieu, d'en constater l'agencement, comme accessoire au droit réel immobilier (a), puis conduit à faire l'observation qu'il s'agit, en vérité, de la qualification du droit de superficie en tant que droit de propriété temporaire (b).

### **a- Une propriété temporaire accessoire**

**223.** Les premiers alinéas des articles L. 254-1 et L. 255-1 du code de la construction et de l'habitation font référence, sans plus de précisions, aux droits réels consentis au preneur. Cet usage du pluriel implique que le bail réel immobilier et le bail réel solidaire octroient plusieurs droits réels mais le législateur n'en précise pas la nature. Il s'avère qu'il s'agit d'un droit réel portant sur la chose du bailleur (le sol et/ou les constructions existantes), et des droits réels relatifs aux constructions ou réhabilitations réalisées par la preneur, qui lui sont octroyés jusqu'à l'accession du bailleur au terme du contrat<sup>624</sup>. Cette analyse est confirmée par les termes du dernier alinéa de l'article L. 254-3 du code précité qui dispose que « le droit réel issu du bail réel immobilier ainsi que les constructions édifiées ou réhabilitées sur le terrain donné à bail peuvent être cédés dans les conditions prévues par l'article L. 254-2 et hypothéqués ».

**224.** Le bail réel solidaire propose une structure originale<sup>625</sup>. L'article L. 255-7 du code de la construction et de l'habitation énonce à l'égard du preneur du bail réel solidaire que « les constructions et améliorations qu'il a réalisé demeurent sa propriété en cours de bail ». La règle semble alors être identique que celle du bail réel immobilier. Cependant, le bail réel solidaire peut être consenti par un organisme de foncier solidaire, soit à un preneur qui occupe le logement, soit à un opérateur qui construit ou réhabilite des logements et qui s'engage à vendre les droits réels immobiliers attachés à ces logements à des bénéficiaires répondant aux conditions de ressources ou à louer ces logements à des locataires dont les ressources sont inférieures à un certain plafond. Il peut en être déduit que ce texte vise uniquement l'opérateur chargé par

---

<sup>624</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265 ; POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; LE ROUZIC Vincent, Le bail réel solidaire : une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 303d3, p. 69.

<sup>625</sup> COULON Cédric, Bail réel solidaire - De la cession des droits issus du bail réel solidaire, JCP N. I., n° 46, 15 nov. 2019, 1306.

l'organisme de foncier solidaire de construire ou de réhabiliter les logements. Néanmoins, il faut rappeler que les opérations immobilières mettant en œuvre ce bail, et c'est l'esprit même du texte<sup>626</sup>, font le plus souvent l'objet de vente en l'état futur d'achèvement ou de vente d'immeuble à rénover. L'article 1601-3 du code civil relatif à la vente en l'état futur d'achèvement et l'article L. 262-1 du code de la construction et de l'habitation relatif à la vente d'immeuble à rénover évoquent expressément la transmission de propriété entre vendeur et acquéreur. Enfin, l'article L. 255-1 du code précité, premier article venant définir le bail réel solidaire, indique précisément qu'il est consenti des droits au preneur afin que celui-ci puisse accéder à la propriété de logements.

**225.** Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont constitutifs deux types de droits réels. Cette mécanique juridique repose sur la dissociation de propriété entre le foncier et le bâti. Le bailleur conserve la propriété du sol et confère des droits réels au preneur, lequel s'oblige à construire ou à réhabiliter des constructions existantes. Le preneur devient alors propriétaire des constructions et améliorations qu'il réalise et ce jusqu'à l'expiration du bail<sup>627</sup>. Celui-ci, dans le cadre du bail réel solidaire, pouvant être un opérateur immobilier, peut céder son droit de propriété à un preneur.

## **b- Un droit de superficie reconnu**

**226.** Messieurs Chevreux et Leonetti ont salué l'innovation que constitue le bail réel immobilier en écrivant qu'il s'agit là d'« un outil dans l'air du temps »<sup>628</sup>. Ils mettent en exergue l'introduction de ce nouveau concept de propriété temporaire en droit français et soulignent qu'il est « l'expression juridique d'un mouvement à la fois social et sociétal » correspondant à l'évolution des mentalités. Ils font, en effet, le constat que les résidences principales ne sont détenues, en général, qu'une dizaine d'années et que par ailleurs les héritiers ne conservent pas le logement

---

<sup>626</sup> Compte rendu du Conseil des ministres du 19 juillet 2016, extraits : « Les organismes de foncier solidaire (OFS), introduits dans le code de l'urbanisme par la loi pour l'Accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR), sont des organismes sans but lucratif ayant pour objet d'acquérir et de gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de constituer un parc pérenne d'accession à la propriété ou à la location de ménages modestes. » « Pour y parvenir, le bail réel solidaire (BRS) permet une dissociation sur la très longue durée entre le foncier et le bâti. Le BRS et l'OFS sont donc de nouveaux outils à disposition des collectivités pour garantir la pérennité sur longue période d'un parc d'accession sociale à la propriété ».

<sup>627</sup> LEONETTI Raphaël, Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 784 ter, p. 508.

<sup>628</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N. I., juillet 2016, p. 827.



familial au décès du dernier parent survivant. Ces auteurs reprennent l'idée préalablement développée par Carbonnier qui interrogeant la perpétuité du droit de propriété, énonce que « si la propriété devait être mesurée par elle nous n'aurions que des instantanés de propriété. Un critère plus probant est fourni par la durée de la vie humaine...Au-delà, tout est brouillard et nuit, à quoi le droit ne doit plus sa garantie... »<sup>629</sup>. C'est dans cet esprit que ces contrats spéciaux semblent avoir été conçus. Ils créent une propriété temporaire, accessoire au droit réel immobilier octroyé. Ce droit peut être consentie pour une très longue durée pouvant aller jusqu'à 99 ans ce qui assure à ses titulaires la possibilité de transmettre leurs droits sur plusieurs générations. La stabilité du dispositif est assurée, d'une part par l'interdiction de prévoir une faculté de résiliation unilatérale, et d'autre part, concernant le bail réel solidaire par l'introduction d'un système de « rechargement » du délai du contrat. Le droit de propriété naît dans le cadre de ces contrats se poursuit nécessairement jusqu'à leur terme<sup>630</sup>.

**227.** Alors qu'il n'est question que de propriété temporaire du preneur et d'accession reportée au terme du contrat pour le bailleur, un grand nombre d'auteurs ont qualifié ce droit de droit de superficie. En 2008, M. Revet a fait la démonstration de ce qui lui paraît être comme la propriété temporaire « la plus évidente »<sup>631</sup>. Il estime qu'elle s'inscrit particulièrement dans le cadre de la division de propriété engendré par les baux de longue durée qui instaure le preneur en tant que propriétaire des constructions, et plus exactement comme propriétaire superficière. Le terme de cette propriété temporaire est, dans ce schéma, posé par l'accession en propriété du bailleur en fin de contrat. Celle-ci est simplement différée par l'établissement de la propriété temporaire et elle reprend dès que celle-ci s'éteint. Il en est déduit que le preneur bénéficie d'un droit de superficie, véritable droit de propriété durant toute la durée du bail, ce droit de superficie étant l'accessoire de son droit de jouissance sur l'immeuble loué<sup>632</sup>. Aussi, malgré que le droit de superficie ne soit pas explicitement consacré par le code civil, sa légalité ne fait pas de doute<sup>633</sup>, et sa reconnaissance comme un véritable droit de propriété, temporaire dans ce cadre spécifique, vient d'autres sources. Il est notamment possible de citer la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>634</sup> dite loi ALUR qui a reconnu la notion de propriété

---

<sup>629</sup> CARBONNIER Jean, Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 385.

<sup>630</sup> CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement, JCP G. n° 12, 24 mars 2014, 330.

<sup>631</sup> REVET Thierry, Le dénouement de la propriété temporaire, RTD civ. 2008 p. 322.

<sup>632</sup> BRICOUT-MALLET Blandine, Baux réels et solidarité, RTD Civ. 2016, p. 943.

<sup>633</sup> STREIFF Vivien et POMMIER Cédric, Du bail au volume : questions de superficie, Defrénois 1 juin 2016, n° 123h5, p. 1.

<sup>634</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

en volumes permettant d'échapper au statut de la copropriété des immeubles bâtis. Il faut également y ajouter les dispositifs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire qui octroient expressément la propriété des constructions réalisés au preneur et ce jusqu'à ce que le bailleur puisse à son tour accéder à cette propriété, cette fois à perpétuité, au terme du contrat. Le droit de superficie est, à non plus douter, un véritable droit de propriété, octroyé de façon temporaire au preneur du bail réel immobilier et du bail réel solidaire<sup>635</sup>.

## **2- La délicate mise en pratique de la propriété temporaire**

**228.** La construction composite des droits des preneurs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire engendre certaines interrogations, quant à la nature des droits octroyés sur les biens réhabilités par le preneur (a). La compatibilité avec l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>636</sup>, qui prévoit que le sol, sauf stipulation contraire, figure dans les parties communes, présente des difficultés d'adaptions avec la nature des droits octroyés au preneur, puisque le sol demeure la propriété du seul bailleur (b).

### **a- Les imprécisions de la formule**

**229.** Concernant le bail réel immobilier, il apparaît que l'orchestration des droits octroyés au preneur, entre droit réel immobilier sur le bien d'autrui et droit de propriété temporaire pose une difficulté lorsqu'il est question de constructions réhabilitées. L'article L. 254-3 alinéa 4 du code de la construction et de l'habitation prévoit que « le droit réel issu du bail réel immobilier ainsi que les constructions édifiées ou réhabilitées sur le terrain donné à bail peuvent être cédés dans les conditions prévues par l'art. L. 254-2 et hypothéqués ». Cette disposition laisse supposer que le preneur est nécessairement propriétaire des constructions existantes au jour de la conclusion du bail réel immobilier et qu'il doit réhabiliter en vertu de ce contrat. Cependant, cette possibilité se

---

<sup>635</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personne Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 596, p. 229 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 953, p. 848 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Le bail réel immobilier, une nouvelle propriété temporaire, RTDI 2/2014. 31 ; D. 2014. 1852 ; LEONETTI Raphaël, Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65 ; LE ROUZIC Vincent, Le bail réel solidaire : une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 303d3, p. 69 ;

<sup>636</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

concilie difficilement avec les termes de l'article L. 254-1 alinéa 8 du même code qui précise que le preneur est propriétaire des « améliorations réalisées » et non des constructions réhabilitées sur lesquelles il est intervenu. Cette problématique se retrouve également dans la rédaction de l'article L. 254-2 alinéa 3 qui prévoit seulement que « le preneur peut céder son propre droit au bail, céder son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées... » sans pour autant évoquer, là aussi, les constructions réhabilitées<sup>637</sup>. Il est particulièrement délicat de préciser exactement la nature des droits conférés au preneur sur les constructions existantes à réhabiliter ou améliorer<sup>638</sup>. M. Poumarede retient alors qu'il ne peut s'agir que d'une erreur ou d'un manquement rédactionnel, et émet deux hypothèses de correction du texte<sup>639</sup>. Il constate en premier lieu que la rédaction de l'article L. 254-3 alinéa 4 du code précité crée une confusion entre le droit réel immobilier conféré au preneur sur le sol, les constructions existantes et le droit de propriété temporaire du preneur sur les constructions qu'il édifie en cours de bail. Les constructions réhabilitées, existant au jour de la conclusion du bail, semblent devoir demeurer, dans le silence des parties, propriété du bailleur. En conséquence, les constructions améliorées ne doivent pas pouvoir faire l'objet d'une vente par le preneur, et ce dernier peut uniquement céder son droit réel immobilier portant sur ces constructions existantes. En ce cas, il semble nécessaire d'apporter une correction à cet alinéa, afin d'éviter toutes confusions. Cependant, si la rédaction de cet article résulte d'une véritable volonté des rédacteurs de l'ordonnance, il doit alors soit, être précisé expressément que le bailleur et le preneur peuvent convenir de leurs droits sur les constructions existantes, soit harmoniser les articles de ce dispositif qui semblent aujourd'hui contradictoires. Les articles relatifs au bail réel solidaire n'apportent pas d'éclaircissement sur cette question car ils évoquent le plus souvent « les droits réels immobiliers du preneur ».

**230.** Quant à l'interprétation qui peut en être faite, il est possible d'envisager un rapprochement avec la logique imposée dans le cadre du bail à réhabilitation. En effet, ces baux de longue durée ont pour point commun de pouvoir porter sur des immeubles existants qui nécessitent une réhabilitation ou amélioration. Aussi, il peut être noté que le dispositif du bail à réhabilitation prévoit également une accession en propriété différée du bailleur des améliorations réalisées par le preneur<sup>640</sup>. En conséquence, seules les améliorations, et non pas les existants font l'objet du droit de superficie dont bénéficie le preneur. Celui-ci n'a sur les existants qu'un droit réel

---

<sup>637</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>638</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>639</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>640</sup> Art. L. 252-1 al. 3 du C.C.H.

immobilier<sup>641</sup>. Il paraît tout à fait logique de conclure que malgré ses maladresses rédactionnelles, le législateur a souhaité coordonner droit réel immobilier et droit de propriété temporaire de la même façon dans le cas du bail réel immobilier et du bail réel solidaire. Cependant, à ce jour aucune correction n'a été mise en œuvre. Ceci est d'autant plus regrettable que ces contrats ont été créés afin de favoriser l'accès à la propriété des classes modestes et intermédiaires. Ces approximations complexifient nettement la compréhension que les accédants peuvent ainsi avoir de l'étendue de leur droit. A ce titre, un auteur écrit de façon quelque peu railleuse mais très judicieusement qu'« on demande à assister à l'explication que les commercialisateurs de logements ... donneront aux candidats »<sup>642</sup>. Il serait tout à fait regrettable que cette incompréhension puisse être la source de l'éventuel insuccès de ces formules en ce qui concerne leur mise en œuvre sous l'aspect accessions à la propriété.

**231.** Le bail réel solidaire évite cet écueil. L'article L. 255-7 dispose que les « constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail » et rajoute que « le preneur peut jouir librement des droits réels immobiliers et des installations ou constructions qu'il a édifiées, rénovées ou réhabilitées ». La rédaction est claire et reprend le principe du bail à réhabilitation.

## **b- La copropriété**

**232.** Alors que le dispositif du bail réel immobilier prévoit, dès son premier article, la possibilité d'une accession temporaire à la propriété pour les classes dites intermédiaires et que cette faculté concentre une grande partie de l'intérêt de ce contrat, il n'est aucunement question de « copropriété ». Seul l'article R. 254-4 du code de construction et de l'habitation, créé par le décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier dispose que lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété, le règlement de copropriété rappelle obligatoirement que l'immeuble, objet du bail réel immobilier, doit rester à destination principale de logement et qu'il ne peut accueillir des locaux destinés à des activités accessoires pour plus de 25 % de sa surface plancher<sup>643</sup>. Cette question est bien évidemment prégnante car dans le cadre du bail réel immobilier, le preneur, promoteur immobilier a la possibilité de réaliser les constructions et de céder les

---

<sup>641</sup> Art. L. 252-2 al. 1 du C.C.H.

<sup>642</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509.

<sup>643</sup> Décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier, JORF du 29 juin 2016.

logements en état futur d'achèvement ou par une vente à terme. Il est tout à fait regrettable que ni le texte d'origine, ni les dispositions prises ultérieurement par décret ne viennent préciser l'articulation entre les spécificités relatives aux droits issus d'un bail réel immobilier et les dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>644</sup>. Cela est d'autant plus surprenant que le législateur a déjà pris soin d'intervenir sur ce thème en ce qui concerne le bail à réhabilitation avec la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>645</sup>, afin d'organiser l'adéquation des droits des preneur et bailleur avec la vie de la copropriété. Il ne peut être nié que le législateur a été sensibilisé à cette problématique de gestion d'une copropriété en présence d'un contrat de ce même type. Aussi qu'il s'agisse d'une nouvelle maladresse et du résultat d'une action précipitée, le dispositif du bail réel immobilier ne concoure pas totalement à sa réussite, et ce malgré une intention initiale qui ne manque pas d'intérêt. Cependant, il est évidemment qu'en l'absence de toutes précisions en la matière, les praticiens vont appliquer la logique juridique déjà utilisée en ce qui concerne les autres baux réels immobiliers de longue durée. Concrètement, le preneur organise la copropriété de l'immeuble dès la première acquisition d'un logement et chaque copropriétaire est alors propriétaire, à la fois d'un lot privatif (propriété temporaire du logement) et de quotes-parts des parties communes qui comprennent classiquement les charges de travaux et d'entretien. Dans ce schéma, l'indivision des copropriétaires est titulaire du droit au bail réel et seul le syndicat des copropriétaires de l'ouvrage, en raison de sa personnalité civile propre, assure la représentation de la collectivité des copropriétaires, titulaires indivis du bail vis-à-vis du bailleur<sup>646</sup>.

**233.** Pour parfaire le droit des copropriétés, la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique<sup>647</sup> dite « ELAN » complète l'article L. 255-7 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail réel solidaire en présence d'une pluralité de preneurs présents dans une même copropriété. Les titulaires des baux confèrent au syndicat des copropriétaires la gestion de leurs droits réels indivis. Dans ce cadre, il est prévu qu'un mandat de recouvrement des redevances peut être institué au profit du syndic afin d'améliorer la situation du bailleur. Ces prescriptions sont destinées à prévenir les situations

---

<sup>644</sup> Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juillet 1965 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier », Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>645</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>646</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement (BRILO), Le Bulletin de Cheuvreux Notaires, Edition Spéciale, juil. 2014. oct. 2015, p 17.

<sup>647</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

conflictuelles qui peuvent naître, mais elles sont également révélatrices d'un questionnement important. Suivant la lecture des motifs de cet amendement, il apparaît que ses auteurs ont considéré que « lorsque des baux réels solidaires sont conclus sous le régime de la copropriété, les droits sur le sol des copropriétaires ne constituent pas une partie commune contrairement aux copropriétés traditionnelles ». Cet amendement propose de confier la gestion de ces droits aux syndicats des copropriétaires selon les modalités de fonctionnement usuelles de la copropriété. Selon cette logique la copropriété n'apparaît ni dans les parties communes, ni dans le droit sur le sol. Il est alors permis de s'interroger sur l'existence d'une telle copropriété<sup>648</sup>. Le notariat a alors trouvé une solution pour faire en sorte que la copropriété puisse valablement exister et perdurer à l'occasion de multiples ventes de logements qui peuvent se succéder. Il semble impossible d'asseoir cette copropriété sur le droit réel du preneur-opérateur qui a vocation à s'éteindre à la suite des cessions de droits qui vont être opérées car pour les besoins de la publicité foncière, il faut rattacher les lots à une parcelle cadastrale ou un volume, et viser une origine de propriété qui peut se transmettre mais non s'éteindre. Dès lors, la seule solution est que le bailleur, organisme foncier solidaire, constitue lui-même sur le foncier une copropriété de logements à construire pour ensuite transmettre l'ensemble des lots créés au preneur-opérateur. L'état descriptif de division et le règlement de copropriété sont établis non pas par l'opérateur avec pour assiette les droits réels résultant de bail réel solidaire, mais directement sur le fonds du bailleur. Ce montage organise la copropriété et les droits réels sur le fonds sont transférés, de manière indivise, à chaque preneur, copropriétaire d'un lot de copropriété, non pas en tant que partie commune, mais dans une relation contractuelle directe entre le bailleur et chaque preneur<sup>649</sup>.

**234.** Cette même loi crée également un nouvel article L. 255-7-1 du code de la construction et de l'habitation qui précise les modalités de représentation et d'exercice du droit de vote à l'assemblée des copropriétaires lorsque le bail réel solidaire concerne un lot de copropriété. Sauf exceptions, le droit de vote est dévolu au preneur. Néanmoins, les deux parties peuvent assister à l'assemblée générale des copropriétaires et y formuler toutes observations, y compris à l'égard des questions pour lesquelles elles ne disposent pas du droit de vote. Par ailleurs, aucune charge ne peut être appelée auprès du bailleur, notamment les frais afférents aux décisions prises par lui ou pour son compte. Le dispositif du bail réel solidaire paraît plus complet et plus abouti à l'égard de la problématique des copropriétés que tout autre bail réel immobilier de longue durée. Néanmoins, la complexité présentée par la situation particulière d'un bail réel solidaire initial qui s'éteint en

---

<sup>648</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, L'impact de la loi Elan sur les nouvelles formes d'habitat, RDI 2019. 25.

<sup>649</sup> LIEVRE Xavier et CAUMES Florence, Le bail réel solidaire : comment faire face à deux phénomènes nouveaux : l'extinction de l'opérateur et la copropriété « sans-sol », JCP N. I. n° 2, 11 janv. 2019, 1006.

faveur d'un plus grand nombre de baux engendre un questionnement particulier et nécessite une adaptation des pratiques notariales. Par ailleurs, les échanges entre bailleurs, notaires, et doctrine peuvent faire évoluer cette formule afin d'en favoriser la mise en œuvre.

**235.** Les baux réels immobiliers de longue durée ont une nature composite commune. Le preneur jouit d'un droit réel sur le fonds objet du contrat, et d'un droit de superficie, identifié comme étant un droit de propriété, qui en l'occurrence est temporaire. Ces contrats forment un ensemble d'outils de maîtrise foncière de nature similaire mais aux affectations différentes dont il est opportun de faire l'examen afin d'en vérifier la légitimité socio-économique.

## **Section 2- Des affectations spécifiques**

**236.** Le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont inspirés de l'emphytéose. Néanmoins, ces contrats spéciaux présentent des caractéristiques précises qui leur sont propres et qui font de chacun d'eux des outils très spécifiques. Ces divergences sont le fruit des conditions de leur création qui s'inscrivent dans des contextes particuliers (§1), qui ont conduit le législateur à adapter le concept emphytéotique, mettant ainsi en exergue les potentialités de sa nature composite (§2).

### **§1- Des contextes particuliers**

**237.** L'adaptation de la technique emphytéotique a été rendue nécessaire par des contextes socio-économiques et politiques particuliers. Sans remettre en cause la nature spécifique de ce type de bail, le législateur en a déduit l'obligation d'en réadapter le recours. Les conditions de création du bail à construction et du bail à réhabilitation doivent être envisagées dans un premier temps (A), pour ensuite faire l'analyse, dans un second temps de celles du bail réel immobilier et du bail réel solidaire qui ont été créés plus récemment et qui répondent à des besoins d'accès au logement et de mixité sociale plus contemporains (B).

## **A- Les conditions de création du bail à construction et du bail à réhabilitation**

**238.** Déterminés par des contextes économiques, urbains et sociaux symptomatiques (1), ces deux contrats, ont été conçus afin de solutionner ces problématiques dans le cadre d'action politiques (2). L'agencement de la nature composite de ces baux réels immobiliers de longue durée autorise cette adaptabilité et apporte une réponse pragmatique à ces difficultés.

### **1- Des situations économiques, urbaines et sociales symptomatiques**

**239.** Les contextes desquels sont issus ces baux de longue durée, ne sont pas si éloignés les uns des autres mais ils sont le reflet de deux époques différentes, l'une marquée à la fois par une certaine prospérité et une véritable nécessité urbaine (a), et l'autre par un nombre de plus en plus important de sans-logis et mal-logés (b). Ces contrats, de même que le bail emphytéotique et tout en ayant une nature similaire, sont marqués par les nécessités de leurs époques.

#### **a-Prospérité et nécessité urbaine**

**240.** Les décennies qui suivent la fin de la seconde guerre mondiale ont été qualifiées de « trente glorieuses » car elles ont été marquées par une forte croissance économique<sup>650</sup>. Cette période s'inscrit par l'apogée des sociétés industrielles et par une nouvelle poussée des services. Le déversement sectoriel s'accélère vers les secteurs secondaire et tertiaire. La première conséquence de cette révolution industrielle et économique est la chute de la part de l'agriculture dans la valeur ajoutée totale entamée dès l'après-guerre. Elle représente encore 18 % en 1949, elle est inférieure à 10 % dès le début des années 60<sup>651</sup>. L'exode rural s'accélère et dans le même temps, cette période est marquée par une poussée démographique<sup>652</sup>. L'essor industriel, économique et

---

<sup>650</sup> FOURASTIE Jean (1907-1990) a popularisé ce concept en publiant en 1979 son ouvrage intitulé « Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible ». Il est consacré aux profondes transformations de la société française dans les trois décennies qui ont suivi la guerre.

<sup>651</sup> INSEE, Trente ans de vie économique et sociale, 2014, p. 12.

<sup>652</sup> Depuis 1946, on compte en France, chaque année, 800.000 naissances, ce qui représente à partir de 1966, de 300.000 à 350.000 jeunes ménages.



démographique rend indispensable l'aménagement de nouveaux lieux de vie. Il devient nécessaire d'accroître la construction pour parvenir à un minimum de 500.000 logements nouveaux par an alors que la cadence au début des années 60 est à peine de 352.000. Toutefois, la spéculation met en échec les politiques de construction. La hausse des prix de vente des logements est poussée par une forte demande alors même que l'offre s'est raréfiée. Le Ministre de la construction M. Maziol est opposé à la municipalisation des sols mais se déclare décidé à dissocier le droit de propriété du droit d'usage des terrains<sup>653</sup>. Il pense que le « bail à construction » est la dernière chance avant la socialisation du sol<sup>654</sup>.

## **b- Sans-logis et mal-logés**

**241.** François Mitterrand déclare dans son discours au 50<sup>ème</sup> congrès H.L.M. du 3 juin 1989 que « le logement décent est à la base de la dignité de l'homme, de l'égalité des chances ». En effet, si les français sont mieux logés à la fin des années 80 qu'une vingtaine d'année auparavant, le bilan du parc immobilier n'est pas totalement positif<sup>655</sup>. Depuis 1973, l'immobilier a connu des phases de hausse et de baisse des prix, cependant les baisses n'ont pas compensé les hausses<sup>656</sup>. En conséquence, les taux d'effort ont fortement progressé, en particulier dans le secteur privé (+ 7,9 points entre 1984 et + 5,6 points pour le parc social), et essentiellement pour les ménages les plus modestes et mobiles<sup>657</sup>. Il ressort d'une enquête logement réalisée par l'INSEE en 1984 que 1.437.000 de ménages sont proche du seuil de pauvreté. Parmi ces ménages, 394.000, soit 27,4 % occupent des logements sans confort, pour moitié en tant que propriétaires et pour moitié en tant que locataires du parc privé. De plus, 45 % de 1.437.000 de ces ménages très pauvres sont propriétaires de leur logement et 37 % sont locataires dans le parc privé. Enfin, 18 % logent dans

---

<sup>653</sup> Ministre de la Construction dans les gouvernements de Georges Pompidou (1 et 2) du 14 av. 1962 au 8 janv. 1966.

<sup>654</sup> DESMOULIN Michel, Le logement en France, Un problème qui n'aurai pas de solution ?, 2<sup>ème</sup> éd., <http://www.desmoulin.net>, 2012, p. 5 et 6.

<sup>655</sup> Sénat, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques et du Plan sur le projet, adopté par l'Ass. nat., après déclaration d'urgence, visant à la mise en œuvre du droit au logement, par M. Robert LAUCOURNET, annexe au P.V. de la séance du 2 av. 1990, p. 7.

<sup>656</sup> D.R.E.E.S., Trente ans d'évolution des dépenses de logement des locataires du parc social et du parc privé, n° 55, juillet 2014, p. 5.

<sup>657</sup> D.R.E.E.S., Trente ans d'évolution des dépenses de logement des locataires du parc social et du parc privé, n° 55, juillet 2014, p. 7.

le parc HLM. Dans le même temps, les locataires du parc social s'appauvrissent et l'offre de logements sociaux se recentre en faveur des foyers modestes<sup>658</sup>.

**242.** Par ailleurs, il est constaté que dans le parc locatif privé, près de la moitié des logements ont été construits avant 1948 (40 % pour l'ensemble du parc) et parmi ceux-ci, soit 28,6 %, sont sans confort. C'est dans les grandes villes que ce parc locatif privé a le plus de chance de se maintenir, même sans être modernisé car il permet un accès à la ville pour les jeunes ménages qui accordent plus d'importance à la centralité qu'aux qualités intrinsèques de l'habitat<sup>659</sup>. Quant au marché immobilier, un article paru dans le journal le Monde le 15 février 1989 énonce qu'« au cours des dix dernières années, le prix moyen des logements neufs, tout comme celui des logements anciens, à Paris, a été multiplié par trois, tandis que le coût de construction du mètre carré progressait de 70 % ». Alors même que d'autres Etats européens, faisant des constats similaires, admettent rentrer dès 1989 dans une période de crise immobilière de très grande ampleur, ce mot n'est prononcé pour la première en France qu'en 1991 à l'occasion d'un colloque de l'Institut d'épargne immobilière et foncière<sup>660</sup>. La réalité de la situation s'impose alors dans les esprits et le gouvernement ne peut rester sans agir.

## **2- Des actions politiques**

**243.** Les politiques gouvernementales instaurées dans le cadre de ces contextes, reconnaissant l'efficacité de la formule emphytéotique et de sa nature composite, conçoivent le bail à construction comme un remède à la spéculation foncière (a) et créent le bail à réhabilitation afin de favoriser l'accroissement des offres de logement (b).

---

<sup>658</sup> D.R.E.E.S., Trente ans d'évolution des dépenses de logement des locataires du parc social et du parc privé, n° 55, juillet 2014, p. 9 ; EPSTEIN Renaud, La Rénovation urbaine, P.F.N.S.P., 2013, p. 41 ; ELBAUM Mireille, Économie politique de la protection sociale, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 107.

<sup>659</sup> TAFFIN Claude, Le parc privé : une espèce en voie de disparition ?, UNPI 1893-1993 Un siècle d'action pour le logement, p. 58 et 59.

<sup>660</sup> Institut d'épargne immobilière et foncière, le marché immobilier français de 2018, 25<sup>ème</sup> éd., Hors coll.. DELMAS, 2017, p. 391.

## a- Un remède à la spéculation foncière

244. Le bail à construction est l'un des moyens législatifs mis en œuvre pour combattre la spéculation foncière qui atteint une ampleur importante au début des années 60<sup>661</sup>. L'enjeu du projet de loi relatif au bail à construction est de permettre de répondre aux besoins de familles mal logées et son objectif est de faciliter et d'accélérer la construction<sup>662</sup>. M. Maziol présente et défend son projet de loi. D'une part, il s'agit d'une formule juridique permettant de diminuer le prix de revient des constructions en supprimant le coût d'acquisition du terrain. D'autre part, il est également question d'intéresser directement les propriétaires aux opérations d'urbanisation, « en pensant plus particulièrement à ceux d'entre eux qui n'ont ni les moyens, ni le goût, ni le temps de participer ou de s'intéresser directement eux-mêmes à des opérations de construction. »<sup>663</sup>. L'idée qui prédomine le texte est d'inciter les propriétaires de sols urbains à en remettre la jouissance aux promoteurs afin d'accroître l'offre de terrains à bâtir<sup>664</sup>. Pour ce faire, le gouvernement a choisi non pas de déposséder complètement les propriétaires des terrains mais au contraire de proposer une formule favorisant une association entre propriétaires et constructeurs<sup>665</sup>. Le bail à construction permet de donner aux constructeurs un moyen nouveau pour se procurer des terrains à bâtir à une époque où la pénurie de terrains aisément constructibles constitue un obstacle sérieux à la construction de logements. Il s'agit d'associer « l'état de propriétaire et la fonction de constructeur »<sup>666</sup> et de « créer une communauté d'intérêts entre les propriétaires du sol et les constructeurs »<sup>667</sup>. Le bail à construction doit pouvoir favoriser les opérations d'urbanisation. A ce titre, la conclusion du bail à construction est envisagée dans le Titre 1 de la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation comme un instrument technique nécessaire à la mise en place d'opérations d'urbanisation développées dans le Titre suivant<sup>668</sup>. Le Titre 2 prévoit la conclusion de tels baux entre une société civile foncière de construction ou une association foncière urbaine, groupant les propriétaires de terrains contigus, et un organisme de construction dans le cadre d'une opération d'aménagement.

---

<sup>661</sup> LATAULADE de Denise et BOCQUET André, L'avenir du bail à construction, Gaz. Pal. 16 mai 1974.

<sup>662</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>663</sup> Débats parlementaires, Sénat, séance du 4 déc. 1964, J.O. du 5 déc. 1964.

<sup>664</sup> SAINT-ALARY Roger, Bail à construction et opérations d'urbanisation, Com. de la loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964, JCP 1966. I. 1976.

<sup>665</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>666</sup> LIET-VEAUX Georges et SCHMIDT J., Le bail à construction, D. 1965. Chron. 71.

<sup>667</sup> Exposé des motifs du projet de loi, 27 mai 1964.

<sup>668</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

245. Néanmoins, l'utilisation du bail à construction dans ce contexte, c'est-à-dire afin de constituer le support d'opérations d'urbanisme, ne s'est pas développée, confirmant ainsi les craintes exprimées par certains parlementaires au cours de débats précédents le vote du texte de loi<sup>669</sup>. Il est principalement utilisé pour poursuivre des objectifs patrimoniaux, en dehors du cadre particulier prévu par le législateur, et essentiellement dans le secteur de l'habitat<sup>670</sup>. Les bailleurs sociaux ont couramment recours au bail à construction au travers de la réalisation de logements locatifs sociaux, et sont amenés à favoriser ce type de contrat afin de compenser les mauvaises conditions du marché immobilier actuel<sup>671</sup>. L'emploi de ce contrat a été favorisé dans le cadre de l'accession sociale à la propriété qui fait l'objet d'une promotion gouvernementale importante<sup>672</sup>. Par ailleurs la loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 a introduit la possibilité pour le maire ou le président d'un établissement public foncier de consentir, sur les terrains remis à titre de participation à la diversité de l'habitat, un bail à construction au profit de personnes morales de droit privé, pour la réalisation de logements locatifs sociaux<sup>673</sup>.

## **b- Un accroissement de l'offre de logements**

246. Depuis la loi portant création du bail à construction en 1964, la France n'est pas restée sans agir face d'une part, à la prise de conscience relative à l'importance de l'accès au logement, et d'autre part à la nécessité de mettre en œuvre des politiques favorables au droit au logement. En 1966, La France ratifie le pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels dont l'article 11 énonce que « Les Etats parties au présent pacte reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un

---

<sup>669</sup> Notamment M. DENVERS Albert, Débats parlementaires, Assemblée nationale, 2<sup>ème</sup> séance du 30 juin 1964.

<sup>670</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 1.

<sup>671</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 32 ; Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 14 et svts ; Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, août 2016, p. 23 et 31 ; Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires Economiques sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, MM. BRAYE Dominique et REPENTIN Thierry, Sénateurs, annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005, p. 20, extrait : « Le recours au bail emphytéotique ou au bail à construction présente de nombreux avantages : d'après les chiffres avancés par la Fédération nationale des promoteurs constructeurs, il permettrait en effet de réduire les coûts de construction d'environ 7 à 8%. Il s'agit là d'un instrument permettant de rendre l'accession sociale moins difficile dans les zones où le foncier est cher, et de centrer l'aide à l'accession de la collectivité sur la seule construction ».

<sup>672</sup> USH, Accession sociale, vente HLM, copropriétés : Vente des logements locatifs des organismes HLM à personne physique : points-clés et recommandations, Les cahiers, n° 118, déc. 2007, p.

<sup>673</sup> Loi d'orientation pour la ville n° 91-662 du 13 juillet 1991, JORF du 19 juillet 1991, art. 16.

logement suffisant, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence »<sup>674</sup>. Au niveau national, deux textes d'importances marquent une évolution dans la prise en compte du droit au logement. La loi n° 82-526 du 22 juin 1982 dite Quilliot relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs qui est la première à réglementer véritablement les rapports locatifs dans le cadre d'un bail d'habitation, dispose dans son 1<sup>er</sup> article que « le droit à l'habitat est fondamental »<sup>675</sup>. La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 mise en place dans le but d'améliorer les rapports locatifs, déclare dans son article 1<sup>er</sup> que « le droit au logement est un droit fondamental »<sup>676</sup>. Dans le même temps, au cours de ces années 1980, l'articulation indispensable entre les politiques de l'habitat et les compétences en matière d'urbanisme, ainsi que les manifestations de la crise en banlieue conduisent à évoquer de plus en plus souvent la notion de « mixité sociale » et ce jusqu'à la portée au rang d'objectif<sup>677</sup>.

**247.** Dans cette même logique, la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, dite « loi Besson » est envisagée comme le fondement de la politique du logement en faveur des personnes défavorisées car elle vise à mettre en œuvre le droit au logement défini dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 6 juillet 1989<sup>678</sup>. Le gouvernement, présentant le projet de loi, est conscient que l'exercice effectif du droit au logement, par toutes les catégories sociales, nécessite des dispositions législatives et réglementaires et des moyens financiers nouveaux ainsi qu'une mobilisation de tous les acteurs du logement et de l'action sociale<sup>679</sup>. Aussi, le texte de loi prévoit-il très concrètement des mesures permettant de mobiliser les logements privés vacants, telles que des avantages fiscaux pour les propriétaires louant des logements à des personnes défavorisées ou à des associations agréées, ou encore une possibilité d'exonération de la taxe sur des propriétés bâties. D'autres mesures tendent à favoriser un meilleur équilibre du peuplement dans le parc social, notamment par l'incitation à la création de logements sociaux dans toutes les communes, tout en améliorant leur répartition géographique, et par la possibilité de conclure des protocoles d'occupation du patrimoine social. Parce que le parc social ne peut répondre seul aux besoins dans

---

<sup>674</sup> Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 déc. 1966, entrée en vigueur le 3 janv. 1976, conformément aux dispositions de l'art. 27.

<sup>675</sup> Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 dite Quilliot relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, JORF du 23 juin 1982.

<sup>676</sup> Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juillet 1989.

<sup>677</sup> KIRSZBAUM Thomas, Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative, La documentation française, 2008, p. 11 et 14.

<sup>678</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>679</sup> Assemblée nationale, 9<sup>ème</sup> législ., 1<sup>er</sup> session ordinaire de 1989-1990, présenté au nom de M. Michel ROCARD, 1<sup>er</sup> Ministre, par M. Michel DELEBARRE, Ministre de l'équipement, des logements, des transports et de la mer, Exposé des motifs.

le domaine du logement et qu'il est nécessaire de mobiliser le parc privé, le projet de loi met également un nouvel outil juridique, le bail à réhabilitation, permettant notamment d'ouvrir de nouveaux champs d'intervention aux organismes de logement social et aux associations intervenant dans le secteur<sup>680</sup>. L'article 10 introduit un nouveau chapitre dans le code de la construction et de l'habitation. Il prévoit la création d'un contrat dit « bail à réhabilitation » qui a pour objet de permettre à des bailleurs sociaux ou à des organismes à vocation sociale agréés de remettre en état des immeubles et de les gérer. Le preneur est tenu de conclure avec l'Etat une convention ouvrant droit à l'APL, les occupants bénéficient du statut particulier des locataires des bailleurs sociaux (plafonds de loyer et de ressources) et d'une protection au terme du bail à réhabilitation. Il est expressément énoncé que ce contrat est créé dans le but de mettre sur le marché immobilier de nouveaux immeubles pour satisfaire les besoins en logement social des personnes les plus défavorisées. Il a pour but de renforcer le parc immobilier locatif à vocation sociale au travers d'un parc privé vieillissant, dépourvu des éléments de confort et délaissé par leurs propriétaires<sup>681</sup>. Un auteur remarque également que son objectif est de permettre à des propriétaires impécunieux qui ne peuvent entretenir leurs immeubles de les louer à des preneurs qui peuvent réaliser les travaux nécessaires<sup>682</sup>. Le bail à réhabilitation doit permettre de valoriser le patrimoine foncier au moyen de travaux. De la même façon que pour le bail à construction, l'intention du législateur est d'instituer un partenariat entre propriétaires et preneurs pour « redonner vie à un immeuble qui n'est plus adapté aux normes du confort moderne », mais dans le cadre du bail à réhabilitation il s'agit également d'« améliorer un immeuble pour le gérer à des fins sociales »<sup>683</sup>. Visant à la mise en œuvre du droit au logement, cette forme de bail de longue durée est destinée à accroître le parc de logements au profit des personnes les plus défavorisées<sup>684</sup>.

---

<sup>680</sup> Sous la direction BENGUIGUI Francine, Regards croisés, Chercheurs-acteurs, « La politique du logement à l'épreuve de la précarité », Plan construction et architecture, 1997, p. 32, p. 48 et 49.

<sup>681</sup> Circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>682</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, « Le bail à réhabilitation », RDI 1991. 19.

<sup>683</sup> BOULE Eric, Le bail à réhabilitation : quel intérêt pour le propriétaire ?, Gaz. Pal. 1993, 1, somm. 816.

<sup>684</sup> LOUVEL Marc-Henri et CHAUSSE Hélène, Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ?, JCP N 2013. 1159 ; TRANCHANT Laetitia, Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété, RDI 2014. 276. DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 398, p. 364.

## **B- Les conditions de création du bail réel immobilier et du bail réel solidaire**

**248.** Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire présentent une même nature composite avec leurs prédécesseurs. Celle-ci, favorisant une maîtrise foncière sans lourdeur économique importante, permet à l'ensemble de ces contrats spéciaux de répondre à une ou plusieurs problématiques économiques et sociales. L'emphytéose a été conçue pour régler les difficultés de gestion des grands espaces agricoles, le bail à construction doit favoriser l'urbanisation et la construction de logements, et le bail à réhabilitation participe à la rénovation du parc immobilier ancien devant être intégré dans le parc locatif social. Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire ne font pas exception à cette logique. Les motifs qui ont conduit le gouvernement à agir et à envisager de recourir à ces outils de maîtrise foncière et de mixité sociale reposent sur les difficultés d'accès au logement rencontrées par la classe moyenne et les ménages aux ressources modestes (1) qui ont pu être entendues et considérées par le cadre des politiques du logement (2)<sup>685</sup>.

### **1- Les difficultés d'accès au logement**

**249.** Les ménages modestes rencontrent des difficultés d'accès au logement depuis plusieurs décennies (a), mais la situation du marché immobilier et le contexte socio-économiques ont conduit les classes moyennes à faire face à des problématiques similaires(b).

#### **a- Loger les ménages modestes**

**250.** La France traverse depuis plusieurs années une crise du logement. Depuis le début de la décennie 2000, les données mettent en exergue une forte inflation des prix et une insuffisance de l'offre de logements, et ce notamment en zone tendues. Le décrochage grandissant de l'évolution des valeurs immobilières des logements par rapport à celle des revenus des ménages est un facteur important des difficultés rencontrées par les ménages pour accéder à la propriété ou à la location

---

<sup>685</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

de leurs résidences principales, en particulier ceux aux ressources modestes. Pour exemples, entre 2000 et 2010, les prix des logements anciens ont augmenté de 110 % en moyenne nationale, de 120 % en région Rhône-Alpes, de 135 % en Île-de-France et de 140 % en région PACA. Sur la même période, les prix des logements neufs se sont accrus de 86 % pour les maisons et de 94 % pour les appartements<sup>686</sup>. Corrélativement, il est constaté que le taux d'effort des ménages en faveur du logement a augmenté. Les dépenses de logement pèsent plus lourd dans le budget des ménages. Elles représentent en moyenne 21 % du revenu disponible, avant prise en compte des aides personnelles au logement. Assez logiquement, l'inégalité dans l'accès au logement se double d'une inégalité dans le taux d'effort des ménages pour se loger.

## **b- Loger les classes moyennes**

**251.** Désormais, les difficultés pour se loger s'étendent à l'ensemble de la classe moyenne, et plus particulièrement aux jeunes ménages avec des enfants en bas âges. A Paris et dans quelques autres zones denses, l'écart de loyer entre parc HLM et parc privé est de 1 à 3. Cet état de fait encourage l'immobilité et explique les difficultés de passage d'un parc à l'autre. De plus, le coût croissant du parc privé induit des choix douloureux en termes d'espace, de confort, de localisation et de pouvoir d'achat hors logement. Le logement des classes moyennes constitue la majorité du parc de logements français, et malgré le rattrapage de la construction amorcé depuis quelques années, le marché reste tendu<sup>687</sup>. En 2013, les besoins de construction de logements en France sont estimés aux alentours de 400 000 à 500 000 logements par an pendant 10 ans. Cette nécessité est aggravée par la diminution continue de la taille moyenne des ménages, et par une croissance démographique qui s'établit à 2,1 %<sup>688</sup>. Les observateurs remarquent qu'en conséquence les primo-accédants se sont raréfiés. Le niveau atteint par les prix en a désolvabilisé un grand nombre et le phénomène s'est aggravé avec le resserrement des conditions d'accès au crédit, car si les taux d'intérêt sont restés assez stables, les banques se sont montrées plus exigeantes sur la qualité des dossiers<sup>689</sup>.

---

<sup>686</sup> Etude d'impact du projet de loi du 30 avril 2013.

<sup>687</sup> MISTRAL Jacques et PLAGNOL Valérie, Loger les classes moyennes : la demande, l'offre et l'équilibre du marché du logement, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, La Documentation française, Paris, 2008.

<sup>688</sup> Etude d'impact du projet de loi du 30 avril 2013.

<sup>689</sup> IEIF, Le marché immobilier français, Encyclopédie DELMAS, 2012-2013, 31.11, p. 103.



**252.** Les dysfonctionnements du marché immobilier sont d'une telle importance qu'ils suscitent un réel malaise, dont les politiques se sont alors emparés et ont tenté de solutionner au travers de la mise en œuvre d'une volonté affirmée de redynamiser la production de logements et de stabiliser l'inflation.

## **2- Les politiques du logement**

**253.** L'intervention publique dans le secteur du logement, au travers de la création de nouveaux baux réels immobiliers de longue durée, a débuté par la prise en considération politique des problématiques de cette question (a). Celle-ci a permis de conclure à la fois, à l'efficacité économique et juridique de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée, et à la nécessité d'en adapter l'affectation (b).

### **a- La prise en considération politique**

**254.** Reprenant le slogan de sa campagne de candidat à la présidentielle, François Hollande, annonce à l'occasion d'un déplacement en banlieue parisienne « le changement dans le logement, c'est maintenant »<sup>690</sup>. A cette occasion, le Président présente un plan d'actions d'urgence pour un secteur frappé de plein fouet par la crise et précise que « face à l'urgence économique, sociale, environnementale de la situation, nous avons considéré qu'il y avait à faire un choc de confiance avec un plan d'investissements logements ». Ce plan passe par quatre grandes mesures que sont la levée des freins à la construction, une mobilisation des acteurs de la construction, une libération du foncier et un plan de rénovation énergétique. Pour aller plus loin, le Président Hollande s'engage sur les objectifs de construction de logements, à savoir la construction sur le quinquennat de 2,5 millions de logements, soit 500 000 logements par an dont 150 000 logements locatifs sociaux, adaptés à la diversité des besoins (taille des logements), des moyens des demandeurs de logement (notamment les plus modestes) et des territoires en tenant compte de la réalité des besoins identifiés<sup>691</sup>. C'est dans ce contexte qu'est promulguée, le 18 janvier 2013, la loi n° 2013-

---

<sup>690</sup> VERGNE Frédérique, « Le changement dans le logement, c'est maintenant », François Hollande à Alfortville le 21 mars, Le Moniteur, le 21/03/2013.

<sup>691</sup> Actualité Habitat, Logement : les orientations de la nouvelle présidence, 10 mai 2012.

61 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social<sup>692</sup>. Ce texte initie les premières mesures opérationnelles permettant la production de nouveaux logements sociaux. Il prévoit notamment la mobilisation du foncier de l'Etat et de ses établissements publics ainsi que la mobilisation des collectivités locales par le renforcement des obligations résultant de l'application de l'article 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain<sup>693</sup>. Constatant l'urgence de la situation provoquée par la crise du logement, le gouvernement décide d'agir toujours plus rapidement et de répondre à la nécessité de développer une offre de logement intermédiaire. François Hollande rappelle lors de la manifestation « 24 heures du bâtiment » que « le logement intermédiaire n'est pas le plus rentable alors que c'est celui qui correspond à une vraie demande du marché »<sup>694</sup>. C'est dans le cadre du plan d'investissement pour le logement que la loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le Gouvernement a adopté des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction que ce dernier prend, par ordonnance, les mesures visant à favoriser le développement de logements intermédiaires afin d'apporter une réponse aux besoins de logement des classes moyennes<sup>695</sup>.

**255.** Le législateur doit également apporter une réponse aux besoins de logements à prix abordables pour les ménages modestes. La création de ces logements doit favoriser les parcours résidentiels des ménages, permettre de libérer un certain nombre de logements locatifs sociaux, développer la mixité sociale et participer à la limitation des déplacements domicile-travail<sup>696</sup>. La priorité du législateur exprimée dans la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové est de favoriser l'accès de tous à un logement digne et abordable<sup>697</sup>. Ceci implique une accélération de la production de logements et une action sur le marché des logements existants. Nonobstant, la chaîne du logement démarre nécessairement par l'appropriation du foncier destiné à supporter les futurs bâtiments. Les opérateurs fonciers existants, tels que les établissements publics fonciers, les établissements publics d'aménagement, les sociétés d'économie mixte d'aménagement remplissent en partie cette fonction, néanmoins il est apparu

---

<sup>692</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>693</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, JORF du 14 déc. 2000, dont l'art. 55 impose l'obligation pour certaines communes de disposer d'un taux minimum de logements sociaux, selon des critères définis par le C.C.H.

<sup>694</sup> GUERIN Jean-Yves, Un coup de pouce au logement intermédiaire, Le Figaro Immobilier, 14/06/2013.

<sup>695</sup> Loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction, JORF du 2 juillet 2013.

<sup>696</sup> Minist. du logement et de l'habitat durable, Fiche d'impact projet de texte réglementaire, Ord. relative au bail réel solidaire, 1<sup>er</sup> avril 2016.

<sup>697</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

nécessaire de créer un nouvel opérateur. L'article 164 de la loi crée alors les organismes de foncier solidaire. Ceux-ci se distinguent car ils sont des organismes à but non lucratif à vocation de conserver les biens acquis de manière pérenne. En effet, leur objet consiste à acquérir et à gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de construire des logements et des équipements collectifs conformément aux objectifs présidant à la réalisation des actions et opérations d'aménagement<sup>698</sup>. L'article précédemment cité rajoute que pour ce faire l'organisme a la possibilité de consentir au preneur, dans le cadre d'un bail de longue durée, s'il y a lieu avec obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété des logements, à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale, sous des conditions de plafond de ressources, de loyers et, le cas échéant, de prix de cession.

**256.** L'organisme de foncier solidaire constitue un nouvel acteur du foncier dont l'objet est de constituer un parc pérenne d'accession à la propriété ou à la location à destination des ménages modestes. Par ailleurs, il est noté que dans sa globalité, le système mis en place emprunte beaucoup au modèle anglo-saxon du « community land trust » défini comme une organisation non marchande qui possède, développe et gère des propriétés au profit des membres de la collectivité locale et avec son concours. Néanmoins, il manque à la mise en œuvre de ce nouveau dispositif la définition et le régime du bail de longue durée qui constitue le pivot du système<sup>699</sup>.

## **b- Des solutions envisagées**

**257.** Pour arriver à la conclusion tenant à la création du bail réel immobilier, le gouvernement fait le constat que la problématique relative à la charge du foncier dans le portage financier d'une opération de construction est bien trop importante pour assurer une offre de logement intermédiaire<sup>700</sup>. Concernant les collectivités territoriales, il apparaît que les cessions de biens, terrains ou immeubles, ne sont pas toujours opportunes dans une vision à très long terme et

---

<sup>698</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Loi ALUR et logement social, AJDI 2014. 351.

<sup>699</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740 ; SARDOT Christophe et TEITGEN Antoine, Le bail réel solidaire, un outil de mixité sociale, JCP N. I. n° 13, 30 mars 2018, 1141.

<sup>700</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

qu'elles peuvent souhaiter les mobiliser dans d'autres conditions, permettant ainsi un meilleur contrôle sur la durée<sup>701</sup>.

**258.** Les baux réels immobiliers déjà connus tels que l'emphytéose ou le bail à construction offrent la possibilité de dissociation de la valeur du foncier et de celle du bâti qui contribue à préserver l'équilibre économique d'une opération immobilière. Cependant, le gouvernement estime que les outils fonciers existants sont inadaptés car ils ne peuvent conduire à une production spécifique de logement intermédiaire<sup>702</sup>. En effet, le bail emphytéotique de droit commun ne permet pas d'imposer, comme obligation essentielle du bail, la construction d'un immeuble, ni de contrôler la destination des immeubles édifiés<sup>703</sup>. Le bail à construction, s'il permet d'obliger les preneurs à construire et d'imposer la destination de « logements » de ces immeubles<sup>704</sup>, ne peut imposer d'objectifs quant à la maîtrise du prix de cession des logements, ni interdire, limiter, contrôler, aménager la cession de ses droits par le preneur à construction. L'introduction d'une clause « anti-spéculative » semble impossible sous peine d'entraîner la disqualification du contrat<sup>705</sup>. Le bail à réhabilitation ne peut obliger le preneur qu'à améliorer le bien et à le louer à usage d'habitation. De même que le bail à construction, il ne peut ni prévoir la cession des logements, ni la maîtrise de leur prix. Enfin le bail emphytéotique administratif<sup>706</sup>, par abréviation « BEA », permet aux collectivités territoriales, à l'Etat et certains de ses établissements publics, de consentir des droits réels sur leurs domaines public ou privé, tout en conservant un contrôle des activités de l'occupant. Des clauses destinées à garantir à la personne publique la maîtrise de l'affectation et des prix peuvent donc être stipulées dans ce type de bail. Cependant, le gouvernement conclut que la relativité du droit réel conféré au preneur ne convient pas aux exigences des futurs acquéreurs de logements et à leurs prêteurs. En effet, le bail emphytéotique administratif peut être résilié pour motif d'intérêt général et ne garantit pas la pérennité du droit des futurs acquéreurs des logements. De plus, si le preneur peut constituer une hypothèque sur les droits réels que lui confère le bail, ce recours à l'hypothèque est uniquement possible « pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué » en application des termes de l'article 1311-3 du code général des collectivités territoriales. Il en résulte l'impossibilité de recourir à l'hypothèque pour financer l'acquisition de logements

---

<sup>701</sup> FOULQUIER Norbert, La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol, La Gazette, mars 2012, p.13.

<sup>702</sup> Dossiers législatifs, Exposé des motifs, Loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction.

<sup>703</sup> C.A. Paris, 24 fév. 2005, Constr-Urb. 2005, n° 136, obs. Sizaire.

<sup>704</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Encyclopédie Dalloz, n° 52 et svts.

<sup>705</sup> Dossiers législatifs, Exposé des motifs, Loi n° 2013-569 du 1<sup>er</sup> juillet 2013 habilitant le Gouvernement à adopter des mesures de nature législative pour accélérer les projets de construction.

<sup>706</sup> Art. L. 1311-2 et svts du CGCT et art. L. 2341-1 du CG3P.

intermédiaires<sup>707</sup>. Le gouvernement décide que seul un nouveau contrat, bail de longue durée, peut répondre à l'ensemble des desideratas énoncés<sup>708</sup>.

**259.** Le bail réel solidaire est le fruit d'une politique visant à développer une nouvelle offre de logements destinés aux ménages ayant des revenus modestes et à promouvoir la mixité sociale qui est un objectif du droit de l'urbanisme difficile à atteindre. Tous les gouvernements successifs ont cherché de nouveaux outils les favorisant. Les mesures mises en place semblent se succéder sans fin<sup>709</sup>.

**260.** Le dernier texte phare en la matière est la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté dont la moitié des 224 articles se concentre dans un titre intitulé « Mixité sociale et égalité des chances dans l'habitat »<sup>710</sup>. Trois mesures sont emblématiques d'une volonté d'avancer plus vite et mieux vers ces objectifs. La première consiste dans l'obligation d'attribuer 25 % des logements sociaux en dehors des quartiers prioritaires de la politique de la ville aux 25 % des ménages les plus pauvres ayant déposé une demande de logement. La deuxième supprime la connexité des loyers sociaux du financement d'origine des logements concernés. Tous les logements doivent être éligibles à tous les locataires sociaux. En conséquence, un appartement financé en prêt locatif social dans un quartier attractif pouvant à présent être proposé en loyer prêt locatif aidé d'intégration. La troisième mesure est censée, par plusieurs dispositions différentes, renforcer l'application de l'article 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains<sup>711</sup>. Néanmoins, le coût de l'immobilier est depuis longtemps désigné comme principal responsable des difficultés d'accession à la propriété. Ainsi, le législateur a mis en place des solutions fondées sur des aides de la collectivité permettant aux citoyens modestes d'acquérir leur résidence principale. La plupart de ces aides consistent à alléger

---

<sup>707</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>708</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Recueil Dalloz, 2014. 1844.

<sup>709</sup> KIRSZBAUM Thomas, Mixité sociale dans l'habitat, Revue de la littérature dans une perspective comparative, La documentation française, 2008, p. 14 « Un arsenal législatif et réglementaire sophistiqué s'est donc constitué, principalement depuis le début des années 1990, articuland des dispositions sur les attributions de logements sociaux (diversification du peuplement), leur construction (rééquilibrage du parc HLM entre les communes) et le renouvellement urbain (diversification des produits « logement » et des fonctions urbaines dans les quartiers spécialisés). ....L'encadrement normatif croissant du volet « construction » se vérifie aussi dans le passage de la LOV à la loi SRU, le nombre de communes devant atteindre le quota de 20 % de logements sociaux ayant quadruplé d'une loi à l'autre. »

<sup>710</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF du 28 janv. 2017.

<sup>711</sup> Les art. 97 à 99 de la loi du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ont modifié les dispositions législatives relatives à la mise en œuvre de l'art. 55 de la loi SRU, codifiées aux art. L.302-5 à L.302-9-4 du CCH, pour d'une part, redéfinir les conditions d'application territoriale du dispositif et de fixation des niveaux d'obligation dans le sens d'un recentrage sur les territoires sur lesquels la demande de logement social est avérée et plus forte, et d'autre part, renforcer l'opérationnalité des outils existants pour rendre plus efficace l'action de l'État dans les communes carencées.

le poids de l'endettement par des prêts bonifiés, tels que le prêt à taux zéro et le prêt d'accession sociale. Pour autant, l'augmentation constante du prix des logements ne permet pas de maintenir un parc de logements accessible sur la durée. La mixité et l'accès au logement, en accession ou location, pour les foyers à faible revenu sont difficiles à mettre en place. Ces difficultés ne découragent cependant pas le législateur qui autorise le gouvernement à mettre en œuvre le bail réel solidaire.

## **§2- Un concept adapté**

**261.** Afin de définir au mieux la spécificité de ces baux réels immobiliers de longue durée, il est nécessaire de faire l'analyse des caractérisations du concept déjà proposé par l'emphytéose (A). Cette réflexion permet de prendre pleinement connaissance du cheminement qui a conduit le législateur à aller vers une spécialisation du concept tout en préservant la nature (B).

### **A- Les caractérisations d'un concept**

**262.** La référence emphytéotique ne peut être niée, car il est constaté que le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire constituent une transposition moderne de cette technique juridique très ancienne (1). Sa nature composite et l'extrapolation de son application ont permis son adaptation aux contextes et besoins actuels (2).

#### **1- La transposition d'une technique**

**263.** Les baux réels immobiliers de longue durée ont tous la même référence (a). Ils partagent la même origine emphytéotique, la même nature de droits, mais ont été conçus et adaptés afin de répondre aux nécessités modernes (b).

## a- La référence emphytéotique

**264.** Le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont tous des baux de longue durée octroyant un droit réel immobilier, qui ne peuvent qu'être rapprochés du bail emphytéotique, dont ils en reprennent les principales caractéristiques. En l'occurrence il ne peut être question d'une coïncidence car c'est en toute connaissance de cause que ces contrats ont été créés sur les bases de l'emphytéose. Ce dernier contrat constitue la référence sur lequel le législateur s'est appuyé afin de déterminer, de construire, plus précisément le régime juridique de chacun de ces nouveaux baux de longue durée. Selon les dires de M. Maziol, Ministre de la construction et principal porteur du projet de loi relatif au bail à construction « il s'agit de transposer en matière urbaine la formule et les techniques de l'association fondée sur une communauté d'intérêts entre les propriétaires du sol et les constructeurs, qui a donné des résultats intéressants en matière rurale, agricole et forestière. » La formule fait assez clairement allusion au bail emphytéotique. Le bail à réhabilitation ne peut pas plus que le bail à construction échapper aux comparaisons ou parallèles qui le ramènent à l'emphytéose et au bail à construction. Ce qui pour Mme Bosgiraud-Stephenson « justifie une certaine curiosité à son égard » car « il apparaît que le législateur est fasciné par la technique de « l'emphytéose »<sup>712</sup>. Le bail réel immobilier est distinct de l'emphytéose, du bail à construction et du bail à réhabilitation. Néanmoins, ses dispositions reprennent les critères fondamentaux de la famille des baux réels immobiliers<sup>713</sup>. Ce nouveau contrat organise une dissociation entre le foncier et la construction, et sa durée est comprise entre 18 et 99 ans. Tout comme les deux derniers baux créés par le législateur, le preneur d'un bail réel immobilier s'engage à construire des logements ou à les réhabiliter<sup>714</sup>. Le bail réel solidaire est construit sur le modèle des baux réels immobiliers de longue durée et sa structure montre les liens prégnants qui existent entre ces contrats<sup>715</sup>. Ces deux derniers baux reprennent les mécanismes des baux réels immobiliers de longue durée précédant et partagent donc la même référence emphytéotique<sup>716</sup>.

---

<sup>712</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, le bail à réhabilitation, RDI 1991. 19.

<sup>713</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP Adm. et Collect. Territ. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943 ; VIAL-PEDROLETTI Béatrice, Création d'un nouvel outil juridique : le bail réel immobilier, L'essentiel, Droit de l'immobilier et urbanisme, 01/04/2014, n° 04, p. 1.

<sup>714</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 2019, 11<sup>ème</sup> éd., n° 400, p. 365 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 944, p. 838.

<sup>715</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Le bail réel solidaire, JCP N. I. n° 25, 22 juin 2018, 1217 ; PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, LPA, 22/11/2016, p. 6.

<sup>716</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de droit civil, Tome 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 784 ter, p. 507.

## b- Les adaptations nécessaires

265. M. Jacques Delalande, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, indique plus précisément dans le cadre des discussions sur le projet de loi relatif au bail à construction, que ce contrat a toutes les caractéristiques de l'emphytéose, mais qu'il comporte la particularité d'obliger le preneur de construire<sup>717</sup>. En effet, si le bail à construction est caractérisé par les obligations particulières du preneur (édifier, entretenir), celles-ci viennent en fait s'ajouter aux autres caractéristiques empruntées pour une large part au bail emphytéotique<sup>718</sup>. Un grand nombre d'auteurs ont également constaté que le bail à construction est la transposition en milieu urbain de l'emphytéose rurale<sup>719</sup>, une extrapolation urbaine de l'emphytéose<sup>720</sup>, une nouvelle variété d'emphytéose<sup>721</sup>, ou encore sa forme moderne et urbaine<sup>722</sup>. Une autre partie de la doctrine souligne encore combien il est parfois difficile de distinguer les deux contrats et notamment parce qu'il semble que dans ces deux contrats et à l'inverse d'un contrat de bail classique<sup>723</sup>, l'essentiel n'est pas la jouissance de l'immeuble, mais bien sa mise en valeur<sup>724</sup>. M. Tixier va jusqu'à s'interroger sur le maintien d'une véritable différenciation, allant même jusqu'à proposer une fusion des deux institutions<sup>725</sup>. M. Perinet-Marquet remarque qu'au final le bail à construction, comme le bail emphytéotique, « n'apparaît pas comme une révolution, mais à bien des égards, comme une reprise », car ils ne sont qu'une expression de la dissociation entre domaine éminent et domaine utile de l'ancien droit<sup>726</sup>. Le bail à réhabilitation est envisagé comme une variante de cette technique<sup>727</sup>, une nouvelle expression de cette catégorie juridique<sup>728</sup>, et qui, quelles que soient ses particularités, le situe dans la ligne du bail emphytéotique et du bail à construction<sup>729</sup>. Il est ainsi remarqué que la situation du preneur du bail à réhabilitation rappelle celle des preneurs de

<sup>717</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>718</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 120.05, p. 132.

<sup>719</sup> LIET-VEAUX Georges et SCHMIDT J., Le bail à construction, D. 1965. Chron. 71.

<sup>720</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 928, p. 829.

<sup>721</sup> LIET-VEAUX Georges et SCHMIDT J., Le bail à construction, D. 1965. Chron. 71 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 937, p. 835.

<sup>722</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, T. 2, Les biens, Les obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [847], p. 1808 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, Collection Droit Civil, LGDJ, n° 620, p. 367.

<sup>723</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Répertoire de droit civil, Dalloz, n° 28.

<sup>724</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, Collection Droit Civil, LGDJ, n° 620, p. 367.

<sup>725</sup> TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique et bail à construction : leurs différences sont-elles encore justifiées ?, RDI 2010. 513.

<sup>726</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16.

<sup>727</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 928, p. 829.

<sup>728</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>729</sup> HUGOT Jean, Un nouveau-né : le bail à réhabilitation, JCP N.I. n° 24, 15 Juin 1990, 100816 ; MAINGUY Daniel, Contrats spéciaux, 10<sup>ème</sup> éd., 2016, Dalloz, n° 293, p. 276.



l'emphytéose et du bail à construction, car dans le cadre de ces contrats ils doivent de la même façon entretenir les lieux loués, et les améliorations ou travaux réalisés bénéficient à terme au bailleur sans indemnisation<sup>730</sup>. Concernant le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, les effets recherchés sont multiples. Il est question de favoriser un meilleur accès au logement pour les classes moyennes pour le premier et les ménages modeste pour le second, et ce en augmentant leur reste à vivre. Il s'agit de parvenir à une meilleure fluidité des parcours résidentiels, et enfin d'atténuer les effets de seuil entre le parc social et le marché libre. Ces procédés doivent permettre de favoriser la mobilité du parc locatif, et in fine de réduire la pression sur le logement locatif social. Le gouvernement a conclu à la nécessité de créer un nouvel outil<sup>731</sup>.

**266.** Si la référence emphytéotique ne peut être niée, le gouvernement et le législateur ont souhaité concevoir ces baux réels immobiliers de longue durée comme de nouveaux outils de maîtrise foncière. L'extrapolation de cette technique est devenue une nécessité politique, juridique et socio-économique.

## **2- L'extrapolation de la technique**

**267.** L'emphytéose, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire partagent une nature commune. Ils ne se distinguent que par certaines dispositions relatives à leur affectation. Celle-ci tend à répondre à des objectifs précis (a), déterminés par le législateur qui a mis en place ce que Mme Mallet-Bricout dénomme très justement « des verrous législatifs » (b)<sup>732</sup>.

### **a- La poursuite d'objectifs précis**

**268.** M. Delalande, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, précise dans le cadre des discussions sur le projet de loi relatif au bail à construction que ce contrat comporte la

---

<sup>730</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Droit de la construction, Dalloz, Dossier 130, Bail à réhabilitation, 130.121.

<sup>731</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Bail réel immobilier, JCI Constr-Urb., oct. 2017, n° 3 ; LEONETTI Raphaël, Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Le bail réel solidaire, JCP N I n° 25, 22 juin 2018, 1217.

<sup>732</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

particularité d'obliger le preneur de construire<sup>733</sup>. M. Bousch, rapporteur pour avis de la commission des finances, précise à l'occasion de son intervention dans le cadre de ces débats que « c'est une adaptation du bail emphytéotique aux cas particuliers des constructions de logements... »<sup>734</sup>. Sur ce point, M. Maziol, porteur du projet auprès des parlementaires, reconnaît que dans les faits le bail à construction existe bien avant cette loi 1964 dans le recours au bail emphytéotique mais que cet outil spécifique doit servir à l'urbanisation et à la rénovation<sup>735</sup>. Le bail à réhabilitation a été créé pour donner corps au droit au logement en contribuant à la réhabilitation de logements anciens issus du parc privé afin de les mettre à disposition des personnes défavorisées au travers d'une offre locative sociale. Ce contrat doit également garantir au propriétaire la rénovation de l'immeuble et son maintien en bon état d'entretien. Concernant le bail réel immobilier, l'objectif poursuivi par le gouvernement est de mettre en place un outil permettant de développer une nouvelle offre de logements plus accessibles, et qui soit à la fois disponible à la location ou à l'achat, et ainsi d'en susciter la production. Les effets recherchés sont multiples. Il est question de favoriser un meilleur accès au logement pour les classes moyennes et en conséquence une augmentation de leur reste à vivre, de parvenir à une meilleure fluidité des parcours résidentiels, et enfin d'atténuer les effets de seuil entre le parc social et le marché libre. Ceci permettant de favoriser la mobilité du parc locatif, et in fine de réduire la pression sur le logement locatif social. Le gouvernement a conclu à la nécessité de créer un nouvel outil<sup>736</sup>. À peine un mois après l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>737</sup>, la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové crée les organismes de foncier solidaire<sup>738</sup>. Afin de permettre à ces organismes de réaliser leur objet, l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire<sup>739</sup>, prise en application de l'article 94 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques conçoit un nouveau type de bail de longue durée, dénommé « bail réel solidaire »<sup>740</sup>. Il a pour objectif de faciliter l'accession sociale à la propriété et de contribuer au développement de l'offre de location pour les ménages modestes.

---

<sup>733</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>734</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>735</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>736</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Bail réel immobilier, JCI Constr-Urb., oct. 2017, n° 3 ; LEONETTI Raphaël, Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65.

<sup>737</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>738</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>739</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juillet 2016.

<sup>740</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

## **b- La mise en œuvre de verrous législatifs**

**269.** Ces « verrous » témoignent des contextes particuliers dans lesquels ils ont été conçus et de la volonté législative d'y trouver des solutions. Certains auteurs estiment que les règles de l'emphytéose ne sont pas adaptées au contexte urbain et qu'il est nécessaire de créer un nouveau contrat permettant de construire de façon durable sur le terrain d'autrui. C'est dans ce contexte que le gouvernement conçoit un cadre juridique inspiré de l'emphytéose mais adapté à sa finalité particulière<sup>741</sup>. Il conçoit le bail à construction pour décider les propriétaires, qui ne souhaitent pas céder leurs terrains à des spéculateurs mais désirent rester associés au projet immobilier, le gouvernement s'est inspiré des dispositions relatives à l'emphytéose tout en les retouchant afin de l'adapter au milieu urbain<sup>742</sup>. Ce contrat porte une obligation particulièrement dynamique car si l'emphytéose contient une permission de construire, ce contrat est à charge de bâtir<sup>743</sup>. Le preneur du bail à construction s'engage à élever et conserver des constructions. Si l'emphytéose ne porte qu'une obligation d'entretien<sup>744</sup> sans autre précision, la principale obligation du preneur est dans ce contrat expressément précisée<sup>745</sup>. C'est la nature de l'obligation principale du preneur qui distingue le bail à construction de l'emphytéose. En conséquence, le droit de construire appartient au preneur et à ce titre il doit demander les autorisations administratives dont le permis de construire nécessaire à la réalisation de toutes constructions<sup>746</sup>. Le bail à réhabilitation oblige le preneur de réaliser des améliorations sur le bien loué et lui confère un droit réel immobilier. Son domaine d'action est beaucoup plus étroit que ce lui du bail à construction car c'est un bail réservé à certains constructeurs sociaux limitativement énumérés. Le législateur a souhaité que seuls les opérateurs du logement social puissent agir dans le cadre du bail à réhabilitation et produire pour une durée limitée des logements sociaux tout en réhabilitant des immeubles vétustes, appartenant à des personnes privées. Cet outil de maîtrise du foncier a été créé afin de « contourner » certaines dispositions légales et décisions jurisprudentielles applicables au bail emphytéotique considérées comme inadaptées à l'objectif fixé<sup>747</sup>. Le bail réel immobilier permet d'assurer l'occupation des logements par des ménages à revenus moyen, et de favoriser l'accession temporaire à la propriété à coût réduit. Il met en place un nouveau régime de logements intermédiaires accessible à des

---

<sup>741</sup> VIATTE Jean, Bail à construction et bail emphytéotique, Rev. Loy. 1966, p. 90 et svts.

<sup>742</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-2, p. 414.

<sup>743</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, T. 2, Les biens, Les obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [876], p. 1848.

<sup>744</sup> Art. L. 451-8 du C.C.H.

<sup>745</sup> Art. L. 251-1 du C.C.H.

<sup>746</sup> Art. 7 du décret n° 61-1036 du 13 sept. 1961, J.O. du 15 sept. 1961.

<sup>747</sup> LOUVEL Marc-Henri et CHAUSSE Hélène, Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ?, JCP N.I. n° 23, 7 juin 2013, 1159.

personnes répondant à des conditions définies. Le décret n° 2014-1102 du 30 septembre 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire fixe des plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables pour le régime du logement intermédiaire<sup>748</sup>. Le bail réel solidaire s'adresse uniquement aux ménages modestes, sous plafond de ressources. Il permet à ces ménages de se constituer un patrimoine immobilier, et contient des dispositions qui plafonnent la valeur de revente du bâti assurant ainsi la pérennité sur une longue période d'un parc d'accession sociale à la propriété<sup>749</sup>.

**270.** L'extrapolation de la technique juridique mise en œuvre au travers de l'emphytéose a conduit à la création, par le législateur de ces baux réels immobiliers de longue durée. Chaque nouveau contrat, fruit de cette technique, a un champ d'action plus réduit que le précédent. Le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont des innovations mais restent issus de l'emphytéose et Mme Mallet-Bricout relève à ce propos que chaque bail réel supplémentaire s'inspire du précédent tout en renforçant encore le cadre juridique applicable<sup>750</sup>.

## **B- La spécialisation du concept**

**271.** Le bail emphytéotique a été spécialisé, adapté, afin de garantir l'efficacité des politiques de l'habitat mises en œuvre. Justifiées par les objectifs fixés, les affectations fonctionnelles du bail à construction et du bail à réhabilitation (1), ainsi que celles du bail réel immobilier et du bail réel solidaire marquent l'originalité de ces contrats qui conservent une nature composite commune (2).

---

<sup>748</sup> Décret n° 2014-1102 du 30 sept. 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire, JORF du 1 oct. 2014.

<sup>749</sup> Compte rendu du Conseil des ministres du 19 juillet 2016.

<sup>750</sup> MALLET-BRICOUD Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

## **1- Les affectations fonctionnelles du bail à construction et du bail à réhabilitation**

**272.** Le bail à construction est né des insuffisances de l'emphytéose<sup>751</sup>. Il en est de même pour le bail à réhabilitation. Il est nécessaire de se pencher sur la façon dont le gouvernement et le législateur ont entendu ajuster la technique de l'emphytéose afin de faire naître des outils présentant la même nature mais spécifiquement adaptés permettant d'atteindre des finalités particulièrement bien définies. Pour le premier bail de longue durée il s'agit de répondre à des besoins de construction et d'adaptabilité économique (a), alors que le second est concentré sur les besoins de réhabilitation du parc immobilier liée à une ambitieuse politique sociale (b).

### **a- Construction et adaptabilité économique**

**273.** L'obligation de construire est inhérente au bail à construction et lui donne un sens, un justificatif à sa mise en œuvre. C'est à cette fin que diverses dispositions, dont certaines ne sont pas différentes de celles qui encadrent l'emphytéose, ont été prévues dans la loi. Les deux baux confèrent au preneur un droit réel immobilier, et les obligations de maintenir le bien en bon état d'entretien et de supporter toutes charges, taxes et impôts ne les distinguent pas. Elles constituent une base commune sur laquelle vient ensuite s'agencer les dispositions qui font la spécificité du bail à construction. En premier lieu il faut noter que la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation prévoit dans son article 4 un pouvoir supplémentaire en faveur du preneur du bail à construction<sup>752</sup>. A la différence de l'emphytéote, il est expressément énoncé que celui-ci a la possibilité de démolir les bâtiments existants en vue d'une reconstruction. En second lieu, il est constaté qu'une certaine liberté est laissée aux contractants afin de pouvoir adapter les clauses du contrat aux nécessités économiques du projet. L'article L. 251-2 du code de la construction prévoient que « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. » Dans le même esprit, l'article suivant, L. 251-3, énonce que « le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société... ». Enfin, l'article L. 251-5 du code précité

---

<sup>751</sup> DUTILLEUL COLLART François et Philippe DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 397, p. 362.

<sup>752</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

précise les modalités du prix du bail, ceci permettant d'envisager plus directement que ne le fait le régime de l'emphytéose, les différentes possibilités qui peuvent être adoptées par les contractants. Il est prévu que ce prix puisse consister, pour tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans les conditions convenues, d'immeubles ou fractions d'immeubles ou de titres. Le projet de loi instituant le bail à construction présente un axe financier important car il tend à faciliter l'investissement de l'épargne privée dans le secteur du logement<sup>753</sup>. Le gouvernement a pu présenter ce texte comme ayant pour autre but de concilier deux objectifs essentiels et apparemment contradictoire que sont l'allégement du financement de la construction et la préservation de l'intérêt des propriétaires fonciers<sup>754</sup>. La formule proposée par le bail à construction se veut plus attractive et modulable et ce afin d'éveiller l'intérêt des propriétaires et des constructeurs. Ces dispositions constituent l'essentiel de l'originalité de ce contrat.

## **b- Réhabilitation et ambition sociale**

**274.** Issu de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement<sup>755</sup>, ce bail de longue durée a été relancé par son introduction dans les articles 171 et 179 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain<sup>756</sup> qui permettent au propriétaire d'un immeuble frappé d'un arrêté d'insalubrité ou d'un arrêté de péril de se libérer de son obligation d'exécuter les travaux prescrits en concluant un bail à réhabilitation. Afin d'atteindre ces objectifs tels qu'ils ont été définis par ces textes, le preneur du bail à réhabilitation s'engage, selon les termes de l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation, « à réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble... en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du bail. ». L'article L. 252-3 du même code conditionne la prise d'effet du bail à réhabilitation à la conclusion par le preneur d'une convention relative à l'aide personnalisée au logement. Cette obligation, qui est propre au dispositif de ce contrat, marque le sens social que les porteurs du projet de loi ont choisi de mettre en avant et de garantir. La finalité du bail à réhabilitation est exclusivement sociale et cette qualification souligne toute sa particularité, et notamment à l'égard de l'emphytéose et du bail à construction. Enfin, plusieurs alinéas issus de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au

---

<sup>753</sup> Alors même que l'emphytéose s'apparente également « à un mode de financement, à un procédé indirect d'investissement », v. ATIAS Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 414, p. 308.

<sup>754</sup> Débats parlementaires, Sénat, 2<sup>ème</sup> séance du 29 oct. 1964.

<sup>755</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>756</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, JORF du 14 déc. 2000.

logement et un urbanisme rénové<sup>757</sup> ont été intégrés à son dispositif. Il s'agit en l'occurrence de recourir à ce contrat dans le cadre de copropriété dite en difficulté afin de rénover un patrimoine fragile et de remédier aux situations financières délicates connues par un grand nombre de copropriétaires<sup>758</sup>. Aussi un nouvel alinéa est ajouté à l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation afin de préciser que les dispositions du bail à réhabilitation peuvent s'appliquer à un ou plusieurs lots d'immeuble soumis au statut de la copropriété<sup>759</sup>. La loi a également créé un nouvel article, L.252-1-1, qui dans ce cadre, orchestre la gestion de la copropriété. En l'occurrence, si le bail à réhabilitation porte sur un ou plusieurs lots, le preneur est de droit le mandataire commun mais il ne peut recevoir plus de trois délégations de vote des bailleurs. Il est prévu que preneur supporte seul, pendant la durée du bail, les charges de la copropriété. Le preneur mandataire commun doit disposer d'un mandat exprès du bailleur avant de voter les décisions relatives à des travaux de toute nature qui ne sont pas mis à la charge du preneur par le contrat de bail à réhabilitation. Il est ajouté que le bail à réhabilitation doit préciser la répartition des charges en fin de bail et le sort des avances et provisions appelées pendant la durée du bail à réhabilitation ainsi que des régularisations de charges intervenant après la fin du bail. Cette dernière disposition apporte une réponse à la question qui se pose en pratique sur les travaux de réhabilitation portant sur les parties privatives et les parties communes, mais il faut surtout retenir qu'elle invite les parties à organiser eux-mêmes ces modalités lors de la conclusion du bail à réhabilitation. Les dispositions de la loi ALUR ont permis une nouvelle évolution du bail à réhabilitation pour en faire un outil de redressement des copropriétés en difficulté<sup>760</sup>.

---

<sup>757</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>758</sup> La mauvaise gestion du syndicat, l'incapacité à payer les factures d'énergie dans des immeubles transformés en véritables passoires énergétiques, la paupérisation des propriétaires... les causes de la dégradation des copropriétés sont multiples. Elles se cumulent souvent, voire se combinent, pour entraîner les propriétaires dans des difficultés croissantes. Selon une étude conjointe menée par le Ministère du Logement et l'ANAH, environ 100 900 copropriétés, soit 15 % du parc des copropriétés et environ 1 million de logements, présentent des signes de fragilité et peuvent basculer dans des difficultés très importantes dans les années à venir. (Rapport de l'ANAH présenté par M. BRAYE Dominique, Prévenir et guérir les difficultés des copropriétés, Une priorité des politiques de l'habitat, janv. 2012).

<sup>759</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>760</sup> TRANCHANT Laetitia, Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété, RDI mai 2014, p. 276.

## **2- Les affectations fonctionnelles du bail réel immobilier et du bail réel solidaire**

**275.** Ces contrats spéciaux ont pour objectifs annoncés par leurs rédacteurs de favoriser l'accès au logement et à la propriété pour les classes dites intermédiaires et les foyers modestes. Ces volontés se traduisent dans les textes par la destination spécifique des logements (a) et l'encadrement des prix (b).

### **a- La destination des logements**

**276.** L'affectation des logements réalisés dans le cadre du bail réel immobilier et du bail réel solidaire a été marquée par une instruction commune relative à la destination de ces logements ( $\alpha$ ). Le bail réel immobilier a été également limité, initialement, à certaines zones géographiques d'implantation ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ - La destination sociale**

**277.** Le bail réel immobilier est un outil juridique spécifiquement conçu pour la production de logements intermédiaires. A ce titre l'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit que les droits réels sont consentis au preneur « en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements ». Le second alinéa ajoute que les immeubles construits ou réhabilités par le preneur doivent être destinés à être occupés à titre de résidence principale par des personnes physiques (locataires ou accédants). Le cadre de ce nouveau bail est contraignant puisque le preneur peut jouir des constructions réalisées ou rénovées, uniquement dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la destination de l'immeuble. Le preneur doit respecter l'affectation des constructions en logement intermédiaire que son objectif soit l'accession ou la location. L'immeuble doit rester à destination principale de logement. Cette disposition marque la spécificité du bail réel immobilier vis-à-vis de l'emphytéose et du bail à construction, en dédiant son objet au seul logement intermédiaire. Néanmoins, il est possible de noter une similitude avec le bail à réhabilitation qui est également cantonné aux seuls logements locatifs sociaux.



**278.** En outre, cette originalité transparaît également dans l'obligation d'information du locataire du preneur intégrée à l'article L. 254-4 du code susvisé qui prévoit un formalisme particulier. Le locataire doit avoir connaissance du dispositif mis en place et de ses incidences sur son bail d'habitation. Ce contrat de bail doit reproduire en caractères apparents les dispositions de l'article L. 254-1 et du 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 254-2 du même code qui prévoient notamment que « les baux s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier, sauf si le contrat de bail réel immobilier en prévoit la continuation par le bailleur, et sous réserve des dispositions prévues au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 254-4 ». Cependant, le décret du 27 juin 2016 définissant les modalités d'application du bail réel immobilier est venu apporter quelques modifications à l'exclusivité de destination posée par l'ordonnance de 2014<sup>761</sup>. Aussi, s'il rappelle que l'objet du bail réel immobilier doit rester à destination principale de logement, il n'exclut plus, conformément au nouvel article R. 254-4 du code précité, que soit prévue la construction de locaux destinés à des activités accessoires dans la limite d'une proportion de surface de plancher de 25 % de l'immeuble objet du bail. Ce même décret prévoit également que tout changement d'activité est subordonné à l'accord du bailleur. En conséquence, les immeubles collectifs peuvent accueillir des commerces en rez-de-chaussée ou des professionnels libéraux<sup>762</sup>. Si cet aménagement peut surprendre, car il introduit un bémol dans l'objet du bail réel immobilier exclusivement consacré aux logements intermédiaires, il ne peut qu'être favorablement accueilli par les promoteurs immobiliers. Cette possibilité offre plusieurs opportunités aux preneurs qui ne peuvent conduire qu'à favoriser le recours au bail réel immobilier et donc à la mise sur le marché d'un plus grand nombre de logements intermédiaires. D'une part, l'aménageur peut ainsi proposer une opération immobilière plus complète, diversifiée et donc plus attractive, ce qui concourt à la réussite de son projet. D'autre part, l'équilibre financier de son opération est plus facilement assuré lorsque celui-ci peut « jouer » sur les coûts et les marges de ces différents produits (logements, et commerces ou bureaux). Cette légère ouverture de la formule à d'autres destinations constitue une opportunité qui ne peut que lui être profitable.

**279.** Le bail réel solidaire présente de grandes similitudes avec le bail réel immobilier. Son objectif est de mettre sur le marché de la location ou de l'accession des logements abordables destinés, et c'est ce qu'il le distingue de son prédécesseur, aux personnes modestes. Ce contrat est consenti en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements en application des termes de l'article L. 255-1 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la construction et de l'habitation. Le second alinéa prévoit

---

<sup>761</sup> Décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier, JORF du 29 juin 2016.

<sup>762</sup> POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546.

que les logements sont destinés à être occupés à titre de résidence principale. Le dispositif de ce contrat admet néanmoins que des activités accessoires puissent être exercées dans le bien objet du bail dans la mesure où celles-ci sont déterminées dans l'acte. Pour tout changement d'activité, l'accord du bailleur reste impératif<sup>763</sup>. Nonobstant, il peut être noté une différence de rédaction avec le bail réel immobilier. Celui-ci autorise des activités accessoires dans l'immeuble, dans la limite d'une proportion de surface plancher, alors qu'il est uniquement prévu que des activités accessoires puissent être exercées dans le bien objet du bail réel solidaire. Cette nuance semble vouloir signifier que si le premier autorise par exemple l'installation de commerces ou de bureau dans l'ensemble immobilier, le second ne permet que l'exercice d'activités professionnelles ou commerciales accessoires dans le logement occupé à titre de résidence principale. Le dispositif du bail réel solidaire est plus contraignant que celui du bail réel immobilier mais son objectif reste totalement concentré sur la mise à disposition de logements.

## **β/ La zone géographique**

**280.** Dans sa version initiale agencée par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>764</sup>, le bail réel immobilier est en principe applicable uniquement dans les zones tendues identifiées par les pouvoirs publics. Le communiqué de presse du Conseil des ministres daté du 16 juillet 2014 justifie cette limitation géographique du recours au bail réel immobilier en énonçant que « les niveaux de loyers entre le parc privé et le parc social sont très éloignés en zone tendue ». En outre, ces dispositions ont pour objectif d'assurer l'application et la cohérence opérationnelle de la programmation et de la planification, par les collectivités territoriales, du développement des logements intermédiaires. L'article 2 de l'ordonnance précitée, permet de délimiter, au sein des plans locaux d'urbanisme (PLU) ou documents d'urbanisme en tenant lieu (plan d'occupation des sols (POS), plan d'aménagement de zone (PAZ) ou plan de sauvegarde et de mise en valeur (PSMV) sur le territoire des communes situées dans le périmètre territorial couvert par l'ordonnance, des secteurs à l'intérieur desquels la réalisation de logements intermédiaires peut bénéficier d'une majoration de constructibilité pouvant aller jusqu'à 30 % . Le but de cette démarche est de sensibiliser plus particulièrement ces collectivités sur le sujet du logement intermédiaire afin qu'elles puissent les mettre en œuvre dans le cadre de véritables

---

<sup>763</sup> Art. L. 255-7 du C.C.H.

<sup>764</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

politiques locales de développement<sup>765</sup>. C'est en cohérence avec le périmètre territorial défini par l'ordonnance qu'il a été décidé d'appliquer le dispositif du bail réel immobilier qu'aux seules zones dites tendues. Le régime du logement intermédiaire ne concerne initialement que les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants telle que définie à l'article 232 du code général des impôts, ainsi que les communes mentionnées au 7<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 302-5 du code de la construction et de l'habitation. Cette liste comprend 7 communes de plus de 15 000 habitants en croissance démographique pour lesquelles le parc de logements existant justifie un effort de production de logements.

**281.** La liste des communes mentionnées au 7<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 302-5 du code précité représente au total une population de plus de 133 000 habitants. Les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants telle que définie à l'article 232 du code général des impôts appartiennent à 28 agglomérations représentant 21,5 millions d'habitants. Initialement, le bail réel immobilier ne peut être conclu qu'avec le propriétaire d'un bien immobilier situé dans les zones tendues ci-dessus définies. Cependant, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a retiré la condition géographique du logement intermédiaire en modifiant l'article L. 302-16 du code de la construction et de l'habitation et en supprimant la référence aux zones tendues dans la définition même du bail réel immobilier énoncée à l'article L. 254-1 du code précité<sup>766</sup>. L'ambition générale de la loi est de libérer le potentiel inexploité de croissance en levant, de manière pragmatique, les blocages identifiés dans des secteurs clés de l'économie. Plus précisément, cette loi vise à développer le logement intermédiaire, entravé à la fois par des difficultés techniques et réglementaires. Le gouvernement a décidé d'apporter, à cet égard, des mesures de simplification<sup>767</sup>. Cette restriction ayant disparue, le champ d'application de ce nouvel outil couvre tout le territoire et non plus seulement les zones tendues<sup>768</sup>.

## **b- L'encadrement des prix**

**282.** Le bail réel immobilier constitue un outil juridique spécifiquement conçu pour la production de logements intermédiaires et le bail réel solidaire vise exclusivement la création de logements

---

<sup>765</sup> Etude d'impact, Dossiers législatif du projet de loi ratifiant l'ordonnance du 20 fév. 2014, 15 juillet 2014.

<sup>766</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

<sup>767</sup> Communiqué de Presse du Conseil des ministres du 10 décembre 2014.

<sup>768</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Le bulletin de Cheuvreux Notaires n° 85, oct. 2016, p. 8.

destinés aux ménages modestes. Ces contrats sont conclus entre le propriétaire d'un bien immobilier et un preneur, avec obligation pour ce dernier de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété des logements ainsi réalisés. Par ces moyens, le gouvernement a entendu développer une nouvelle offre de logements dont les loyers ( $\alpha$ ) et les prix à l'accession ( $\beta$ ) correspondent aux revenus du public visé<sup>769</sup>, permettant ainsi d'assurer leur maintien sur les marchés correspondants<sup>770</sup>. Ces particularités, identifiées comme étant des clauses anti-spéculatives, marque une distinction essentielle avec les autres types de baux de longue durée, qui ne supportent pas l'introduction de ce type de disposition et qu'il est essentiel d'analyser<sup>771</sup>.

## **$\alpha$ - La location**

**283.** Dans le cadre du volet « location » les dispositifs de ces deux baux prévoient deux conditions financières qui permettent à la fois d'encadrer et de maîtriser les notions de logement intermédiaire et de logements sociaux<sup>772</sup>. En premier lieu, il s'agit de garantir l'accès de ces logements aux seules classes visées<sup>773</sup>. L'article L. 254-4 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation énonce que le bail conclu par le preneur du bail réel immobilier peut être soit un bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989, un bail en meublé relevant des articles L. 632-1 et suivants du code susvisé, ou encore un bail en logement-foyer soumis aux articles L. 633-1 et suivants du même code. S'agissant de logements intermédiaires, ils ne peuvent être loués qu'à des locataires dont les ressources n'excèdent pas des plafonds fixés par décret<sup>774</sup>. Ces plafonds sont fonction du type du logement et de sa localisation<sup>775</sup>. Ils sont égaux à ceux du dispositif

---

<sup>769</sup> CLAMOUR Guylain, Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2014, comm. 97.

<sup>770</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>771</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI 2014. 265 ; POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544.

<sup>772</sup> POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>773</sup> Il n'existe pas de définition officielle des classes moyennes. Pour l'Observatoire des inégalités, cet ensemble hétérogène se situe entre les 30 % les plus pauvres et les 20 % les plus riches. Les classes moyennes forment donc un noyau intermédiaire de 50 % de la population. C'est-à-dire de 1183 à 2177 € mensuels pour un célibataire, de 2251 à 4280 € pour un couple sans enfant et de 3122 à 5567 € pour un couple avec deux enfants.

<sup>774</sup> Décret n° 2014-1102 du 30 sept. 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire, JORF du 1 oct. 2014.

<sup>775</sup> Le zonage A / B / C a été créé en 2003 dans le cadre du dispositif d'investissement locatif dit « Robien ». Il a été révisé depuis en 2006, 2009 et 2014. Le critère de classement dans une des zones est la tension du marché immobilier

d'investissement locatif Duflot-Pinel<sup>776, 777</sup>. A noter que ces conditions de ressources sont appréciées à la signature du contrat, car une copie de l'avis d'imposition ou de non-imposition des occupants y est annexée<sup>778</sup>, mais celles-ci peuvent évoluer librement par la suite. En effet, aucun contrôle de revenu n'est prévu a posteriori et le dispositif n'a posé aucune limite particulière quant à l'évolution des ressources des locataires.

**284.** Cette condition de ressources est toutefois écartée en cas de transmission successorale au conjoint survivant, au partenaire de Pacs, aux ascendants, au concubin ou aux personnes à charges. Ces personnes peuvent alors continuer à occuper les lieux quel que soit leur niveau de ressources<sup>779</sup>. Le bailleur du bail réel solidaire peut choisir de réaliser une opération locative avec un preneur-opérateur qui, le cas échéant, construit ou réhabilite des logements et qui s'engage à les louer à des ménages modestes sous conditions de ressources. Les ressources des locataires ne doivent pas dépasser, à l'entrée dans les lieux les plafonds de ressources du PLUS (prêt locatif à usage social) fixés annuellement par avis de la Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature conformément à l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation. Il faut également noter qu'en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique à la Réunion et à Mayotte, les plafonds de ressources correspondent aux mêmes plafonds minorés de 10 %<sup>780</sup>. Le bailleur, organisme foncier solidaire, peut encore aller plus loin dans sa démarche sociale et imposer des seuils inférieurs. Il fait alors le choix de réserver ces logements à des ménages très modestes, en fonction des objectifs et des caractéristiques de l'opération qu'il se fixe<sup>781</sup>. En second lieu, les textes prévoient également un plafonnement du montant des loyers. Ainsi, pendant toute la durée du bail réel immobilier, le loyer intermédiaire ne doit pas dépasser des plafonds fixés par décret, en l'occurrence par le décret précédemment cité du 30 septembre 2014, en fonction du type de logement et de sa localisation. Ces plafonds de loyer sont également égaux à ceux du dispositif

---

local. Le zonage A / B / C caractérise la tension du marché du logement en découpant le territoire en 5 zones, de la plus tendue (A bis) à la plus détendue (zone C).

<sup>776</sup> Les dispositifs d'investissement locatif permettent à un particulier souhaitant investir dans un logement, de déduire fiscalement une partie du montant de son investissement, sous condition de le louer. L'art. 80 de la loi de finances pour 2013 a mis en place au 1<sup>er</sup> janv. 2013 un nouveau dispositif en faveur de l'investissement locatif intermédiaire, dit dispositif Duflot, en remplacement du dispositif Scellier, destiné à recentrer l'offre de logement sur les zones tendues et les ménages modestes. L'investissement locatif Duflot ouvre droit à une réduction d'impôt calculée sur le prix de revient des logements neufs ou réhabilités pour atteindre les performances techniques du neuf, construits dans des zones présentant un déséquilibre entre l'offre et la demande de logements. Le dispositif Pinel s'y est substitué au 1<sup>er</sup> sept. 2014.

<sup>777</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ord. du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509.

<sup>778</sup> Art. R. 254-2 du C.C.H.

<sup>779</sup> Art. L. 254-7 du C.C.H.

<sup>780</sup> Art. R. 255-8 du C.C.H.

<sup>781</sup> Art. L. 255-4 du C.C.H.

d'investissement locatif Duflot-Pinel<sup>782</sup>. De même, dans le cadre du bail réel solidaire, le montant du loyer versé par les locataires ne doit pas excéder les plafonds de loyer applicables aux logements conventionnés à l'APL relatif au financement PLUS (prêt locatif à usage social) publié également annuellement dans le même avis précédemment visé.

## **β- L'accession**

**285.** Le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit que le bail réel immobilier consent, pour une longue durée, à un preneur, des droits réels en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements. Ceci constitue une nouveauté en droit français car jusqu'alors aucun des dispositifs des précédents baux de longue durée n'ont intégré expressément la possibilité d'une accession temporaire à la propriété<sup>783</sup>. Concrètement cette situation est mise en œuvre lorsque le programme immobilier est vendu en lots en l'état futur d'achèvement ou en vente à terme à des accédants. Une copropriété doit être alors constituée dès la première vente<sup>784</sup>. Cette commercialisation ne peut être réalisée que sous condition de ressources des acquéreurs et de plafonnement des prix de vente. En effet, comme pour la location, le logement ne peut être occupé que par des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas un plafond, fixé par décret<sup>785</sup>, en fonction de sa localisation et de son type. De même, pendant toute la durée du bail réel immobilier et pour tenir compte du caractère temporaire de la propriété liée à ce bail, le prix d'acquisition ne doit pas excéder un plafond fixé également en fonction du type du logement et de sa situation. Ce plafond de la valeur des droits réels afférents aux seuls logements objets du bail est appliqué à chacune des cessions de ces droits. Il est déterminé en fonction de la durée du bail restant à courir et de la valeur locative du bien dans la limite du plafond maximum de loyer fixé pour les logements intermédiaires<sup>786</sup>. Cette formule de calcul ne s'applique pas aux locaux abritant les activités accessoires, dont le prix de cession est librement fixé par les parties. Le promoteur a alors un peu plus de souplesse dans le montage financier de l'opération immobilière. Enfin, il est également prévu que la valeur du droit réel à acquérir puisse évoluer en fonction d'un taux de capitalisation annuel permettant au prix de cession de suivre les

---

<sup>782</sup> Art. L. 251-1 2° du C.C.H.

<sup>783</sup> Editions législatives, Construction et urbanisme, Baux réels immobiliers logement, n° 42.

<sup>784</sup> POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546.

<sup>785</sup> Décret n° 2014-1102 du 30 sept. 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire, JORF du 1 oct. 2014.

<sup>786</sup> Art. L. 254-9 et R. 254-5 du C.C.H.

évolutions du marché<sup>787</sup>. Le but de cette indexation est que les accédants voient leur capacité d'investissement augmentée comme pour l'acquisition d'un bien immobilier classique. Ce taux permet une évolution contrôlée du prix du logement afin de conserver ce statut de « logement intermédiaire » mais sans pour autant complètement « décrocher » des évolutions du marché immobilier<sup>788</sup>. Le dispositif du bail réel immobilier a intégré un plafonnement du prix de vente qui constitue une clause « anti-spéculation » qui s'impose aux acquéreurs successifs des logements produits dans le cadre du bail réel immobilier et doit permettre aux logements de conserver leur qualité de logement intermédiaire<sup>789</sup>.

**286.** Le bail réel solidaire propose également un montage favorisant l'accession à la propriété mais destiné exclusivement aux personnes modestes. M. Picard relève à ce propos que le bail réel solidaire a une vision sociale plus prononcée que celle du bail réel immobilier<sup>790</sup>. Dans le cadre du bail réel solidaire, l'accession à la propriété peut prendre plusieurs formes. Le preneur, qui respecte les plafonds de ressources énoncés précédemment, peut occuper lui-même le logement à titre de résidence principale dont il acquiert les droits réels immobiliers à un prix plafonné<sup>791</sup>. Le preneur peut être un opérateur chargé par le bailleur de la commercialisation des droits réels immobiliers. Ce dernier s'engage à vendre ces droits réels (ceux issus du bail réel solidaire et ceux résultant des constructions ou réhabilitation qu'il a réalisés), à un prix plafonné ou à proposer à la souscription de parts ou actions permettant la jouissance des logements. Là encore les bénéficiaires de la vente ou de la souscription doivent respecter les conditions de ressources. De plus, le dispositif de ce contrat contient une contrainte particulière qui vient assurer le contrôle et l'efficacité de l'affectation sociale du logement. En cas d'accession le bailleur, organisme foncier solidaire, agréé les preneurs successifs et vérifie que les plafonds de prix et de ressources ont été respectés<sup>792</sup>. A chaque cession, l'acquéreur, nouveau bénéficiaire du bail réel solidaire, signe un nouveau bail avec le bailleur, le contrat initial se vidant peu à peu de sa substance avant de

---

<sup>787</sup> Art. R. 254-5 du C.C.H.

<sup>788</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement (BRILO), Le bulletin de Cheuvreux notaires, éd. spéc., oct. 2015, p 17.

<sup>789</sup> CLAMOUR Guylain, Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2014, comm. 97 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>790</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, L.P.A., 22/11/2016, p. 6.

<sup>791</sup> Le prix de vente des droits réels afférents au logement doit respecter les plafonds de prix de cession applicables en matière de PSLA (Prêt social location-accession), ex : Pour 2019, en zone Abis (Paris) le prix plafond est de 4754 €/m<sup>2</sup> H.T., en zone A (Lyon, Marseille, Montpellier) de 3 602 €/m<sup>2</sup> H.T., en zone B1 (Toulouse, Grenoble, Clermont Ferrand) de 2885 €/m<sup>2</sup> H.T., en zone B2 (Saint Etienne) de 2518 €/m<sup>2</sup> H.T., en zone C de 2202 €/m<sup>2</sup> H.T. Cependant, le bailleur peut appliquer des seuils inférieurs en fonction de ses objectifs et des caractéristiques de l'opération.

<sup>792</sup> Art. L. 255-11 et L. 255-12 du C.C.H.

s'éteindre. L'article L. 255-12 du code de la construction et de l'habitation précise que « si cet agrément est délivré, la durée du bail est de plein droit prorogée afin de permettre à tout nouveau preneur de bénéficier d'un droit réel d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial. Les auteurs évoquent un « rechargement » du bail car le nouveau preneur acquiert les droits réels sans que la durée du premier bail n'affecte celle de ce nouveau bail<sup>793</sup>. Le nouveau preneur jouit d'un droit réel dont la durée lui est propre et non d'un délai restant à courir sur un droit réel déjà constitué. Il semble que cet élément particulier est largement motivé la création de ce nouvel outil au service de la politique de logement car il permet le maintien de la valeur des droits réels et ce tout au long de l'opération<sup>794</sup>. Les accédants voient leur investissement sécuriser à long terme, ce qui ne peut que favoriser l'attractivité de ce dispositif.

**287.** Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont des baux de longue durée conçus dans un contexte particulier comme un outil devant solutionner des maux clairement identifiés. Leur dispositif, tout comme ceux des baux déjà étudiés, répond à des problématiques précises tout en reprenant les principales caractéristiques d'un système connu depuis l'emphytéose.

---

<sup>793</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, L.P.A., 22/11/2016, p. 6.

<sup>794</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; LE ROUZIC Vincent, Le bail réel solidaire : une petite révolution du droit de propriété à mettre en perspective, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 303d3, p. 69.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**288.** Le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire constituent de nouvelles mises en œuvre du bail emphytéotique. Adaptés aux problématiques modernes, porteurs d'objectifs contextuels, ces contrats sont conçus comme de nouveaux outils permettant de participer activement à des politiques publiques plus globales visant à résoudre la question du logement qui ne cessent au final et malgré tout de prendre de l'ampleur. Vœux pieux ou vraie solution, il ne peut qu'être constaté que ces contrats spéciaux n'ont pas rencontré de réel succès<sup>795</sup>, et ce malgré l'action des bailleurs sociaux qui y ont aisément recours. En effet, en dehors du milieu HLM et des collectivités territoriales, les entreprises privées et les particuliers ne connaissent que trop peu ou encore bien mal ces outils qui offrent un panel de possibilité assez large pour les rendre attractifs. Ces contrats accusent un défaut qui les dessert particulièrement. Il faut être un solide juriste en droit privé pour en comprendre le mécanisme et en suivre l'exécution<sup>796</sup>. Ils manquent de simplicité, ne se rendent pas facilement accessibles aux acteurs immobiliers, et la rédaction parfois quelque peu ambiguë de leur dispositif pose quelques difficultés d'interprétation aux juristes praticiens qui doivent rédiger les actes authentiques qui les constituent<sup>797</sup>. La perplexité face à ce type de contrat s'est par ailleurs répondu parmi la doctrine. Il peut notamment être pris en exemple un article de M. Zalewski-Sicard qui intitule son article publié à l'occasion de la création du tout dernier bail réel solidaire « de la multiplication des machins »<sup>798</sup>. Il écrit que « de bidule en bidule ou de machin en machin, au choix, le gouvernement ne manque pas d'imagination. Alors qu'existent déjà le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail dans le cadre d'une convention d'usufruit, le bail réel immobilier...il a fallu que soit créé, ..., un nouveau bail, le bail réel solidaire »<sup>799</sup>. Cependant, il est regrettable de faire ainsi abstraction de ces contrats qui malgré leur apparente complexité restent particulièrement bien adaptés à leur époque et aux besoins pour lesquels ils constituent une réponse effective. Seule leur méconnaissance ou pire un certain désintérêt d'une partie des juristes et des praticiens semble pouvoir réellement expliquer leur relatif échec. Relatif, car le milieu des

---

<sup>795</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction de la théorie à la pratique, LexisNexis, 2006, n° 2, p. 1 ; WERTENSCHLAG Bruno, La prise à bail de logements privés vacants par les organismes d'HLM, AJDI 1998. 332 ; LOUVEL Marc-Henri et Chausse Hélène, Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ?, JCP N. I. n° 23, 7 juin 2013, 1159.

<sup>796</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509.

<sup>797</sup> 109<sup>ème</sup> congrès des notaires, Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ?, 2013, p. 199 et svts ; 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 44 et svts.

<sup>798</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12.

<sup>799</sup> Idem.

bailleurs sociaux en a perçu tout l'intérêt depuis bien longtemps et la multitude des publications professionnelles sur le sujet ne peut que concourir à en développer le recours, tout du moins dans ce domaine particulier<sup>800</sup>. Par ailleurs, il faut également noter que ces baux permettent d'aborder le droit de propriété d'une nouvelle façon. Ils promeuvent une certaine fonction sociale du droit de propriété<sup>801</sup>. L'apport de ce type de baux dépasse ainsi leur propre champ d'action car ils contribuent à faire évoluer le droit de propriété qui tant à perdre son aura de droit sacré et absolu en faveur d'une vision économique et sociale, et donc plus dynamique.

---

<sup>800</sup> Ex : USH, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côte d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21, août 2016 ; Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015 ; Mobiliser le foncier, un enjeu pour les territoires, sept. 2014 ; Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les cahiers, n° 158, mars 2014 ; Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013.

<sup>801</sup> ROLAIN Marianne, Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015.

# CONCLUSION DU TITRE 1

**289.** Les baux de longue durée étudiés, c'est-à-dire l'emphytéose, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire présentent une même nature composite. Si l'emphytéose est construite durant l'antiquité comme un droit réel sur le bien d'autrui ne permettant pas à l'emphytéote d'accéder à la propriété des plantations et constructions qu'il a réalisés, ce dernier bénéficie, depuis la loi des 25 juin et 4 juillet 1902, d'un droit réel immobilier sur le fonds d'origine et d'un droit de superficie qu'il est possible de qualifier de propriété temporaire, sur les plantations ou constructions réalisées. Ce contrat a été et est encore bien connu du monde rural. Ses nombreux avantages, tant vis à vis du bailleur que du preneur ont concouru à sa survivance tout au long de l'histoire. Malgré cette image « rurale » qui lui est encore apposée, le milieu des bailleurs sociaux<sup>802</sup> et également de façon plus récente les concessionnaires d'installation d'éoliennes<sup>803</sup>, reconnaissent en l'emphytéose un outil de maîtrise foncière de grande qualité dont la nature est particulièrement favorable à la réalisation de leur projet. Nonobstant les indéniables avantages de ce contrat spécial, les gouvernements et le législateur ont souhaité recourir à la formule juridique créée par l'emphytéose pour proposer de nouveaux contrats. Cette démarche de rénovation ou encore d'adaptation moderne de l'emphytéose a été initiée afin d'appuyer une volonté politique de solutionner des problématiques économiques et sociales contextuelles<sup>804</sup>. Le bail à construction a été créé pour redynamiser l'urbanisation et stimuler la réalisation d'ensemble immobilier<sup>805</sup>. Le bail à réhabilitation a été conçu en réponse à la nécessité de rénover un parc immobilier vieillissant, de l'intégrer dans le parc social et ainsi de diversifier l'offre de logements sociaux<sup>806</sup>. Le bail réel immobilier<sup>807</sup> et le bail réel solidaire<sup>808</sup> doivent quant à eux offrir de nouvelles possibilités de logements en location ou accession à un public visé, intermédiaire ou modeste, touché par les difficultés d'accès au marché immobilier. Ces baux de longue durée sont tous des produits politiques, des outils de maîtrise foncière au service de plans d'action plus généraux ayant tous pour objectif de résoudre la fameuse de crise du

---

<sup>802</sup> USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les cahiers, n° 158, mars 2014, p. 23 et 31 ; USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015.

<sup>803</sup> RAPP Lucien, Énergies renouvelables et baux emphytéotiques : à propos des clauses de résiliation unilatérales, RDI 2010. 539 ; PERINET-MARQUET Hugues, Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque, RDI 2010. 352.

<sup>804</sup> ROUBIER Paul, Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 204 et svts.

<sup>805</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>806</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>807</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>808</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

logement. Le renouvellement de l'antique emphytéose ne constitue pas un véritable succès. Le dépeussierage du bail emphytéotique ou sa modernisation au travers de ces derniers contrats n'a pas conduit à autant de réussite que les gouvernements et le législateur l'ont souhaité, et ce malgré un vrai travail d'adaptation des dispositifs à chacune de ces tentatives. Seuls les bailleurs sociaux et les collectivités territoriales restent véritablement sensibles à ces différentes possibilités de contracter et de s'engager dans un projet immobilier.

**290.** La principale raison qui peut être avancée et qui semble justifier ce relatif insuccès tient malheureusement à la complexité que présente la nature composite de ces contrats spéciaux<sup>809</sup>. Il s'avère en effet délicat d'exposer clairement ce que sont ces deux droits complémentaires octroyés au preneur à tout interlocuteur lambda, promoteur immobilier ou particulier propriétaire de patrimoine susceptible de pouvoir faire l'objet de pareil montage juridique. Pour aborder cette question, il est toujours possible de convoquer la notion d'usufruit et d'établir un parallèle avec le droit réel accordé au preneur sur le fonds du bailleur<sup>810</sup>. Cette institution juridique a le mérite d'être favorablement connu du grand public car son recours dans le cadre familial est courant. Essentiellement pratiqué dans le cadre d'une opération familiale par donation ou plus encore en application de la loi successorale, l'usufruit est un démembrement traditionnel du droit de propriété<sup>811</sup>. Aussi, même si cet exercice de rapprochement de ces deux droits réels peut paraître cavalier pour tout juriste versé sur cette question, il semble que cela constitue l'unique opportunité d'en faire comprendre, approximativement, la teneur auprès d'un public non averti mais étant en mesure d'investir dans un éventuel projet immobilier, et donc de devenir bailleur dans le cadre d'un de ces contrats.

**291.** Cependant, reste la problématique soulevée par le concept de propriété temporaire des constructions ou améliorations réalisées par le preneur. Cette notion semble encore plus délicate à appréhender car l'esprit français est particulièrement attaché à la notion de propriété dans sa forme la plus absolue. Une partie de la doctrine reste attachée à cette conception d'une propriété

---

<sup>809</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction de la théorie à la pratique*, LexisNexis, 2006, n° 2, p. 1 ; WERTENSCHLAG Bruno, *La prise à bail de logements privés vacants par les organismes d'HLM*, AJDI 1998. 332 ; LOUVEL Marc-Henri et Chausse Hélène, *Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ?*, JCP N. I. n° 23, 7 juin 2013, 1159.

<sup>810</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> Vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 383 n° 1650 ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 818 [928].

<sup>811</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Droit des biens*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 261 et svts.

perpétuelle<sup>812</sup>, car elle « traduit ainsi une relation particulière entre l'être et l'avoir, consistant à la fois en « une imprégnation de la chose par l'homme » et « une certaine imprégnation de l'homme par la chose »<sup>813</sup>. De fait, une grande majorité de l'opinion publique ne peut concevoir le droit de propriété que de façon la plus absolue. Le droit de propriété temporaire ne devient alors pas beaucoup plus qu'un droit personnel quasi-similaire au droit du locataire classique<sup>814</sup>. Cet élément constitue un point de blocage important dans l'esprit des néophytes. Il semble que c'est bien faute de pouvoir pénétrer les différents aspects de la nature de ces baux de longue durée qu'un grand nombre d'observateurs conclus à leur échec. La coordination d'un droit réel sur le fonds et d'un droit de propriété temporaire sur les biens construits ou réhabilités n'est pas très simple à appréhender. Cependant, l'analyse des différents aspects de l'expression de cette nature peut contribuer à en faciliter la captation (Titre 2).

---

<sup>812</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 111 et svts.

<sup>813</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Collection Anthologie du Droit, L.G.D.J, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 244.

<sup>814</sup> Rapport d'info. fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, Sénat n° 442, Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005, p. 20 ; Rapport d'info. déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, Ass. nat., 16 fév. 2016, p. 81 et svts.

## Titre 2 - L'expression d'une nature composite

**292.** La qualification de la nature des baux réels immobiliers de longue durée emporte des conséquences importantes. Les preneurs de ces contrats jouissent des droits et prérogatives qui découlent de cette classification de droit réel immobilier se décomposant en un droit réel immobilier sur le fonds objet du contrat et d'un droit de propriété temporaire désigné comme droit de superficie sur les constructions ou améliorations réalisées. Les attributs et caractères des baux réels immobiliers de longue durée sont le fruit, plus précisément l'expression de cette nature composite. L'examen de l'extériorisation des droits octroyés au preneur caractérise ce type contrat et permet d'en apprécier l'étendue. Il conduit alors à déterminer la situation de chacune des parties au contrat. Parce que le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont des déclinaisons du bail emphytéotique, et que ce sont des baux affectés à des objectifs précisément énoncés, l'étude de l'expression de cette nature composite permet la mise en exergue de leur adaptation législative. Chacun de ces contrats reprend et respecte les caractéristiques les plus importantes et essentielles du bail emphytéotique tout en prévoyant et organisant un exercice adapté de ces attributs communs<sup>815</sup>. Les textes décrivent les droits et prérogatives des parties afin d'assurer l'affectation du contrat et de garantir que celui-ci réponde aux objectifs qui ont déterminé sa création.

**293.** Cette interprétation de la nature des baux réels immobiliers de longue durée dépasse le cadre du droit privé car le droit public a également saisi l'opportunité que constitue ce type de contrat, démontrant qu'il n'existe pas de division absolue entre droit privé et du droit public. Les préoccupations et les techniques propres du droit privé imprègne le droit public dans des proportions variables<sup>816</sup>. En effet, l'exercice de cette nature de droit réel immobilier composite a été réinterprété afin d'être adapté au domaine public car en principe les règles protectrices de la domanialité publique limite strictement les droits qui peuvent être conférés sur le domaine public. Influencé par le droit privé et par la nécessité de faciliter le financement des ouvrages publics, le législateur a permis aux collectivités territoriales dans un premier temps, puis à l'Etat, d'avoir un recours au bail emphytéotique sur leur domaine public<sup>817</sup>. Le bail emphytéotique administratif

---

<sup>815</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 928, p. 829 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>816</sup> AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 17<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 51, p. 41.

<sup>817</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Lyon du 16 au 19 juin 2013, Propriétés Publiques, quels contrats pour quels projets ?, n° 3276, p. 675 ; FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1137, p. 435.

apparaît alors comme une réinterprétation du bail emphytéotique dont l'exercice est adapté aux contraintes du droit public. Ces restrictions dans l'exécution du contrat amènent à questionner la nature du droit octroyé au preneur d'un bail emphytéotique administratif.

**294.** L'expression de cette nature composite est commune au bail emphytéotique, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire. Des grandes caractéristiques similaires peuvent en être tirées. La jouissance du preneur de ces baux, qui peut se définir plus précisément dans le cadre de cette étude comme l'ensemble des qualités attribuées à l'expression des actes de jouissance<sup>818</sup>, est spécifique. Elle se distingue de celle que peut offrir les contrats ou institutions que la doctrine et les praticiens rapprochent des baux réels immobiliers de longue durée tel que le bail, l'usufruit ou encore la concession immobilière<sup>819</sup>. La jouissance du preneur présente des traits communs que partage l'ensemble des baux réels immobiliers. Elle est de longue durée et est limitée par son statut de preneur. Néanmoins, elle est également adaptée, propre à chacun de ces contrats au travers d'un encadrement législatif précis et qui s'avère être de plus en plus contraignant. La détention, c'est à dire la maîtrise matérielle du bien objet du contrat<sup>820</sup>, au travers de son acquisition par le preneur et de ces effets, représente un autre trait commun des baux réels immobiliers de longue durée. Les prérogatives du preneur démontrent plus précisément encore l'exercice adapté d'attributs communs pour chacun des baux réels immobiliers de longue durée. Au travers de l'étude des contrats relatifs au fonds, de la constitutions de servitudes à la location du bien construit ou amélioré par le preneur, et à l'égard des contrats relatifs aux droits tel que la cession des droits réels et la constitution d'hypothèque, il est constaté que ces contrats présentent des aménagements de la technique emphytéotique. Ces adaptations sont conformes à l'affectation que le législateur a souhaitée donner au bail à construction, au bail à réhabilitation, au bail réel immobilier et au bail réel solidaire<sup>821</sup>. Néanmoins, elles complexifient la lecture de ce type de contrat et contribuent à en opacifier l'appréciation des praticiens de l'immobilier<sup>822</sup>. L'examen de ces spécificités permet d'en clarifier la portée et d'exposer clairement l'intérêt de chacun de ces baux réels immobiliers de longue durée.

---

<sup>818</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 9 janv. 1969, Bull. civ. III, n° 40 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 25 mars 1992, Bull. civ. III, n° 105.

<sup>819</sup> ATIAS Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 307, n° 412 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 345 et svts ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 383 n° 1650.

<sup>820</sup> CARBONNIER Jean, *Droit civil, Introduction*, PUF, 27<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 163, p. 261.

<sup>821</sup> CLAMOUR Guylain, *Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel*, *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2014, comm. 97.

<sup>822</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, *Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins*, *Const. – Urb.*, n° 10, oct. 2016, étude 12.

**295.** Par ailleurs, le droit public a saisi tout l'avantage que présente le bail emphytéotique et en a adapté la formule afin qu'elle soit compatible avec les principes protecteurs de la domanialité. La mise en œuvre de bail emphytéotique en droit public, motivée par des nécessités financières et économiques, a permis à l'administration de valoriser les biens immobiliers issus de son domaine public et lui a donné accès à de nouveaux leviers de financement<sup>823</sup>. L'élaboration du bail emphytéotique administratif est liée à un mouvement plus important qui a permis à la notion de droit réel administratif, c'est-à-dire de droit réel octroyé sur le domaine public d'être reconnu et de se développer<sup>824</sup>. L'intégration de la notion de droit réel administratif a conduit la doctrine à s'interroger sur sa nature. Il s'avère que celle-ci reprend la notion même de droit réel immobilier composite décomposé en un droit réel sur le bien d'autrui et un droit de propriété temporaire. Néanmoins, la nature de ce droit réel est quelque peu différente de celle définie en droit privé. Son adaptation au droit public a conduit le législateur et la jurisprudence à attribuer au preneur qu'une relative stabilité<sup>825</sup>. En outre, conformément aux principes généraux du droit public et de la commande publique, le recours au bail emphytéotique administratif est très encadré. Ces dispositions permettent d'intégrer ce type de contrat aux principes du droit administratif mais elles l'éloignent d'autant du bail emphytéotique de droit privé. Nonobstant, tout comme le bail emphytéotique de droit privé, le bail emphytéotique administratif a été décliné à de nombreuses reprises<sup>826</sup>. Le législateur a créé pour les collectivités territoriales et des établissements publics locaux, des baux conjoncturels pour répondre aux besoins de la justice et des services incendie et de secours. Il a également créé des baux sectoriels adaptés au milieu hospitalier et aux problématiques culturels. L'Etat a également pu bénéficier de nouvelles affectations du bail emphytéotique administratif avec la création d'une formule dédiée aux logements sociaux, une autre ayant pour objectif la valorisation de son patrimoine, et enfin la mise en œuvre d'un bail à construction administratif. Parmi ces baux, ceux qui ont plus été essentiellement conçus comme des outils de financement de projets publics n'ont pas perduré car la maîtrise économique qui a pu en découler ne s'est pas révélée satisfaisante<sup>827</sup>. Ces opérations n'ont pas permis d'atteindre un

---

<sup>823</sup> LAFFITTE Olivier, Un nouveau levier de financement : le BEA logement social, *Contrats Publics* n°108, mars 2011 ; PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domanialité publique, *Contrats Publics* n°108, mars 2011, p. 39

<sup>824</sup> AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, *Droit administratif des biens*, Dalloz, 2020, 8<sup>ème</sup> éd., n° 169, p. 140.

<sup>825</sup> FOULQUIER Norbert, *Droit administratif des biens*, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1140, p. 437 ; DE LAUBADERE André, *Traité de droit administratif* : LGDJ. 7<sup>ème</sup> éd., 1980. T. II. n° 384. p. 224 ; DUFAU Jean, *Le domaine public*, éd. du Moniteur, 4<sup>ème</sup> éd., 1993. T. II. n° 214. p. 224 ; MOYSAN Hervé, *Le droit de propriété des personnes publiques* : LGDJ. 2001, p. 156.

<sup>826</sup> TERNEYRE Philippe, Le bail emphytéotique administratif est-il victime de son succès ?, *Contrats Publics* n° 108, mars 2011, p. 3.

<sup>827</sup> [TechHopital.com](http://TechHopital.com), Les pièges des baux emphytéotiques hospitaliers, 21/11/2013.



véritable équilibre budgétaire. Le champ d'application du bail emphytéotique administratif a été réduit aux situations auxquelles aucun autre contrat administratif, et notamment ceux issus de la commande publique, ne sont véritablement adaptés<sup>828</sup>. Il apparaît impératif de faire l'analyse des conditions fonctionnelles du recours aux baux emphytéotiques administratifs. La détermination des conditions générales, spécifiques à ce type de contrat administratif et financières, ainsi que l'examen des prérogatives du preneur relatives à la cession de son droit réel et à la possibilité de constituer une hypothèque rapproche ce contrat administratif de l'emphytéose privé tout en soulignant son adaptation aux exigences de la domanialité publique. La nature du droit réel administratif octroyé par le bail emphytéotique administratif est alors identifiée comme une expression tout à fait particulière car adaptée aux principes du droit public. La comparaison avec le droit réel immobilier dont bénéficie le preneur d'un bail réel immobilier de droit privé paraît alors peu déterminante. En effet, si le bail emphytéotique administratif est largement inspiré de la technique de droit privé, son adaptation, son affectation administrative le classe dans la catégorie des autorisations d'occupation temporaires du domaine public constitutives d'un droit réel<sup>829</sup>.

**296.** En conséquence, l'expression de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée doit être abordée en droit privé (Chapitre 1), pour ensuite faire en l'étude en droit public (Chapitre 2).

---

<sup>828</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 1138, p. 436.

<sup>829</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Lyon du 16 au 19 juin 2013, Propriétés Publiques, quels contrats pour quels projets ?, n° 3274, p. 674 ; AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, Droit administratif des biens, Dalloz, 2020, 8<sup>ème</sup> éd., n° 169, p. 140.

## **CHAPITRE 1- L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE EN DROIT PRIVE**

**297.** Une des divisions les plus importants du droit français est celle des droits absolus et des droits relatifs. Les droits réels sont des droits absolus et cette qualification implique que le sujet qui bénéficie de ce type de droit possède, à l'égard de tous, d'un pouvoir particulier<sup>830</sup>. Ce pouvoir est caractérisé par l'attribution en propre d'avantages sur une chose, c'est à dire d'attributs qui sont conférés au titulaire du droit réel. Il a été démontré que les baux de longue durée confèrent au preneur un droit réel composite qui s'articule en un droit réel immobilier sur le fonds objet du contrat et en un droit de superficie accessoire, identifié comme un droit de propriété temporaire, portant sur les constructions ou réhabilitations réalisées. Ce droit réel octroyé à l'emphytéote et aux preneurs des autres baux réels immobiliers de longue durée présentent des caractères qui constituent l'expression de la nature réelle de ces contrats. L'étude de ces éléments permet de démontrer la qualité du lien direct, du lien matériel qui peut exister entre le preneur et le fonds. Elle témoigne de l'expression de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée en droit privé.

**298.** Pour ce faire, en premier lieu, il est nécessaire de faire l'analyse de la teneur du droit réel immobilier octroyé au travers de la jouissance et de la détention de l'emphytéote et des preneurs des baux à construction, à réhabilitation, réel immobilier et réel solidaire. En effet, parce que toutes les positions réelles ont été caractérisées à partir de la propriété<sup>831</sup>, et il apparait indispensable de faire l'examen des facteurs exogènes de cette jouissance en la comparant avec celle qui est attribuée par les dispositifs juridiques de droit commun, et par des contrats plus spécifiques qui peuvent en paraître plus proche. Ensuite, et afin de mettre en exergue la spécificité de ces baux, il est également nécessaire de faire l'étude des facteurs endogènes de la jouissance des preneurs dans le cadre qui leur est imposé par les dispositifs de chacun de ces contrats spéciaux, tant au travers des points qui leurs sont communs que de leurs particularités. Pour compléter cette réflexion relative à la teneur du droit réel immobilier, la détention des preneurs doit être examinée au regard des obligations des bailleurs qui en sont à l'origine. En second lieu, il doit être procéder à l'analyse des manifestations de la nature composite de ce type de contrats spéciaux. Les droits du preneur, en tant que titulaire du droit réel immobilier et en tant que

---

<sup>830</sup> DEMOGUE René, Les notions fondamentales du droit privé, Edit. La Mémoire du Droit, 1911, p. 405.

<sup>831</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 79, p. 59.

propriétaire, constituent un ensemble cohérent et efficace de pouvoirs, adaptés en fonction de leur affectation respective. Il s'agit de mettre en exergue les manifestations de la nature composite des baux réels immobiliers de longue durée au travers de cette superposition de statuts dont jouit le preneur.

**299.** L'examen de l'expression de cette nature composite en droit civil requiert de procéder à l'étude, dans un premier temps, de la teneur du droit réel immobilier (1), pour dans un second temps, faire l'analyse des manifestations de la nature composite (2).

## **Section 1- La teneur du droit réel immobilier**

**300.** L'article 2255 du code civil énonce que « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». En dépit de cette définition, la notion de détention reste difficile à saisir<sup>832</sup>. Elle est dans cet article associée à la notion de jouissance du bien c'est-à-dire au droit d'user de la chose. Faire l'étude de la teneur du droit réel octroyé au preneur consiste à considérer, au sens large, la jouissance des preneurs dans leur possibilité de jouir de la chose, et également, dans le droit de ne pas en jouir. Il s'agit d'examiner de quelle façon cette jouissance est propre à ce type de contrat et, pour aller plus loin, à chacun de ces contrats. L'objectif est de prendre la mesure de la liberté et des restrictions qui conditionnent l'action des preneurs. La détention est le fait pour une personne qui, tout en exerçant des actes de maîtrise sur une chose, ne prétend pas pour autant agir en qualité de propriétaire de cette chose<sup>833</sup>. L'étude des conditions de cette détention doit permettre de préciser l'étendue des pouvoirs des preneurs, et ce notamment vis-à-vis du bailleur et des tiers. Les caractères généraux des droits réels octroyés aux preneurs doivent être envisagés au travers des notions de jouissance (1 §) et de détention (2§).

---

<sup>832</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 68, p. 85 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 430, p. 183.

<sup>833</sup> AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 17<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2018, n° 240, p. 294.

## **§1- La jouissance**

**301.** Les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats spéciaux qui ne cessent d'être rapprochés et comparés à d'autres formules juridiques. Néanmoins, la jouissance qu'offrent ces contrats est spécifique et en ce sens elle doit être abordée en fonctions de ses facteurs exogènes (A). Elle caractérise à la fois ce type d'engagement mais également chacun de ces contrats. Elle se distingue alors dans le cadre de facteurs endogènes (B).

### **A- Les facteurs exogènes de la jouissance**

**302.** Souvent qualifiés de « baux anormaux » ou de « faux baux »<sup>834</sup>, les baux réels immobiliers de longue durée brouillent les lignes aussi bien vis-à-vis de certains dispositifs de droit commun que de contrats spéciaux desquels ils sont couramment rapprochés. Néanmoins, la jouissance des preneurs de ces différents baux reste spécifique car elle se distingue autant des premiers (1), que des seconds (2).

#### **1 - Une jouissance distinctive du droit commun**

**303.** La double comparaison des baux de longue durée avec les dispositifs communs que sont le bail d'habitation (a) et l'usufruit (b) permet de souligner les points communs de ces dispositifs mais conduit surtout à mettre en exergue la spécificité de la jouissance qui est octroyée aux preneurs de l'emphytéose, du bail à construction, du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire.

##### **a- Le bail d'habitation**

**304.** Il ne peut être nié que la situation l'emphytéote et les autres preneurs des baux à construction, réhabilitation, réel immobilier et réel solidaire est assez proche de celle du locataire ou du fermier,

---

<sup>834</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 360 et svts, BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 305, p. 234.

en ce que ce dernier, a également la jouissance d'un bien immobilier dont un autre est propriétaire, et doit, en contrepartie, lui verser une redevance périodique<sup>835</sup>. Cependant, le preneur d'un bail de longue durée jouit d'un droit particulier qui ne peut porter que sur des immeubles, dont la durée et l'étendue de son emprise ne peut s'expliquer que par le caractère réel de ce droit, transmissible à ses héritiers<sup>836</sup>. Le preneur d'immeuble, locataire dans le cadre d'un bail d'habitation n'a, en règle générale, qu'un simple droit de créance, c'est-à-dire un droit personnel<sup>837</sup>. Néanmoins, cette qualification de droit personnel fait l'objet d'une certaine controverse qui a été relayée par Rigaud<sup>838</sup>, et qui est aujourd'hui ranimée au travers de l'éclosion des statuts spéciaux protecteurs tels que le statut du fermage, des baux commerciaux ou encore du statut des baux d'habitation qui défend toujours plus les intérêts du locataire<sup>839</sup>. Ce débat oppose les tenants du caractère réel du droit du preneur du bail classique à ceux du caractère personnel. Selon cette théorie, l'opposabilité du droit du locataire à l'acquéreur de l'immeuble énoncé et à un preneur postérieur à l'article 1743 du code civil, le droit de renouvellement, parfois renommé « propriété » commerciale ou culturelle, sont autant de preuves d'un droit réel et non d'un droit personnel. S'il est vrai que les textes et la jurisprudence confèrent des prérogatives importantes aux preneurs de baux ayant des statuts spéciaux, leur octroyant le droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux, et même parfois (statut du fermage) un droit direct sur la chose louée, avec le droit d'en modifier la structure, ce droit demeure personnel. Il est possible de noter que le preneur doit engager la responsabilité contractuelle de celui-ci et ne dispose d'aucun moyen pour retrouver directement la jouissance de la chose louée<sup>840</sup>.

**305.** Les baux réels immobilier de longue durée, en dépit de leur intitulé, ne possèdent que peu de traits communs avec le louage d'immeuble de droit commun<sup>841</sup>, et ce bien que cet état de fait est

---

<sup>835</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 937, p. 835.

<sup>836</sup> COLLART-DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 362 et svt ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup>, Dalloz, 2019, p. 236 et svts ; RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit des contrats spéciaux, 10<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 340, p.305.

<sup>837</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228.

<sup>838</sup> RIGAUD Louis, A propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux, Rev. Inter. de droit comparé, Vol. 15, n° 3, juil.-sept., 1963, p. 557.

<sup>839</sup> DERRUPPE V. J., La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Thèse Toulouse, 1952 ; MEGRET, La « propriété culturelle » est- elle une formule d'avenir ?, Gaz. Pal. 1976. 1.

<sup>840</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 344.

<sup>841</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 306, p. 234.

pu être discuté par une partie de la doctrine<sup>842</sup>. Ce sont des contrats synallagmatiques à titre onéreux et à exécution successive mais la jouissance personnelle conférée par le louage entraîne d'importantes différences entre les obligations des bailleurs et preneurs ordinaires et celles des bailleurs et preneurs des emphytéoses, baux à construction, à réhabilitation, réel immobilier et réel solidaire. Ces derniers se soustraient aux règles du droit commun car au contraire du louage, dans le cadre de ces contrats spéciaux, l'essentiel n'est pas la jouissance de l'immeuble mais son développement par son exploitation, sa mise en valeur par l'édification ou la réhabilitation d'un immeuble<sup>843</sup>. M. Tixier note que l'obligation du bailleur se rapproche de celle du vendeur qui est débiteur d'une obligation instantanée de constitution d'un droit réel et d'investiture des prérogatives qui y sont attachées, et non par d'une obligation continue de délivrance analogue à celle dont est tenu le bailleur d'un contrat de louage<sup>844</sup>. Il peut en être conclu que ces baux réels immobiliers de longue durée ne sont pas soumis au statut du bail d'habitation, et ce alors même qu'il est constaté que la jurisprudence<sup>845</sup> y puise des solutions à défaut de dispositions spéciales incluses dans leur régime respectif<sup>846</sup>. De même, ces contrats spéciaux ne sont ni soumis au statut du bail commercial<sup>847</sup>, ni à celui des baux ruraux<sup>848</sup>. Ils confèrent aux preneurs un droit de jouissance plus étendu que dans le bail d'habitation<sup>849</sup>.

## **b- L'usufruit**

**306.** Si la situation des preneurs des baux réels immobiliers de longue durée sus mentionnés échappe au régime du bail, elle évoque celle de l'usufruitier<sup>850</sup>. L'usufruit est le premier démembrement de propriété permettant une maîtrise aussi complète d'un bien qui ait été

<sup>842</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 5, n° 1287.

<sup>843</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 343.

<sup>844</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 25 et svts.

<sup>845</sup> C.A. Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 27 mars 1992, Mancel c/ Sté Sogebail Sicomi : Pour une diminution du loyer en raison d'une perte partielle de la chose par suite d'une expropriation.

<sup>846</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, 120.05, p. 132.

<sup>847</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 1988, Bull. civ. III, n° 89, JCP 1988, IV, 244.

<sup>848</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 937, p. 835.

<sup>849</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 396, p. 361.

<sup>850</sup> ATIAS Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 307, n° 412 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 345 et svts ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 383 n° 1650 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 782 bis, p. 503.

expressément consacré par les rédacteurs du code civil<sup>851</sup>. Il constitue une référence, un point de comparaison essentiel avec les dispositifs qui ont été conçus par la suite, et notamment avec les baux réels immobiliers de longue durée. Les points communs sont nombreux. Ce sont des droits réels temporaires de jouissance portant sur la chose d'autrui et conférant des droits tout à fait comparables. L'usufruitier a trois prérogatives. Il peut user de la chose, en percevoir les fruits et céder son droit. Cependant, s'il y a des usufruits légaux, les baux réels immobiliers de longue durée résultent toujours d'un contrat. Ils ne s'établissent qu'à titre onéreux, tandis que l'usufruit est souvent constitué à titre gratuit et l'usufruitier n'est débiteur d'aucune espèce de redevance envers le propriétaire. De plus, les baux réels immobiliers de longue durée ne peuvent porter que sur des immeubles, alors que l'usufruit peut affecter des choses mobilières corporelles et incorporelles<sup>852</sup>. Enfin, une autre différence tient à leur durée respective. Les baux réels immobiliers de longue durée tel que l'emphytéose, sont, jusqu'à leur terme, transmissible, alors que l'usufruit ne l'est pas. Par ailleurs, le régime de l'usufruit reste considéré, et ce malgré les opportunités de gestion qu'il autorise<sup>853</sup>, comme antiéconomiques. En effet, ni l'usufruitier, ni le nu-propriétaire n'ont véritablement intérêt à investir sur le bien. Le premier parce qu'il n'est pas assuré de le conserver assez longtemps et le second parce qu'il n'en a pas la jouissance<sup>854</sup>. Ce point constitue le principal élément distinctif car les baux réels immobiliers de longue durée sont perçus comme des outils juridiques favorisant à la fois l'investissement du preneur et l'exploitation du fonds, tout en constituant un mode de financement particulier pour les propriétaires bailleurs démunis. Ces contrats ont été conçus comme autant de dispositifs économiquement et socialement efficaces. L'usufruit se distingue aisément des baux réels immobiliers de longue durée. Néanmoins, la création de la convention d'usufruit locatif social a contribué à brouiller un peu plus les lignes entre ces contrats spéciaux.

---

<sup>851</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 722, p. 699 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 498, p. 204.

<sup>852</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 929, p. 830.

<sup>853</sup> BALIVET Béatrice, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse, Lyon 3, 2004, p. 208 et svts.

<sup>854</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 543, p. 215 ; MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les Biens*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 802 et n° 803, p. 261 et svts.

## **2- Une jouissance distinctive des autres contrats spéciaux**

**307.** Dans une période de crise économique, les promoteurs privés et les bailleurs sociaux recherchent tous la meilleure solution, adaptée à la réalisation de leur projet, qui peut leur permettre de maîtriser le foncier sans pour autant avoir à mobiliser des fonds trop importants pour l'acquérir. Les baux réels immobiliers de longue durée sont concurrencés dans ce domaine par deux contrats qui figurent également comme des montages juridiques dans lesquels une dissociation est opérée dans le droit de propriété. La convention d'usufruit locatif social (a) et la concession immobilière (b) sont souvent associées aux baux réels immobiliers de longue durée comme autant d'outils offrant des avantages d'une grande similitude dans la réalisation d'opération immobilière<sup>855</sup>.

### **a- La convention d'usufruit locatif social**

**308.** La convention d'usufruit locatif social est un usufruit conventionnel au sens de l'article 579 du code civil qui prévoit que « l'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme ». L'article 84 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat a permis à des organismes HLM de détenir temporairement l'usufruit de logements locatifs en modifiant l'article L. 411-3 du code de la construction et de l'habitation<sup>856</sup>. L'article 42 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant sur l'Engagement National pour le Logement l'a sécurisé et codifié aux articles L. 253-1 à L. 253-8 du code de la construction et de l'habitation<sup>857</sup>. Dans le cadre de ce dispositif, l'usufruitier est un bailleur social qui affecte les logements à usage de logement locatif social, financés avec l'aide partielle de l'Etat. Celui-ci acquiert l'usufruit des logements pour une durée conventionnelle de quinze ans minimum, l'article 619 du code civil imposant quant à lui une durée maximale de 30 ans. Durant cette période, il loue les logements à des ménages sous plafonds de ressources et à des loyers conventionnés variant entre 5 et 12 euros le mètre carré. Le bailleur social, usufruitier, ne finance alors que l'acquisition de l'usufruit des logements, et pour ce faire il

---

<sup>855</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part de foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Actualité habitat, Les cahiers n° 151, avril 2013, p. 7 et svts ; USH et CDC, Les solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 5 et p. 23 ; DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, L'usufruit locatif social : une technique de création de logements sociaux rapide mais temporaire, Const. – Urb. n° 12, déc. 2012, alerte 81 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 928, p. 829.

<sup>856</sup> Loi n° 2003-590 du 2 juill. 2003 urbanisme et habitat, JORF n° 152 du 3 juill. 2003.

<sup>857</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juill. 2006 portant engagement national pour le logement, JORF n° 163 du 16 juill. 2006.



ne mobilise pas ou peu de fonds propres car l'opération est finançable dans sa quasi-totalité par un prêt réglementé de type PLS, PLUS ou encore PLAI. À l'issue de l'usufruit, le bailleur doit garantir au plein propriétaire le bon état l'habitabilité des lieux. Ce contrat est couramment rapproché des baux de longue durée par les professionnels du logement social qui peuvent y trouver des intérêts similaires, et son intégration dans le code précité entre les dispositifs du bail à réhabilitation et celui du bail réel immobilier a pu engendrer une certaine confusion.

**309.** Cependant, les droits réels octroyés à l'usufruitier au travers d'une convention d'usufruit locatif social restent plus limités que ceux du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée. En premier lieu, le bailleur social usufruitier ne peut jouir de ces prérogatives au-delà du délai de trente ans. Ceci peut sembler constituer un délai assez long, mais il n'offre pas autant de souplesse de financement qu'un bail de longue durée dont la durée peut être fixée jusqu'à 99 ans. Les emprunts actuellement contractés par les organismes sociaux le sont, au vu des conditions d'emprunt actuelles et de leurs possibilités financières réduites, le plus couramment pour une durée de 50 ans. La limitation temporelle de l'usufruit présente ainsi une contrainte importante<sup>858</sup>. Cet outil ne répond que trop temporairement au manque de logements sociaux. De plus, les logements ont des niveaux de loyers souvent équivalents au PLS<sup>859</sup> et sont inaccessibles à une large part des demandeurs<sup>860</sup>. L'offre de logement réalisée dans le cadre de ce contrat n'est donc pas pérenne. Dans un second temps, il doit être noté qu'il est conseillé aux organismes sociaux de faire introduire certaines clauses au contenu de ces conventions afin qu'elles puissent constituer une réelle opportunité pour le futur usufruitier. Si les obligations des parties sont régies par les articles 578 à 624 du code civil, ces dispositions ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent convenir d'y déroger et de répartir leurs obligations librement entre eux. Il est préconisé à l'usufruitier de porter une attention particulière aux conditions de cession et d'hypothèque de l'usufruit, à la garantie de maintenance et bien évidemment à la répartition des charges entre

---

<sup>858</sup> DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, L'usufruit locatif social : une technique de création de logements sociaux rapide ais temporaire, Const. – Urb. n° 12, déc. 2012, alerte 81.

<sup>859</sup> Les prêts locatifs sociaux (PLS) ont été mis en place à compter du 6 mars 2001. Les opérations financées par des PLS sont destinées à accueillir des ménages dont les ressources excèdent celles requises pour accéder aux logements financés par les prêts PLUS (Prêt Locatif à Usage Social) et qui rencontrent des difficultés pour trouver un logement. Les plafonds de ressources du PLS sont ceux du PLUS majorés de 30 %.

<sup>860</sup> USH, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21, août 2016, p. 144 ; Congrès des notaires 2013 : « Le conseil aux collectivités publiques peut être étendu », Entr. avec MEYSSAN Pierre-Jean, Prdt du 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires et LOUVEL Marc-Henri, rapporteur général, JCP N. I. n° 12, 22 mars 2013, act. 401 ; ADIL 75, Dissociation du foncier et du bâti, JCP N. I. n° 9, 3 mars 2017, act. 312.

l'usufruitier et le nu-propiétaire<sup>861</sup>. Si la convention est muette sur les charges pesant sur l'immeuble, le recours aux articles 605 et 606 du code civil est inévitable afin d'en déterminer le débiteur. Il peut être souhaitable, voire prudent de prévoir une clé de répartition des travaux différente de celle prévue par le code civil et également de définir précisément les obligations respectives de chacun<sup>862</sup>. L'essentiel du contrat constitue le fruit d'une négociation entre les parties. Le dispositif de la convention d'usufruit locatif social présente une certaine souplesse, laquelle ne doit pas obérer les difficultés de négociations qui peuvent en résulter ou plus simplement les incertitudes qui peuvent en découler et engendrer autant de risques financiers pour l'usufruitier et le nu-propiétaire.

## **b- La concession immobilière**

**310.** La concession immobilière doit également être mentionnée dans le cadre de ces contrats spéciaux pouvant avoir une certaine parenté avec les baux réels évoqués, et ce alors même que sa qualification de droit réel est incertaine. La concession immobilière, créée par la loi n° 67-1253 d'orientation foncière du 30 décembre 1967 est définie comme « le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble ou partie d'immeuble, bâti ou non bâti, en confère la jouissance à une personne dénommée concessionnaire, pour une durée de vingt années au minimum et moyennant le paiement d'une redevance annuelle »<sup>863</sup>. La nature juridique du droit du concessionnaire demeure controversée<sup>864</sup>. Certains auteurs l'envisagent comme étant un droit réel<sup>865</sup>, d'autres le qualifient de droit personnel<sup>866</sup>. Nonobstant, le droit du concessionnaire est opposable aux tiers acquéreurs, soit directement en préservant la concession lors d'une vente ou indirectement par l'obligation de publication au service de la publicité foncière. La concession immobilière échappe, tout comme les baux réels immobiliers de longue durée au droit commun du louage de choses et

---

<sup>861</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p.

<sup>862</sup> GAZAY Philippe, L'usufruit au service de la mobilisation pour le logement, L'Essentiel, Droit de l'immobilier et urbanisme, 02/01/2013, n° 01, p. 1.

<sup>863</sup> Loi n° 67-1253 du 30 déc. 1967 d'orientation foncière, JORF du 3 janv. 1968.

<sup>864</sup> ROBERT André, La différence entre le droit d'usage et d'habitation ou l'usufruit et l'engagement de location, D. 1993. 303.

<sup>865</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 6, n° 1288 ; DROSS William, La cession du bail à construction peut-elle être valablement soumise à l'agrément du bailleur ?, RTD civ. 2015. 163.

<sup>866</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 41 et svts ; MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, 120.08, p. 135.

possède une durée minimale similaire aux leurs<sup>867</sup>. Cependant, à l'inverse des baux réels immobiliers de longue durée, le droit du concessionnaire ne peut être hypothéqué. En application des termes de l'article 51, alinéa 3, de la loi susvisée, « le droit à la concession est susceptible d'être compris dans un nantissement prévu par la loi du 17 mars 1909 », alors qu'un droit réel immobilier ne peut, en principe, être constitutif d'un élément d'un fonds de commerce<sup>868</sup>. En dépit de points communs avec les baux de longue durée, comme l'absence de droit au renouvellement en fin de contrat, la concession n'en possède ni l'économie, ni la nature. Si cette dernière permet la construction sur le terrain d'autrui, elle a pour but de principal de favoriser la construction d'immeubles à usage commercial et le remboursement par le concédant de la plus-value (ou du coût des dépenses s'il lui est inférieur) à la sortie du concessionnaire. Comme il l'a déjà été énoncé, mise à part l'emphytéose, les baux réels immobiliers de longue durée ont été créés pour favoriser la construction de logements. A ce titre, il doit être noté que l'obligation d'édifier qui est de l'essence du bail à construction caractérise ce contrat face à la concession immobilière qui peut porter sur des immeubles déjà bâtis. L'obligation qui pèse sur le preneur d'édifier des constructions et de les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail est donc distinctive du contrat de concession<sup>869</sup>. Il n'y existe pas de bail à construction sans obligation de construire<sup>870</sup>. Il peut en être conclu que l'emphytéose, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire ne possèdent pas de racine commune avec la concession immobilière<sup>871</sup>.

## **B- Les facteurs endogènes de la jouissance**

**311.** La jouissance des preneurs des baux réels immobiliers de longue durée est spécifique et concourt à les distinguer des autres dispositifs juridiques. Cette jouissance est caractéristique à la fois, au travers des traits communs de la jouissance des preneurs (1), mais également au regard des traits propres à la jouissance de chaque preneur (2).

---

<sup>867</sup> Art. 57 de la loi n° 67-1253, 30 déc. 1967 d'orientation foncière, JORF du 3 janv. 1968.

<sup>868</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 946 et svts, p. 839 et svts.

<sup>869</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 juin 1986, n° 84-17.222, Bull. civ. III, n° 93.

<sup>870</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Le bail à construction se caractérise par l'obligation de construire indépendamment du sort des constructions en fin de bail, RDI 2008. 215.

<sup>871</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 41 et svts.

## 1- Les traits communs de la jouissance des preneurs

**312.** Le premier des traits communs de ce type de contrat est évidemment relatif à leur exceptionnelle longévité (a), mais également à l'aménagement de dispositifs qui conduisent tous à limitée la jouissance des preneurs (b).

### a- Une jouissance de longue durée

**313.** Les baux réels immobiliers de longue durée ne peuvent octroyer un droit réel à perpétuité. Ils sont, à la différence de la propriété et de même que l'usufruit, nécessairement temporaire. Conformément à l'article 1210 du code civil qui prohibe les engagements perpétuels, ce sont des contrats à durée déterminée. La durée maximum de l'emphytéose, du bail à construction, du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire est fixée à 99 ans<sup>872</sup>. Cette longévité exceptionnelle, eu égard au bail classique et à l'usufruit, rapproche ce type de contrats spéciaux de la concession immobilière pour laquelle il a été admis, faute de texte précis sur cette question, une durée maximum de 99 ans<sup>873</sup>. Un engagement d'une telle durée est extrêmement conséquent puisqu'il implique la mise à disposition d'un fonds pour plus d'une vie. Cette durée justifie l'étendue de la jouissance conférée au preneur au travers des droits qui lui sont octroyés. Celle-ci motive et légitime l'investissement du preneur dans la réalisation de travaux importants<sup>874</sup>. Dans le même esprit, l'emphytéote peut, contrairement à l'usufruitier, opérer toutes les transformations aux bâtiments, tous changements de destination, de cultures, à condition toutefois que ces modifications ne diminuent pas la valeur du fonds<sup>875</sup>.

**314.** Considérant plus précisément le bail réel immobilier, qui permet de construire ou de réhabiliter des logements en vue de favoriser l'accession temporaire à leur propriété, il a été également constaté que la question relative à la durée du bail est particulièrement sensible. Il apparait nécessaire de rassurer, de sécuriser, au moins dans un premier temps, les acquéreurs afin

---

<sup>872</sup> Art. L. 451-1 du c. rur. ; Art. L. 251-1 du CCH.

<sup>873</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Concession immobilière, Encyclopédie Dalloz, fév. 2018, n° 27.

<sup>874</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 781, p. 500.

<sup>875</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2., 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 412 n° 1695.

de leur permettre de se projeter au moins sur une, voire deux générations<sup>876</sup>. Cette réflexion relative à la durée du bail la plus adéquate peut-être source de succès ou d'échec de la formule<sup>877</sup>. Cette analyse vaut pour l'ensemble des baux de longue durée visée car tout preneur ne serait prendre de véritables engagements financiers sans avoir la certitude d'atteindre un certain équilibre économique voire d'obtenir un bon retour sur investissement<sup>878</sup>.

**315.** Cette même logique a conduit les rédacteurs du bail réel solidaire à prévoir sa prorogation afin de permettre à tout nouveau preneur de bénéficier d'un droit réel immobilier d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial. Ce mécanisme, parfois qualifié de « rechargement », contribue à maintenir l'intérêt au recours à ce type de contrat<sup>879</sup>. Ces baux grèvent lourdement le fonds et en diminuent sa valeur. Aussi ne peuvent-ils être consentis que par des personnes ayant la capacité et le pouvoir d'aliéner<sup>880</sup>. Pour ces personnes, propriétaire bailleur, l'engagement sur une telle durée représente une dépossession qui peut s'apparenter à une vente, car dans ces conditions il paraît difficile pour un particulier de se projeter sur le retour d'un fonds dans son patrimoine, ou plutôt dans le patrimoine de ses héritiers. Les praticiens constatent que ces dispositifs peuvent ne pas être très attractifs au regard des personnes physiques, particuliers propriétaires qui souhaitent exploiter à nouveau leur bien à moyen terme, si ce n'est dans le cadre de la préparation d'une succession ou d'une donation-partage<sup>881</sup>. Aussi, les collectivités, acteurs de l'aménagement du territoire et partenaires privilégiés des organismes de logements sociaux dans le cadre de politiques de l'habitat, constituent la grande majorité des bailleurs<sup>882</sup>. Les élus qui engagent le patrimoine de leur commune dans ce type de montage immobilier ont conscience d'une part, de favoriser, aux bénéfices des habitants, à court terme la construction ou réhabilitation de logements sociaux, et d'autre part, à long terme, d'investir sur l'avenir en permettant à la collectivité de retrouver la pleine propriété, d'un bien rénové et entretenu.

---

<sup>876</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, *Loyers et Copropriété* n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>877</sup> POUMAREDE Matthieu, *Le bail réel immobilier logement*, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>878</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, 140.141, p. 160 ; COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 396, p. 361.

<sup>879</sup> Art. L. 255-12 du C.C.H.

<sup>880</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 412 n° 1694.

<sup>881</sup> BOULE Eric et GUIBERT Lionel, *Le bail à réhabilitation*, Collection Pratique de l'immobilier, Ed. MASSON, 1995, p. 42 et 43.

<sup>882</sup> FOULQUIER Norbert, *La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol*, *La Gazette*, mars 2012, p. 13 ; Rapport Ass. Nat., *Rapport d'information déposé par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement*, enregistré le 16 fév. 2016, p. 82 et 83.

## **b- Une jouissance limitée**

**316.** Le droit octroyé aux preneurs des baux de longue durée se décompose en deux droits réels, le premier, principal, est un droit réel constitué sur le fonds objet du contrat, l'autre, accessoire, est un droit de superficie, défini comme droit de propriété, qui s'exerce sur les plantations, constructions ou réhabilitations réalisées. Il est admis que le droit de propriété constitue l'ensemble le plus complet de prérogatives permettant de jouir d'un bien de la façon la plus aboutie. Les démembrements de propriété ou droits sur la chose d'autrui, les deux qualifications ne se faisant pas opposition<sup>883</sup>, engendrent une redistribution des prérogatives du propriétaire entre bailleur et preneur. En conséquence, il peut en être déduit que la jouissance du preneur ne peut être complète en ce qui concerne le fonds originaire mais qu'elle est beaucoup plus étendue en ce qui concerne la partie du fonds qu'il a lui-même investi. Néanmoins, il faut noter en premier lieu, que les textes ne font pas ou peu la distinction des prérogatives du preneur en fonction de la qualité de son droit véritable sur le fonds originaire ou ses propres réalisations. La jouissance du titulaire est traitée au regard de l'ensemble immobilier. Certains auteurs ont pu en conclure que le preneur bénéficie de la jouissance complète du bien<sup>884</sup>, alors que d'autres estiment que le preneur jouit d'une liberté étendue dans l'utilisation et l'exploitation de l'immeuble<sup>885</sup>.

**317.** Il est nécessaire de préciser, en second lieu, que si la jouissance des preneurs est étendue, elle n'est pas absolue. Celle-ci ne reprend pas la totalité des attributs du droit de propriété, et elle est même dans certaines circonstances plus limitée que certains autres droits réels. La démonstration de l'étendue de la jouissance d'un droit se matérialise également dans la possibilité de ne pas jouir de ce droit. En effet, le titulaire d'un droit réel peut, en principe, l'abandonner par volonté unilatérale<sup>886</sup>. Il s'agit d'un acte unilatéral, parfois dénommé « déguerpissement ». Ce droit constitue par ailleurs un élément distinctif du droit personnel dans le cadre duquel l'abandon ne peut prendre la forme que d'un accord mutuel entre créancier et débiteur<sup>887</sup>. Le propriétaire peut de son vivant disposer de son droit en abandonnant son bien par déguerpissement. Il se peut que des considérations d'intérêt général l'empêchent d'abandonner n'importe où et n'importe comment mais le principe reste acquis<sup>888</sup>. En application de l'article 699 du code civil, le

---

<sup>883</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 697 et svt.

<sup>884</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 307, n° 412.

<sup>885</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [847], p. 1808.

<sup>886</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens/Les Obligations, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [702], p. 1583.

<sup>887</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les Biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 363, p. 98.

<sup>888</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 127, p. 136 et n° 482, p. 380.

propriétaire d'un fond servant peut également abandonner le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due, et cet abandon n'a nullement besoin d'être accepté par le propriétaire du fonds dominant<sup>889</sup>. Il est de même admis que l'usufruitier temporaire puisse renoncer unilatéralement par un acte d'abdication<sup>890</sup>. Cependant, l'article L. 451-6 du code rural énonce que l'emphytéote « ne peut se libérer de la redevance, ni se soustraire à l'exécution des conditions du bail emphytéotique en délaissant le fonds ». Le droit réel conféré par le bail emphytéotique met à la charge du preneur le règlement d'une redevance, des charges et améliorations à apporter au fonds qui l'empêche, en application de cet article, de pouvoir abandonner librement le fonds<sup>891</sup>. A contrario, il ne peut pas être reproché au preneur un quelconque délaissement lorsque le bail emphytéotique est expiré depuis plusieurs années<sup>892</sup>. La jouissance de l'emphytéote est limitée car il n'a pas la possibilité de ne plus vouloir jouir du fonds en le délaissant. Cette logique est également applicable au preneur du bail à construction qui s'est engagé à construire et entretenir l'immeuble jusqu'au terme du contrat, de même que pour les preneurs des baux à réhabilitation, réel immobilier et réel solidaire. C'est parce que ces preneurs sont tenus par les obligations qui s'imposent à eux dans le cadre de chacun de ces baux, et alors même que le législateur précise que le preneur jouit librement des constructions de l'immeuble et des installations ou constructions qu'il a édifiées ou rénovées<sup>893</sup>, que les limites à leur libre jouissance sont importantes<sup>894</sup>.

## 2- Les traits propres à la jouissance de chaque preneur

**318.** Les différents ensembles de textes qui organisent les baux réels immobiliers posent systématiquement le principe d'une jouissance spécifiquement encadrée (a). Il est constaté qu'au fil du temps et de la création de nouveaux baux cette jouissance paraît de plus en plus contrainte (b).

---

<sup>889</sup> Req. 11 mai 1908, DP 1908. 1. 365.

<sup>890</sup> DEPADT-SEBAG Valérie, L'usufruit temporaire des personnes physiques, RTD civ. 2010. 669.

<sup>891</sup> C.A. de Basse-Terre, 2<sup>ème</sup> ch. civ., 27 sept. 2010, n° 09/00230.

<sup>892</sup> C.A. de Douai, 1<sup>er</sup> ch. civ., 18 juin 1991, n° 1991-042487.

<sup>893</sup> Art. L. 254-3 al. 4 du CCH

<sup>894</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

## **a- Une jouissance encadrée**

**319.** Chaque bail de longue durée étudié répond à un ensemble de règles spécifiques qui encadre la jouissance de chacun des preneurs. La jouissance de l'emphytéote est encadrée par un ensemble de dispositions codifiées dans le code du rural aux articles L. 451-1 et suivants. L'action de l'emphytéote sur le fonds est notamment définie par l'énoncé de l'article L. 451-7 du code précité qui dispose que ce dernier « ne peut opérer dans le fonds aucun changement qui en démunie la valeur », et si celui-ci « fait des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité. » Cependant, l'emphytéote reste libre de réaliser ou non tout travaux de construction et démolition et ce sans le consentement du bailleur<sup>895</sup>. En cela la jouissance de l'emphytéote est plus large que celle du preneur d'un bail à construction<sup>896</sup>.

**320.** Le bail à construction est régi par les articles L. 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation. L'article L. 251-1 ci-avant évoqué précise que 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. » Dans le cadre de ce contrat la jouissance du preneur, son action, est limitée par son obligation de construction, et cette différence avec l'emphytéose est importante<sup>897</sup>. A titre comparaison, l'emphytéote a des droits très étendus puisque sa seule obligation est de ne pas diminuer la valeur du fonds. Il est libre d'opérer ou non toutes opérations d'aménagement et de transformation culturelle ou immobilière ou encore de réaliser des constructions temporaires<sup>898</sup>. La différence entre la jouissance de l'emphytéote et celle du preneur du bail à construction est donc certaine. Le bail à construction se distingue aussi du bail à réhabilitation.

**321.** Régi par les articles L. 252-1 et suivants du code précité, la jouissance du preneur du bail à réhabilitation est encadrée par son engagement à réaliser, dans un certain délai, des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur, de le conserver en bon état d'entretien et de réparation, et encore de le louer à usage d'habitation à des personnes aux revenus modestes. Si « l'obligation de faire » impose au preneur du bail à réhabilitation peut le rapprocher de la situation du preneur du bail à construction, le champ d'application du bail à réhabilitation est beaucoup plus restreint

---

<sup>895</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991, RJDA nov. 1991, n° 904 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 oct. 1992, RJDA, déc. 1992 n° 1113.

<sup>896</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, LexisNexis, n° 68, p. 40.

<sup>897</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 312, p. 241.

<sup>898</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 594, p. 228.



que celui du bail à construction<sup>899</sup>. Le preneur du bail à construction n'a pas l'obligation de louer le bien immobilier construit et alors même qu'il peut souhaiter le faire, aucune limitation ne s'impose à lui quant à la qualité du locataire choisi. La jouissance du preneur du bail à réhabilitation est encore plus encadrée que celle de l'emphytéote, et celle du preneur à bail à construction.

**322.** La jouissance du preneur du bail réel immobilier ne peut être assimilée à la jouissance des autres preneurs, et ce alors même que ce dernier contrat est très proche dans son principe de ces deux derniers type de baux<sup>900</sup>. Réglementé par les articles L. 254-1 et suivants du même code, le bail réel immobilier offre un champ d'action assez limité au preneur. Celui-ci a l'obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, en vue de leur location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements. En sus, ce cadre très rigide ne concerne que les logements dits « intermédiaires », c'est à dire des logements aidés par l'État, à usage principal d'habitation, attribués en location ou en propriété, à des personnes ayant des revenus ne dépassant pas un certain plafond défini par décret<sup>901</sup>. La jouissance du preneur du bail réel immobilier peut être comparée à celle du preneur du bail réhabilitation dans l'encadrement de l'obligation de devoir mettre le bien au titre de résidence principale sur le marché soit locatif, soit de la vente et de limiter cette offre à des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas certains plafonds<sup>902</sup>.

**323.** Dans la lignée de ce dernier contrat, le bail réel solidaire porte sur le même type d'objectif. Ce bail a pour but de consentir au preneur des droits réels « en vue de la location ou l'accession à la propriété de logements » avec<sup>903</sup>, le cas échéant, « obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes »<sup>904</sup>. Néanmoins il présente une vision sociale beaucoup plus prononcée car les logements sont destinés à l'habitation principale des ménages modestes. Ce dispositif apporte une nouvelle modalité concourant à encadrer le transfert de titularité du bail. Dans le cadre de ce dernier bail, la transmission du droit réel n'est plus qu'une possibilité très encadrée et absolument plus une liberté telle qu'elle est transcrite dans l'emphytéose<sup>905</sup>. Dans tous les cas de transmission, le nouveau preneur doit nécessairement avoir été agréé préalablement par

---

<sup>899</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, LexisNexis, n° 82, p. 46.

<sup>900</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 400, p. 365.

<sup>901</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, 120.08, p. 135.

<sup>902</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 944, p. 839.

<sup>903</sup> Art. L. 255-1 du C.C.H.

<sup>904</sup> Art. L. 255-7 al. 1<sup>er</sup> du C.C.H.

<sup>905</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, L.P.A., 22/11/2016, n° 233, p. 6.

l'organisme de foncier solidaire à l'issue d'une procédure décrite par les articles L. 255-10 à L. 255-16 du code de la construction et de l'habitation.

**324.** Il peut être constaté que les potentialités des preneurs des différents baux de longue durée sont de plus en plus strictement encadrées par un législateur qui semble vouloir faire de ce type de dispositif juridique autant d'outils de plus en plus précis, mais de ce fait de plus en plus encadrés.

### **b- Une jouissance de plus en plus contrainte**

**325.** Il ne peut qu'être constaté qu'il existe de nombreuses des différences entre la jouissance de l'emphytéote et celle du preneur à bail réel solidaire. Ce dernier subi d'importantes restrictions dans le cadre de ce contrat, car là où l'emphytéote n'a que des possibilités ou des opportunités de gestion du fonds (construire, exploiter, louer, améliorer), le preneur du bail réel solidaire ne peut agir que dans un cadre très déterminé. L'étendue de la jouissance du preneur de l'emphytéote au preneur du bail réel solidaire s'est donc réduite. Il est observé que chaque nouveau bail réel de longue durée créé par le législateur réduit, toujours plus que précédemment, la liberté du preneur. Ce constat a déjà été fait par plusieurs auteurs qui ont alors proposé de créer, avant l'intervention du législateur créant un nouveau bail réel du même nom, un « bail réel immobilier » concourant à refondre les questions de baux constitutifs de droits réels<sup>906</sup>. Ces auteurs ont conclu à l'inadaptation du bail emphytéotique et du bail à construction qui forment, de leur avis, un dispositif trop rigide et inadapté aux aspirations des propriétaires publics et privés. Ils proposent la création d'un bail réel immobilier s'y substituant et offrant un dispositif plus attractif. Le bail réel immobilier se voit attribuer un large champ d'application ayant pour principe la libre jouissance du preneur de des constructions ou réhabilitation, qu'il a pu, ou dû, réaliser. Il est prévu que celui-ci puisse disposer des droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage de ces biens, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la valeur de l'immeuble, ou à l'état dans lequel il a été convenu que ces immeubles, installations ou constructions soient remis en fin de bail<sup>907</sup>.

**326.** Cependant, le législateur n'a pas retenu cette proposition, et ainsi que l'a écrit M. Clamour, « à ce souffle encore chaud succède l'institution d'un nouvel instrument et, partant, d'une nouvelle notion, propres au code de la construction et de l'habitation en matière, plus précisément, de

---

<sup>906</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail réel immobilier, RFDA 2013, p. 757 ; DELVOLVE P., Le bail réel immobilier administratif, RFDA 2013, p. 763.

<sup>907</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail réel immobilier, RDI 2013. 398.

logement intermédiaire »<sup>908</sup>. Le régime juridique de ce nouveau bail réel présente les mêmes caractéristiques générales que ces prédécesseurs et ces nombreuses similitudes ont pu interroger sur la pertinence de sa création<sup>909</sup>. Si l'analyse de ce nouveau contrat montre qu'il s'agit d'un outil adapté aux besoins, il s'avère qu'il encadre et limite un peu plus encore que les autres contrats la jouissance du preneur<sup>910</sup>. Le législateur ne s'en est pas arrêté au bail réel immobilier, et poursuivant sa politique de spécialisation des baux réels immobiliers de longue durée, il crée le bail réel solidaire<sup>911</sup>. Plus ou moins bien accueilli par la doctrine, M. Zalewski-Sicard remarque que « de bidule en bidule ou de machin en machin, au choix, le gouvernement ne manque pas d'imagination. Alors qu'existent déjà le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail dans le cadre d'une convention d'usufruit, le bail réel immobilier et autres mécanismes d'accession à la propriété, il a fallu que soit créé, ... un nouveau bail, le bail réel solidaire »<sup>912</sup>. Ce nouveau contrat, défini aux articles L. 255-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, permet à un organisme de foncier solidaire de consentir à un preneur des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, avec s'il y a lieu obligation pour ce dernier de construire ou réhabiliter des constructions existantes, en vue de les céder ou de les louer à des familles répondant à des conditions de ressources maximales, de loyer ou de prix de cession. Ce dispositif, qui rappelle celui du bail réel immobilier, met en place au profit du preneur un droit de jouissance contrôlé et un droit réel diminué<sup>913</sup>. A la lecture de cette définition, une partie de la doctrine a pu s'interroger sur l'utilité d'un tel contrat et exprimer leur perplexité<sup>914</sup>. Néanmoins, le bail réel solidaire a été conçu dans l'objectif d'apporter une réponse à des attentes sociales d'accession et cette finalité est tout à fait légitime. Malheureusement, l'échec du plan global dit du « choc de l'offre » imaginé par le Président de la République M. Macron, et dont le bail réel solidaire fait partie, tant à témoigner du faible intérêt que présente ce nouveau contrat et notamment pour les bailleurs sociaux qui ont la possibilité

---

<sup>908</sup> CLAMOUR Guylain, Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2014, comm. 97.

<sup>909</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Bail réel immobilier-Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>910</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>911</sup> Art.1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016.

<sup>912</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Constr. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12.

<sup>913</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740.

<sup>914</sup> CLAMOUR Guylain, Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2014, comm. 97 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail réel solidaire : un bail à la rédaction surprenante, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302y1, p. 73.

depuis la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique d'être des organismes de foncier solidaire<sup>915</sup>.

**327.** La jouissance du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée présente des spécificités tant à l'égard d'autres dispositifs juridiques, qu'entre contrats de cette même catégorie. Il apparaît également que la jouissance du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée s'exprime au travers de sa détention. Cette dernière est une démonstration de l'exercice des droits de jouissance du preneur.

## **§2- La détention**

**328.** La situation du preneur d'un bail de longue durée est, au regard de la notion de détention, particulière car il faut l'envisager dans sa relation avec le bailleur, et dans son rapport avec les tiers. Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée détient un immeuble en vertu d'un contrat. Il exerce ses droits sur la chose mais est contraint de la restituer au terme du titre juridique<sup>916</sup>. Il est donc détenteur vis-à-vis du bailleur<sup>917</sup>. La détention figure une maîtrise matérielle de la chose. Elle résulte de l'entrée en détention par le preneur à bail (A), et engendre certains effets (B) qui ont pour intérêt de donner une bonne visibilité de l'étendue et des limites des droits du preneur tant à l'égard du bailleur, que des tiers au contrat.

### **A- L'entrée en détention**

**329.** L'entrée en détention suppose l'appréhension matérielle de la chose. Elle résulte dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de la remise volontaire du fonds par le possesseur au détenteur<sup>918</sup>. La détention du preneur du bail réel immobilier de longue durée découle alors des obligations du bailleur qui doit lui délivrer le fonds (1), et le garantir contre les éléments qui dans le cadre de cette délivrance, sont en mesure de lui porter préjudice (2).

---

<sup>915</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>916</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 434, p. 184.

<sup>917</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 166, p. 167.

<sup>918</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les Biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 149 et svt..

## **1- L'obligation de délivrance du bailleur**

**330.** La source de l'obligation de délivrance du bailleur (a) n'est pas expressément identifiée dans les dispositifs réglementaires spécifiques des baux réels immobiliers de longue durée. Néanmoins cette obligation est essentielle à l'entrée en détention et donc en jouissance du preneur. Par ailleurs, la mise en œuvre de cette obligation, qu'elle soit explicitement convenue entre les parties ou non, constitue un événement fondamental dans la vie du projet immobilier (b).

### **a- La source de l'obligation**

**331.** Les dispositifs édictés par le législateur et codifiés dans le code rural et dans le code de la construction et de l'habitation ne prévoient aucune obligation de délivrance du fonds à l'encontre du bailleur du bail emphytéotique, du bail à construction, du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire. Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont les seuls contrats de ce type dont la définition énoncée au premier article de leur chapitre respectif, c'est-à-dire aux articles L. 254-1 et L. 255-1 du code précité, fait référence à une intervention du bailleur qui dans ce contexte « consent à un preneur ...des droits réels.. ». Cependant, il n'existe pas de précisions complémentaires sur l'obligation du bailleur, et ce alors même que la doctrine retient que le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée réclame une protection similaire qu'un acquéreur de fonds à exploiter, d'immeuble à rénover ou de terrain à bâtir ou tout du moins qu'un locataire<sup>919</sup>.

**332.** Selon l'article 1603 du code civil, dans le cadre du contrat de vente, « le vendeur a deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend », et la première d'entre elles, l'obligation de délivrance, est considérée comme la plus importante<sup>920</sup>. En application de l'article 1604 du même code, le vendeur doit « délivrer » l'immeuble à l'acquéreur, en le mettant à la disposition de l'acheteur. Cette obligation de délivrance permet à l'acquéreur de prendre possession du bien. En matière immobilière, elle est accomplie par le vendeur lorsque celui-ci a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété à l'acquéreur. Pour une vente d'immeuble, la délivrance correspond généralement à l'entrée en

---

<sup>919</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction, de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 124, p. 71.

<sup>920</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 198, p. 201.

jouissance du bien par ce dernier. Lorsque l'immeuble est libre, il entre en jouissance par la prise de possession réelle de l'immeuble objet de la mutation<sup>921</sup>. Néanmoins, plusieurs auteurs retiennent que le bailleur d'un bail réel immobilier de longue durée doit mettre le fonds à la disposition du preneur et lui garantir une jouissance paisible en application de l'article 1719 du code civil<sup>922</sup>. Suivant cette logique, cet article issu du chapitre consacré aux dispositions générales du contrat de louage trouve à s'appliquer et ce uniquement pour la première obligation énoncée qui s'impose au bailleur et qui est précisément relative à l'obligation de délivrer la chose louée. Alors qu'il est démontré que les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats spéciaux qui octroient un droit réel « composite » au preneur, la doctrine, et la jurisprudence<sup>923</sup>, trouvent le fondement de l'obligation de mise à disposition du bailleur dans le régime de droit commun du contrat de louage. Nonobstant, le Ministère de l'Équipement n'a pas manqué d'intégrer dans la circulaire du 28 janvier 1991 relative au bail à réhabilitation<sup>924</sup>, dans l'article 1.2 consacré aux obligations du bailleur, que pour l'exécution du contrat celui-ci « est tenu de mettre l'immeuble à la disposition du preneur pendant la durée du bail ». Il existe donc à l'encontre du bailleur de tout bail réel immobilier de longue durée une obligation de mise à disposition du fonds au profit du preneur.

## **b- La mise en œuvre de l'obligation**

**333.** L'obligation de délivrance, telle qu'elle est envisagée dans le cadre du contrat de louage, est une obligation essentielle et à l'instar des règles de la vente, elle consiste dans la mise du bien loué à la disposition du locataire, à la date convenue<sup>925</sup>. La date de la délivrance de l'immeuble est celle qui a été déterminée par les parties dans le contenu du bail réel immobilier de longue durée. Il est constaté, en pratique, que l'obligation de délivrance prend effet à la date de commencement du contrat. En effet, il n'est généralement pas indiqué de date de mise à disposition effective du fonds et il n'est pas explicitement indiqué que ces dates sont concomitantes. A défaut d'autres précision,

---

<sup>921</sup> COLLART DUTILLEUL François, LAURENT Philippe, BLOND-LAURENT Carole, HERAIL Marc et GHEMAME-PINOCHE Myriam, *Droit de la vente immobilière 2019/20*, 7<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2019, p. 655 et svts.

<sup>922</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Bail à construction*, Répertoire droit immobilier, dalloz.fr, mars 2012 actu. Oct. 2014, n° 79.

<sup>923</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 fév. 2019, n° 17-26.974 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, n° 15-22.056 et n° 15-28.132.

<sup>924</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5, 20 fév. 1991.

<sup>925</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 janv. 1980, Bull. civ. III, p. 9. En matière immobilière, cela se fait par la remise des clés au locataire : Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 juin 2008, Bull. civ. III, n° 111 ; RDC 2009. 161, obs. Seube. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 fév. 2015, n° 14-10510, RLDC avr. 2015, n° 125, p. 17, note Le Gallou, Rev. loyers 2015, n° 956, p. 176, note Lebel.

il peut être considéré que le bail ne peut prendre valablement effet qu'à partir de la mise à disposition du fonds. Il convient de considérer que la date à retenir en l'espèce est celle du commencement des travaux d'amélioration ou de construction<sup>926</sup>. La date indiquée sur la déclaration d'ouverture de chantier qui permet de signaler à la mairie le commencement de ces travaux<sup>927</sup>, et qui concerne autant le bénéficiaire d'un permis de construire que d'un permis d'aménager paraît être la plus opportune. Par ailleurs, il ne peut être question d'appliquer dans le cadre des baux étudiés l'obligation qui s'impose au bailleur, dans le cadre que louage classique, en application de l'article 1719 du code civil, de délivrer un bien conforme à la destination prévue au bail et qui permet au locataire d'exercer l'activité pour laquelle il prend le bien à bail. Si le bien confié au preneur d'un bail réel immobilier de longue durée est en l'état impropre à l'usage qu'il lui est destiné ou encore que celui-ci n'est pas « en bon état de réparations de toute espèce », le preneur n'est pas fondé sur une action en nullité ou en résiliation du bail. Le premier intérêt de ces baux spéciaux réside dans l'investissement financier du preneur, qui a lui-même pour obligation d'améliorer, de réhabiliter, de construire et d'entretenir le bien immobilier.

**334.** Néanmoins, la preuve de la délivrance incombe au bailleur et l'inexécution de cette obligation ouvre deux actions de droit commun au preneur. Il a tout d'abord la possibilité de se faire « autoriser par la justice » à se mettre en possession de l'immeuble dans la mesure où cette obligation n'a aucun caractère personnel et où le juge peut ordonner son exécution par la force publique. En cas d'impossibilité, cette inexécution est sanctionnée par des dommages et intérêts. Le preneur peut ensuite obtenir du juge la résiliation du bail réel immobilier de longue durée, à condition toutefois que l'inexécution invoquée soit réelle et suffisamment importante. De son côté, le bailleur ne peut se dégager de sa responsabilité qu'en invoquant un cas de force majeure dont il lui incombe de rapporter la preuve. L'inexécution de l'obligation de délivrance ne peut être justifiée que par un cas de force majeure<sup>928</sup>. En cas d'inexécution partielle, le refus du preneur de payer le loyer fixé en espèces et de réaliser certains travaux de construction ou d'amélioration ne peut être admis que lorsque l'inexécution du bailleur présente un caractère grave<sup>929</sup>. Enfin, les voies d'exécution forcée, ou de résiliation du contrat, et d'obtention de dommages et intérêts sont également ouvertes au preneur en cas de retard du bailleur dans l'exécution de son obligation de délivrance<sup>930</sup>.

---

<sup>926</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 53.

<sup>927</sup> Art. 424-16 du c. de l'urb.

<sup>928</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 439 et svts.

<sup>929</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 54.

<sup>930</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 54.

## **2- Les obligations de garantie du bailleur**

**335.** Qu'elles soient explicitement retenues dans le contrat de bail réel immobilier de longue durée ou expressément écartées, la garantie de contenance (a) et la garantie de vices cachés (b) du bailleur doivent faire l'objet d'une étude approfondie de la part du preneur afin que celui-ci s'engage dans le bail réel immobilier de longue durée en toute conscience des risques qu'il peut encourir.

### **a- La garantie de contenance**

**336.** Les notaires ont pour usage de transposer conventionnellement aux baux réels immobiliers de longue durée la règle énoncée par l'article 1619 du code civil qui précise que l'indication relative à la contenance du bien « ne donne lieu à aucun supplément de prix, en faveur du vendeur, pour l'excédent de mesure, ni en faveur de l'acquéreur, à aucune diminution du prix pour moindre mesure, qu'autant que la différence de la mesure réelle à celle exprimée au contrat est d'un vingtième en plus ou en moins, eu égard à la valeur de la totalité des objets vendus. » Il est couramment stipulé dans le contenu de ces contrats que « les biens sont loués tels qu'ils existent avec toutes leurs dépendances sans exception ni réserve, et sans garantie de contenance, la différence en plus ou en moins excéderaient-elle un vingtième devant faire le profit ou la perte du preneur »<sup>931</sup>. Il apparaît au préalable nécessaire pour le preneur de s'interroger afin de savoir si l'existence et les modalités du projet immobilier projeté dans le cadre du bail sont susceptibles d'être ou non, affectées par une différence de plus ou surtout moins un vingtième de la surface totale du terrain. Une telle différence, aussi minime soit-elle, peut poser de grande difficulté pour la réalisation du projet de construction ou réhabilitation envisagée. D'une part, certaines contraintes peuvent être imposées aux constructions en fonction de zone du PLU (Plan local d'urbanisme)<sup>932</sup>. Le preneur se voit imposer des règles d'implantation des constructions par rapport aux voies publiques, aux limites séparatives des propriétés voisines et aux autres constructions implantées sur le même terrain. L'implantation par rapport aux voies publiques peut être fixée en limite de la voie, « à l'alignement » selon la formule consacrée, ou en retrait. Le PLU peut également déterminer des règles dites de prospect qui lient la hauteur de la construction et sa

---

<sup>931</sup> Extrait du bail à réhabilitation daté du 6 oct. 2017 intervenu entre la commune de LE BRIGNON (bailleur) et l'OPH de la Haute Loire (Preneur).

<sup>932</sup> Art. L. 123- 1- 5 I et R. 123- 9, dernier al. du c. de l'urb.



distance par rapport aux voies, aux limites séparatives et éventuellement aux autres constructions implantées sur le même terrain. Ces règles ont pour objet d'éviter une trop grande densification des constructions et elles contribuent également à donner sa forme au paysage urbain. Il en va de même des règles qui fixent leur emprise au sol. De plus, les règlements de zone peuvent fixer des coefficients d'emprise au sol qui déterminent le pourcentage maximum de la surface du terrain qui peut être occupée par la construction<sup>933</sup>. Cette règle, facultative, a la capacité d'imposer « une part minimale de surface non imperméabilisée ou éco- aménageable »<sup>934</sup>.

**337.** Concernant plus précisément les bailleurs sociaux, l'article L. 127- 1 du code de l'urbanisme dispose que « le règlement du plan local d'urbanisme peut délimiter des secteurs à l'intérieur desquels la réalisation de programmes de logements comportant des logements locatifs sociaux ... bénéficie d'une majoration du volume constructible tel qu'il résulte des règles relatives au gabarit, à la hauteur et à l'emprise au sol. Cette majoration, fixée pour chaque secteur, ne peut excéder 50 %. Pour chaque opération, elle ne peut être supérieure au rapport entre le nombre de logements locatifs sociaux et le nombre total des logements de l'opération »<sup>935</sup>. L'ensemble de ces règles d'implantation limitent les dimensions des constructions qu'il est possible d'accueillir sur un terrain ce qui impact nécessairement les faisabilités techniques et économiques d'un projet immobilier. En pratique, il a pu être constaté qu'une marge de vingt centimètres d'erreur sur la contenance véritable d'un fonds peut remettre en cause la rénovation d'un immeuble en empêchant la réalisation d'une étanchéité par l'extérieur.

**338.** D'autre part, s'il s'avère que le prix du loyer de ces baux réels immobilier de longue durée est fixé de façon globale et forfaitaire. Il est calculé en fonction des potentialités du fonds. Ces dernières tiennent à la constructibilité du terrain ou aux possibilités de réhabilitation que peut présenter l'immeuble en question. Le prix du loyer est également lié la contenance du fonds<sup>936</sup>. Enfin, la superficie du bien donné à bail doit être considérée comme un élément qui a déterminé le preneur pour fixer l'étendue de ses obligations<sup>937</sup>. Aussi, plusieurs possibilités se présentent aux parties. Le bailleur peut s'engager à livrer la superficie promise et à protéger le preneur contre les éventuelles évictions, alors la surface mise à la disposition du preneur ne doit pas faire apparaître de différence substantielle par rapport au terrain convenu. Inversement, l'admission du fonds peut être confortée par le consentement exprès du preneur pour une prise à bail à ses risques et périls.

---

<sup>933</sup> Art. R. 123- 9, 9 ° du c. de l'urb.

<sup>934</sup> Art. L. 123- 1- 5 III, 1 ° du c. de l'urb.

<sup>935</sup> JACQUOT Henri et PRIET François, Droit de l'urbanisme, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 369 et svts.

<sup>936</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 fév. 2019, 17-26.974 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 mars 2017, 15-22.056 15-28.132.

<sup>937</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 131 et svt, p. 73 et svt.

L'insertion de clauses de non-garantie calquées sur celles adoptées en matière de vente ne peut résulter que d'une acceptation, en toute connaissance de cause, du preneur<sup>938</sup>.

## **b- La garantie de vices cachés**

**339.** C'est par le recours au code civil, concernant le contrat de louage et la vente, que la doctrine et la jurisprudence ont imposé au bailleur des baux réels immobiliers de longue durée une garantie de vices cachés et ce afin de protéger la détention du preneur<sup>939</sup>. L'article 1721 du code précité énonce « qu'il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée.. » et l'article 1641 dispose que « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue.. ». Ces garanties, qui sont assez proche l'une de l'autre, portent sur les défauts non apparents et inconnus du locataire ou de l'acquéreur, existant lors de la conclusion du contrat. Pour la location, le bailleur assume alors une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer qu'en prouvant la cause étrangère ou la force majeure<sup>940</sup>. En conséquence, le bailleur doit garantir les défauts de la chose, et ce même s'il n'en a pas eu connaissance, alors même qu'il n'a eu ni l'idée ou qu'une quelconque faute de sa part puisse lui être reprochée<sup>941</sup>. Concernant la vente, la portée de la garantie est déterminée par la qualité de l'acheteur. La jurisprudence apparaît en effet plus conciliante à l'égard de l'acheteur non professionnel, et à l'inverse estime que la qualité de professionnel permet de retenir à son encontre une présomption de découverte<sup>942</sup>.

**340.** En conséquence et assez logiquement, la garantie des vices cachés dû par le bailleur d'un bail réel immobilier de longue durée ne peut avoir la même étendue que celle dû au preneur d'un contrat de louage de droit commun. De par les obligations que ce type de contrat impose au preneur (construire, améliorer ou réhabiliter), et des responsabilités qui en découlent, l'application de cette garantie s'effectue « avec mesure »<sup>943</sup>. Le preneur ne peut être considéré de la même façon qu'un locataire classique. La place dans laquelle il se trouve le situe dans la catégorie des professionnels de l'immobilier et non du simple preneur d'un bail d'habitation ou de l'acquéreur

---

<sup>938</sup> Idem.

<sup>939</sup> SAINT-HALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Dalloz.fr, oct. 2014, n° 79 ; MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 57 et svt.

<sup>940</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 505, p. 437 ;

<sup>941</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit des contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 351, p. 313.

<sup>942</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 183 et svts.

<sup>943</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 113, p. 74.

non professionnel. Aussi, la garantie des vices cachés du terrain loués dans le cadre d'un bail à construction est retenue lorsqu'ils apparaissent lors de la réalisation de fondations, mais non au sujet de l'inconstructibilité du terrain pour des motifs d'urbanisme<sup>944</sup>. Elle est également retenue suite à la découverte par le preneur d'une pollution aux hydrocarbures qui rend impossible la construction projetée sur le terrain objet d'un bail à construction sans l'adjonction d'aménagements de construction et de dispositifs coûteux<sup>945</sup>. Cette garantie de droit commun ne présente aucun caractère d'ordre public et les parties peuvent librement la restreindre<sup>946</sup>. Il est noté qu'en pratique et de la même façon que concernant la garantie de contenance, les notaires ont pour habitude d'introduire systématiquement une clause de non-garantie qui précise que le preneur est tenu « ...de prendre le bien en l'état sans recours contre le bailleur »<sup>947</sup>. Là encore, l'économie du contrat et du projet immobilier peut être bouleversé. C'est pourquoi de telles clauses ne peuvent qu'être acceptées par le preneur qu'après avoir fait réaliser ou avoir demandé au bailleur toutes les études et diagnostics utiles et nécessaires sur l'état du bien.

## **B- Les effets de la détention**

**341.** La détention produit deux effets essentiels. En premier lieu, il s'agit d'une protection. La détention est protégée (1). Il doit alors être vérifié si le preneur d'un bail réel immobilier dispose de cette protection tant à l'égard des tiers que du bailleur propriétaire. En second lieu, il s'avère que la détention prolongée ne peut constituer un mode d'acquisition de la propriété<sup>948</sup>. Le preneur ne peut profiter de l'usucapion ou prescription acquisitive à l'encontre des droits du bailleur (2).

### **1-La protection de la détention**

**342.** La protection de la détention a évolué avec la suppression de l'action possessoire (a). En conséquence seule le référé possessoire permet une protection efficace de la possession et détention du preneur à bail réel immobilier de longue durée (b).

---

<sup>944</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 mai 2009, n° 08-11.388, Bull. civ. III, n° 123.

<sup>945</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 mars 2019, 17-28.536.

<sup>946</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 58.

<sup>947</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 74 et svts.

<sup>948</sup> Art. 2266 al. 2 du c. civ.

## a- La suppression de l'action possessoire

**343.** Il a été énoncé que le droit du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée lui confère toutes les actions possessoires<sup>949</sup>. Elles permettent alors de sanctionner trois types de troubles. La dénonciation de nouvel œuvre est une action dite « préventive » car elle permet de faire cesser des travaux en cours, non achevés par un voisin sur son propre fonds, lorsque ces derniers constituent une menace susceptible de causer un dommage au possesseur. Il s'agit de suspendre les travaux contre un trouble certain bien que le dommage ne soit dans ce contexte qu'éventuel. Par exemple, une personne entreprend de creuser un trou, pour installer un jacuzzi ou une piscine dans son jardin, dans l'angle de son fonds jouxtant la propriété voisine, et ce sans respecter les distances légales. Le détenteur du terrain voisin, en l'occurrence le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée peut exercer la dénonciation de nouvel œuvre tant que ces travaux ne sont pas terminés. La dénonciation de nouvel œuvre permet de saisir le juge pour arrêter les travaux et éviter que le dommage ne se produise, à savoir un non-respect des distances légales de propriété. Si les travaux sont achevés, on sort du domaine de la dénonciation de nouvel œuvre et il est possible d'exercer la plainte. Celle-ci est ouverte à celui qui subit un trouble actuel et a pour objet de le faire cesser, par la suppression ou la modification des travaux litigieux au besoin sous astreinte. Enfin, l'action en réintégration protège le détenteur des dépossessions les plus graves. Il peut être question de troubles constitués par des voies de fait ou bien des actes matériels de violence entraînant la destruction d'une clôture ou l'obstruction d'un chemin. L'action tend à épargner le détenteur du trouble ultime et, pour ce faire, elle vise à obliger l'usurpateur à se retirer<sup>950</sup>. Les actions possessoires sont en principe ouvertes dans l'année du trouble à ceux qui détiennent paisiblement depuis au moins un an.

**344.** Néanmoins, partant du double constat de leur complexité et de leur inutilité le législateur a supprimé les actions possessoires par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures<sup>951</sup>. L'article 2279 du code civil est abrogé.

---

<sup>949</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, 140.41, p. 160 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 413 n° 1696.

<sup>950</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 189 et svts ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 184 et svts.

<sup>951</sup> Loi n° 2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF du 17 fév. 2015.

## **b- Le référé possessoire**

**345.** Il a été constaté que la seule voie du référé classique sert efficacement à la protection de la détention. L'action en référé peut mettre fin au trouble dès lors que cette mesure s'impose, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. De ce fait, alors même que les actions possessoires peuvent encore être exercées les demandeurs se tournent plus volontiers vers le référé, procédure rapide et efficace. Désormais, et depuis la loi du 16 février 2015, la protection de la détention est uniquement assurée par le biais d'une action en référé<sup>952</sup>. En application de l'article 808 du code de procédure civile « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». En cas de contestation sérieuse, le président du Tribunal de grande instance peut « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »<sup>953</sup>. L'action en référé remplit les mêmes fonctions que les diverses actions possessoires, allant de la prévention du dommage à sa cessation. Elle suppose un caractère d'urgence ou que le trouble soit manifestement illicite, et présente les avantages de simplicité et de rapidité permettant d'apporter une réponse aux troubles possessoires d'une manière au moins équivalente et si ce n'est plus efficace que celle offerte par les actions possessoires<sup>954</sup>.

**346.** Le preneur d'un bail réel immobilier peut ainsi exercé une action en référé tant pour un trouble causé au fonds sur lequel il lui ai octroyé un droit réel immobilier, que pour un trouble causé à la construction ou la réhabilitation qu'il a lui-même réalisé et dont il est propriétaire. En application des termes de l'article 2278 du code civil, il peut intenter une action contre son bailleur, ainsi qu'une action contre un tiers en tant que détenteur.

---

<sup>952</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 198, p. 185 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 462, p. 191.

<sup>953</sup> Art. 809 du c. proc. civ.

<sup>954</sup> L'ord. rendue par le juge se trouve immédiatement exécutoire à titre provisoire (art. 489 du c. proc. civ.).

## 2- La prescription acquisitive

347. La prescription acquisitive ou usucapion, fondée sur la possession prolongée d'une chose, permet l'appropriation de cette chose par le possesseur. En principe, la personne qui a la maîtrise de la chose et qui se comporte à son égard comme un propriétaire, pendant un certain temps, peut, sous diverses conditions, en acquérir la propriété (a)<sup>955</sup>. Cependant, la jurisprudence a démontré que la prescription acquisitive ne produit pas ses effets lorsque le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée s'en prévaut à l'encontre du bailleur propriétaire (b).

### a- Le principe

348. Seule la possession peut conduire à la propriété immobilière. En effet, la prescription acquisitive est un mode d'acquisition d'un bien ou d'un droit par l'effet de la possession<sup>956</sup>. Ce mécanisme, usuellement qualifiée d'usucapion, permet à celui qui exerce un droit de pouvoir en devenir titulaire de ce seul fait. Cependant, pour donner un tel effet, la possession doit toujours être prolongée dans le temps, et celui-ci n'est pas le même selon que le possesseur est de bonne foi ou de mauvaise foi. L'article 2272 du code civil dispose que le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. La prescription est acquise, à condition que la possession soit exempte de vices, et alors même que le possesseur est de mauvaise foi. Néanmoins, lorsque le possesseur est de bonne foi et a un juste titre, le délai de prescription est abrégé à dix ans<sup>957</sup>. L'usucapion n'a jamais de caractère automatique. Il ne suffit pas en effet d'avoir possédé pendant le délai requis pour se trouver nécessairement investi du droit en cause. Le possesseur doit s'en prévaloir en justice pour que l'usucapion déclenche son effet acquisitif, le juge ne pouvant, aux termes de l'article 2247 du code civil, soulever d'office le moyen tiré de la prescription<sup>958</sup>. La situation du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée, même jouissant du fond durant une très longue période, ne peut être rapprochée de l'état de possesseur. L'article 2266 du code civil précise que « ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps que ce soit. » Sont alors énoncés à ce titre, le locataire, le dépositaire, l'usufruitier et tous

---

<sup>955</sup> AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Éric, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey, 17<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 204, p. 294.

<sup>956</sup> Art. 2258 du c. civ.

<sup>957</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 189 et svts.

<sup>958</sup> DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 208, p. 225 et svt.

autres qui détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire. Ainsi, si cette formule semble pouvoir faire référence au preneur d'un bail réel immobilier, il n'est pourtant pas explicitement dit que celui-ci ne peut prescrire à l'encontre du bailleur. La jurisprudence, et plus exactement le Tribunal de grande instance de Nice a apporté une réponse très claire à cette question<sup>959</sup>.

## **b- L'échec de la prescription acquisitive**

**349.** Le Tribunal de grande instance de Nice a eu l'occasion de résoudre l'interrogation relative à l'éventuelle application de la prescription acquisitive de la part d'un preneur d'un bail emphytéotique à l'encontre du bailleur propriétaire, dans le cadre d'un contentieux opposant l'Etat Russe et l'association culturelle orthodoxe russe de Nice. En l'espèce, le Tsar Nicolas II décide en 1902 de faire construire une église à Nice. Puis, par acte authentique du 9 janvier 1909, le consul de Russie en France, agissant en qualité de mandataire de la Cour impériale de Russie, consent à l'administration diocésaine de Saint-Petersbourg, représentée par l'archiprêtre de l'Eglise russe orthodoxe de Nice, un bail emphytéotique d'une durée de 99 ans portant sur l'église et son terrain. L'association culturelle orthodoxe russe de Nice est constituée en 1923 et occupe, depuis cette date, l'église devenue « Cathédrale Saint Nicolas ». En 2006, l'Etat Russe agit en revendication de propriété contre l'association, devant le tribunal de grande instance de Nice<sup>960</sup>.

**350.** Par un jugement du 20 janvier 2010, ce tribunal a accueilli les demandes de la Russie et faisant référence dans sa décision aux termes de l'article 2236 (ancien) du code civil, rappelle que ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quel laps de temps que ce soit, ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire... ». En conséquence, le tribunal statue en énonçant qu'« un emphytéote ne peut aucunement prescrire contre le propriétaire bailleur » et ce bien que le preneur ai « conservé et entretenu, de façon publique et paisible » le fonds objet du bail emphytéotique. Les magistrats ont estimé que le bail emphytéotique signé en 1907, et en application duquel l'édifice est occupé depuis 1923 par l'Association culturelle orthodoxe russe de Nice, s'oppose à ce que celle-ci puisse s'appuyer sur l'usucapion pour fonder son propre droit de propriété, et ce bien que celle-ci ait occupé les lieux depuis quatre-vingt-six ans. L'Etat russe est en droit de reprendre

---

<sup>959</sup> TGI Nice, 20 janv. 2010, RG n° 06/06437.

<sup>960</sup> MAZIAU Nicolas, La réception du droit international (public) par la Cour de cassation, journal du droit international (Clunet) n° 3, juillet 2013, doctr. 8.

l'exercice des attributs et des charges de la cathédrale à compter de la date d'expiration du bail emphytéotique et le tribunal déclare que l'association est tenue des éventuelles remises en état. Sur appel de l'association, par un arrêt du 19 mai 2011, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a dit l'action de l'Etat Russe recevable et bien fondée, en qualité de propriétaire, à reprendre possession, à compter du 31 décembre 2007, des biens immobiliers objets de ce bail ainsi que des biens mobiliers incorporés<sup>961</sup>. Les juges déboutent l'association de ses demandes parmi lesquelles celle tendant à la reconnaissance de sa qualité de propriétaire des biens litigieux par l'effet de la prescription acquisitive. L'association s'est ensuite pourvue en cassation. La haute juridiction retient alors que la possession de ces biens par l'association est entachée d'équivoque et que celle-ci ne peut se prévaloir d'une interversion de son titre, et rejette le pourvoi<sup>962</sup>. De ce fait, la cour confirme le bien-fondé de l'action en restitution de l'Etat Russe, qui en tant que bailleur est fondé à reprendre les biens à l'expiration du bail. Ces trois arrêts ont répété cette règle selon laquelle un preneur d'un bail réel immobilier, un emphytéote en l'occurrence, ne peut se prévaloir de la prescription acquisitive à l'encontre du bailleur propriétaire. Le preneur est, tout comme le locataire ou l'usufruitier, tenu à restitution<sup>963</sup>. Il est, dans ce cadre, détenteur précaire en vertu d'un titre juridique qui vaut reconnaissance du droit réel du bailleur sur la chose, puisqu'il comporte une obligation de restituer à long terme.

**351.** La teneur du droit réel immobilier octroyé au preneur du bail réel immobilier de longue durée, analysé au travers de la jouissance et de la détention dont il bénéficie, marque la particularité de ces contrats spéciaux. Emphytéose, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire se distinguent des formules issues du code civil et se concentrent en un dispositif présentant des caractéristiques qui offrent de larges possibilités aux preneurs. Ces opportunités sont engendrées par les caractéristiques complémentaires et indissociables du droit réel immobilier sur le bien d'autrui et du droit de propriété accessoire dont jouit le preneur. Ces manifestations de la nature composite de ces contrats doivent être examinées attentivement afin de prendre pleinement la mesure de la potentialité de ces contrats.

---

<sup>961</sup> C. A., Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> ch. B, 19 mai 2011, n° 10/01453.

<sup>962</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 avril 2013, n° 11-21.947.

<sup>963</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 308, n° 412.



## Section 2 - Les manifestations de la nature composite

**352.** Le droit réel immobilier octroyé au preneur du bail réel immobilier de longue durée concède au preneur un grand nombre de possibilités. Celles-ci sont la démonstration du droit réel immobilier dont le preneur bénéficie. Elles distinguent le preneur de ces contrats spéciaux du locataire, et le rapprochent de la situation de l'usufruitier ou encore du véritable propriétaire<sup>964</sup>. Il dispose d'une grande liberté pour acquérir au profit du fonds des servitudes actives et le grever, de servitudes passives. Il peut également l'hypothéquer<sup>965</sup>. Les manifestations du droit de propriété du preneur, en tant que propriétaire des constructions ou améliorations réalisées, s'incarnent dans la possibilité de céder ces droits et de louer les logements, et viennent compléter efficacement son champ d'action. Nonobstant, cette liberté d'action et d'engagement est modérée notamment face à la multiplication de contraintes que les textes imposent au preneur. L'objectif de ces textes est d'aménager ces manifestations afin de maintenir le contrat dans le cadre d'une politique sociale et économique précisément définie. Au fil du temps et de ces différents contrats, ces dispositifs deviennent de plus en plus contraignants afin de répondre aux exigences qui ont concourues à leur création. Il est nécessaire de faire l'analyse des manifestations de leur nature composite. Pour ce faire, il faut examiner les manifestations du droit réel immobilier (1§), ainsi que celles du droit de propriété (2§).

### §1- Les manifestations du droit réel immobilier

**353.** Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée a le pouvoir de constituer des servitudes, droits réels immobiliers qui peuvent être établis selon le code civil par les propriétaires sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés<sup>966</sup> (A). La constitution d'hypothèque représente également une démonstration significative du pouvoir exercer par le preneur, car cet acte est considéré comme un acte grave, exigeant une capacité de disposer<sup>967</sup>. Outre cet aspect, elle permet au preneur de favoriser le financement les investissements qu'il doit engager dans le cadre des

---

<sup>964</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM ; Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 23.

<sup>965</sup> MOREAU Jean-Pierre et ROUSSEL Franck, JCI. Notarial Formulaire Bail, emphytéotique, n° 45 ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 308, p. 236 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 833 et svts.

<sup>966</sup> Art. 686 du c. civ ; MALAURIES Philippe et AYNES Laurent, Les biens, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 348.

<sup>967</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, CROCQ Pierre, Les suretés, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 7, p. 6.

travaux de construction ou réhabilitation. Les conditions de sa constitution représentent un véritable enjeu pour la faisabilité de l'opération immobilière (B).

## **A- La constitution de servitudes**

**354.** La servitude se concrétise par un lien entre deux fonds. Le fonds servant à la charge de la servitude et le fonds dominant en bénéficie. Les servitudes se définissent comme des droits réels attachés au fonds et non au propriétaire du fonds<sup>968</sup>. En conséquence, les servitudes se transmettent avec le fonds en quelque main que celui-ci se trouve<sup>969</sup>. En l'occurrence, il s'agit d'examiner les servitudes qui peuvent être créées sur le fonds du preneur ou au bénéfice de celui-ci sur un fonds appartenant à un tiers. Si l'article 639 du code civil classe les servitudes en trois catégories que sont les servitudes légales, les servitudes naturelles et les servitudes conventionnelles, les dispositifs des baux réels immobiliers de longue durée font références aux servitudes en les divisant en deux catégories. Ces textes décrivent des procédures qui s'appliquent distinctement aux servitudes passives (1), et aux servitudes actives (2). Celles-ci sont traitées différemment tant à l'égard des possibilités octroyées au preneur, que des pouvoirs attribués au bailleur. Aussi, il apparaît essentiel de déterminer de quelle liberté disposent les parties et à quelle date les servitudes consenties doivent s'éteindre.

### **1- Les servitudes passives**

**355.** Les servitudes passives sont les servitudes qu'un fonds doit à un autre fonds. La servitude est alors une charge qui s'impose à un héritage dit fonds servant, et cette charge constitue l'élément passif. Elle grève le fonds, qu'elle assujettit<sup>970</sup>. Dans ce contexte, le fonds objet du bail réel immobilier de longue durée constitue le fond servant qui supporte la charge d'une servitude établie en faveur d'un autre fonds. Concernant les baux réels immobiliers de longue durée, les principes consistant à aménager une liberté relative au preneur et à protéger les intérêts du bailleur propriétaire ont été repris dans la rédaction de leurs dispositifs. Cependant, les textes relatifs au

---

<sup>968</sup> Art. 637 c. civ.

<sup>969</sup> FOIX Christian, Droit des servitudes, Ellipses, 2008, p. 1.

<sup>970</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 313, p. 355.

bail à construction, au bail réel immobilier et au bail réel solidaire introduisent une distinction supplémentaire entre servitude passive indispensable à la construction et servitude passive non indispensable (a) qui va influencer la rédaction de ces contrats au travers des adaptations qui y sont apportées (b).

### **a- Une sous-classification**

**356.** Les textes apportent des précisions quant aux servitudes passives pour l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée à l'exception du bail à réhabilitation. Aucune disposition n'est consacrée aux servitudes dans les articles code de la construction et de l'habitation consacrés au bail à réhabilitation et dans la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation<sup>971</sup>. Il est simplement indiqué dans ce dernier document que le droit réel qui est octroyé au preneur lui donne « les droits et obligations du bailleur dans les conditions prévues au contrat et pendant toute la durée de celui-ci... ». S'agissant du bail emphytéotique, l'article L. 451-9 du code rural et de la pêche maritime précise notamment que l'emphytéote peut grever le fonds, par titres, de servitudes passives, pour un temps qui n'excède pas la durée du bail à charge d'avertir le propriétaire. Il résulte des travaux préparatoires de la loi instaurant le bail emphytéotique que la rédaction du texte a été guidée par deux objectifs. D'une part, il a été souhaité de préserver le propriétaire bailleur en lui évitant au terme du bail emphytéotique de découvrir et de se voir imposer l'engagement pris par le preneur au travers de la constitution d'une servitude sur son fonds. C'est pourquoi, l'emphytéote doit avertir le bailleur afin que celui-ci puisse, à l'expiration du contrat, sauvegarder ses droits. La constitution d'une telle servitude engendre une amputation des droits du propriétaire sur le fonds servant<sup>972</sup>. D'autre part, ce texte en précisant que la servitude consentie par l'emphytéote n'excède pas la durée du bail, empêche la dépréciation du fonds<sup>973</sup>. Pour ces deux contrats, il n'est nullement question d'une sous-classification supplémentaire entre servitudes passives. Celles-ci ne sont pas traitées dans les textes visant le bail à réhabilitation, et sont évoquées comme une seule et unique notion, en tant que servitude passive, dans le cadre du bail emphytéotique.

---

<sup>971</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5, 20 fév. 1991.

<sup>972</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 869, p. 755.

<sup>973</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Construction - Servitudes et baux conférant un droit réel, Const. – Urb n° 11, nov. 2015, étude 15.

**357.** Les dispositions du code de la construction et de l'habitation relatives au bail à construction, au bail réel immobilier et bail réel solidaire font apparaître une nouvelle sous-classification entre les servitudes passives. Ces textes distinguent les servitudes passives selon qu'elles sont ou non indispensables à la réalisation de la construction ou de la réhabilitation prévue dans le cadre de ces contrats. Cette nouvelle classification est introduite afin d'apporter une différence de traitement entre elles. Cependant, ces mêmes textes n'apportent aucune précision sur la définition de la servitude passive indispensable à la réalisation des constructions et il n'en existe pas plus de listes. La doctrine s'accorde néanmoins sur quelques exemples dont le plus souvent cité est celui ou la délivrance du permis de construire est subordonnée à la création d'une servitude de cour commune et où cette servitude est assise à la fois sur le terrain objet du bail et sur celui du propriétaire voisin. Les servitudes de voisinage grevant le fonds loué telles que les servitudes d'appui, de passage, d'accrochage, de réseaux semblent pouvoir selon les circonstances rentrer dans cette catégorie<sup>974</sup>. Il peut également être question du preneur qui conclut avec le propriétaire voisin une convention créant une servitude non aedifi-candi ou non altius tollendi sur la parcelle sise de part et d'autre de la limite divisoire de leurs deux propriétés. Cette parcelle supporte une servitude nécessaire à l'édification des constructions sur ces deux fonds<sup>975</sup>. Le critère essentiel à prendre en compte est celui du caractère indispensable de la servitude qui ne peut valablement être apprécié qu'en fonction des circonstances qui lui sont propres.

## **b- Une rédaction adaptée**

**358.** L'intégration de cette distinction entre servitude passive indispensable à l'opération immobilière et servitude passive non indispensable a, malgré le silence de son dispositif, influencé la rédaction du bail à réhabilitation. Il est convenu par la pratique qu'un tel contrat doit nécessairement prévoir que le preneur puisse au minimum disposer du pouvoir de consentir les servitudes passives nécessaires à la réalisation de l'opération, celles-ci engageant non seulement le preneur mais également le bailleur. Il peut être ainsi intégré à l'acte une clause précisant pour exemple que « le preneur peut grever le fonds, par titres, de servitudes passives nécessaires à la réhabilitation, pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail à charge d'avertir le bailleur. »<sup>976</sup>. Avec cette précision, le preneur a la possibilité de réaliser la réhabilitation de l'immeuble

---

<sup>974</sup> SAINT ALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Dalloz.fr, oct. 2014, n° 87 et n° 88.

<sup>975</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, 120.91, p. 141.

<sup>976</sup> Extrait d'un bail à réhabilitation daté du 6 oct. 2017 intervenu entre la commune du Brignon et l'OPH de la Haute Loire.

conformément à ses engagements. A contrario, certains auteurs déduisent qu'en l'absence d'une telle clause le preneur doit obtenir au préalable l'autorisation du bailleur, tout refus de ce dernier pouvant avoir pour conséquence d'empêcher la réhabilitation de l'immeuble et ainsi conduire à la résolution du bail<sup>977</sup>. Cependant, cette analyse paraît bien trop restrictive. En effet, s'il est énoncé que le droit réel octroyé au preneur du bail à réhabilitation lui donne « les droits et obligations du bailleur dans les conditions prévues au contrat » et qu'en l'espèce il ne soit rien prévu au contrat, alors il doit en être déduit que le preneur peut grever le fonds de toutes les servitudes passives qui lui sembleront opportunes, et ceux sans devoir avertir ou encore obtenir l'accord du bailleur. Le dispositif légal de ce bail ne prévoyant aucune contrainte particulière, et à défaut d'une rédaction explicitement intégrée à l'acte authentique, aucune disposition ne restreint la liberté du preneur en ce domaine.

**359.** Par ailleurs, il faut noter que l'insertion d'une telle clause implique également d'obtenir l'autorisation du bailleur pour toute servitude passive non indispensable ou encore pour toute servitude passive qui peut excéder la durée du bail. Cette limite protège les intérêts du bailleur car la valeur d'un fonds peut être dépréciée par l'octroi de servitudes passives<sup>978</sup>. Le fond servant subit les agissements des bénéficiaires de la servitude et le propriétaire de ce fonds se trouve alors interdit de faire quoique ce soit qui puisse la mettre en péril ou même la rendre plus incommode<sup>979</sup>. Cette limitation dans le temps garantit la réalisation de l'opération immobilière du preneur et préserve les intérêts du bailleur. Néanmoins, M.M. Boule et Guibert proposent tout autre chose. Ils suggèrent que le preneur, organisme du logement social, prenne soin de se faire consentir par le propriétaire bailleur un mandat, donné sous forme irrévocable ou stipuler d'intérêt commun. Cette stipulation permet la réalisation l'opération de réhabilitation et ce alors que le preneur soit amené à consentir des servitudes. Ils ajoutent qu'il apparaît également prudent et de bonne pratique de stipuler dans l'acte de bail à réhabilitation que toutes servitudes passives consenties engagent le propriétaire bailleur, dans la mesure où cette servitude ne porte pas atteinte à la consistance ou à la destination de l'immeuble sujet à réhabilitation<sup>980</sup>. Les parties disposent ainsi d'une liberté contractuelle qui offre plusieurs possibilités d'aménagement du contenu de

---

<sup>977</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Construction - Servitudes et baux conférant un droit réel, Const. – Urb n° 11, nov. 2015, étude 15.

<sup>978</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 313, p. 356.

<sup>979</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille, SIREY, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 586, p. 225.

<sup>980</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 84 et 85.

l'acte qui au final reproduit le fruit de leur négociation. La rédaction des baux emphytéotiques s'est également adaptée car l'article L. 451-9 du code rural et de la pêche maritime n'est pas d'ordre public. Il est alors tout à fait possible de dispenser l'emphytéote de procéder à l'avertissement du bailleur concernant la constitution de servitude passive indispensable ou encore d'autoriser le preneur à consentir ses servitudes pour une durée excédant celle du bail emphytéotique.

**360.** L'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à construction dispose quant à lui que « le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail », et suivant l'article L. 251-8 du même code, cette disposition est d'ordre public. Il ne peut être prévu dans l'acte que le preneur ne puisse consentir de telles servitudes ou encore de soumettre la constitution de celles-ci à l'accord du bailleur. Toujours dans l'intérêt du bailleur, l'article L. 251-6 du code précité précise qu'elles s'éteignent à l'expiration du bail. Les dispositions du bail réel immobilier consacrées aux servitudes passives sont assez proches de celles du bail à construction. L'article L. 254-2 du même code dispose que le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions et ouvrages édifiés en application du contrat de bail. De la même façon, sauf accord du bailleur, il ne peut constituer des servitudes passives au-delà de la durée du bail. Il peut ainsi être prévu explicitement, au moment de la conclusion du bail ou encore en cours de bail, de solliciter l'accord du bailleur si le preneur entend constituer des servitudes passives au-delà de la durée du bail<sup>981</sup>.

**361.** Enfin, l'article L. 255-7 du code précité dispose au sujet du bail réel solidaire que le preneur peut « consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions et ouvrages édifiés ou à réhabiliter en application du contrat de bail. Sauf accord de l'organisme de foncier solidaire, il ne peut constituer des servitudes passives au-delà de la durée du bail. » Il faut donc retenir de ces trois derniers contrats qu'il peut être convenu dans le cadre de leur rédaction de soumettre une servitude à l'accord du bailleur, à condition que celle-ci ne soit pas indispensable à la réalisation de la construction sur le terrain faisant l'objet du bail. Ainsi, dès lors que la servitude passive n'est pas indispensable à la réalisation de la construction ou de la réhabilitation, les parties retrouvent leur liberté contractuelle<sup>982</sup>. Elles peuvent donc soit prévoir de dispenser le preneur de devoir obtenir l'autorisation du bailleur soit, à l'inverse, de lui imposer d'obtenir ladite

---

<sup>981</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>982</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juill. 1998, n° 96- 21.180 P, J RDI 1999. 621 K ; Constr.- Urb. 1998, n° 299.

autorisation<sup>983</sup>. Toutefois, il doit être noté que l'article L. 254-8 du code précité énonce que seuls les contrats de bail réel immobilier conclus en méconnaissance de l'article L. 254-1 sont frappés de nullité et l'article L. 255-17 du même code précise que les baux réels solidaires conclus en méconnaissance des seuls articles L. 255-2, L. 255-3 ou L. 255-4 sont frappés de nullité. Ces deux derniers contrats peuvent organisés différemment la constitution de servitudes passives que celles-ci soient indispensables ou non à l'opération immobilière. Néanmoins, la rédaction de ces actes, de la même façon que le bail à réhabilitation et le bail emphytéotique, ne peut qu'être largement inspirée de cette distinction et des termes des articles du code de la construction et de l'habitation qui y font références. Le but de ces formulations doit consister à trouver un équilibre entre la faisabilité de l'opération de construction ou réhabilitation, et la préservation des intérêts du bailleur.

## **2- Les servitudes actives**

**362.** Les servitudes actives, également dénommées servitudes positives par la doctrine<sup>984</sup>, sont les servitudes qu'un fonds a le droit d'exercer sur un autre fonds. Ces servitudes sont établies pour l'usage et l'utilité d'un fonds dit dominant à la charge d'un fonds servant<sup>985</sup>. Dans cette situation, le fonds objet du bail réel immobilier de longue durée est considéré comme le fonds dominant au bénéfice duquel est établie une servitude qui grève le fond servant. La situation du fonds sur lequel s'exercent les droits de preneur est bien différente. C'est pourquoi il est constaté que les règles concernant ce type de servitudes ont une rédaction sommaire (a), et qu'elles laissent place à une liberté conventionnelle (b).

### **a- Des règles sommaires**

**363.** L'emphytéote peut acquérir au profit du fonds des servitudes actives en application des termes de l'article L. 451-9 du code rural et de la pêche maritime. Le dispositif législatif consacré

---

<sup>983</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Construction - Servitudes et baux conférant un droit réel, Const. – Urb n° 11, nov. 2015, étude 15.

<sup>984</sup> GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry, Lexique des termes juridiques 2017-2018, 25<sup>ème</sup> éd., Dalloz, p. 1046.

<sup>985</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et SYLVIE CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 316, p. 360.

au bail à construction ne fait pas explicitement référence à la possibilité pour le preneur de constituer des servitudes actives mais la doctrine admet cette possibilité dans la mesure où « le propriétaire bénéficiera en fin de bail d'une servitude qui ne lui aura rien coûté »<sup>986</sup>. Les articles du code de la construction et de l'habitation consacrés au bail à réhabilitation n'évoquent pas plus ce type de servitude que les servitudes passives. L'article L. 254-2 relatif au bail réel immobilier précise uniquement, de la même façon que le bail emphytéotique que le preneur peut acquérir des servitudes actives, et l'article L. 255-7 reprend la même formule concernant le bail réel solidaire. Il est constaté que contrairement aux servitudes passives, les servitudes actives ne font l'objet d'aucune précision particulière. La possibilité du preneur de constituer n'est pas ou que brièvement énoncés dans ces textes.

**364.** Cet état de fait peut être expliqué par la portée d'une servitude active. Celle-ci a pour objet le profit du fonds dominant, en l'occurrence le fonds objet du bail réel immobilier. Elle constitue un avantage, un agrément ou plus encore peut être d'une utilité essentielle pour le fonds dominant. Le propriétaire du fonds dominant voit ses prérogatives accrues par rapport à celles que lui confère son seul droit réel. Qu'il s'agisse d'une servitude de prospect, d'une servitude de passage, d'une servitude de vue, d'une servitude d'appui ou de surplomb, elle valorise le fonds dominant en lui procurant des avantages qui en accroissent la jouissance et l'exploitation<sup>987</sup>. L'enjeu est tout à fait différent. La constitution d'une servitude passive engendre une dévalorisation du fonds et par conséquent nuit aux intérêts du bailleur propriétaire, alors qu'une servitude active au contraire sert ses intérêts puisqu'elle constitue un avantage. Il apparaît alors logique que le législateur n'est pas donné de plus ample précision sur les éventuelles conditions de constitution des servitudes actives par le preneur. Le bailleur, ou plutôt le fonds dont il retrouve la propriété pleine et entière au terme du bail, ne court pas de risque de dépréciation. Si cette possibilité n'est pas visée par les textes réglementant le bail à construction, il s'agit en réalité de la consécration d'une clause qui est couramment intégrée dans les baux réels immobiliers de longue durée<sup>988</sup>. D'une façon générale, il revient aux parties de prévoir conventionnellement les possibilités pour le preneur d'acquérir au profit du fonds des servitudes actives<sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Bail d'habitation – règles particulières à certains baux – bail à construction – Jcl. Ed Not., BAIL A LOYER Fasc. 640.

<sup>987</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 316, p. 360 et 361 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 870, p. 776 et 777.

<sup>988</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>989</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Construction - Servitudes et baux conférant un droit réel, Const. – Urb n° 11, nov. 2015, étude 15.



## **b- Une liberté conventionnelle**

**365.** Les dispositions légales relatives aux servitudes actives qui peuvent être constituées par le preneur étant absentes ou peu élaborées, il apparaît tout à fait nécessaire de préciser au minimum que le preneur peut les acquérir au profit du fonds<sup>990</sup>. Néanmoins, il est constaté que la rédaction de certains baux réels immobiliers de longue durée n'intègre aucune clause relative à la constitution de servitude, et que d'autres font expressément référence aux servitudes passives telles qu'elles sont prévues par l'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation et ajoutent assez maladroitement que « toutes autres servitudes ne pourront être conférées qu'avec le consentement du bailleur »<sup>991</sup>. D'autres exemples de rédaction prévoient l'accord systématique du bailleur sauf pour certaines servitudes actives expressément énoncées telles que « les mitoyennetés, et servitudes de passage nécessaires à la réalisation des constructions prévues... ». Le plus souvent, est ajoutée une clause par laquelle « le bailleur donne tous pouvoirs au preneur à l'effet d'acquérir les servitudes ainsi listées »<sup>992</sup>. Cependant, il ne paraît pas opportun de lister dans l'acte les servitudes actives que le preneur a la possibilité d'acquérir lors de la construction, de la réhabilitation ou exploitation du fonds. En effet, aucune liste, à moins qu'il soit précisé qu'elle est non exhaustive mais en l'occurrence cela n'a pas de sens, ne peut envisager toutes les situations qui rendent nécessaire la création d'une servitude active. Pour exemple, les servitudes d'accrochage, d'appui ou de surplomb ne sont pas nommées alors qu'elles constituent des impératifs des constructions urbaines. Ces manquements engendrent alors obligatoirement une demande d'autorisation du preneur envers le bailleur qui doit se formaliser en la rédaction d'un acte de constitution d'une servitude. D'une part, ce système manque de souplesse et de réactivité, ce dont le preneur ne peut se passer dans le cadre de la réalisation d'une opération immobilière.

---

<sup>990</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Construction - Servitudes et baux conférant un droit réel, Const. – Urb n° 11, nov. 2015, étude 15 ; LE MAITRE Anne et PERNES Florian et NERRIERE Rémy, Construction - bail emphytéotique urbain, Constr. – Urb. n° 9, sept. 2018, form. 8 ; ZALEWSKI-SICARD Vivien, Contrat de bail réel immobilier. , Const - Urb n° 9, sept. 2014, form. 7 ; ex : Bail à construction du 23 fév. 2012 entre La commune de Cussac sur Loire (Haute Loire) et l'OPH de la Haute Loire et Bail à réhabilitation du 14 nov. 2014 entre la Commune de Malrevers (Haute Loire) et l'OPH de la Haute Loire.

<sup>991</sup> Bail à construction du 17 avril 1998 entre La commune de CUSSAC sur Loire et l'OPH de la Haute Loire ; Bail à construction du 27 mars 2001 entre la commune des Estables et l'OPAC 43.

<sup>992</sup> HUGOT Jean et LE MARCHAND Claudine, Construction - Bail à réhabilitation., Constr. – Urb. n° 10, oct. 2015, form. 9 ; ROUSSEL Frédéric, Bail réel solidaire, JCP N I n° 27, 7 juil. 2017, 1219 ; Bail à construction du 30 sept. 2005 entre La commune de RAUCOULES (Haute Loire) et l'OPH de la Haute Loire ; Bail à construction du 24 avril 1998 entre la commune de Rosières (haute Loire) et l'OPH de la Haute Loire ; Bail emphytéotique du 10 mars 2017 entre la Commune de Vorey sur Arzon et l'OPH de la Haute Loire : « Le Bailleur donne tous pouvoirs au Preneur à l'effet d'acquérir les servitudes, mitoyennetés, droits de vues et droits de passages qui seraient nécessaires à la réalisation des travaux prévus au présent bail sous réserve d'en aviser le Bailleur. Ces pouvoirs sont conférés au Preneur dans l'intérêt commun du Bailleur et du Preneur et en contrepartie des engagements contractés par le Preneur envers le Bailleur. En conséquence, ces pouvoirs sont stipulés irrévocables. Ils expireront à la date de délivrance du certificat de conformité des constructions prévues au présent bail. »

D'autre part, il n'a pas réellement d'intérêt car la servitude active est constituée au bénéfice du fonds et donc de l'immeuble projeté dont le bailleur profite au terme du contrat. Il semble alors qu'une simple formulation précisant que « le preneur peut acquérir des servitudes actives au profit du fonds » soit préférable à de plus amples développements qui constituent, en définitive, autant de contraintes pour le preneur.

## **B- La constitution d'hypothèque**

**273.** L'hypothèque se définit comme une sûreté immobilière, sans dépossession du constituant, en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire dispose de la faculté, en cas de défaillance de son débiteur, soit de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve, pour être payé en priorité sur le prix, soit de devenir propriétaire de l'immeuble<sup>993</sup>. Cette sûreté réelle emprunte son caractère immobilier, non pas à la créance garantie, mais à son assiette, qui est normalement immobilière. Aussi, la capacité juridique requise du constituant est celle nécessaire à la disposition d'un bien immobilier ou d'un droit réel immobilier telle que l'usufruit, le droit de superficie ou encore l'emphytéose<sup>994</sup>. La constitution d'hypothèque est d'un grand intérêt pour l'immobilier et la construction car elle permet de garantir efficacement leur financement et de développer le crédit bancaire à moyen et long termes. Cette garantie constitue une pratique courante dans le monde de l'immobilier et de la construction<sup>995</sup>. Néanmoins, il peut être noté que les bailleurs sociaux n'ont pas systématiquement recours à l'hypothèque pour garantir les prêts conclus dans le cadre de la réalisation de logements sociaux. Les organismes HLM, notamment ceux qui restent attachés à une collectivité territoriale tel que les OPH (Office Public de l'Habitat qui sont des établissements publics locaux industriels et commerciaux) ou les SEM (Société d'économie mixte), demandent à assez régulièrement la garantie de leur prêt par leurs collectivités territoriales de rattachement. Il en est de même lorsque qu'une opération sociale est réalisée à la demande expresse d'une commune. Il n'est alors pas rare que le bailleur social conditionne son intervention sur le territoire de cette collectivité par l'obtention d'une telle garantie. Cependant, les collectivités territoriales sont de plus en plus réticentes à accepter de tels

---

<sup>993</sup> BREMOND Vincent et BOURASSIN Manuella, *Droit des sûretés*, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 1098, p. 709.

<sup>994</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1991, Bull. civ. III, n° 140 ; 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2009, n° 08-14962, AJDJ de mars 2010 ; JCP G, n° 48, 23 nov. 2009, 492, n° 15 ; RLDC mars 2011 p. 62 ; BREMOND Vincent et BOURASSIN Manuella, *Droit des sûretés*, Sirey, 6<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 1134, p. 737 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les Sûretés*, Collection Droit Civil, LGDJ, Lextenso Ed., 8<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 327 et svts.

<sup>995</sup> CABRILLAC Michel et MOULY Christian, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 775, p. 625 et svts.

engagements. Nul n'ignore que les dotations et subventions étatiques sont en baisse constante alors même que les collectivités locales subissent dans le même temps d'importantes délégations de compétences. Ces dernières ne souhaitent et ne peuvent plus systématiquement s'engager auprès des bailleurs sociaux dans le cadre des prêts conclus à l'occasion de la réalisation d'opération de logements locatifs sociaux<sup>996</sup>. Les bailleurs sociaux ne peuvent donc que développer un intérêt croissant au recours à l'hypothèque pour garantir leurs engagements financiers<sup>997</sup>.

Dans ce contexte, il est d'autant plus important de faire en premier lieu l'analyse du dispositif constitutif de cette sûreté réelle (1), pour ensuite en examiner les conditions de vie et d'extinction (2).

## **1- Le dispositif constitutif**

**274.** L'étude du dispositif constitutif de l'hypothèque pour le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée s'articule sur deux points essentiels, le premier étant relatif au droit d'hypothéquer (a), et le second permettant de définir précisément l'assiette de l'hypothèque (b).

### **a- La libre affectation hypothécaire**

**275.** Au préalable, il faut souligner qu'en la matière ce sont les termes de l'article 2531 du code civil qui énoncent que, parmi une très courte liste de droits réels immobiliers. L'emphytéose est susceptible d'hypothèque pendant le temps de sa durée. Certains auteurs justifient l'octroi de cette prérogative en faveur preneur du bail emphytéotique en arguant que ce contrat lui assure une grande stabilité<sup>998</sup>. Cette possibilité pour l'emphytéote d'hypothéquer librement son droit pour garantir quelque obligation que ce soit est répétée à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime. La jurisprudence de la Cour de cassation l'a clairement affirmé en déclarant dans un attendu de principe que « le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit

---

<sup>996</sup> D'ALOIA Isabelle, Logement social : pas de changement prévu du système de garantie d'emprunt, Le Moniteur, le 30/11/2018.

<sup>997</sup> Q. E. n° 06869, rép. à Patrick Chaize, J.O. Sénat du 15 nov. 2018 ; Q. E. n° 55145 de M. Christophe Bouillon, Ass. Nat. JO du 16 sept. 2014.

<sup>998</sup> DELEBECQUE Philippe et SIMLER Philippe, Hypoth. Convent.. Objet, Droits susceptibles d'hypoth., Bail emphyt., RDI 1991. 368.

réel susceptible d'hypothèque ». Elle rappelle que cette solution suppose qu'il s'agisse d'un réel bail emphytéotique. Si le bail conclu par les parties contient des clauses qui altèrent l'essence de ce contrat, tel qu'une clause qui « précarise » la condition du preneur, alors le bail ne mérite plus la qualification d'emphytéotique et les droits qu'il accorde ne sont plus susceptibles d'hypothèque. En l'espèce, les bailleurs se sont réservés une faculté de résiliation du contrat pour leur permettre de vendre ou de démolir l'immeuble, or le droit de jouissance du preneur est donc, comme le souligne la haute juridiction, « précaire » et, ainsi, « incompatible avec la constitution d'une hypothèque »<sup>999</sup>.

**276.** Le bail à construction, de même que l'emphytéote dont il est inspiré, confère au preneur un droit réel immobilier, qui selon les termes de l'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation peut être hypothéqué, « de même que les constructions édifiées sur le terrain loué »<sup>1000</sup>. Cette prérogative est reconnue comme déterminante des caractéristiques du bail à construction. De la même façon que pour le bail emphytéotique, la libre affectation hypothécaire constitue un élément essentiel du contrat dont la faculté d'exercice ne peut être remise en cause ou simplement altérée<sup>1001</sup>.

**277.** Le bail à réhabilitation offre une possibilité similaire à l'article L. 252-2 du code précité. La circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation dispose également que le preneur est habilité à hypothéquer le droit réel qu'il détient sur l'immeuble<sup>1002</sup>. Messieurs Boule et Guibert notent que pour le créancier hypothécaire, la garantie qu'il obtient au travers du recours au bail à réhabilitation devient autrement plus efficace qu'une hypothèque prise à la garantie de sa créance sur un immeuble vétuste et dégradé. L'hypothèque se mesure et s'analyse selon le contexte juridique dans lequel le débiteur détient l'immeuble donné en garantie, le contrôle exercé par le créancier sur son débiteur, mais également de par la nature et la qualité de la chose remise en gage<sup>1003</sup>.

---

<sup>999</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1991, n° 89- 20.008 P, Société Euro-publi c/ SCI du 9 bd des Italiens, J. D. 1991. Somm. 304, obs. Robert K ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101 ; D. 1998. Somm. 346, obs. Robert ; RDI 1998. 697, obs. Derruppé, RD rur. 1998. 377 et 618.

<sup>1000</sup> TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique et bail à construction : leurs différences sont-elles encore justifiées ?, RDI 2010. 513.

<sup>1001</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, n° 372, p. 180 et 181.

<sup>1002</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1003</sup> BOULE Eric et GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », éd. MASSON, 1995, p. 78 et 79.

**278.** L'article L. 254-3 du code précité relatif au bail réel immobilier précise également que le droit réel issu du bail réel immobilier ainsi que les constructions édifiées ou réhabilitées sur le terrain donné à bail peuvent être hypothéqués.

**279.** Enfin, le dispositif du bail réel solidaire aborde cette question différemment mais réitère le même principe puisque l'article L. 255-9 du même code indique uniquement que « les parties peuvent librement convenir de la date d'échéance des sûretés qu'elles constituent ».

La libre affectation hypothécaire constitue un principe commun à l'ensemble de ces baux réels immobiliers de longue durée ce qui paraît tout à fait logique au vu des objectifs poursuivis par chacun d'entre eux.

## **b- L'assiette de l'hypothèque**

**280.** L'étude de l'hypothèque dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée soulève une question relative à son assiette. Si tous les auteurs se sont accordés pour reconnaître à l'emphytéote le droit de constituer des hypothèques, un débat a néanmoins surgit sur le point de déterminer la chose même qui forme l'objet de l'hypothèque. Certains auteurs ont considéré que seul le fonds emphytéotique est hypothéqué, alors que d'autres ont admis, au contraire, que seul le droit réel octroyé à l'emphytéote peut l'être. La première analyse s'est appuyée sur les principes, les textes et la ressemblance de l'emphytéose et du contrat de superficie. Les partisans de cette thèse soutiennent que l'emphytéose constitue un véritable droit de propriété et que l'hypothèque, comme la servitude, doivent grever le fonds lui-même. La deuxième analyse réfute la première et soutient que l'hypothèque ne peut affecter que le droit réel d'emphytéose, ce qui justifie que l'hypothèque en question s'évanouisse au terme du bail emphytéotique<sup>1004</sup>.

**281.** La rédaction de l'article L. 451-1 du code rural n'apporte pas de réponse claire à cette question puisqu'il se contente de se référer à « un droit réel susceptible d'hypothèque ». En outre, il faut préciser que le code civil subordonne la validité de la constitution d'hypothèque conventionnelle au respect du principe de spécialité qui s'applique aux créances garanties et à l'assiette de l'hypothèque. Selon ce principe de spécialité, la nature et la situation du bien grevé doivent figurer dans l'acte constitutif de l'hypothèque. Le code civil prohibe en principe

---

<sup>1004</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 63 et 64.

l'hypothèque des biens à venir sur lesquels le constituant n'a encore aucun droit<sup>1005</sup>. Toutefois, les hypothèques complémentaires de biens à venir font exception à cette prohibition. Elles sont admissibles en cas d'insuffisance des biens présents et libres, et en cas de perte et de détérioration fortuite des biens hypothéqués. L'hypothèque d'un bâtiment à construire est également possible<sup>1006</sup>. Un locataire qui édifie des constructions devant demeurer sa propriété peut les hypothéquer alors même qu'elles ne sont qu'en projet ou qu'elles ne lui sont pas encore acquises<sup>1007</sup>. L'hypothèque s'étend aux améliorations se rapportant à l'immeuble hypothéqué<sup>1008</sup>. Le bail à réhabilitation confère au preneur un droit réel immobilier qui peut être hypothéqué et cette hypothèque grève les améliorations apportées par le preneur à l'immeuble objet du dit bail<sup>1009</sup>. A ce même titre, le preneur emphytéotique ou d'un bail à construction, bénéficie d'un droit immobilier susceptible d'hypothèque et celle-ci s'étend de plein droit aux constructions réalisées dont il est propriétaire temporaire<sup>1010</sup>. L'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation dispose donc que le droit réel immobilier conféré au preneur du bail à construction peut être hypothéqué, « de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ». L'article L. 254-3 alinéa 4 du même code reprend la même formule concernant le bail réel immobilier<sup>1011</sup>, et l'article L. 255-9 relatif au bail réel solidaire précisent que « les droits réels issus du bail réel solidaire ainsi que les constructions édifiées, rénovées ou réhabilitées sur le terrain ou l'immeuble bâti donné à bail peuvent être saisis dans les formes prescrites pour la saisie immobilière », avant d'indiquer que « les parties peuvent librement convenir de la date d'échéance des sûretés qu'elles constituent. ».

**282.** Il apparaît que l'ensemble des baux réels immobiliers confèrent au preneur le droit de constituer librement une hypothèque qui porte sur le droit réel immobilier ainsi octroyé. Ce droit est double car il est constitué d'un droit réel immobilier sur le fonds, démembrement du droit de propriété, et d'un droit de superficie défini comme étant un droit de propriété temporaire sur les

---

<sup>1005</sup> Art. 2419 c. civ.

<sup>1006</sup> Art. 2420 c. civ.

<sup>1007</sup> DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, JurisClasseur civ.c. art. 2418 à 2420, Fasc. unique : Hypoth.conv., Spéc. de l'hypoth. quant à l'assiette, Extens. de l'hypoth. quant aux améliorations., Hypoth. des biens à venir.

<sup>1008</sup> Art. 2397 al. 2 c. civ.

<sup>1009</sup> HUGOT J., Un nouveau-né : le bail à réhabilitation : JCP N 1990, doct. p. 217 ; BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation : RD imm. 1991, p. 19 ; BOULE Eric et GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. Masson, 1995, p. 77.

<sup>1010</sup> DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, JurisClasseur civ.c. art. 2418 à 2420, Fasc. unique : Hypoth.conv., Spéc. de l'hypoth. quant à l'assiette, Extens. de l'hypoth. quant aux améliorations, Hypoth. des biens à venir.

<sup>1011</sup> POUmarede Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

améliorations et construction réalisées par le preneur<sup>1012</sup>. Les formules incluses dans les dispositifs des baux à construction, réel immobilier et réel solidaire confirment cette analyse.

## **2- Vie et extinction de l'hypothèque**

**283.** Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée a la possibilité de constituer librement une hypothèque sur son droit réel immobilier et les constructions ou améliorations dont il devient temporairement propriétaire. Si cette opportunité représente un avantage certain pour le financement de son opération immobilière, celui-ci doit néanmoins faire l'analyse préalable des conditions d'organisation (a) et d'extinction (b) de cette sûreté et ce afin de prendre toute la mesure de cet engagement.

### **a- L'organisation de l'hypothèque**

**283.** L'hypothèque n'est opposable aux tiers que si elle est publiée, et cette publicité s'accomplit qu'au moyen d'une inscription auprès du service de la publicité foncière<sup>1013</sup>. Aussi, il doit être précisé que l'inscription de l'hypothèque consentie par le preneur du bail réel immobilier de longue durée suppose que ce bail soit préalablement publié. Selon l'article 3 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière « aucun acte ou décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant n'a pas été antérieurement publié. »<sup>1014</sup>. De plus, la constitution d'une hypothèque étant un acte grave, l'article 2416 du code civil impose l'obligation de faire appel à un notaire afin qu'elle soit passée en la forme authentique. Le notaire engage alors sa responsabilité. En tant que rédacteur du contrat, il se doit de vérifier si le débiteur a réellement les droits sur l'immeuble qu'il entend hypothéquer. S'il ne respecte pas son obligation, sa responsabilité délictuelle peut être engagée<sup>1015</sup>. En pratique, il est constaté que l'acte constituant le bail réel immobilier de longue

---

<sup>1012</sup> Cass. com., 24 juin 1997 ; SCI Agnel-Teissonnière c/ Directeur des services fiscaux du Gard [arrêt n° 1695 P] : « ...dans le bail à construction le preneur bénéficie sur le terrain d'un droit réel immobilier et sur les constructions d'un droit de propriété temporaire et le bailleur, propriétaire du sol, devient, sauf convention contraire, propriétaire des constructions en fin de bail... ».

<sup>1013</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les sûretés, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 670 et svt, p. 337.

<sup>1014</sup> Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF du 7 janv. 1955.

<sup>1015</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 avr. 1971, D. 1971. 565, note Ghestin ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 3 oct. 1973, Bull. civ. I, n° 263 ; R. 1973-1974, p. 38 ; D. 1974. 737 note Aubert.

durée et l'acte constituant l'hypothèque sont finalisés dans le même temps, l'un à la suite de l'autre, par le notaire en charge de leur rédaction.

**284.** Par ailleurs, la durée de vie de l'hypothèque prise sur des droits promis à s'éteindre à terme tels que le sont les droits réels octroyés dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée, est au plus égale à celle du droit lui-même. En principe, l'hypothèque s'éteint au plus tard en même temps que celui-ci. Toutefois, elle peut également être constituée pour une durée moindre. Par exemple, une emphytéose peut prendre fin dans cinquante ans et le droit hypothécaire peut, soit être consenti pour cette même période, ou seulement se limiter à trente ans, vingt ans ou dix ans. A noter, en sus, que contrairement au système antérieur et en application de l'article 2434 alinéa 2 du code civil, l'inscription peut être requise pour une durée atteignant cinquante ans sans que le délai supplémentaire de un an ne puisse y être ajouté. Cette question est importante car la valeur vénale marchande d'un droit de propriété temporaire est étroitement liée à la durée de possession qui est conférée au titulaire. Il s'agit alors de convenir avec le créancier d'une certaine adéquation entre la durée du bail et celle de l'hypothèque. Pour assurer la sécurité financière d'un tel montage et rassurer les établissements financiers, certains auteurs jugent prudent pour le preneur d'obtenir du propriétaire bailleur un engagement aux termes duquel celui-ci s'interdit, pendant la durée du bail réel immobilier de longue durée, de conférer à l'un ou l'autre de ses créanciers une hypothèque sur l'immeuble, sans accord préalable du ou des créanciers du preneur. Cet engagement se doit d'être publié auprès du service de la publicité foncière compétent pour en assurer son opposabilité aux tiers<sup>1016</sup>.

## **b- L'extinction de l'hypothèque**

**285.** Il a déjà été énoncé que l'hypothèque s'éteint en même temps que l'obligation principale garantie. Cette règle qui est la conséquence naturelle du caractère accessoire attaché à la sûreté, est reprise dans tous les dispositifs relatifs aux baux réels immobiliers de longue durée. La Cour de cassation rappelle ainsi que l'hypothèque inscrite sur un bail emphytéotique disparaît à l'expiration de ce bail. Il s'agit d'une hypothèse d'extinction par perte de l'objet. En l'espèce, l'hypothèque prise sur le premier bail a pris fin en même temps que celui-ci. La sûreté, éteinte, ne peut pas être reportée sur le second bail qui, bien que portant sur le même objet et conclu entre les

---

<sup>1016</sup> BOULE Eric et GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. Masson, 1995, p. 80 et 81.



mêmes parties, n'en constitue pas moins un droit réel différent<sup>1017</sup>. La résiliation d'un bail réel immobilier de longue durée entraîne l'extinction automatique et immédiate des droits réels nés du chef du preneur. Le créancier hypothécaire ne bénéficie alors, en cette seule qualité, d'aucun droit sur l'éventuelle indemnité qui peut être allouée au preneur en cas de cessation anticipée du bail pour cause de survenance d'un cas de force majeure ou de résiliation conventionnelle ou judiciaire du bail.

**285.** Si le dispositif du bail à construction prévoit également l'extinction de l'hypothèque à l'expiration du bail, il est néanmoins précisé par les textes que si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques ne cessent qu'à la date primitivement prévue pour l'expiration de celui-ci, afin que soit sauvegardés les intérêts des créanciers. Par cette restriction, le troisième alinéa de l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation organise la protection des créanciers du preneur bénéficiaires d'une hypothèque inscrite sur le droit de leur débiteur dans le cas où, à leur insu, un fait ou une abstention de débiteur risque d'entraîner l'anéantissement de leur gage. Tous les créanciers hypothécaires inscrits sont susceptibles d'en bénéficier, qu'il s'agisse d'une inscription d'hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire. Cette disposition a pour conséquence de rendre inopposable aux créanciers hypothécaires l'extinction anticipée du bail résultant de sa résiliation et permet de maintenir l'efficacité de leur sûreté. A ce propos, la haute juridiction a précisé que ces dispositions ne jouent pas en cas de résolution de la cession des droits du preneur<sup>1018</sup>. En l'espèce, la cession d'un bail à construction a fait l'objet, pour défaut de paiement du prix de cession, d'une résolution judiciaire, à rencontre de laquelle le créancier hypothécaire a formé une opposition qui a été rejetée. Sur pourvoi en cassation, le créancier hypothécaire a fait valoir les dispositions de l'article précité. Cependant, le pourvoi a été rejeté au motif que ces dispositions ne visent que la résiliation du bail et ne concernent pas une opération de cession totale ou partielle de bail à construction, qui se réalise entre cédant et cessionnaire indépendamment du bailleur. M. Sizaire confirme que cette solution « n'est guère discutable », car le principe du deuxième alinéa de l'article visé tient compte de la nature temporaire du bail à construction. Le risque pris par le prêteur à l'occasion de la cession du bail à construction est un risque normal, autre que celui envisagé par l'article L. 251-6, dont il doit tenir compte. Au prêteur de prendre la mesure du risque qu'il encourt au travers de l'application du dispositif particulier de ce type de bail.

---

<sup>1017</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2009, n° 08-14.962 ; D. 2009. 684 ; RJDA 2010. 174 ; AJDI 2010. 236, obs. Prigent.

<sup>1018</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2000, Bull. civ. III, n° 129 ; RDI 2001. 40 obs. Saint Alary Houin ; Constr.-Urb. 2000, n° 242, obs. Sizaire.

**286.** Par ailleurs, le second alinéa de l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation apporte une autre nuance relative à l'accession sociale à la propriété. Il est précisé que dans ce cas de figure l'hypothèque ne s'éteint pas à l'expiration du bail mais conserve ses effets jusqu'à leur date d'extinction, sur l'immeuble qui est alors devenu propriété de l'accédant. Les effets de l'hypothèque s'étendent de plein droit au terrain et peuvent garantir les prêts consentis pour l'acquisition du terrain. La loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale est venue compléter l'article précité afin de favoriser la réalisation des opérations d'accession sociale sur un terrain financé au moyen d'un « Pass-Foncier » avec des fonds provenant de la participation des employeurs à l'effort de construction<sup>1019</sup>. Le « Pass-Foncier » est un dispositif d'aide à l'acquisition différée du foncier financé par le 1 % Logement seul et destiné à favoriser l'accession à la propriété dans le neuf de la première résidence principale<sup>1020</sup>. Le dispositif consiste à limiter au départ le montant de l'opération au seul coût de la construction en neutralisant le prix du terrain pendant toute la durée de remboursement des prêts affectés à la construction, le foncier étant pris en charge par une personne morale, bailleur social le plus souvent.

**287.** L'opération d'accession se réalise en deux temps. La structure porteuse achète le terrain, le met à disposition de l'accédant dans le cadre d'un bail à construction et s'engage par ailleurs à le lui revendre au prix d'origine indexé. Au cours de la première phase, l'accédant à la propriété finance le coût de la construction de sa maison et dans un second temps il achète le terrain appartenant à la structure porteuse, qui assure le portage foncier. La durée minimale du bail à construction est fixée par référence à la période d'amortissement du prêt le plus long souscrit pour le financement de la construction par le ménage bénéficiaire, dans la limite de 25 ans et sans pouvoir être inférieure à 18 ans. Toutefois, l'accédant a la faculté d'acheter le terrain à toute date, à sa convenance, avant l'expiration du bail à construction. Les hypothèques déjà inscrites avant la levée d'option, pour la réalisation de la construction, s'étendent alors de plein droit, quand le ménage lève l'option, au terrain et garantissent les prêts consentis pour son acquisition. Enfin, si la

---

<sup>1019</sup> Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF n° 55 du 6 mars 2007.

<sup>1020</sup> Action logement (auparavant "1% logement" ou "1% patronal") est un dispositif d'aide au logement pour les salariés. Il est financé une participation des entreprises, appelé aussi Participation des employeurs à l'effort de construction (PEEC), versée avant le 31 décembre de chaque année. Cette participation concerne les entreprises de 20 salariés et plus, appartenant au secteur privé non agricole. Elle représente 0,45% de la masse salariale de l'année précédente. Tous les salariés des entreprises du secteur privé non agricole de 10 salariés et plus peuvent bénéficier du 1% logement, ainsi que les individus de moins de 30 ans en recherche d'emploi, y compris les étudiants salariés et les étudiants boursiers. En somme, le panel des bénéficiaires potentiels est large alors que l'offre reste peu connue.

distribution des Pass foncier a cessé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011<sup>1021</sup>, les modalités relatives à l'hypothèque restent applicables et conservent malgré tout leur intérêt dans le cadre d'une accession sociale la propriété qui peut alors être financée en ayant recours à un PTZ+<sup>1022</sup>.

## §2- Les manifestations du droit de propriété

**288.** La possibilité pour le preneur d'un bail de longue durée d'engager les droits réels immobiliers dont il bénéficie dans le cadre de contrats constitue la manifestation la plus concrète de son pouvoir direct<sup>1023</sup>. Celle-ci constitue la démonstration des droits les plus complets et les plus absolus dont il peut faire usage au travers du contrat. Le preneur cède à la fois le droit réel dont il jouit sur le fonds et son droit de propriété sur les constructions ou réhabilitations qu'il a réalisé<sup>1024</sup>. Toutefois, cette cession de droits réels immobiliers est réalisée dans un cadre de plus en plus contraint au fil de la création des différents baux (A). Le preneur a la possibilité de devenir à son tour bailleur en conférant un droit personnel à un locataire. Ce droit de louer les biens construits, réhabilités et entretenus est une grande importance pour le preneur, notamment bailleur social, car elle lui permet d'assurer la rentabilité financière de son opération immobilière (B).

### A- La cession des droits réels

**289.** Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée est non seulement propriétaire de son droit, mais également de la chose objet de son droit. Il peut tout à la fois céder son droit au bail et céder son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées ou réhabilitées<sup>1025</sup>. La cession ne porte pas sur le fonds objet du bail, dont la propriété est conservée par le bailleur, mais sur le droit réel immobilier octroyé au preneur et sur son droit de propriété temporaire sur la construction ou réhabilitation qu'il a lui-même réalisé ou fait réaliser<sup>1026</sup>. Il est constaté dans ce contexte que le

---

<sup>1021</sup> Circ. n° 10-124 du 5 nov. 2010 relative à la fin des dispositifs Pass foncier et PTZ.

<sup>1022</sup> Le « PTZ + » (refonte de l'ancien prêt à taux zéro) est un prêt sans intérêts aidé par l'État. Il est accordé sous certaines conditions : ressources, coût de l'opération..., aux personnes qui souhaitent devenir propriétaires de leur résidence principale pour la première fois.

<sup>1023</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 81, p. 91.

<sup>1024</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 24, p. 40.

<sup>1025</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP Adm. Collec.Ter. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247.

<sup>1026</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, n° 342, p. 169.

cadre de la cession des droits réels a évolué au fil de la création de nouveaux contrats de ce type pour passer d'une cessibilité libre (1) à une cessibilité conditionnée (2). Il apparaît essentiel de faire l'étude des modifications qui ont affecté cette notion afin de prendre la mesure la plus complète des prérogatives du preneur en la matière.

## **1- Une cessibilité libre**

**290.** La notion de libre cessibilité s'impose au bail emphytéotique, bail à construction et bail à réhabilitation. Néanmoins, les textes et la perception des enjeux propres de chacun de ces baux ont favorisé un changement dans la perception de cette notion qui a évolué d'un véritable droit de libre cession (a) à un droit aménagé afin de prendre en compte les intérêts du bailleur et l'affectation sociale du contrat (b).

### **a- Le droit de libre cession**

**291.** L'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime dispose simplement que le bail emphytéotique de bien immeuble confère au preneur un droit réel qui peut être cédé. La jurisprudence, qui est constante sur cette question, énonce que le droit de libre cession constitue un caractère essentiel du bail emphytéotique<sup>1027</sup>. Les juges sont allés plus loin dans la protection de cette libre cession en précisant que le bail comportant une clause limitant la cession<sup>1028</sup> ou contenant une clause qui prévoit l'accord du bailleur ne saurait constituer un bail emphytéotique<sup>1029</sup>. La Cour de cassation donne à ce principe, non plus uniquement un caractère de généralité, mais une portée absolue car l'interdiction de la cession ou sa subordination systématique à l'autorisation préalable du bailleur empêche de reconnaître à un contrat la

---

<sup>1027</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 308, p. 237 ; COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 396, p. 361 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 nov. 1972, RTD civ. 1973. 365, obs. Cornu ; 10 avr. 1991, D. 1991. Somm. 304, obs. Robert ; D. 1992. Jur. 375, note Le Masson ; 2 juin 1993, Rev. huiss. 1993. 928 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 avr. 1991, Bull. civ. III, n° 114 ; D. 1992. 375, note Le Masson ; D. 1991. Somm. 304, obs. Robert.

<sup>1028</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 avr. 2004, Bull. civ. III, n° 72 ; D. 2004. IR 1283 ; JCP 2004. IV. 2180 ; Gaz. Pal. 15-16 sept. 2004. 17 ; Rev. Loyers 2004. 503, note Peignot, Dr. et Patr. Juillet-août 2004. 96, note Barbiéri ; RD rur. 2004. 1456, note Gelot ; JCP N 2005. 1014.

<sup>1029</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 avr. 2009, n° 08-10. 944 ; JCP N 2009. Actu. 372 ; Gaz. Pal. 14-15 oct. 2009. 11.

qualification emphytéotique<sup>1030</sup>. La plus infime des limitations à la liberté du preneur de céder son droit ne peut être envisagée par les parties<sup>1031</sup>. Les juges font une application à la lettre de l'article L. 451-1 du code précité, ainsi que de l'article L. 451-3, alinéa 2, du même code, qui énonce qu'« à défaut de conventions contraires, le bail emphytéotique est régi par les dispositions qui suivent ». Il peut alors en être déduit que la libre cessibilité, n'étant pas incluse dans la partie supplétive de la réglementation de l'emphytéose, ne peut être éludée par la volonté des parties. En appui de cette jurisprudence, M. Forest retient également un argument technique qu'il estime « plus convaincant » fondé sur la nature de droit réel du droit conféré au preneur<sup>1032</sup>. Il remarque que ce droit réel, faisant naître un rapport direct d'une personne à une chose, est par essence cessible. Dès lors, « le contrat qui constitue un tel droit ne peut, sans dégénérer en simple bail, refuser au preneur une prérogative essentielle de la propriété ». La position de la jurisprudence a d'ailleurs entraîné la modification de la circulaire n° 69-20 du 18 février 1969 relative à la déconcentration des procédures en matière d'HLM qui a initialement prévu l'interdiction pour l'emphytéote de céder et transporter ses droits<sup>1033</sup>.

**292.** Cependant, cette analyse est contestée par certains auteurs. Une partie de la doctrine y voit une « exégèse perverse »<sup>1034</sup>, et d'autres rapprochant l'emphytéose du contrat de louage considèrent qu'il n'est pas illogique que le bailleur puisse se prévaloir, au minima, d'un droit au maintien de l'activité prévue par le contrat lorsque la faculté de cession est effectivement exercée par le preneur. Pour aller plus loin, cette doctrine se questionne sur les conséquences que peut avoir la jurisprudence sur l'équilibre même du contrat d'emphytéose, lorsque d'une part les parties ont la possibilité de prévoir des investissements précis, et que d'autre part la clause du contrat relative aux conditions de cessions empêche de reconnaître la qualification emphytéotique. En outre, elle voit dans cette liberté totale de cession un risque d'altération du fonds alors que l'article L. 451-7 alinéa 1<sup>er</sup> du code rural et de la pêche maritime dispose que « le preneur ne peut opérer dans le fonds aucun changement qui en diminue la valeur ». Enfin, ces auteurs estiment que cette logique n'est pas conciliable avec la réglementation relative au bail à construction et au bail à réhabilitation, qui permet que la cessibilité soit limitée sans pour autant remettre en cause le

---

<sup>1030</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, *Les biens*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 291, p. 333.

<sup>1031</sup> LE MASSON Jean-Marc, *Le droit de libre cession constitue un caractère essentiel du bail emphytéotique*, D. 1992. 375.

<sup>1032</sup> FOREST G., *Bail emphytéotique : la liberté de cession est essentielle*, Dalloz Actualité, 12 mai 2009.

<sup>1033</sup> Circ. n° 69-20 du 18 fév. 1969 du 18 février 1969 relative à la déconcentration des procédures en matière d'HLM, modifié par Circ. n° 80-121 du 8 sept. 1980, Min. Env. et cadre de vie, Mon. TP 27 oct. 1980, sup. « textes officiels » p. 80-43.

<sup>1034</sup> REMY P., obs. sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mars 1983, RTD civ. 1983. 756.

caractère réel du droit du preneur. Ils souhaitent, dans un souci de cohérence, que la Cour de cassation assouplisse sa position à l'égard du bail emphytéotique en lui faisant « profiter » du régime d'application de ces contrats<sup>1035</sup>. Néanmoins, ces critiques n'empêchent pas la troisième chambre civile de maintenir fermement l'exigence de libre cessibilité. La qualification de bail emphytéotique est exclue dès lors qu'une clause interdit la cession ou la limite, et ce quelle que soit l'importance de cette limitation.

## **b- La protection des intérêts du bailleur**

**293.** L'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à construction énonce que le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. De même que pour l'emphytéose, les juges ont également précisé que les dispositions de l'article précité étant d'ordre public, la clause d'agrément figurant dans le bail à construction doit être invalidée en ce qu'elle limite le principe de la libre cessibilité des droits que le preneur détient du bail<sup>1036</sup>. De même que pour le bail emphytéotique, aucune clause ne peut tempérer la liberté de cession des droits conférés par un bail à construction ou conditionner la validité de la cession elle-même<sup>1037</sup>. Ce même article cité précédemment prévoit également que les cessionnaires ou la société sont alors tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier. Il peut être noté à ce titre qu'initialement l'article 3 alinéa 3 de la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation dispose que les cessionnaires sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garant<sup>1038</sup>. L'entrée en vigueur de la loi n° 75-1328 du 31 décembre 1975 dite Galley portant réforme de la politique foncière a limité cette garantie à l'achèvement des constructions<sup>1039</sup>. Précisant, les effets d'une telle cession, les juges rappellent que le transfert, par le preneur, de ses droits dans le bail à construction ne fait pas disparaître le

---

<sup>1035</sup> LE MASSON Jean-Marc, Le droit de libre cession constitue un caractère essentiel du bail emphytéotique, D. 1992. 375.

<sup>1036</sup> DUBOIS – SPAENLE Claire-Marie, Vademecum du bail à construction, Le Mon., n° 5853, 29 janv. 2016, p. 85 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 sept. 2014, n° 13-22.357 ; Bull. civ. III ; Dalloz actualité 16 oct. 2014, obs. Dreveau ; RDI 2014. 640, obs. Poumarède ; RTD civ. 2015.163, obs. Dross.

<sup>1037</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 313, p. 242 ; MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, 120.11, p. 135.

<sup>1038</sup> ORF du 18 déc. 1964.

<sup>1039</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, J75-1328 du 31 déc. 1975 dite Galley portant réforme de la politique foncière, JORF du 3 janv. 1976.

bail initial, qui demeure toujours valable<sup>1040</sup>, et confirment le cessionnaire est tenu vis-à-vis du bailleur des mêmes obligations que le cédant, et ce sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature de ces obligations<sup>1041</sup>. Cette disposition protège les intérêts du bailleur dans la limite de la réalisation de la construction. Néanmoins, M. Tixier relève que le bailleur ne peut se prémunir contre le risque de se trouver face à un nouveau preneur insolvable postérieurement à l'achèvement de l'immeuble<sup>1042</sup>. Enfin, il faut ajouter que dans le cas où le preneur a procédé à une ou plusieurs cessions partielles avant la réalisation de l'intégralité de la construction, chaque cessionnaire se trouve tenu jusqu'à l'achèvement de la construction au titre de la fraction du bail à construction dont il s'est trouvé titré.

**294.** Les dispositions relatives au bail à réhabilitation se font plus directrices<sup>1043</sup>. Dans l'article L. 252-2 du code précité, elles posent le principe de libre cession « nonobstant toute convention contraire »<sup>1044</sup>. Cette qualification légale permet de soutenir que cette prérogative est d'ordre public<sup>1045</sup>. Toute clause d'inaliénabilité du droit du preneur est donc réputée non-écrite. Néanmoins, l'article dispose également que la cession ne peut être consentie qu'à l'un des organismes mentionnés au premier alinéa de l'article L. 252-1, avec l'accord du bailleur. Une collectivité territoriale ne peut pas être cessionnaire du droit du preneur. Il s'agit là d'un manquement du texte qui n'a pas tiré les conséquences de l'amendement étendant le critère organique aux collectivités territoriales. Celles-ci sont très maladroitement dans l'impossibilité de devenir cessionnaire d'un bail à réhabilitation alors qu'elles sont en mesure d'en être le preneur initial. Cette incohérence n'a pas été corrigée, bien au contraire elle est réitérée à l'article 1.3 de la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation<sup>1046</sup>. L'article précité ajoute que le droit ne peut être cédé que s'il porte sur la totalité de l'immeuble loué, le cédant demeurant garant de l'exécution du bail par le cessionnaire. L'hypothèse d'une cession partielle de l'immeuble objet du bail à réhabilitation est contraire à l'esprit de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement<sup>1047</sup>. Enfin, l'alinéa 2 de l'article L.

---

<sup>1040</sup> Cass. Com. 24 oct. 2000 ; Dr. fisc. 2001, n° 410.

<sup>1041</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2006 ; Bull. civ. n° 55 ; Constr.-Urb. 2006, n° 86, obs. Cornille.

<sup>1042</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, n° 356, p. 175.

<sup>1043</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 398, p. 364.

<sup>1044</sup> Amendement n° 39 présenté par M. J. CHERIOUX : J.O. Sénat CR 4 avr. 1990, p. 80 et 81.

<sup>1045</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 63.

<sup>1046</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1047</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

252-2 du même code et la circulaire du 28 janvier 1991 énoncent, en sus, que le cédant demeure garant de l'exécution du bail par le cessionnaire<sup>1048</sup>. Cette obligation, commune au bail à construction mais absente du dispositif du bail emphytéotique, et tend à garantir le bailleur de la bonne exécution des obligations que le preneur initial a contracté envers lui. Il faut alors préciser que la mise en œuvre de cet appel en garantie suppose la dénonciation au preneur initial des fautes contractuelles du cessionnaire et la mise en demeure d'y remédier, sous réserve que le bailleur ait préalablement mis en demeure le cessionnaire de s'exécuter<sup>1049</sup>. Le régime de cession des droits du preneur du bail à réhabilitation s'avère beaucoup plus strict qu'en matière de bail à construction. Il peut en être conclu que ces conditions servent les intérêts du bailleur, en le préservant contre un nouveau preneur dont il ne pourrait garantir les qualités et les compétences. Elles veillent à la restitution d'un immeuble réhabilité et entretenu, et enfin préservent la vocation sociale du bail à réhabilitation.

**295.** Le caractère d'ordre public du droit de cession du preneur du bail à réhabilitation reste, malgré un dispositif plus contraignant, assez proche de celui du preneur du bail à construction, mais s'oppose à celui du droit du preneur du bail emphytéotique pour lequel la loi n'a prévu aucune disposition particulière. Les baux réels immobiliers de longue durée qui ont été créés plus récemment se sont considérablement éloignés du principe de libre cession emphytéotique pour mettre en place une cessibilité conditionnée porteuse de missions économiques et sociales.

## **2- Une cessibilité conditionnée**

**296.** La libre disposition du fonds objet du bail réel immobilier de longue durée, telle qu'elle s'exprime au travers du potentiel de cessibilité des droits du preneur, s'est considérablement réduite de par les conditions imposées par le dispositif du bail réel immobilier (a), pour finalement quasiment disparaître avec le bail réel solidaire qui édicte un protocole de cession maîtrisé par le bailleur (b).

---

<sup>1048</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 293, p. 336.

<sup>1049</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 64 et 65.



## **a- Des conditions imposées**

**297.** L'article L. 254-2 du code de la construction et de l'habitation énonce que le preneur du bail réel immobilier peut céder son propre droit au bail et son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées dans les conditions fixées aux articles L. 254-4 à L. 254-6 du même code. Il est intéressant de noter que c'est la première fois qu'un texte relatif à un bail réel immobilier de longue durée cite et distingue expressément les deux types de droits qui peuvent être cédés par le preneur. Il s'agit de la cession du droit au bail et du droit de propriété temporaire qu'il détient sur les constructions édifiées. Le bail réel immobilier est également le premier des contrats de ce type à présenter des conditions de cessions aussi nombreuses que précises. Celles-ci sont justifiées par la volonté du législateur de conserver le bien objet de ce contrat dans le marché intermédiaire et de favoriser l'accès à la propriété pour les classes moyennes. Outre les conditions de ressources, le législateur a mis en place une procédure précise. L'article L. 254-5 du code de la construction et de l'habitation énonce que pour tout projet de cession des droits réels afférents aux logements, objet du bail réel immobilier, le cédant doit faire à l'acquéreur une offre préalable d'acquisition mentionnant expressément, en caractères apparents, le caractère temporaire du droit réel, sa date d'extinction, et reproduisant en termes apparents les dispositions du présent chapitre. Le cédant est tenu de maintenir son offre préalable pour une durée de trente jours minimum à compter de sa réception par l'éventuel acquéreur. Cette offre préalable ne peut être acceptée par l'acquéreur, par la signature d'une promesse de vente ou d'une vente, avant un délai de dix jours à compter de sa réception. Il est ajouté que ces règles sont prescrites à peine de nullité de la vente. En sus de ces dispositions, l'article R. 254-5 du même code impose les règles de calcul du prix de cession. Pour tenir compte du caractère temporaire de la propriété liée au bail réel immobilier, un plafond de la valeur des droits réels afférents aux seuls logements objets du bail appliquée à chaque cession de ces droits est déterminé en fonction de la durée du bail restant à courir et de la valeur locative du bien dans la limite du plafond maximum de loyer fixé par l'article 2 *terdecies* D de l'annexe III au code général des impôts. L'objectif de ce dispositif, mis en place par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>1050</sup>, et d'éviter aux accédants de supporter la charge foncière, mais également les prix à l'achat et à la revente des droits afférents aux logements. Il permet d'accéder à un coût moindre à un logement à usage de résidence principale grâce à cette méthode de calcul. Celle-ci aménage une régulation du prix de cession tout en prenant compte, dans une certaine mesure, l'évolution des prix du marché. Néanmoins, il doit être

---

<sup>1050</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

noté que ce calcul, prenant en considération la durée du bail, conduit la valeur de cession des droits réels, à l'approche du terme du bail, à se réduire à leur simple valeur locative<sup>1051</sup>.

**298.** Les conditions de cession imposées au preneur du bail réel immobilier rappellent que le but de ce contrat est la production de logements locatifs ou en accession à la propriété, destinés aux catégories intermédiaires précitées<sup>1052</sup>. Cet outil a été instauré pour lutter contre l'augmentation du coût du logement pour ces classes dites « intermédiaires », cette destination est impérative et le preneur ne peut en changer. Pour ce faire, ce contrat impose un maintien dans le parc intermédiaire et un encadrement des prix de revente<sup>1053</sup>. Il s'agit d'une différence fondamentale avec le bail emphytéotique, qui confère à titre essentiel à l'emphytéote la prérogative d'une libre cessibilité<sup>1054</sup>. Il n'est plus question de libre cessibilité mais bien d'une cessibilité conditionnée et encadrée qui, par ailleurs, prend encore plus d'ampleur dans le cadre du bail réel solidaire.

## **b- Un protocole maîtrisé par le bailleur**

**299.** A l'instar du bail réel immobilier, dont il se veut complémentaire, le bail réel solidaire a été créé en vue de favoriser l'accès à la propriété des personnes ou couples dits économiquement modestes. L'article L. 255-1 du code de la construction dispose que ce contrat est consenti à un preneur en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements. Les articles suivants énoncent par la suite un protocole très détaillé, complet sinon complexe relatif à la cession des droits que le preneur peut opérer, à défaut de louer le bien réalisé. Le bail réel solidaire peut être conclu par un organisme de foncier solidaire avec un opérateur, par exemple un bailleur social, qui s'engage à céder les droits réels afférents aux logements, qu'il fait au préalable, éventuellement, construire ou réhabiliter, à des accédants<sup>1055</sup>. Ces derniers deviennent les preneurs au bail réel solidaire. Il est, alors prévu de manière originale et « novatrice »<sup>1056</sup>, que chacun des cessionnaires signe un nouveau bail réel solidaire avec l'organisme de foncier solidaire, étant entendu que les droits réels immobiliers cédés sont, au fur et à mesure des cessions, « automatiquement retirés »

---

<sup>1051</sup> POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546.

<sup>1052</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement (Brilo), le Bulletin de Cheuvreux Notaires, oct. 2015, p. 17.

<sup>1053</sup> LEONETTI Raphaël, Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65.

<sup>1054</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014, AJDI 2014. 509.

<sup>1055</sup> Art. L. 255-3 C.C.H.

<sup>1056</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire.

du bail réel solidaire initialement conclu entre l'organisme de foncier solidaire et l'opérateur, jusqu'à l'extinction du bail réel solidaire initial par extinction de son objet<sup>1057</sup>. Contrairement aux autres types de baux réels immobiliers, qui s'éteignent obligatoirement à la date initialement prévue, le bail réel solidaire initial a vocation à disparaître au profit de plusieurs baux réels solidaires conclus entre l'organisme de foncier solidaire et chaque nouveau preneur-acquéreur. De plus, et outre la mise en place de clauses anti-spéculatives fixant des plafonds de prix de cession et de loyers, le dispositif donne des moyens au bailleur qui lui permettent de maîtriser durablement l'affectation des bâtiments afin de pérenniser l'accès des ménages modestes aux logements.

**300.** Ce contrôle s'exerce deux manières. D'une part, toute cession des droits réels immobiliers est subordonnée à l'agrément du bailleur. Le candidat cessionnaire doit être avalisé par l'organisme de foncier solidaire qui a été préalablement informé par le cédant de son intention de céder les droits réels qu'il tient de son bail réel solidaire<sup>1058</sup>. Cette procédure doit permettre au bailleur, organisme de foncier solidaire, de vérifier en amont « le respect des conditions d'éligibilité de l'acquéreur ou du donataire à la conclusion du bail réel solidaire » mais également le « respect des stipulations les modalités de calcul du prix de vente ou de l'évaluation des droits réels appartenant au vendeur ou au donateur »<sup>1059</sup>. En cas de refus d'agrément lors d'une cession, le cédant peut demander à l'organisme de foncier solidaire de lui proposer un acquéreur répondant aux conditions d'éligibilité. Si l'organisme de foncier solidaire ne peut proposer un acquéreur dans les six mois suivant la demande du cédant, il se porte acquéreur des droits réels afférents au bien du bail réel solidaire. Le preneur est ainsi garanti de pouvoir céder ces droits sur le bail. D'autre part, en application de l'article L. 255-15 du même code, l'organisme de foncier solidaire dispose d'un droit de préemption à son profit, à l'occasion de toute cession ou donation. L'organisme de foncier solidaire doit alors faire connaître sa décision d'exercer son droit de préemption dans un délai de deux mois à compter de la transmission de l'offre préalable de cession ou de donation. Ce délai est prorogé d'un mois en cas de refus de l'agrément. Enfin, un dernier point particulier concernant la cession dans le cadre du bail réel solidaire doit être abordé. Cet élément, qui a largement motivé la création de ce nouvel outil au service de la politique de logement des « ménages modestes », touche la durée du nouveau bail. Celle-ci est, en effet, prorogée lorsque

---

<sup>1057</sup> Art. L. 255-3, al. 3 C.C.H.

<sup>1058</sup> Art. L. 255-3 et art. L. 255-10 C.C.H.

<sup>1059</sup> A ce propos, M. TIXIER Jean-Luc note que « la libre disposition a du plomb dans l'aile », Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 302y1, p. 73.

l'agrément est délivré, afin de permettre à tout nouveau preneur de bénéficier de droits réels immobiliers afférents au logement d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial<sup>1060</sup>.

**301.** Ce mécanisme permet de garantir, dans le temps, la valeur des droits réels immobiliers afférents au logement. La valeur des droits réels se maintient tout au long de l'opération. Il s'agit là, selon le compte-rendu du conseil des ministres du 19 juillet 2016 de « l'innovation juridique du bail réel solidaire » qui doit offrir « aux ménages modestes le moyen de se constituer un patrimoine immobilier, même si la valeur de cession est plafonnée afin de permettre à un nouveau ménage modeste de se porter acquéreur ». Toutefois, M. Wertenschlag remarque, à juste titre, que les effets juridiques du mécanisme général mis en place par ce dispositif, « ressemble plus, à l'exercice par l'opérateur d'un droit de présentation qu'à une véritable cession ». La cession de droits a, en principe, pour effet de placer le cessionnaire dans la situation juridique du cédant, de telle sorte que le cessionnaire poursuit l'exécution du bail à la place du cédant. Cependant, la signature d'un nouveau bail réel solidaire entre l'accédant et l'organisme de foncier solidaire frappe le bail cédé de résiliation. L'auteur suggère alors qu'il eut été plus opportun de faire l'économie soit de la cession intermédiaire, soit de la signature du nouveau bail réel solidaire<sup>1061</sup>.

**302.** Le bail réel solidaire permet de même que l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée, de neutraliser la charge foncière par la dissociation du foncier et du bâti, mais également, et c'est là une innovation, de sécuriser la valeur des droits réels afférents au logement afin de les rendre accessibles, à long terme, aux ménages modestes<sup>1062</sup>. Il est alors possible de remarquer l'évolution de la formule des baux réels immobiliers de longue durée, initiée par l'emphytéose, dans le sens d'une instrumentalisation socio-économique. Les droits réels concédés sont affectés à une finalité strictement déterminée, au point que le preneur ne contrôle plus leur cession, qui ne peut avoir lieu, en ce qui concerne le bail réel solidaire, qu'à l'égard d'un acquéreur agréé par l'organisme foncier solidaire<sup>1063</sup>. De l'emphytéose au bail réel immobilier solidaire, le législateur est passé de la libre cession à un modèle de cession totalement maîtrisée par le bailleur conforme à l'affectation sociale de ces derniers contrats.

---

<sup>1060</sup> Art. L. 255-12 C.C.H.

<sup>1061</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740.

<sup>1062</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; LE ROUZIC Vincent, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 303d3, p. 69.

<sup>1063</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

## **B- De la location**

**303.** Le bail est un contrat, générant un droit personnel, qui permet au bailleur d'offrir au preneur l'usage exclusif et continu d'une chose moyennant le versement d'un loyer<sup>1064</sup>. Dans le cadre de ce contrat, le preneur du bail réel immobilier de longue durée devient à son tour bailleur et octroie au preneur ou locataire, pendant une certaine durée, un droit de jouissance. Comme l'usufruitier, l'emphytéote et les preneurs des autres baux réels dispose en principe de ce droit. Ils ont la possibilité de donner les biens construits ou réhabilités en location afin d'en tirer un fructus qui contribue à l'équilibre économique de l'opération immobilière initiée<sup>1065</sup>. Cependant, si les premières formules juridiques de ce type de baux spéciaux ont autorisé ces locations afin qu'elles constituent une véritable opportunité pour le preneur (1), il s'avère que les dispositifs suivants ont en fait une prescription dictée par des objectifs sociaux-économiques (2).

### **1-Une opportunité**

**304.** Les premiers baux réels immobiliers, c'est-à-dire l'emphytéose et le bail à construction, autorisent la location du bien par le preneur. Néanmoins, il est constaté une différence de traitement entre ces deux contrats car si pour le premier la jurisprudence respecte, en la matière, une véritable liberté (a), elle reconnaît pour le second la possibilité d'y imposer des restrictions (b).

#### **a- Une liberté respectée**

**305.** Le droit d'emphytéose confère des prérogatives très étendues au preneur. La doctrine et la jurisprudence lui reconnaît la possibilité de louer librement tout ou partie du bien alors même que cette opportunité n'est pas évoquée par les articles du code rural et de la pêche maritime<sup>1066</sup>. La jurisprudence a reconnu à l'emphytéote à plusieurs reprises le droit de « sous-louer » le fonds objet du bail, et ce quelque soit l'activité exercée dans ces locaux. Les juges ont reconnu que le

---

<sup>1064</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 353, p. 325.

<sup>1065</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 343, p. 264.

<sup>1066</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 934, p. 833.

bail emphytéotique confère des droits très étendus dans la jouissance et l'usage du bien et qu'à ce titre la liberté de louer doit être impérativement respectée, faute de quoi le bail emphytéotique est disqualifié en bail ordinaire<sup>1067</sup>. Il en est décidé ainsi lorsque le changement du type de commerce exercé est subordonné à l'accord préalable du bailleur<sup>1068</sup>, si la possibilité d'exercer un autre commerce que celui initialement énoncé n'est pas générale<sup>1069</sup> ou encore, si le contrat stipule une clause limitant exclusivement l'usage auquel le bénéficiaire peut affecter les biens loués<sup>1070</sup>. Si cette jurisprudence est constante un élément a néanmoins été modifié. Désormais, et en application de l'article 113 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>1071</sup>, l'article L. 451-2 du code rural et de la pêche maritime précise que « les contrats de bail conclus par l'emphytéote avec les locataires se poursuivent automatiquement avec le propriétaire de l'immeuble jusqu'au terme de chacun des contrats de bail signés avec les locataires ». Il est fait explicitement référence dans le dispositif législatif du bail emphytéotique à la possibilité pour l'emphytéote de louer le bien objet du contrat. Il faut donc retenir que toute limitation apportée au droit d'user librement du bien loué fait obstacle à la qualification de bail emphytéotique, et il s'agit là d'une différence importante avec le bail à construction<sup>1072</sup>.

## **b- De possibles restrictions**

**306.** Avant la loi du 24 mars 2014 n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, les articles consacrés au bail à construction dans le code de la construction et de l'habitation n'affirment pas expressément la liberté de location des constructions édifiées par le preneur. L'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation indique alors que les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions s'éteignent à l'expiration du bail, et les termes de l'article L. 251-3 du même code affirme le caractère réel du droit du preneur ainsi que la faculté d'hypothéquer les constructions. En conséquence, la doctrine a pu conclure à la possibilité pour le preneur de louer librement les biens réalisés<sup>1073</sup>. Par ailleurs, sans avoir recours à cette conjonction de textes, il est possible d'en tirer la même conclusion en rappelant simplement que le

---

<sup>1067</sup> C.A. Bordeaux, 21 avr. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 128.

<sup>1068</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 déc. 1978, 10 avr. 1991.

<sup>1069</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 3 oct. 1991, D. 1991. 239, Bull. civ. III, n° 222.

<sup>1070</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 mai 1998, Bull. civ. III, n° 101, RD imm. 1998. 607, obs. Bergel, Constr.-urb. 1998, comm. 263.

<sup>1071</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>1072</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, 120.10, p. 143.

<sup>1073</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> Ed., Dalloz, 2019, n° 397, p. 363 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 329, p. 163.

preneur est propriétaire des constructions et qu'à ce titre il a, bien évidemment, le droit de les louer<sup>1074</sup>. Néanmoins, la loi du 24 mars 2014 n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové a modifié les textes. Elle a ajouté un dernier alinéa à l'article 10 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 concernant à titre principal le cas des baux à usage d'habitation consentis par les preneurs d'un bail emphytéotique<sup>1075</sup>. Ce texte vise, dans une formule englobante, bail à construction et bail emphytéotique, en énonçant le cas où « le bail à construction ou le bail emphytéotique prend fin avant la fin du contrat de location ». Cette disposition a été également intégrée à l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation, qui dispose que si les baux et titres d'occupation de toute nature s'éteignent en principe à l'expiration du bail à construction<sup>1076</sup>, « les contrats de bail d'habitation » font exception. La prérogative du preneur du bail à construction consistant à pouvoir louer librement ses biens, et ce quelle que soit le type de location (commerciale, d'habitation ou professionnelle), est donc affirmée par les textes. Cependant à la différence de l'emphytéote, la liberté de louer du preneur du bail à construction n'est pas totale. La jurisprudence a reconnu que les parties au contrat sont libres de définir l'affectation des constructions et peuvent limiter l'activité du preneur. En l'espèce, la ville de Marseille a loué un terrain à une société civile immobilière afin qu'elle y construise un aquarium-vivarium, des locaux commerciaux et une salle polyvalente. La Cour de cassation a considéré que, malgré la fermeture administrative de l'aquarium-vivarium, la ville de Marseille peut refuser au preneur l'autorisation d'exploiter de nouvelles activités. Elle juge qu'« à l'exception des dispositions visées par l'article L. 251-8 du code de la construction et de l'habitation, les parties conservaient entière leur liberté contractuelle et pouvaient, dans le silence de la loi, insérer une clause imposant des restrictions à l'activité du preneur »<sup>1077</sup>. Cette jurisprudence a pour effet de distinguer le bail à construction du bail emphytéotique pour lequel de telles restrictions à la liberté de louer le bien ne sont pas admises<sup>1078</sup>.

---

<sup>1074</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction* 2018/2019, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, 140.72, p. 165.

<sup>1075</sup> Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 8 juillet 1989.

<sup>1076</sup> Tout comme les servitudes passives autres que celles indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail, les privilèges, les hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur à bail.

<sup>1077</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 avr. 2004, n° 02-16.283, D. 2004. 1210 ; AJDI 2004. 450 ; RDI 2005. 3, obs. C. Saint-Alary-Houin, rejetant le pourvoi contre Aix-en-Provence, 28 mars 2002, RJDA 2002, n° 1124 ; Constr.-Urb. 2002, n° 248, obs. D. Sizaire.

<sup>1078</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 mai 1998, n° 96-13.586, Bull. civ. III, n° 101 ; D. 1998. 346, obs. A. Robert ; RDI 1998. 607, obs. J.-L. Bergel ; RDI 1998. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Le bail emphytéotique, un vieux contrat toujours séduisant*, Études en l'honneur du professeur Jérôme HUET, *Liber amicorum*, 2017, LGDJ, p. 319.

**307.** Malgré cette restriction, le bail à construction reste moins directif que les baux réels immobiliers de longue durée qui ont été créés par la suite, car si les activités peuvent être réduites, le preneur n'en demeure pas moins libre de mettre son bien en location. Cette possibilité s'est transformée en obligation à travers les dispositifs du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire.

## **2- Une prescription**

**308.** La pression législative s'exerce sur le preneur jusqu'à transformer ce qui constitue initialement une prérogative ou une opportunité, en une obligation. Cette volonté, qui transforme un outil de maîtrise foncière en un outil politique, est le fruit de contextes socio-économiques complexes. Le législateur a alors souhaité aménager la formule proposée par l'emphytéose afin de développer des offres de location destinées aux demandeurs de logements sociaux (a) et aux classes intermédiaires (b).

### **a- Loger les demandeurs de logements sociaux**

**309.** Le bail à réhabilitation, créé par la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement<sup>1079</sup> a pour objectif de mobiliser le parc privé dégradé pour en faire un élément de la politique sociale<sup>1080</sup>. Ce contrat participe à la profession de foi énoncée dans le 1<sup>er</sup> article de cette loi qui est de « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation » et vise plus particulièrement « toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence. ». La circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation apporte une définition tout à fait précise de ce contrat<sup>1081</sup>. Elle énonce que ce dispositif juridique doit permettre de confier à un organisme HLM le soin de faire procéder des

---

<sup>1079</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>1080</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM ; Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 47.

<sup>1081</sup> Circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.



travaux d'amélioration sur les immeubles et de leur en confier la gestion par la location à usage d'habitation. L'objectif principal du bail à réhabilitation est de proposer une nouvelle offre locative aux particuliers demandeurs de logements sociaux<sup>1082</sup>. L'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation précise ainsi que le preneur « s'engage à réaliser dans un délai déterminé des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur et à le conserver en bon état d'entretien et de réparations de toute nature en vue de louer cet immeuble à usage d'habitation pendant la durée du bail. » L'article L. 252-6 du même code ajoute que tout le chapitre consacré à ce contrat est d'ordre public. La mise en location des biens réhabilités par un organisme HLM n'est pas une simple prérogative mais une véritable obligation. La liberté du preneur de disposer du bien est très encadrée, et il peut en être déduit qu'en l'espèce le droit réel immobilier n'est pas absolu mais fonctionnel<sup>1083</sup>.

**310.** Nonobstant ce cadre qui peut paraître restrictif et peu attractif pour le preneur, le législateur a renouvelé l'expérience en créant le bail réel solidaire à destination des mêmes ménages modestes<sup>1084</sup>. Ce contrat a été introduit aux articles L. 255-1 et suivants du code précité par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire<sup>1085</sup> prise sur le fondement de l'article 94 de la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques<sup>1086</sup> et ratifiée par la loi n° 2017-86 égalité et citoyenneté du 27 janvier 2017<sup>1087</sup>. Ce bail est entré en vigueur le 12 mai 2017 avec la parution du décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017 relatif au bail réel solidaire fixant, notamment, les plafonds de ressources, de loyer et de prix de cession<sup>1088</sup>. Ce nouvel outil participe au développement d'une offre de logements accessibles aux ménages les plus modestes, au cœur des agglomérations, et hors du fonctionnement spéculatif des marchés immobiliers<sup>1089</sup>. L'objectif du bail réel solidaire est de mettre sur le marché de la location ou de l'accession des logements abordables destinés à des personnes modestes dont les ressources ne dépassent pas des plafonds fixés par le décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017. Ce contrat offre trois possibilités au preneur. Soit il occupe le logement à titre de résidence principale dont il acquiert les droits réels immobiliers à un prix plafonné mais il

---

<sup>1082</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11<sup>ème</sup> Ed., Dalloz, 2019, n° 398, p. 363 ; BENABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 314, p. 243.

<sup>1083</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, 130.131, p. 154.

<sup>1084</sup> POUMAREDE Matthieu, *Le bail réel solidaire*, RDI 2016. 544 ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 945, p. 839.

<sup>1085</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

<sup>1086</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF du 28 janv. 2017.

<sup>1087</sup> Loi n° 2017-86 égalité et citoyenneté du 27 janv. 2017, JORF du 7 août 2015.

<sup>1088</sup> Décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017 relatif au bail réel solidaire, JORF du 11 mai 2017.

<sup>1089</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 19 juillet 2016.

doit alors respecter des conditions de ressources, soit il commercialise les droits réels immobiliers afférents au bail réel solidaire à un prix plafonné, soit il est un opérateur chargé de la mise en location, sous plafonds de loyer, le locataire devant répondre à des conditions de ressources<sup>1090</sup><sup>1091</sup>. Ces conditions de ressources correspondent aux plafonds de ressources PLUS régulièrement appliqué par les organismes sociaux<sup>1092</sup>. L'article L. 255-1 du code précité édicte que le bail réel solidaire constitue un contrat par lequel un organisme de foncier solidaire consent à un preneur des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements. L'obligation de louer à des demandeurs de logements sociaux est imposée par le dispositif de ce contrat. La liberté du preneur est très encadrée et ce afin de confiner le recours à ce contrat à la constitution d'un parc pérenne d'accession à la propriété ou à la location de ménages modestes. Le bail à réhabilitation et le bail réel solidaire sont donc de véritables outils juridiques au service d'une politique de l'habitat social qui se veut dynamique et réactive afin d'apporter la meilleure réponse possible aux besoins de logements des classes modestes.

## **b- Loger la classe intermédiaire**

**311.** L'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire introduit dans le code de la construction et de l'habitation aux articles L. 254-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation<sup>1093</sup>, un nouveau bail de longue durée appelé « bail réel immobilier », réservé à la production de logements à des prix abordables<sup>1094</sup>. L'objectif poursuivi par le bail réel immobilier dédié au logement est de remédier à la décorrélation entre le revenu disponible des ménages et le prix des logements, qui tend à exclure la classe intermédiaire du marché du logement<sup>1095</sup>. Par ce moyen, le gouvernement tend à développer une nouvelle offre de logements dont les loyers et les prix à l'accession se situent entre ceux du parc social et ceux du parc privé libre<sup>1096</sup>. L'article L. 254-1 du code susvisé précise alors qu'il s'agit d'un bail par lequel un propriétaire consent, pour une longue durée, à un preneur, des droits réels en vue de la location

---

<sup>1090</sup> Art. R. 255-1 du C.C.H. créé par le décret n° 2017-1038, 10 mai 2017, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1091</sup> VALETTE Charlotte, L'économie des baux réels solidaires, AJDI 2016. 751.

<sup>1092</sup> Prêt locatif à usage social.

<sup>1093</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>1094</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 400, p. 365 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 944, p. 838.

<sup>1095</sup> CHEVREUX Notaire, Le bail réel immobilier, Droit immobilier, 24/02/2014.

<sup>1096</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 16 juillet 2014 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39.

ou de l'accès temporaire à la propriété de logements. Selon les termes de l'article L. 254-8 du même code, le contrat conclu en méconnaissance des dispositions de cet article est frappé de nullité relative. La finalité de cet outil est affirmée. Il s'agit de consentir un bail d'habitation régi par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 sur l'immeuble rénové ou construit<sup>1097</sup>, ou transférer la propriété temporaire d'une fraction de l'immeuble<sup>1098</sup>. Ce dispositif pose l'obligation pour le preneur de réaliser des logements et de les destiner, à titre de résidence principale, à des personnes physiques, qu'elles soient locataires ou accédantes<sup>1099</sup>. Pour affirmer l'objectif du bail réel immobilier, il est prévu que ces logements ne puissent être loués qu'à des locataires occupants dont les ressources n'excèdent pas les plafonds égaux à ceux du dispositif d'investissement locatif Duflot-Pinel<sup>1100</sup>. De même que le bail à réhabilitation et le bail réel solidaire sont exclusivement destinés à répondre aux besoins de logements des classes modestes, le bail réel immobilier ne peut viser que le logement des classes intermédiaires. Le preneur est obligé de loger la catégorie des ménages à revenu moyen. En comparaison des prérogatives de l'emphytéote ou encore du bail à construction, sa liberté de disposer du bien objet du bail est considérablement réduite.

**312.** Les différentes interventions législatives et gouvernementales ont transformé ce qui constitue une prérogative dans le bail emphytéotique en une obligation dans ces derniers baux réels immobiliers, confirmant ainsi l'évolution de cette formule juridique d'un outil de maîtrise foncière en un outil au service d'action politique sociale<sup>1101</sup>.

---

<sup>1097</sup> Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juill. 1989.

<sup>1098</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP A. Collect. Territ. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247.

<sup>1099</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>1100</sup> Décret n° 2014-1102 du 30 sept. 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire ; CGI annexe III: article 2 terdecies D ; Art. R 254-2 C.C.H.

<sup>1101</sup> TRANCHANT Laetitia, Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété, RDI mai 2014, p. 276 ; BRICOUT-MALLET Blandine, Baux réels et solidarité, RTD Civ. 2016, p. 943 ; WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**313.** L'étude de l'expression de la nature composite des bail emphytéotique, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire a permis de définir et de témoigner précisément la relation qui lie le preneur au fonds et aux constructions ou réhabilitations réalisées. La teneur du droit réel immobilier s'inscrit dans le rapport direct, matériel, concret du preneur avec le fonds. Il a alors été nécessaire de caractériser la jouissance dont le titulaire de ce droit réel peut user, à la fois en la distinguant de celle offerte par les notions de droit commun et contrats spéciaux qui peuvent être comparés aux baux réels immobiliers de longue durée, mais également d'en déterminer ces principaux traits communs autant dans qu'ils rapprochent ces baux, qu'en ce qu'ils les particularisent. La détention caractérise la relation de droit créée par le bail réel immobilier de longue durée. Dans le cadre particulier de ce type de contrat, il est apparu particulièrement intéressant d'examiner des conditions de l'entrée en détention, qui passe obligatoirement par une intervention du bailleur qui délivre le fonds objet du bail et qui porte certaines garanties. La détermination des effets de la détention du preneur a permis de souligner une spécificité, découlant de la nature de ces baux, qui fait échec au principe de prescription acquisitive, et qui protège ainsi les intérêts du bailleur. La teneur du droit réel immobilier étant dévoilée, il a été apparu nécessaire de procéder à l'examen des manifestations de cette nature composite qui se présentent aux preneurs de ces baux réels immobiliers de longue durée. Celles-ci permettent en effet de mettre en exergue l'étendue des possibilités et donc du pouvoir dont le preneur peut faire usage. Ces possibilités ont alors été envisagées au travers des manifestations du droit réel immobilier et des manifestations du droit de propriété. Il a pu être constaté que si les fondements de l'emphytéose transparaissent toujours dans les baux les plus récents, les manifestations de ces droits sont néanmoins réduits au fur et à mesure des nouvelles créations législatives et gouvernementales.

**314.** Les baux réels immobiliers de longue durée, comme les principaux contrats que connaît le droit français, ne cessent de s'affiner<sup>1102</sup>. La formule mise en place avec l'emphytéose évolue et les derniers contrats tels que le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont le fruit de politiques sociales et économiques très élaborées<sup>1103</sup>. Les objectifs de ces baux sont si strictement définies qu'il semble rester bien peu de la liberté des dispositifs du bail

---

<sup>1102</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 3 et svts

<sup>1103</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

emphytéotique et du bail à construction. La spécialisation à l'extrême du dispositif emphytéotique a considérablement réduit les prérogatives du preneur<sup>1104</sup>. Il est certain que ces derniers contrats peuvent sembler trop rigides mais ils répondent à une mission sociale. Leur principal objet est de loger les personnes qui ne peuvent se loger par ailleurs. Les contraintes qui sont imposées au preneur sont à la hauteur de leurs ambitions.

---

<sup>1104</sup> CLAMOUR Guylain, Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel, Contrats et Marchés publics n° 4, avril 2014, comm. 97.

## CHAPITRE 2 –

### L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE EN DROIT PUBLIC

**315.** Le propriétaire privé d'un bien immobilier valorise ou rentabilise son bien en l'occupant lui-même, en le louant ou encore en octroyant certains droits réels temporaires tels que le permettent les baux réels immobiliers de longue durée. La personne publique, propriétaire d'un bien immobilier ne peut, a priori, que l'exploiter elle-même ou le mettre à disposition d'une autre personne publique ou privée mais tout en conservant l'intégralité de son droit de propriété<sup>1105</sup>. La propriété des personnes publiques est subdivisée en deux autres catégories que sont le domaine privé et le domaine public. Le domaine privé inclut des biens qui ne sont pas suffisamment affectés à l'intérêt général ou qui souffrent d'un défaut d'aménagement, qui ne satisfassent pas conditions du domaine public légal ou encore que le législateur a volontairement affecté à ce régime, tels que les forêts domaniales ou les biens immobiliers à usage de bureaux<sup>1106</sup>. L'article L. 2221-1 du code général des propriétés publiques dispose que « les personnes publiques gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables ». La personne publique agit sur son domaine privé telle une personne privée, dont les conditions de droit commun. A contrario, l'article L. 2111-1 du code précité dispose que « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique... est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

**316.** Les considérations économiques étant de plus en plus prégnantes dans le cadre de la gestion du domaine public, se pose alors la question des conditions de valorisation des immobiliers du domaine public. Les biens relevant du domaine public des collectivités publiques ne peuvent être exploités au moyen de contrats de droit privé. Les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé ne peuvent alors devenir une option envisageable pour une personne publique souhaitant optimiser l'exploitation d'un bien immobilier issu de son domaine public. Néanmoins, il semble que l'influence du droit privé, ainsi que les contraintes économiques et financières, ont largement influencées l'évolution de cette problématique, jusqu'à conduire à une multiplication des

---

<sup>1105</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés publiques quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, p. XV.

<sup>1106</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 109 et svts.

autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels tels que les baux réels immobiliers de longue durée.

**317.** Les principes protecteurs de la domanialité publique qui encadre strictement les droits conférés sur le domaine public ont permis la reconnaissance délicate de la nature composite des baux réels immobilier de longue durée administratifs (section 1). Cette reconnaissance a favorisé le développement des manifestations de cette nature (section 2).

## **Section 1- La reconnaissance délicate de la nature**

**318.** De la même façon que l'emphytéose de droit privé est à l'origine de tous les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, la mise en œuvre du bail emphytéotique en droit public ou bail emphytéotique administratif, très logiquement inspiré de son modèle de droit privé, est à l'origine du processus de création de l'ensemble des autres contrats du même type en droit public. La reconnaissance délicate de la nature de ce type de contrat administratif a été initiée par la levée de la résistance à sa reconnaissance (§1), pour ensuite aboutir à une reconnaissance déployée de cette nature (§2).

### **§1- La levée de la résistance à la reconnaissance**

**319.** La levée de la résistance à la reconnaissance de la nature des baux réels administratifs de longue durée prend toute sa mesure en procédant dans un premier temps à l'analyse des freins (A). Dans un second temps, il est constaté que la levée de ces freins a permis au droit public d'accéder à la consécration de la nature composite (B).

#### **A-L'analyse des freins à la reconnaissance**

**320.** L'analyse des freins à la reconnaissance de la nature composite débute par leur identification (1), pour ensuite relever les éléments qui ont conduit à la nécessité de les lever (2).

## 1- L'identification des freins

Les principes qui caractérisent et qui pèsent sur la gestion du domaine public sont ceux de l'imprescriptibilité et de l'inaliénabilité (a). Cette double exigence d'administration du domaine public en a compliqué grandement l'exploitation, mais la nécessité de favoriser une meilleure utilisation du domaine public a conduit à l'assouplissement de l'exorbitance du domaine public (b).

### a- L'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public

**321.** Le domaine public est caractérisé par deux règles qui le différencient du domaine privé qui, lui, peut être cédé librement. Le principe d'imprescriptibilité permet de protéger le domaine public de l'acquisition de droits par les personnes qui l'utilisent de façon prolongée. Le principe d'inaliénabilité prohibe les aliénations de toute nature et empêche le démembrement du domaine public. Il trouve son origine dans l'édit de Moulin de 1566 qui interdit de vendre une dépendance du domaine public tant qu'elle est affectée au public ou au service public<sup>1107</sup>. L'édiction de ce principe a alors pour but de protéger les biens de la couronne contre les ventes excessives du pouvoir royal. La notion moderne de l'inaliénabilité du domaine public a été édifiée au XIX<sup>ème</sup> au travers de la distinction du domaine public et du domaine privé<sup>1108</sup>. Le domaine public est appréhendé comme un « domaine de protection » et comprend les biens affectés à l'utilisation publique. Il doit alors être protégé par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. Néanmoins, dans un premier temps Pardessus et Proudhon considèrent que ce domaine public est un droit de garde et de surintendance. Hauriou est le premier à défendre l'idée de la propriété des personnes publiques sur les biens du domaine public. Le domaine privé est quant à lui composé des biens qui appartiennent à la collectivité mais dont elle peut jouir comme tout propriétaire privé<sup>1109</sup>. Ces principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité sont repris dans l'article L. 3111-1 du code général de la propriété de personnes publiques qui dispose que « les biens des personnes publiques...qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles. » Le Conseil

---

<sup>1107</sup> L'édit de Moulins est un édit royal pris par le roi de France Charles IX en fév. 1566. C'est une réglementation du domaine royal, considérée comme une source historique du domaine public.

<sup>1108</sup> GAUDEMET Yves, Droit administratif des biens, L.G.D.J., 15<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 224, p. 127.

<sup>1109</sup> GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2012, p. 287.



constitutionnel, dans une décision du 18 septembre 1986<sup>1110</sup>, n'a pas consacré la valeur constitutionnelle de ces principes, mais a tout de même considéré qu'ils s'opposent à une aliénation des biens du domaine public sans déclassement préalable en énonçant que « sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe d'inaliénabilité du domaine public a valeur constitutionnelle, il suffit d'observer qu'il s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés ». L'intérêt de cette distinction entre domaine public et domaine privé réside dans la dualité des régimes juridique et contentieux auxquels ceux-ci sont soumis. Le domaine privé est régi par les règles de droit privé et son contentieux est judiciaire. Le droit public est soumis au régime juridique de droit administratif, dominé par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité et les juges administratifs sont les seuls compétents pour connaître de son contentieux<sup>1111</sup>. En conséquence, certains auteurs ont écrit que « tels l'eau et le feu, propriété privée et domaine public ont longtemps été considérés comme incompatibles en raison du sacro-saint principe de l'inaliénabilité du domaine public »<sup>1112</sup>.

**322.** Ces principes s'opposent à une conceptualisation des droits réels administratifs. D'une part, la première caractéristique du droit réel est qu'il constitue un démembrement du droit de propriété, or le démembrement est assimilé à une aliénation partielle. D'autre part, l'inaliénabilité vise à garantir la continuité de l'affectation du bien public et à permettre à l'administration de prendre toutes les mesures nécessaires. Le titulaire ne peut s'opposer aux décisions de l'administration qui doit garder tout pouvoir sur le bien. En conséquence, il existe une incompatibilité entre le principe d'inaliénabilité et la constitution de droit réel<sup>1113</sup>. Selon la majorité de la doctrine, l'interdiction des droits réels sur le domaine public est une conséquence logique et nécessaire de l'inaliénabilité du domaine public que seule la loi peut écarter<sup>1114</sup>.

## **b- L'assouplissement de l'exorbitance du domaine public**

**323.** Les jurisprudences civile et administrative infléchissent le principe d'inaliénabilité en admettant notamment que « les aisances de voirie sont des servitudes au profit des riverains »<sup>1115</sup>,

---

<sup>1110</sup> Conseil const. 18 sept. 1986, Déc. n° 86-217.

<sup>1111</sup> GAUDEMET Yves, Droit administratif des biens, L.G.D.J., 5<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 45, p. 36.

<sup>1112</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 839.

<sup>1113</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 532, p. 206.

<sup>1114</sup> GAUDEMET Yves, Droit administratif des biens, T. 2, L.G.D.J., 15<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 243, p. 134.

<sup>1115</sup> PROUDHON Jean-Baptiste-Victor, Traité du domaine public, T. 2, 1833, p. 65.

puis en décidant que « la suppression de l'accès ou de la vue ouvrait droit à indemnité au titre de dommages de travaux publics »<sup>1116</sup>. Plus précisément, la jurisprudence civile admet la constitution de servitudes sur le domaine public dès lors que celles-ci ne compromettent pas l'affectation domaniale<sup>1117</sup>. Par ailleurs, dans son traité de droit civil, Planiol remarque que les droits spéciaux concédés aux particuliers par l'autorité publique dans le cadre des concessions, présentent une grande analogie avec les droits réels<sup>1118</sup>. En 1911, Hauriou développe et détaille la théorie des droits réels administratifs<sup>1119</sup>. Néanmoins, ce dernier écrit que les droits réels administratifs ne sont pas des démembrements de propriété. Il signale également sous une note rédigée à l'occasion de l'arrêt Mure rendu le 7 février 1913 par le Conseil d'Etat que les hypothèses variées, révélées par la pratique, font ressortir l'intérêt qu'il y aurait à connaître aux compagnies concessionnaires, collaboratrices de l'Administration, sur l'objet de la concession, un droit réel spécial<sup>1120</sup>. Rigaud reprend cette analyse dans sa thèse intitulée « La théorie des droits réels administratifs » et précise que « la règle de l'inaliénabilité a surtout une signification négative ; elle édicte la mise hors du commerce de la vie civile, mais elle laisse subsister comme possible un commerce spécial régi par le droit public. Ces droits accordés aux particuliers sur les dépendances du domaine public sont résolus dès qu'ils entreront en conflit avec l'intérêt public. Ainsi, par la reconnaissance ou la constitution de ces droits réels le domaine public n'est nullement démembré »<sup>1121</sup>. Cependant, la théorie des droits réels administratifs est restée sans influence sur le droit positif. En témoigne la fameuse jurisprudence du Conseil d'Etat dite « Eurolat » datée 6 mai 1985<sup>1122</sup>. Un syndicat intercommunal acquiert en 1969 un terrain dans le but d'y construire une maison de retraite. Cependant, cet établissement public, ne disposant des fonds nécessaires en vue d'un tel projet, décide d'avoir recours à l'Association européenne de l'organisation des loisirs et de l'habitat (EUROLAT), pour mener à terme cette mission. Deux conventions sont signées. La construction de la maison de retraite est suspendue en juillet 1976, mais le Conseil d'État anticipe la domanialité publique pour appliquer le principe d'inaliénabilité du domaine public. Il rappelle, de manière stricte, l'impossibilité de constituer des droits réels. Aussi, la doctrine a longtemps avancé que le principe d'inaliénabilité emporte l'interdiction de constituer des droits réels sur le domaine

---

<sup>1116</sup> C.E., 17 déc. 1886, Ville de Chaumont.

<sup>1117</sup> C.A. Paris, 10 juillet 1925, D. 1925, p. 563 ; Cass. req., 12 et 30 mai 1932, Gaz. Pal. 1932. II. 357.

<sup>1118</sup> PLANIOL Marcel, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1925.

<sup>1119</sup> HAURIOU Maurice, Principes de droit public, 1<sup>er</sup> éd. 1911, rééd. Dalloz 2010.

<sup>1120</sup> HAURIOU Maurice, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, Notes d'arrêts, SIREY, Paris Librairie du Recueil, 1929, T. III, p. 281 et svts.

<sup>1121</sup> RIGAUD Louis, La théorie des droits réels administratifs, Sirey, 1914, n° 162-163.

<sup>1122</sup> C.E. 6 mai 1985, 41589 41699, publié au recueil Lebon.

public au profit de personnes privées<sup>1123</sup>, la conception civiliste des droits réels heurtant le principe domanial d'inaliénabilité<sup>1124</sup>.

**324.** Si le domaine public est resté très protégé et défendu durant de longue période, cette tendance a changé<sup>1125</sup>. Issue du code général de la propriété des personnes publiques, adoptée par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques<sup>1126</sup>, la dernière définition du domaine public est légèrement plus restrictive que celle antérieurement donnée par la jurisprudence<sup>1127</sup>. L'article L. 2111-1 du code général de la propriété publique dispose que « sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique ... est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ». La définition antérieure ne mentionne qu'un « aménagement spécial ». Cependant, cette jurisprudence a fait l'objet d'une controverse doctrinale. Il a été reproché au Conseil d'Etat d'avoir opté pour une définition trop large et ainsi d'avoir considérablement restreint le champ de la domanialité privé<sup>1128</sup>. Ces critiques ont nécessairement conduit à la rédaction de la définition plus restrictive du code général de la propriété publique. A partir des années 2000, le législateur procède à des déclassements globaux<sup>1129</sup>, et les règles relatives au principe de l'inaliénabilité s'assouplissent. Pour exemple, les servitudes conventionnelles sont rendues possibles en application des termes de l'article L. 2122-4 du code de la propriété des personnes publiques. Plus généralement, la reconnaissance d'un véritable droit de propriété des personnes publiques est motivée par la possibilité voire la nécessité de valoriser financièrement ces biens qu'ils soient soumis au régime de droit privé ou à celui du droit public<sup>1130</sup>. Aussi, s'il subsiste un certain nombre de règles de droit public qui restent immuables, la modernisation de la gestion des propriétés publiques a

---

<sup>1123</sup> YOLKA Philippe, *La propriété publique, Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. 342 ; GODFRIN Philippe et DEGOTTE Michel, *Droit administratif des biens*, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 295, p. 223.

<sup>1124</sup> GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, 2012, p. 321.

<sup>1125</sup> LIET-VAUX Georges, *Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public*, *Rev. Adm.*, 1970. 297.

<sup>1126</sup> Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du C.G.P.P.P., *JORF* du 22 avril 2006.

<sup>1127</sup> C.E. 19 oct. 1956, *Soc. Le Béton*, *Rec.* 375.

<sup>1128</sup> DELVOLVE Pierre, LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 449 et svts.

<sup>1129</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF* du 12 déc. 2001 ; Ord. n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat, *JORF* du 21 août 2004.

<sup>1130</sup> GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, 2012, p. 298.

conduit à un assouplissement des règles relatives au domaine public et à la reconnaissance des droits réels administratifs.

## **2- La nécessité de levée les freins**

**325.** La reconnaissance des droits réels administratifs permettant l'exploitation du domaine public est née de l'intérêt économique qu'il peut en résulter (a). La validation législative des droits réels administratifs ont a logiquement découlé (b).

### **a- L'intérêt économique de l'exploitation du domaine public**

**326.** Le domaine public constitue une source de richesses. Il présente un intérêt économique qui doit être géré<sup>1131</sup>. Les collectivités publiques ont en mesuré les avantages et convenu de façon générale que les utilisations privatives, lorsqu'elles sont compatibles avec l'intérêt général, doivent être encouragées. Elles constituent une source de revenus non-négligeables pour la collectivité propriétaire, et participent à son développement économique. L'occupant devient un partenaire économique qui, tout en se livrant à son activité professionnelle participe à la mise en valeur du domaine et à l'enrichissement de la collectivité publique<sup>1132</sup>. Néanmoins, alors que la doctrine promeut un assouplissement des conditions d'occupation privative des biens du domaine public en faisant bénéficier l'occupant des facilités essentielles à leur utilisation, elle prend également soin de rappeler la nécessaire protection du domaine public<sup>1133</sup>.

**327.** En conséquence et jusqu'à récemment, les soucis de protection ont été systématiquement privilégiés. L'extension continue de la domanialité publique, renforcée à partir de l'arrêt Société Le Béton, a mis en évidence les inconvénients d'une telle logique<sup>1134</sup>. Les agents économiques,

---

<sup>1131</sup> AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, Droit administratif des biens, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020, n° 155, p. 126 ; GAUDEMAR DE Hervé, La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », JCP Adm et Collect. Territ., n° 41, 7 oct. 2013, 2294.

<sup>1132</sup> COMBE Christine, Les droits réels sur le domaine public, ambiguïtés et limites, Droit adm., n° 12, déc. 2001, chron. 22.

<sup>1133</sup> GROSIDIER Jean, L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétariste, Les annales de droit, 7, 2015, p. 111.

<sup>1134</sup> C.E. Sect. 19 oct. 1956, Société « Le Béton », Rec. 375 : Il est question de l'aménagement d'un port à caractère industriel. Afin de mener à bien cette mission, l'Office National de la navigation, établissement public, a été chargé par un décret de concession en date du 4 fév. 1932 de mettre en place cette nouvelle structure et pour ce faire, lui est

dont la collaboration est souhaitée, n'envisagent qu'avec réticence des programmes d'envergure et ce notamment sur les zones industrielles portuaires ou aéroportuaires. Leurs gestionnaires sont alors amenés à devoir les désaffecter, puis les aliéner car ces opérations sont plus faciles à réaliser que d'accorder de réelles garanties à un éventuel occupant du domaine public. Ces inconvénients ont conduit les autorités portuaires à réclamer avec insistance une évolution du droit administratif<sup>1135</sup>.

**328.** En outre, si la disposition des droits réels sur le domaine public intéresse les occupants privés et les propriétaires publics afin de faciliter l'investissement des acteurs privés et favoriser le développement d'activités économiques, les propriétaires voisins y ont également intérêt. Souvent imbriqués dans des opérations d'aménagement urbain complexes, ces propriétaires sont tributaires, pour la gestion des relations entre fonds privés et domaine public d'un jeu de servitudes réelles réciproques qui leur paraît manquer de stabilité et sécurité. Les praticiens ont tenté parfois de surmonter ces difficultés grâce à des montages juridiques complexes. Le plus courant est le déclassement en volumes. Le terrain d'assiette demeure dans le domaine public mais l'espace qui le surplombe est déclassé. Il échappe aux contraintes de la domanialité publique et une convention règle les modalités de cette superposition<sup>1136</sup>. Occupants domaniaux et propriétaires privés, voisins dans ces opérations complexes ont réclamé la reconnaissance de droits réels sur le domaine public afin de clarifier ces situations<sup>1137</sup>.

## **b- La validation législative**

**329.** Bien qu'elle symbolise la protection du domaine public, l'inaliénabilité devient relative<sup>1138</sup>. Alors que le Conseil d'Etat considère encore, avec l'arrêt *Eurola* du 6 mai 1985, nulle une clause

---

investie la possibilité de locations de terrains privés dépendant du port à des particuliers. La Société « Le Béton » a consenti un contrat de location, sur la base de ce décret avec l'Office national de la navigation. Au terme d'un litige les opposant, la société « Le Béton » requérante, invoque que le terrain qu'elle loue fait partie du domaine privé de l'Etat sans tenir compte de la concession. Le C.E. précise alors que le Port industriel constitue l'un des éléments de l'organisation d'ensemble du port, et est affecté, au même titre que les autres éléments, à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession de la totalité des terrains à l'Office national de la navigation. Les terrains du port industriel font l'objet d'utilisation privative ne pouvant avoir pour effet de les soustraire au régime de la domanialité publique, dès lors qu'il est dans leur nature même de ne concourir que sous cette forme au fonctionnement de l'ensemble du port et qu'ils ont été aménagés à cette fin.

<sup>1135</sup> GODFRIN Philippe et DEGOFFE Michel, *Droit administratif des biens*, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 158 et svts.

<sup>1136</sup> GODFRIN Philippe et DEGOFFE Michel, *Droit administratif des biens*, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 264, p. 197.

<sup>1137</sup> GAUDEMET Yves, *Droit administratif des biens*, T. 2, L.G.D.J., 15<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 245, p. 135.

<sup>1138</sup> GAUDEMAR de Hervé, *L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture*, *Droit et patrimoine* 2009, p.179.

contractuelle conférant un quelconque droit réel sur le domaine public<sup>1139</sup>, le législateur admet avec la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation<sup>1140</sup>, dans des conditions assez restrictives, la conclusion de baux emphytéotiques. L'article 13 de ce texte législatif commence par rappeler les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité des biens du domaine public, puis énonce l'exception qui confère aux personnes privées un droit réel. Il s'agit d'une occupation ou utilisation d'un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale, « bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence. » Ce texte autorise explicitement les collectivités territoriales à recourir au bail emphytéotique sur un bien constituant une dépendance de leur domaine public. Il renvoie à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime relatif au bail emphytéotique de droit privé, et fait explicitement référence au « droit réel conféré au titulaire du bail ».

**330.** Deux conséquences découlent de cette rédaction. D'une part, le législateur fait expressément référence au bail emphytéotique codifié dans le code rural et en fait un bail source. Ce bail réel immobilier de longue durée constitue l'origine commune de l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée qu'ils soient civils ou publics. D'autre part, le droit réel conféré par ce bail emphytéotique administratif permet de pallier les rigueurs de l'interdiction de constituer de tels droits sur le domaine public tout en introduisant des conditions particulières qui permettent de protéger les intérêts de la collectivité territoriale bailleuse. Le législateur, recherchant l'équilibre entre les notions de protection des biens du domaine public et de nécessités économiques, permet ce que le Conseil d'État a condamné dans sa décision *Eurolat*. S'il a toujours été possible aux personnes publiques de conclure des baux emphytéotiques de droit privé sur les dépendances de leur domaine privé, il leur est également possible de conclure des baux emphytéotiques administratifs sur leur domaine public<sup>1141</sup>.

**331.** Par la suite, la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public formule le principe que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions ou installations de caractère immobilier qu'il

---

<sup>1139</sup> C.E, 6 mai 1985, *Assoc. Eurolat et Crédit Foncier de France*, *Jurisdata* n° 1985-040913.

<sup>1140</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, *JORF* du 6 janv. 1988 ; Art. L. 1311-1 et s. du C.G.C.T.

<sup>1141</sup> RICCI Jean-Claude et LOMBARD Frédéric, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1<sup>er</sup> éd., 2018, n° 172, p. 114.

réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre »<sup>1142</sup>. Le Conseil constitutionnel est alors saisi par plus de 60 députés. Les auteurs de la saisine ont estimé que l'ensemble de cette loi méconnaît à la fois le principe à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme<sup>1143</sup> et l'article 34 de la constitution 4 octobre 1958. Dans sa décision du 21 juillet 1994<sup>1144</sup>, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel la seconde phrase du 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 134-1 du code du domaine de l'Etat issue du 1er article de la loi précitée. Les juges ont considéré que les dispositions du texte ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels le domaine public peut être affecté. Ils ont, par ailleurs, constaté qu'aucune de ces dispositions ne portent atteinte au principe d'inaliénabilité. Cependant, le Conseil constitutionnel a considéré que la seconde phrase du 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 134-1 du code du domaine de l'Etat qui prévoit que l'autorité compétente a la possibilité d'accorder aux titulaires de droits réels, en ayant déjà bénéficié pendant 70 ans, des renouvellements successifs sans terme définitif, est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. A propos de cette décision, il a été très justement relevé qu'elle s'intègre « parfaitement dans une politique jurisprudentielle défendant une conception économique de la propriété »<sup>1145</sup>.

**332.** Ces interventions législatives ont permis d'apporter aux investisseurs privés une certaine sécurité juridique. Elles témoignent également de la démarche des pouvoirs publics dont l'approche, consiste à ne plus envisager l'intérêt général comme le dépassement des intérêts particuliers, mais au contraire comme la satisfaction des intérêts privés. Dans une telle perspective, intérêts privés et intérêt général ne s'opposent pas nécessairement<sup>1146</sup>. Ils peuvent, au contraire, s'accorder afin que chacun des partenaires y trouvent intérêts et bénéfices. La nature composite du droit réel octroyé par le bail emphytéotique administratif permet cette concordance des intérêts.

---

<sup>1142</sup> Loi n° 94-631 du 25 juill. 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF du 26 juill. 1994.

<sup>1143</sup> Art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

<sup>1144</sup> Cons. Const., déc. n° 94-346 Dc du 21 juill. 1994, JORF du 23 juill. 1994.

<sup>1145</sup> JÜEN Philippe, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RD imm. avr.-juin 2000, n° 2, p. 134.

<sup>1146</sup> COMBE Christine, Les droits réels sur le domaine public, ambiguïtés et limites, Droit adm., n° 12, déc. 2001, chron. 22 ; GAUDEMAR DE Hervé, Les propriétés publiques immobilières externalisables, JCP Adm et Collect. Territ., n° 17, 30 avril 2012, 2132.

## **B- La consécration de la nature composite**

**333.** La consécration de la nature composite du droit réel octroyé au preneur du bail emphytéotique administratif, assurant l'efficacité de cette construction juridique de droit public, implique la détermination de cette nature composite qui a favorisé la transposition de la notion de droit de superficie de droit privé dans un cadre administratif (1). Elle met également en exergue la transposition, en droit public, du droit de superficie de droit privé (2).

### **1- La détermination de la nature composite**

**334.** Les débats relatifs à la nature du droit réel octroyé par le bail emphytéotique administratif dont le preneur est titulaire ont conduit à envisager plusieurs éventualités (a). Néanmoins le législateur a confirmé sa construction composite (b).

#### **a- Le débat doctrinal**

**335.** Au regard du bail emphytéotique de droit civil, il est admis que le preneur à bail dispose d'un droit réel immobilier sur le fonds et les biens déjà construits. A l'inverse, la possibilité pour le preneur d'un bail emphytéotique administratif de bénéficier des mêmes droits sur le fonds et les ouvrages existants à la date de la conclusion du contrat peut paraître discutable. Une telle possibilité se heurte au principe d'inaliénabilité du domaine public. En conséquence, le preneur ne peut avoir qu'un droit de propriété sur les constructions qu'il a lui-même réalisé pendant la durée du bail. La doctrine s'interroge alors sur l'objet du droit réel consenti au preneur. La jurisprudence reconnaît traditionnellement à l'occupant un droit de propriété sur les constructions qu'il réalise<sup>1147</sup>. Cependant, la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine publics<sup>1148</sup>, codifiée aux articles L. 2122-6 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques, a fait naître un débat quant à

---

<sup>1147</sup> C.E. Sect. 1<sup>er</sup> juill. 1959, req. n°16358-31455, Rec., p. 423 ; C.E. 4 mars 1991, req. n° 79528, rec. p. 976 ; C.E. 27 fév. 1995, req. n°139718, Rec. p. 109, RFDA 1996, p. 1127, concl. G. Bachelier.

<sup>1148</sup> Loi n° 94-631 du 25 juill. 1994 complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF du 26 juill. 1994 : « Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise.... ».



la possibilité d'une coexistence d'objets du droit réel conféré ou d'une superposition de droits réels, avec le cumul d'un droit réel sur le domaine public et d'un droit réel sur les constructions réalisées sur celui-ci<sup>1149</sup>.

**336.** La doctrine débat sur le point de savoir si de tels travaux peuvent, en eux-mêmes, constituer le support d'un droit réel ou, à défaut, si le droit réel conféré au preneur et analysé comme un droit de propriété peut s'étendre aux ouvrages, objet des travaux, déjà construits et relevant du domaine public. Certains auteurs, ont analysé cette loi, comme présentant un caractère « régressif », ouvrant la possibilité d'accorder un droit réel sur le domaine public en plus du droit réel sur les constructions qui est de toute façon acquis à l'occupant. Dans cette hypothèse de réalisation de travaux, le bail emphytéotique administratif confère à la fois un droit réel sur le domaine public et un droit de propriété sur les ouvrages que réalise l'emphytéote.

## **b- La confirmation législative**

**337.** La complémentarité des droits octroyés reste contestée, au moins à partir du moment où des constructions sont déjà réalisées puisque celles-ci incorporent nécessairement le sol. Toutefois la rédaction adoptée par les articles L. 2122-6 à L. 2122-8 du code général de la propriété des personnes publiques a mis fin à cette incertitude. L'interprétation relative à une superposition de droits réels est confirmée par les dispositions applicables aux autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels et, plus particulièrement, par l'article L. 2122-6 du code précité, qui précise que le titulaire de l'autorisation a un droit réel sur « sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise<sup>1150</sup>. En considérant le bail réel administratif, l'article L. 1311-3-2° du code général des collectivités territoriales évoque, de même que l'article L. 451-10 du code rural<sup>1151</sup>, « le droit réel conféré au titulaire du bail de même que les ouvrages dont il est propriétaire ». Cette rédaction confirme l'existence d'un droit réel sur le domaine donné à bail et d'un véritable droit de propriété sur les ouvrages que le preneur réalise.

**338.** Il faut cependant rappeler que ce droit réel est constitué sur le domaine public et qu'un « droit réel de jouissance d'un bien immobilier appartenant à une collectivité »

---

<sup>1149</sup> GAUDEMET Yves, Les droits réels sur le domaine public, AJDA 2006, p. 1094.

<sup>1150</sup> HANSEN Philippe et FERRE Nicolas, Le BEA en vue de la restauration, de la réparation ou de la mise en valeur d'un bien immobilier, Contrats Publics n° 105, déc. 2010, p. 71.

<sup>1151</sup> « L'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ».

comporte<sup>1152</sup>, comme tous les droits réels sur le domaine public, « des limites que ne comportent pas les droits réels civils dont ils sont issus »<sup>1153</sup>.

## **2- La transposition du droit de superficie de droit privé**

**339.** La transposition du droit de superficie de droit privé a été initiée par son introduction en droit public (a), et motivée par l'intérêt qu'elle constitue dans le cadre d'une gestion efficace et attractive du contrat administratif (b).

### **a- L'introduction de la notion**

**340.** Le bail emphytéotique administratif octroie à l'emphytéote la propriété des ouvrages qu'il réalise alors que certains titres constitutifs de droits réels administratifs ne confèrent que « les prérogatives et obligations du propriétaire »<sup>1154</sup>. La doctrine reconnaît dans cette construction un recours à la notion de droit de superficie. Elle énonce que « le titulaire a un droit d'occupation ou encore un droit de superficie, ainsi qu'un droit sur les ouvrages »<sup>1155</sup>. En effet, le financement privé des équipements publics se heurte traditionnellement à la conjonction des règles de la domanialité publique, de la maîtrise d'ouvrage publique et du code de la commande publique qui imposent à la personne publique, désireuse de réaliser un équipement, de conserver la propriété de l'ouvrage à construire. Néanmoins, l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 confère aux investisseurs immobiliers, titulaires d'un bail emphytéotique administratif, un droit de superficie sur le domaine public leur permettant de construire des équipements dont ils conservent la propriété durant toute la durée du contrat<sup>1156</sup>. La doctrine semble s'accorder sur ce point<sup>1157</sup>. Les auteurs reconnaissent que les titres constitutifs de droit réel confèrent à leur titulaire un droit de superficie qui fait obstacle à l'accession et qui leur confère un droit de propriété des ouvrages qu'ils construisent

---

<sup>1152</sup> FATOME Etienne, A propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le C.G.P.P.P, Mélanges Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 329.

<sup>1153</sup> PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domanialité publique, Contrats Publics, n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39.

<sup>1154</sup> Art. L. 1311-5 (AOT) et L. 1414-16 (contrat de partenariat) du C.G.C.T., et L. 2122-6 (AOT) du C.G.P.P.P.

<sup>1155</sup> MAUGUE Christine, Intervention aux journées de la propriété publique, 19 oct. 2011, JCl. Constr.- Urb., Fasc. 250, n° 45 et svts.

<sup>1156</sup> BRISSON Jean-François, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, AJDA 2005. 591.

<sup>1157</sup> LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, Les occupations privatives du domaine : un espoir déçu, RFDA 2006, p. 935 ; TRESCHER Bruno, De quelques apports du nouveau C.G.P.P.P. en matière d'occupation du domaine public : Contrats-Marchés publ. 2006, étude 6.

dans le cadre de leur occupation. M. Gaudemet admet également que le droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial constitue une transposition du droit de superficie du droit privé<sup>1158</sup>.

## **b- L'intérêt de la transposition**

**341.** Le bail emphytéotique administratif permet d'éviter les contraintes de la jurisprudence dite « Sagifa »<sup>1159</sup>. Le Conseil d'Etat, dans cet arrêt daté du 23 juillet 2010, a jugé que « l'appropriation privative d'installations superficielles édifiées ou acquises par le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public n'est pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci, lorsque l'autorisation de l'occuper et d'y édifier des constructions ou d'acquérir les constructions existantes n'a pas été accordée en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté ». Aussi, cette décision est venue restreindre le droit de propriété traditionnellement reconnu à l'occupant domanial sur les ouvrages réalisés grâce à l'autorisation de la personne publique. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a précisé dans un avis daté du 19 avril 2005 que « l'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées grâce à la servitude prévue aux articles L. 342-20 et suivants du code du tourisme, appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. Les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en œuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988... »<sup>1160</sup>. Ainsi, les biens réalisés par l'emphytéote restent sa propriété pour la durée du bail emphytéotique administratif, ce qui constitue une caractéristique importante et unique dans le cadre des autorisations d'occupation temporaire du domaine public, et confirme le recours à la notion de superficie.

**342.** Les assouplissements et infléchissements du droit des contrats publics ont permis de créer un bail emphytéotique administratif ayant pour objectif de dynamiser la construction et les partenariats public-privé. Les problématiques économiques et les besoins en financement impactant toujours plus les collectivités territoriales et l'Etat lui-même, le législateur a été conduit à déployer la reconnaissance de cette nature composite.

---

<sup>1158</sup> GAUDEMET Yves, Les droits réels sur le domaine public, AJDA 2006, p. 1097.

<sup>1159</sup> C.E., 23 juill. 2010, n° 320188, Contrats-Marchés publics, n° 350, note G. Eckert, DA n° 140, note Brenet.

<sup>1160</sup> C.E., Sect. des travaux publics, Avis n° 371.234, 19 avril 2005,

## **§2- Une reconnaissance déployée**

**343.** Le législateur et les acteurs de la commande publique, très sensibilisés à la nécessité de satisfaire au mieux les besoins économiques et juridiques des personnes publiques, ont conduit à l'éclosion de nombreux schémas contractuels inspirés du bail emphytéotique du code rural<sup>1161</sup>, conduisant ainsi à une reconnaissance multiple de cette nature composite. Ainsi, en sus du bail emphytéotique administratif, coexistent des baux spécialisés dont certains ne sont accessibles qu'aux collectivités territoriales et établissements publics locaux (A), alors que d'autres relèvent de l'Etat (B).

### **A- Les baux relevant des collectivités territoriales et des établissements publics locaux**

**344.** Le législateur a créé deux types baux auxquels les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent ou ont pu recourir. Il s'agit d'une part des baux emphytéotiques administratifs conjoncturels (1), et d'autre part des baux emphytéotiques administratifs sectoriels (2).

#### **1- Des baux emphytéotiques administratifs conjoncturels**

**345.** Dans un cadre conjoncturel, le législateur a opéré des extensions du recours au bail emphytéotique administratif dans les domaines de la justice, de la police, de la gendarmerie nationale (a) et concernant le service départemental d'incendie et de secours (b).

##### **a- Le bail emphytéotique lié aux besoins de la justice**

**346.** La première extension du bail emphytéotique administratif concerne les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie. La loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de

---

<sup>1161</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés publiques quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3302, p. 690.

programmation pour la sécurité intérieure<sup>1162</sup>, dite « LOPSI », permet aux collectivités territoriales de conclure ce type de contrat en vue de satisfaire aux besoins immobiliers de services relevant de la compétence de l'État. Cette nouvelle opportunité est intégrée dans un plan d'ensemble qui a pour objectif de faire reculer l'insécurité en favorisant les conditions d'une utilisation plus efficace des forces. L'amélioration de l'état du parc immobilier mis à la disposition des services de police et de la gendarmerie doit concourir à son efficacité<sup>1163</sup>. Les rapporteurs des crédits consacrés à la justice, à la gendarmerie et à la police nationale révèlent que la situation immobilière de ces services est très inquiétante. L'érosion des dotations depuis plusieurs exercices budgétaires, aggravée par des mesures récurrentes de gel ou d'annulations, a entraîné le report des opérations et un bouleversement de la programmation avec pour conséquence des surcoûts pour le budget de l'Etat. Ce texte de loi doit permettre la mise en place un véritable « plan Marshall » en faveur des infrastructures immobilières de la gendarmerie et de la police nationale. L'article 3 comprend plusieurs dispositions encourageant le concours des collectivités locales à la réalisation d'opérations immobilières. Si elles n'opèrent pas un transfert aux collectivités locales de la compétence de la construction d'équipements liés à des activités régaliennes, elles permettent aux collectivités territoriales de participer à l'effort en faveur de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale en ayant recours, dans ce cadre, au bail emphytéotique administratif<sup>1164</sup>. La loi ajoute, au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales, une disposition qui énonce qu'« un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, en vue de l'accomplissement, pour le compte, de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou, jusqu'au 31 décembre 2007, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales »<sup>1165</sup>. La validité temporelle de cette disposition a été progressivement repoussée, au moins pour les opérations dont le principe ont été approuvé avant le 31 décembre 2007<sup>1166</sup>, puis a été renouvelée jusqu'au 31 décembre 2013 par l'article 96 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « LOPPSI

---

<sup>1162</sup> Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, JORF du 30 août 2002.

<sup>1163</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 10 juill. 2002.

<sup>1164</sup> COURTOIS Jean-Patrick, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, Rapport n° 371 (2001-2002) fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 juill. 2002, art. 3.

<sup>1165</sup> DELACOUR Eric, Loi sur la sécurité intérieure : Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 2003. ; LAVIALLE Christian, Les conventions de financement des équipements publics de sécurité intérieure et la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 : Contrats-Marchés publ. 2002, chron. 11.

<sup>1166</sup> Art. 119 de la loi n° 2007-1822 du 24 déc. 2007 portant loi de finances pour 2008, JORF du 27 déc. 2007.

II »<sup>1167</sup>. Il est précisé à l'article 96 de la loi que ces baux doivent être précédés d'une mise en concurrence et de mesures de publicité selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. L'article 137 de la loi de finances pour 2014 a prorogé de quatre ans c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2017, la période au cours de laquelle les collectivités territoriales peuvent conclure des baux emphytéotiques administratifs pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales<sup>1168</sup>.

### **b- Le bail emphytéotique concernant le service incendie et de secours**

**347.** La seconde extension de compétence du bail emphytéotique administratif concerne le service départemental d'incendie et de secours. L'article 125 de la loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 a autorisé la conclusion d'un bail emphytéotique administratif, par toute collectivité territoriale, en vue de répondre « aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours »<sup>1169</sup>. Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2010, l'application de cette disposition a été étendue jusqu'au 31 décembre 2013. Puis, de même que concernant les baux administratifs pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales, le législateur a prorogé jusqu'au 31 décembre 2017 les baux emphytéotiques administratifs conclus par les collectivités territoriales pour les besoins d'un service départemental d'incendie et de secours.

**348.** Ces dernières années, les baux emphytéotiques administratifs ont largement financés la construction de casernements de gendarmerie et de service incendie. Ils ont permis d'accélérer la mise à niveau du parc immobilier en lissant les investissements, en garantissant un bon niveau de maintenance, en faisant appel aux meilleures pratiques du marché et en s'inscrivant dans une logique de développement durable par la certification « Haute qualité environnementale ». La répétition de ces dispositifs, durant plusieurs années, a permis de sécuriser les opérations de construction ou réhabilitation en cours et de permettre la réalisation de nouvelles opérations immobilières. Le bail emphytéotique administratif présente l'avantage pour la collectivité territoriale, propriétaire du terrain, de lui permettre un meilleur étalement et une plus grande prévisibilité de la dépense. Néanmoins, ce mode de financement a également eu pour conséquence

---

<sup>1167</sup> Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JORF du 15 mars 2011.

<sup>1168</sup> Loi n° 2013-1278 du 29 déc. 2013 portant loi de finances pour 2014, JORF 30 déc. 2013.

<sup>1169</sup> Loi n° 2005-1720 du 30 déc. 2005 de finances rectificative pour 2005, JORF du 31 déc. 2005.

une hausse du coût de ces opérations liée d'une part à la prime de risque de l'opérateur privé, et d'autre part à une concurrence relativement limitée sur ce type d'offre. En effet, seuls les bailleurs sociaux ou certaines sociétés civiles immobilières spécialisées ont pu être intéressées par ce type de projet immobilier<sup>1170</sup>. Aussi, le législateur n'a pas prolongé ces dispositifs au-delà du 31 décembre 2017.

## **2- Des baux emphytéotiques administratifs sectoriels**

**349.** Le législateur a poursuivi sa démarche d'extension de la formule juridique proposée par le bail emphytéotique dans le cadre sectoriel en créant le bail emphytéotique administratif hospitalier (a) et le bail emphytéotique administratif culturel (b).

### **a- Le bail emphytéotique administratif hospitalier**

**351.** Initialement, les établissements hospitaliers ont la possibilité de recourir au bail emphytéotique du code rural sur le domaine privé hospitalier, pour la construction de résidences hôtelières, de logements de fonction ou de locaux dédiés à la recherche<sup>1171</sup>. Le Conseil d'État a également reconnu la possibilité pour les établissements publics de santé de conclure des baux emphytéotiques administratifs sur leur domaine public<sup>1172</sup>. Après la justice et les services d'incendie et de secours, les hôpitaux font à leur tour l'objet de mesures destinées à permettre la rénovation et l'extension du parc immobilier hospitalier. En effet, en 2003, les établissements publics de santé totalisent environ 40 millions de mètres carrés de surfaces, en grande partie vétustes et inadaptés aux besoins de l'hospitalisation. Comme l'investissement public de façon générale, la construction hospitalière connaît un fort ralentissement depuis les années 1980-1990, de sorte ce secteur témoigne d'un besoin massif d'investissement. Pour relever ce double défi, de temps et d'investissement, le Premier Ministre, dans son discours de politique générale devant le Parlement, fait l'annonce du plan Hôpital 2007<sup>1173</sup>. Ce dispositif apporte des mesures urgentes et exceptionnelles d'aide à l'investissement immobilier. Il envisage de donner aux établissements

---

<sup>1170</sup> PLACÉ Jean-Vincent, rapporteur spécial, Sénat, Projet de loi de finances pour 2014, notes de présentation.

<sup>1171</sup> TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, Répertoire de droit civil, Dalloz.fr, n° 69.

<sup>1172</sup> C.E., avis sect. soc., n° 356-101, 16 juill. 1994, EDCE 1994, p. 367, Grands avis du C.E., 1<sup>re</sup> éd., 1997, Dalloz, p. 571 ; avis sect. soc., n° 356-973, 24 janv. 1995, EDCE 1995, p. 467, Grands avis du C.E., préc., p. 511 et 576.

<sup>1173</sup> AUBERT Frédérique, Hôpital 2007 : le ministre de la santé présente son projet de modernisation des hôpitaux, AJDA 2002, p. 1314.

publics de santé la possibilité de recourir à des procédés contractuels leur permettant de rechercher des partenariats avec des constructeurs ou des promoteurs privés. Dans ce cadre, l'article 21 de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 a ajouté, au code de la santé publique, un article L. 6148-2 qui énonce, dans son 1<sup>er</sup> alinéa, qu' « un bien immobilier appartenant à un établissement public de santé ou à une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de l'établissement ou de la structure, d'une mission concourant à l'exercice du service public dont ils sont chargés ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence »<sup>1174</sup>. Le régime juridique de ce nouveau bail emphytéotique administratif présente certaines spécificités. Il est soumis, pour sa passation, au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence dont le cadre est fixé aux articles L. 6148-5 et suivants du code de la santé publique et qui est largement inspirée de celle qui régit la conclusion des contrats de partenariat<sup>1175</sup>. Il correspond à une forme de partenariat public/privé. Il s'agit à la fois d'un contrat de bail de longue durée relatif à un bien faisant partie du domaine hospitalier, et d'un outil global de la commande publique. L'article L. 6148-5-3 du code de la santé publique précise les clauses minimales que ces types de baux emphytéotiques administratifs doivent comporter, telle que la durée du bail strictement adaptée à l'objet du contrat ou encore les modalités de contrôle des opérations. A l'expiration du bail, les ouvrages réalisés deviennent la propriété du bailleur sans que ce dernier n'ait à verser une indemnité au preneur.

**352.** Si les baux emphytéotiques hospitaliers ont permis de relancer la construction et la réhabilitation immobilière, les mêmes problématiques que celles relatives aux baux relatifs à la justice et au service incendie apparaissent. Certaines chambres régionales des comptes observent un surdimensionnement des nouvelles structures, ou encore une mauvaise maîtrise de l'impact financier du loyer que les établissements hospitaliers s'engagent à verser au preneur propriétaire des locaux. Le bail emphytéotique a pour effet de majorer les charges d'exploitation de l'établissement et d'en masquer l'endettement. Aussi depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, dans l'espoir d'apporter un meilleur contrôle de leur endettement, les hôpitaux doivent intégrer ces baux dans

---

<sup>1174</sup> Ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, JORF du 6 sept. 2003.

<sup>1175</sup> BLEMONT Patrice, Nouveaux contrats pour construire et moderniser à l'hôpital : BJCP 2004, p. 2 ; DELACOUR Eric, Naissance du « BEA hospitalier » : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 167 ; TERNEYRE Philippe, Utilisation du bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé, BJCP 2004, p. 70 ; YOLKA Philippe, Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif : JCP A 2004, 1364.



leur bilan pour la partie investissement du loyer non encore payée<sup>1176</sup>. Néanmoins, cette dernière mesure ne s'est pas avérée suffisamment efficace et l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a abrogé l'article L. 6148-2 du code de la santé publique relatif au bail emphytéotique administratif hospitalier<sup>1177</sup>. Il n'est plus permis aux établissements publics hospitaliers d'en conclure<sup>1178</sup>.

## **b- Le bail emphytéotique culturel**

**353.** De longue date, les communes mettent des terrains leur appartenant à la disposition d'associations à vocation culturelle pour permettre à ces dernières d'édifier et de gérer de nouveaux lieux de culte et ce malgré le principe, consacré par la loi<sup>1179</sup>, interdisant aux collectivités publiques de participer au financement des édifices religieux. L'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code de la propriété des personnes publiques a alors créé un nouvel outil permettant aux collectivités territoriales d'agir envers les associations culturelles afin d'exercer leur culte, et ce malgré le principe de séparation des Églises et de l'État<sup>1180</sup>. Cette ordonnance propose, aux collectivités territoriales, un bail emphytéotique administratif dit « culturel » qui officialise et encadre ces pratiques. L'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales a été modifié et dispose désormais qu'un « bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural, ... en vue de l'affectation à une association culturelle d'un édifice du culte ouvert au public ». A ce titre, le Conseil d'Etat affirme la validité du recours à ce type de bail emphytéotique administratif alors même qu'il déroge à la loi de 1905<sup>1181</sup>. Toutefois, il apparaît que dans l'appréciation de la validité de ces contrats, sa jurisprudence hésite encore quant à l'équilibre à trouver entre le principe de non-subventionnement des cultes et la spécificité du bail emphytéotique tenant au caractère modique de la redevance mise à la charge de l'emphytéote<sup>1182</sup>. En outre, en vertu de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, le bail emphytéotique administratif culturel est réservé aux opérations exclusivement culturelles. Seule une association culturelle peut se voir consentir un tel contrat. Cependant en 2005, la procédure de

---

<sup>1176</sup> TechHôpital. com, Les pièges des baux emphytéotiques hospitaliers, 21/11/2013.

<sup>1177</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015.

<sup>1178</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1197, p. 452.

<sup>1179</sup> Loi du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, JORF du 11 déc. 1905.

<sup>1180</sup> Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du C.G.P.P.P, JORF n° 95 du 22 avril 2006.

<sup>1181</sup> C.E., ass., 19 juill. 2011, n° 320796, Vayssière c/ Cne Montreuil-sous-Bois.

<sup>1182</sup> PACHEN-LEFEVRE Marie Hélène et FONTAINE Cécile, Le recours au bail emphytéotique pour la construction d'édifices religieux, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011.

reconnaissance administrative du caractère cultuel des associations a été supprimée, générant ainsi une certaine insécurité juridique. Il s'agit à présent de se prononcer au cas par cas pour déterminer si une association présente ou non un caractère cultuel au sens de la loi du 9 décembre 1905. Selon la jurisprudence constante du Conseil d'Etat<sup>1183</sup>, une association qui se revendique culturelle doit répondre à plusieurs conditions cumulatives. Elle doit avoir pour objet exclusif l'exercice d'un culte, ne mener que des activités en relation avec cet objet (telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte...), et ses activités ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public<sup>1184</sup>. Enfin, en vertu de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, le bail emphytéotique administratif cultuel ne peut être consenti que pour permettre l'affectation d'un édifice du culte ouvert au public<sup>1185</sup>. Cette condition peut apparaître trop restrictive dans la mesure où, selon la jurisprudence, ne sont regardés comme constituant des édifices du culte que les locaux directement affectés au culte ou qui en constituent une dépendance immédiate et nécessaire<sup>1186</sup>. En conséquence, pour exemple, toute activité annexe à l'exercice d'un culte, telle la vente d'ouvrages ou l'organisation de séminaires, devrait être exercée dans un local distinct de celui faisant l'objet du bail emphytéotique administratif cultuel.

**354.** De tous les baux emphytéotiques administratifs spécifiques dédiés aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux, seul le bail emphytéotique administratif cultuel perdure. A l'inverse des autres baux emphytéotiques spécifiques qui n'ont finalement pas fait preuve d'une grande efficacité dans la maîtrise économique des finances des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, le bail emphytéotique cultuel ne présente pas qu'un seul intérêt économique direct. Le bail cultuel n'a pas été réformé par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics<sup>1187</sup>, et échappe aux procédures de publicité et de mise en concurrence. Après plusieurs années d'extensions législatives successives, et mise à part le bail cultuel, le bail emphytéotique administratif local se voit à nouveau réduit à son champ d'action le plus simple. Les collectivités territoriales ne peuvent plus contracter un tel contrat qu'en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence. Pour réaliser les opérations visant à la réalisation d'un ouvrage affecté à l'une des missions régaliennes, les collectivités doivent recourir aux marchés publics et aux contrats de concessions.

---

<sup>1183</sup> C.E. Avis, Sect. de l'intérieur, 14 nov. 1989, n° 23460490 ; C.E., 24 oct. 1997, req. n° 187122 ; C.E. 28 avril 2004, req. n° 248467 ; C.E. 23 juin 2000, req. n° 215109.

<sup>1184</sup> C.E., sect., 10 fév. 2017, n° 395433, Ville de Paris : JurisData n° 2017-002279 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 102, note M. Ubaud-Bergeron.

<sup>1185</sup> C.A.A. Lyon, 12 juin 2003 ; C.A.A. Paris, 15 juin 1999, req. n° 96PA01104.

<sup>1186</sup> C.A.A. Lyon, 12 juin 2003, Ass. Centre évangélique, C.A.A. Paris, 15 juin 1999, Ass. Eglise orthodoxe française, req. n° 96PA01104.

<sup>1187</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015.

Il peut être conclu à l'échec de ce dispositif visant à la maîtrise des finances locales. L'élan législatif conduisant à la multiplication du bail emphytéotique administratif spécifique local a été de courte durée.

## **B- Les baux relevant de l'Etat**

**355.** Jusqu'en 2009, l'Etat ne peut pas conclure de baux emphytéotiques administratifs sur son domaine public. Le législateur poursuivant l'élan qui l'a conduit à multiplier les baux emphytéotiques locaux a saisi l'opportunité de permettre à l'Etat non seulement de recourir aux baux emphytéotiques administratifs spéciaux (1), mais également de lui reconnaître l'accès au bail à construction administratif (2).

### **1- Le recours aux baux emphytéotiques administratifs**

**356.** L'Etat peut recourir à deux types de baux emphytéotiques administratifs. Le premier est consacré à la construction de logements sociaux (a), et le second permet la restauration, la réparation ou la mise en valeur des dépendances domaniales de l'Etat (b).

#### **a- Le bail emphytéotique « logements sociaux »**

**357.** Initialement, l'Etat ne peut conclure que des baux emphytéotiques de droit civil sur son domaine privé, et ne peut avoir recours aux montages de valorisation domaniale dont bénéficiaient les collectivités territoriales depuis la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation<sup>1188</sup>. Ce texte n'est effectivement applicable qu'aux collectivités locales et à leurs établissements publics et non aux biens domaniaux de l'Etat<sup>1189</sup>. Depuis la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et

---

<sup>1188</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988 ; Art. L. 1311-1 et s. du C.G.C.T.

<sup>1189</sup> Rép. Min., J.O. 12 oct. 1992, p. 4727 ; JCP 1992-V-p. 147.

privés<sup>1190</sup>, dont le titre premier s'intitule « faciliter la construction », et aux termes de son article 7, un bien immobilier appartenant à l'Etat ou ses établissements publics peut désormais faire l'objet d'un bail emphytéotique administratif en vue de la réalisation de logements sociaux. Ce dispositif s'inscrit dans un plan de relance de l'économie de 26 milliards d'euros annoncé par le Président de la République qui doit conduire à la mise en œuvre d'un volet logement permettant de faciliter l'action des bailleurs sociaux<sup>1191</sup>. Pour la première fois, la possibilité de conclure des baux emphytéotiques sur le domaine public de l'Etat est affirmée. Toutefois cette possibilité reste limitée à un objectif sectoriel qui concerne particulièrement les organismes HLM. Seule la construction de logements sociaux ait autorisée<sup>1192</sup>.

**358.** En outre, afin d'appuyer cette volonté politique de favoriser la construction de logements sociaux dont la nécessité ne cesse d'être constatée<sup>1193</sup>, la loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social est promulguée<sup>1194</sup>. L'objectif du gouvernement est la construction annuelle de 500 000 logements, dont 150 000 logements sociaux. Pour ce faire, ce texte comporte deux volets. Le premier a porté le quota de logements sociaux exigé de la part de certaines communes de 20 à 25 % des résidences principales. Le second étend et précise les possibilités de céder à un prix inférieur à leur valeur vénale les terrains bâtis ou non, destinés à la construction de logements sociaux détenus par l'Etat. Cet aménagement du principe d'incessibilité de l'Etat à un prix inférieur à leur valeur, validé par le Conseil constitutionnel<sup>1195</sup>, peut aller jusqu'à la gratuité de la valeur de terrain. L'article 5 de la loi prévoit l'application de ce dispositif aux baux emphytéotiques et permet que la redevance d'un bail emphytéotique, consenti pour le même objet et dans les mêmes conditions, intègre une décote de proportion équivalente à celle qui résulte du régime de cession.

**359.** Enfin, il faut préciser que le bail emphytéotique administratif dit « logement social » n'a fait l'objet d'aucune codification. Pour M. Laffitte « cette absence illustre surtout que le bail emphytéotique administratif logement social n'a pas été conçu comme un instrument de

---

<sup>1190</sup> Art. 7-1 et II de la loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, RDI 2009. 541, note N. FOULQUIER.

<sup>1191</sup> Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF du 18 fév. 2009, Exposé des motifs.

<sup>1192</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 457 et svts.

<sup>1193</sup> USH, Financement du logement social : l'Union sociale pour l'habitat appelle le Gouvernement à sortir du double jeu, Communiqué de Presse du 21/11/2019 : « Deux millions de ménages sont en attente d'un logement social. »

<sup>1194</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>1195</sup> Cons. Const. Déc. n° 2012-660 DC du 17 janv. 2013, JORF du 18 janv. 2013.

valorisation du domaine de l'Etat, mais bien comme un levier de financement public/privé au service de l'Etat et des opérateurs du logement social »<sup>1196</sup>. Il constitue un outil de financement public/privé, limitant les pouvoirs et prérogatives du preneur dans le cadre du bail emphytéotique administratif mais auquel il est toutefois reconnu un droit réel. Le bail emphytéotique administratif « logements sociaux » est un outil supplémentaire, permettant avec le bail à réhabilitation et le bail réel solidaire de droit privé, de favoriser la construction de logements sociaux. L'Etat peut, par ce contrat, faire démonstration de sa volonté dans ce domaine et devenir un acteur direct de la construction sociale.

### **b- Le bail emphytéotique « valorisation »**

**360.** La loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services marque la naissance du bail emphytéotique administratif valorisation<sup>1197</sup>. Ce dernier, codifié à l'article L. 2341-1 du code générale de la propriété des personnes publiques, doit permettre la restauration, la réparation ou la mise en valeur de biens immobiliers appartenant à l'État et aux établissements publics consulaires. Celui-ci doit son existence à la volonté de l'Etat de faire restaurer l'Hôtel de la Marine qui abrite, place de la Concorde à Paris, les services administratifs de la marine militaire, sans en céder la propriété. L'Etat envisage de louer ce bâtiment en accordant des droits réels à son locataire, à qui incombe sa restauration, et en lui imposant des obligations d'intérêt général, ce qu'interdit le régime du bail emphytéotique de droit privé<sup>1198</sup>. Contrairement au bail emphytéotique classique qui n'implique pas obligatoirement une mise en valeur du fond, l'objet de ce nouveau bail emphytéotique administratif impose de façon impérative la réalisation de travaux. Néanmoins, si les termes « restauration » et « réparation » paraissent clairs, celui de « mise en valeur » est plus vague. Il paraît acquis qu'il n'impose pas obligatoirement que l'occupant accomplisse des travaux sur l'ouvrage. La mise en valeur de ce dernier peut consister en la réalisation d'un autre ouvrage ou simplement en une amélioration de son exploitation, par exemple, en attirant un public plus nombreux<sup>1199</sup>. Les modalités de contrôle

---

<sup>1196</sup> LAFFITTE Olivier, Un nouveau levier de financement : le BEA logement social, Contrats Publics n° 108 mars 2011.

<sup>1197</sup> Loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF du 24 juill. 2010.

<sup>1198</sup> FOULQUIER Norbert, Le nouveau BEA valorisation : Art. L 2341-1 du C.G.P.P.P. ; YOLKA Philippe, Reconversion de l'hôtel de la Marine, AJDA 2011. 429.

<sup>1199</sup> FATOME Etienne et RAUNET Michèle, Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation, AJDA 2010. 2475 ; FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1225, p. 459.

de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire sont prévues dans le bail. L'absence de cette précision emporte la nullité du contrat. Ce bail étant un contrat administratif, il permet, en conséquence, de réserver à l'administration un droit de veto sur l'activité exercée par l'emphytéote sur le domaine, après qu'il l'a restauré, réparé ou mis en valeur. Cependant ces clauses doivent être limitées, au risque d'accorder des pouvoirs très forts à l'administration bailleuse, de voir celle-ci devenir le maître d'ouvrage des constructions réalisées par l'emphytéote et en définitive d'en perdre toute attractivité.

**361.** Par la suite, l'article 72 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a modifié l'article L. 2341-1 du code précité. L'objet de cette modification est d'instaurer une distinction entre ce type de bail et les autres contrats publics, les marchés publics et les contrats de concession, qui peuvent s'en rapprocher. L'article L. 2341-1 précise à présent que ce type de bail emphytéotique administratif « ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. » Concrètement, le plus souvent seul le mode de rémunération du titulaire permet de différencier le marché public de travaux de la concession de travaux publics. Dans un marché public, l'opérateur économique perçoit une contrepartie financière du pouvoir adjudicateur, alors que dans la concession de travaux, l'opérateur se rémunère via l'exploitation de l'ouvrage. Concernant ce type de bail, l'article L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques, le preneur tire sa rémunération de revenus directement issus de l'exploitation de l'ouvrage objet des travaux réalisés par lui.

**362.** Le risque de requalification en concession de travaux publics est prégnant, emportant par voie de conséquence la soumission de la passation du contrat aux procédures de publicité et de mise en concurrence prévues par l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics<sup>1200</sup>, et par décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique<sup>1201</sup>. L'Etat doit analyser minutieusement son projet et ses besoins avant de conclure si tel

---

<sup>1200</sup> Ord. n° 2009-864 du 15 juill. 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, JORF du 16 juill. 2009.

<sup>1201</sup> Décret n° 2010-406 du 26 av. 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, JORF du 28 av. 2010.

contrat constitue un bail emphytéotique « valorisation », un marché public, une concession de travaux publics ou encore une convention de délégation de service public.

## **2- Le recours au bail à construction administratif**

**363.** Dans le prolongement du bail emphytéotique administratif « logements sociaux », le législateur a créé un nouveau contrat désigné comme « bail à construction administratif » (a), dont la jurisprudence a étendu le domaine d'application (b).

### **a- La création du bail à construction administratif**

**364.** Régi par les articles L. 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, le bail à construction est, initialement, réservé au domaine privé d'une personne publique, et ce dans un intérêt aussi bien privé<sup>1202</sup>, que public<sup>1203</sup>. Son contentieux est alors judiciaire<sup>1204</sup>. Néanmoins, il est apparu qu'à l'instar du bail emphytéotique, le bail à construction peut constituer une opportunité juridique pour l'Etat<sup>1205</sup>. En conséquence, le décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques dispose que les terrains de l'Etat peuvent être loués pour une durée supérieure à 18 ans sur la proposition du ministre compétent, après avis du ministre chargé de l'urbanisme, en vue de la réalisation d'opérations d'urbanisme ou de construction<sup>1206</sup>. Ce même texte précise que l'Etat et le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles, des armées ou des services du ministère de la défense, et comportant, au profit de l'Etat, une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations ainsi édifiées. Le principe de libre cession inhérent au droit réel immobilier est aménagé afin de

---

<sup>1202</sup> C.E. 23 juin 2004, Ass. éducative ACTP, LPA 15 févr. 2005, p. 14, chron. J. Morand-Deville.

<sup>1203</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 déc. 1995, SIVU Nistos, Bull. civ. I, n° 481.

<sup>1204</sup> T. C. 7 juill. 2014, n° 3958, Mutuelle Eovi Usmar services et soins.

<sup>1205</sup> YOLKA Philippe, A propos du « bail à construction administratif », AJDA 2016. 1145.

<sup>1206</sup> Décret n° 2011-1612 du 22 nov. 2011 relatif aux 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> parties réglementaires du C.G.P.P.P., JORF du 24 nov. 2011.

préserver les exigences du service public. L'Etat a intégré l'intérêt du bail à construction afin de faciliter notamment la création de casernement de gendarmerie ou police.

**365.** La loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social<sup>1207</sup> venant modifier l'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés relatif aux baux emphytéotiques administratifs<sup>1208</sup>, a ajouté la possibilité pour l'Etat et ses établissements publics, d'avoir recours au bail prévu au chapitre Ier du titre V du livre II du code de la construction et de l'habitation, en vue de la réalisation de logements sociaux. Les dispositions du code précité visent le bail à construction<sup>1209</sup>. Ainsi, ce type de bail peut également être conclu en vue de la construction de logements sociaux sur des terrains relevant aussi bien du domaine privé que du domaine public<sup>1210</sup>. Le Conseil d'Etat a apporté une précision, relative aux caractéristiques du domaine public, dans un arrêt du 13 février 2015<sup>1211</sup>. Celui-ci a énoncé que « les terrains qui n'ont pas fait l'objet, par le bailleur, personne publique, d'une décision expresse de déclassement les faisant entrer dans le domaine privé de celui-ci, dépendent toujours du domaine public. En vertu du principe d'inaliénabilité du domaine public, ils ne peuvent donc pas être cédés au preneur en fin de bail à construction, même si le contrat prévoit un tel transfert ». Le Conseil d'Etat fait une application générale de la disposition introduite par le décret n° 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques<sup>1212</sup>.

---

<sup>1207</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>1208</sup> Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF du 18 fév. 2009.

<sup>1209</sup> Art. L. 251-1 à L. 251-9 du CCH.

<sup>1210</sup> KAN-BALIVET Béatrice, La mobilisation du foncier public en faveur du logement, Drt et Ville, 2013, n° 75, p. 173.

<sup>1211</sup> C.E., 13 fév.2015, n° 376864.

<sup>1212</sup> Décret n° 2011-1612 du 22 nov. 2011 relatif aux 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> parties réglementaires du C.G.P.P.P., JORF du 24 nov. 2011.



## **b- L'extension jurisprudentielle du domaine d'application**

**366.** Le droit administratif est avant tout une création de la justice administrative. L'application du code civil à l'administration ayant été expressément écartée<sup>1213</sup>, il a été nécessaire de déterminer le droit qui lui est applicable. C'est la juridiction administrative, et essentiellement le Conseil d'État, qui l'a élaboré<sup>1214</sup>. La jurisprudence joue un rôle de premier ordre dans la construction du droit administratif, allant jusqu'à faire une interprétation audacieuse des textes ou à poser des principes en dehors de toute disposition explicite<sup>1215</sup>. L'extension du domaine d'application du bail à construction administratif en est un exemple.

**367.** Un arrêt du 11 mai 2016 relatif à la construction de l'usine de traitement des déchets de Fos-sur-Mer a permis au Conseil d'État de l'autoriser, sous conditions<sup>1216</sup>. Le Conseil d'État précise que l'article L. 2122-6 du code général de la propriété des personnes publiques n'interdit pas la constitution de droits réels à la fois sur les installations édifiées sur le domaine public et sur le domaine public lui-même. Le bail à construction n'est pas, par nature, incompatible avec le régime de la domanialité publique. Néanmoins, il doit respecter les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques et, pour les collectivités territoriales, du code général des collectivités territoriales, applicables aux autorisations d'occupation temporaires du domaine public constitutives de droits réels. Ce bail à construction doit répondre aux mêmes nécessités imposées par le droit administratif au bail emphytéotique. Il est impossible au preneur de consentir des servitudes autres que celles compatibles avec l'affectation du domaine, et celui-ci doit recueillir l'agrément préalable de l'autorité compétente avant la cession des droits réels conférés par le contrat. Le preneur ne peut grever lesdits droits réels de privilèges et d'hypothèques autres que ceux permettant de garantir les emprunts contractés en vue de financer la réalisation<sup>1217</sup>. C'est pourquoi le Conseil d'État dans son arrêt du 11 mai 2016 a décidé que la convention conclue entre la Communauté urbaine et le Port autonome de Marseille pour la construction de l'usine de traitement des déchets, ne respectant ces conditions, est illégale. Les collectivités territoriales sont autorisées à recourir au bail à construction administratif dans des

---

<sup>1213</sup> C.E. 6 déc. 1855, Rotschild ; T. confl. 8 fév. 1873, Blanco.

<sup>1214</sup> DELVOLLE Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Collection : *Connaissance du droit*, 2018, p. 79.

<sup>1215</sup> FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, *Droit administratif*, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2017-2018, n° 155, p. 114.

<sup>1216</sup> C.E., 11 mai 2016, n° 390118, Cnauté urbaine Marseille-Provence-Métropole : *JurisData* n° 2016-008937 ; DUTHEILLET DE LAMOTHE Louis et ODINET Guillaume, *Bail à construction sur le domaine public : la chose sans le nom*, AJDA 2016, p. 1173 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 184, P. Devillers ; JCP A 2016, act. 429, obs. M. Boul.

<sup>1217</sup> FOULQUIER Norbert, *Le bail à construction administratif HLM*, LPA 2013, n° 113, p. 59.

conditions similaires au bail emphytéotique administratif, ce qui l'éloigne d'autant de son homologue de droit privé.

**368.** Ces baux de longue durée administratifs ont en commun d'avoir été institués par des interventions législatives circonstanciées ou sectorielles. La doctrine s'est montrée critique. Elle a dénoncé l'absence de cohérence, de réflexion d'ensemble. Elle a déploré la grande complexité créée par les réformes successives entreprises depuis 1988<sup>1218</sup>, l'avènement de ces contrats ayant aggravé le phénomène de multiplication des titres d'occupation du domaine public constitutifs de droits réels spéciaux, sans véritable cohérence d'ensemble. Nonobstant, cette multiplication des baux de longue durée spéciaux témoigne, depuis ces dernières décennies, de la réelle volonté de valorisation du domaine public tant pour l'État que pour les collectivités territoriales. Certains auteurs parlent d'opportunisme législatif car ces baux réels de longue durée administratifs ont été principalement utilisés comme une technique de financement d'opérations immobilières<sup>1219</sup>. Il est constaté que la grande majorité des baux emphytéotique administratifs locaux n'ont pas été prolongés. Les résultats économiques et financiers de ces partenariats publics/ privés ne sont pas révélés très probants, et le législateur a finalement privilégié les contrats soumis aux règles de la commande publique. Néanmoins, les collectivités territoriales voient encore une opportunité dans le bail emphytéotique administratif<sup>1220</sup>, dont les manifestations sont dictées par sa nature composite de droit public.

---

<sup>1218</sup> DELVOLVÉ Pierre, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence, RDI 2010. 584.

<sup>1219</sup> FOULQUIER Norbert, L'art. L. 2341-1 du C.G.P.P.P. : le nouveau BEA valorisation, Revue de Droit Immo., fév. 2011 p. 112.

<sup>1220</sup> Exemples : Avis d'attribution du 14/09/2015 d'un bail emphytéotique administratif pour l'opération de construction de logements à caractère social, Commune de Sainte Catherine (62223) ; Avis d'attribution du 04/05/2018 d'un bail emphytéotique administratif portant sur la rénovation et l'exploitation d'un bâtiment au lieu-dit « la ferme des Violettes » sur le Grand Parc Miribel Jonage et pour son utilisation dans le respect et la poursuite des 4 vocations du site, à savoir la préservation de la ressource en eau potable, la préservation et la sensibilisation au patrimoine naturel, la gestion des crues et l'accueil du public, Commune de Vault en Velin (69120) ; Avis d'attribution du 30/03/2020 d'un bail emphytéotique administratif portant sur l'occupation du domaine privé de la Commune de La Tour (06420) en vue de l'installation et l'exploitation d'un parc photovoltaïque.

## **Section 2 - Les manifestations de la nature composite**

**369.** Les manifestations de la nature composite, de droit public, du droit réel octroyé au preneur de bail réel de longue durée administratif sont marquées par un encadrement adapté (§1), et s'expriment au travers d'un champ fonctionnel spécifique répondant au statut administratif de ce contrat (§2).

### **§1- L'encadrement de la nature**

**370.** Le bail emphytéotique administratif est un contrat de nature administrative. Il ne peut être mis en œuvre que sous certaines conditions découlant à la fois du statut de bailleur et du classement du bien immobilier objet du bail dans le domaine public. Les caractéristiques de cette nature conduisent à déterminer un périmètre qui encadre la liberté contractuelle des parties (A), et qui imposent le respect d'un mode de passation conforme à la théorie générale de la commande publique (B).

#### **A- La détermination d'un périmètre**

**371.** L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 dispose qu'un bien immobilier issu du domaine public appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale « d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence »<sup>1221</sup>. Certains auteurs en ont conclu que cette rédaction, en énonçant ces deux notions distinguées que sont l'intérêt général et la mission de service public, a créé deux types de baux réels immobiliers administratifs. M. Pintat écrit que « qu'il existe deux types principaux de baux emphytéotiques administratifs : celui dédié à une mission de service public et celui dit d'intérêt général »<sup>1222</sup>. Ces notions « d'intérêt général » et de « mission de service public » n'ont pas été définies par les textes, nonobstant la doctrine énonce que le service public est une activité d'intérêt général, assurée ou

---

<sup>1221</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

<sup>1222</sup> PINTAT Pierre, Le BEA d'intérêt général : un mode contractuel adapté aux EHPAD, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 69

assumée par une personne publique et régie au moins partiellement par des règles de droit public<sup>1223</sup>. Ces deux notions, d'intérêt général (1) et de mission de service public (2), qui sont à la fois distinguent et liées, doivent être examinées successivement afin de déterminer le périmètre du cadre du bail emphytéotique administratif.

## 1- L'intérêt général

**372.** La notion d'intérêt général doit être définie précisément (a), pour ensuite pouvoir procéder à l'analyse de son interprétation (b).

### a- La notion

**373.** La notion d' « intérêt général » supplante la notion de « bien commun », marquée par de fortes idées morales et religieuses, dans le courant du XVIIIème siècle. Deux conceptions de l'intérêt général s'opposent. La première voit l'intérêt général comme la somme des intérêts particuliers, alors que la seconde envisage, dans cette notion, le dépassement des intérêts particuliers<sup>1224</sup>. Il semble que, ces dernières années, la seconde conception a été prépondérante. En effet, dans la doctrine républicaine, « l'intérêt général est l'œuvre du législateur et son contenu est déterminé par la loi qui est l'essence général de l'Etat et le ciment de la société »<sup>1225</sup>. L'idée prévaut que les besoins de l'intérêt général ne sont pas seulement l'addition des intérêts particuliers<sup>1226</sup>. Ils transcendent ceux-ci, les dépassent, et ce bien qu'ils puissent se rapporter en pratique à des cercles plus ou moins étendus ainsi qu'en témoigne l'interprétation qui en est faite.

---

<sup>1223</sup> VAN LANG Agathe, GONDOUIN Geneviève, INSERGUET-BRISSET Véronique, Dictionnaire de droit administratif, 7<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2015.

<sup>1224</sup> C.E., rapport public 1999, L'intérêt général, EDCE n° 50, p. 248 ; FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Droit administratif, 11<sup>ème</sup> éd., 2017-2018, LGDJ, 2017, n° 363, p. 239.

<sup>1225</sup> C.E., rapport public 1999, L'intérêt général, EDCE n° 50, p. 262.

<sup>1226</sup> CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas et TOURBE Maxime, Droit administratif, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2016, n° 7, p. 7 ; WALINE Jean, Droit administratif, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 391, p. 410.

## **b- L'interprétation**

**374.** Le code général des collectivités territoriales précise que le bail emphytéotique administratif peut être utilisé par une collectivité pour une opération d'intérêt général « relevant de sa compétence »<sup>1227</sup>. Néanmoins, les censures de baux emphytéotiques administratifs, au motif qu'ils ne justifient pas d'un intérêt général, sont assez rares. Il a toutefois été jugé que ne présente pas un tel caractère un bail passé avec une association prévoyant la restauration de locaux communaux, affectés exclusivement à l'activité de l'association preneuse, sans assigner aucune obligation de service public, ni prévoir d'aide de la commune ou encore de contrôle de cette dernière sur l'activité de l'association dans les lieux en cause<sup>1228</sup>. De même, le Conseil d'Etat<sup>1229</sup>, dans un avis daté du 16 juin 1994, rendu à propos des baux des établissements publics de santé, a indiqué qu'« il n'est pas possible à un établissement public de santé de conclure un bail emphytéotique à seule fin de permettre l'installation, sur son domaine public, d'un médecin du secteur libéral ». En dehors de circonstances particulières qui ne sont pas évoquées par la demande d'avis, une telle opération, qui peu procurer un avantage concurrentiel certain au médecin bénéficiaire, ne peut se rattacher ni à l'accomplissement d'une mission de service public, ni à la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de l'établissement, seuls objectifs en vue desquels, aux termes de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 « un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, en faveur d'une personne privée, d'un bail emphytéotique ». Ces deux décisions démontrent qu'un bail emphytéotique administratif ne peut pas avoir pour objectif la satisfaction des seuls besoins de l'emphytéote.

**375.** Il apparaît que la notion d'intérêt général est interprétée assez souplesse. Les imbrications des interventions publiques et privées, ainsi que des objectifs poursuivis concourent à une plus grande souplesse d'analyse des situations<sup>1230</sup>. Ainsi, est reconnu d'intérêt général un bail conclu pour la réalisation ou encore la réhabilitation d'un ouvrage qui est mis à la disposition de la collectivité, grâce au montage dit « aller-retour » aboutissant à la conclusion de conventions indissociables, d'une part, d'un bail emphytéotique administratif, et d'autre part, de location par la collectivité de biens construits/réhabilités. Dans ce cadre, les parties signent d'abord un bail emphytéotique par laquelle la collectivité autorise l'occupation du domaine et octroie des droits réels sur les biens construits sous la maîtrise d'ouvrage de l'emphytéote, puis une convention de

---

<sup>1227</sup> Art. L. 1311-2 du C.G.C.T.

<sup>1228</sup> T.A. Marseille, 21 déc. 1990, Grangeon, Dr. adm.1991, comm . 520.

<sup>1229</sup> C.E., 16 juin 1994, avis n°356101, EDCE 1994, p. 367.

<sup>1230</sup> FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Droit administratif, 11<sup>ème</sup> éd., 2017-2018, LGDJ, 2017, n° 366, p. 241.

location par laquelle ce dernier met le bien qu'il aura réalisé à la disposition de la collectivité et lui assure le cas échéant l'entretien de l'ouvrage. L'emphytéote se rémunère alors par le biais de la location de l'ouvrage à la collectivité. A ce dispositif, peut être ajoutée la conclusion d'une convention d'exploitation technique par laquelle l'emphytéote assure à la collectivité la maintenance et l'entretien de l'ouvrage<sup>1231</sup>. De plus, si un bail emphytéotique administratif ne peut pas avoir pour objectif la satisfaction des seuls besoins de l'emphytéote, il peut en revanche être utilisé dans le cadre d'un projet immobilier au sein duquel s'intègre une opération d'intérêt général, comme l'extension des locaux d'un hôtel de ville au sein d'un bâtiment abritant des bureaux privés<sup>1232</sup>. Les potentialités de cette dernière hypothèse sont connues par les collectivités. Aux avantages financiers certains, s'ajoute le fait que les collectivités ont également la volonté de valoriser un patrimoine immobilier qui peu présenter, de part sa situation et ses caractéristiques architecturales, un réel intérêt pour les opérateurs privés<sup>1233</sup>. La collectivité peut également s'engager dans un bail emphytéotique administratif avec un tiers qui s'engage à construire sous la maîtrise d'ouvrage un établissement participant d'une opération d'intérêt général liée aux compétences de la collectivité. L'emphytéote entretient et exploite ensuite de manière autonome l'activité dont l'ouvrage est le support. Il n'est pas chargé d'une mission de service public par la collectivité mais gère l'activité pour son compte. La souplesse de l'interprétation jurisprudentielle de la condition liée à l'intérêt général du projet présente des perspectives et opportunités attractives pour collectivités. Néanmoins, l'opération d'intérêt général n'est pas constitutive d'une mission de service public<sup>1234</sup>, et à la lecture de l'article 13 de la loi de 1988, il apparaît également indispensable de procéder à l'analyse de ce principe.

## 2- Une mission de service public

**376.** La notion de service public est délicate a caractérisé, et ce alors même qu'elle légitime l'intervention publique. Il apparaît alors indispensable d'en faire l'étude (a). Nonobstant, alors que

---

<sup>1231</sup> LE BOUEDEC Pierre, BEA des collectivités locales et intérêt général, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 32.

<sup>1232</sup> C.E., sect.25 fév. 1994.

<sup>1233</sup> Pour exemple, l'OPH de Haute Loire a ainsi conclu un bail emphytéotique administratif daté du 27 novembre 2014 avec la commune du Monastier (Haute Loire) permettant la réalisation, dans un immeuble classé, idéalement situé en centre bourg et surplombant la vallée, les locaux de l'Hôtel de ville, une crèche, un dentiste et des logements sociaux.

<sup>1234</sup> FRIER Pierre-Laurent et PETIT Jacques, Droit administratif, 11<sup>ème</sup> éd., 2017-2018, LGDJ, 2017, n° 367, p. 241.

le bail emphytéotique administratif a vu son champ d'application s'étendre, et que la notion de service public y été initialement intégrée, le législateur l'a supprimé du cadre de ce contrat (b).

### **a- La notion**

**377.** Dans sa décision du 21 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a indiqué que « les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; ...qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté »<sup>1235</sup>. Il est admis que la notion de service public est utilisée pour désigner « les activités visant l'intérêt général assurée ou assumée par l'administration »<sup>1236</sup>. Cependant, de la même façon qu'il existe plusieurs conceptions de la notion d'intérêt général, la notion de service publique reste très controversée<sup>1237</sup>. C'est une notion capitale qui concourt à la définition du contrat administratif, du domaine public, des travaux publics, de la fonction publique et qui forme un ensemble qui déroge au droit privé. Depuis sa consécration au début du XXème siècle, elle n'a cessé d'évoluer. La notion moderne de service public, comprise comme autant d'activité d'intérêt général prise en charge par une personne publique, n'est pas plus simple à déterminer. Selon M. Weil, « s'il est facile de reconnaître un service public organique, rien n'est plus malaisé que de définir un service public au sens matériel du terme. À lui seul le but d'intérêt général qui paraît le caractériser est trop flou et trop incertain, car en fin de compte presque toutes les activités humaines concourent à un titre ou à un autre à l'intérêt général. Il faut donc y ajouter quelque chose car la notion d'intérêt général est certes nécessaire, mais ne constitue pas un critère suffisant »<sup>1238</sup>.

**378.** Le juge administratif, dans son appréhension de la notion de service public, adapte sa jurisprudence aux fluctuations de l'intérêt général qui dépendent autant des circonstances de temps et de lieu, que des choix politiques des autorités publiques. Face à la relativité de la notion

---

<sup>1235</sup> Cons. const. 21 juillet 1994, Déc. n° 94-346, JO 23 juillet 1994, RTD civ. 1995. 656, obs. Zenati.

<sup>1236</sup> CHAPUS René, Le service public et la puissance publique, RDP 1968.239.

<sup>1237</sup> CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas et TOURBE Maxime, Droit administratif, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2016, n° 690, p. 608 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2012, p. 46.

<sup>1238</sup> WEIL Prosper, Le Droit administratif, PUF, Paris 1968.

d'intérêt général, le juge a recours à l'idée de « service public par nature ». Le juge administratif et une grande partie de la doctrine ont la conviction que certaines activités revêtent par elles-mêmes une importance essentielle à la solidarité nationale, ou qu'elles sont indissociables de l'existence des personnes publiques<sup>1239</sup>. En conséquence, il ne se contente pas de reconnaître les services publics créés par le législateur, mais attribue à l'administration la possibilité de créer des services publics dans le silence des textes<sup>1240</sup>. Il a également été admis qu'une mission de service public puisse être gérée par une personne privée, dès lors que l'activité exercée présente un intérêt général, qu'elle s'exerce sous le contrôle d'une personne publique et que la personne privée qui l'exerce est dotée de prérogatives de puissance publique. Puis, la jurisprudence s'est assouplie et le Conseil d'Etat a rendu facultative la condition relative à la détention par la personne privée de prérogatives de puissances publiques<sup>1241</sup>. Plus récemment, dans un arrêt daté du 22 février 2007, le juge administratif a précisé que « même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »<sup>1242</sup>. Ainsi, l'attribution à une activité de la qualité de service public procède toujours de la décision d'une personne publique. Pour déterminer si l'administration a entendu créer ou mettre en place une mission de service public au travers d'une activité d'intérêt général prise en charge par une personne privée, le juge administratif doit avoir recours à un faisceau d'indices qui permet de déterminer si plusieurs des conditions énoncées précédemment sont réunies<sup>1243</sup>.

---

<sup>1239</sup> BOUSSARD Sabine, L'éclatement des catégories de services public et la résurgence du service public par nature, RFDA 2008, p. 43 ; C.E. 17 déc. 1997, n° 181611, Ordre des avocats à la C.A. de Paris, Lebon 491, AJDA 1998. 362, note B. Nouel et concl. J-D. Combrexelles.

<sup>1240</sup> GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2012, p. 58.

<sup>1241</sup> C.E. 20 juillet 1990, n° 69867, Ville de Melun, Lebon 220 ; JCP 1991. 21663, note E. Fatôme.

<sup>1242</sup> C.E. sect. 22 fév. 2007, n° 264541, APREI, Lebon 92, concl. C. Vérot ; JCP adm. 2007. Comm. 2066, concl. Vérot et note M-C. Rouault.

<sup>1243</sup> GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2012, p. 61.



## **b- L'application et la suppression**

**379.** Initialement, lorsque le bail emphytéotique administratif n'est pas conclu dans l'objectif de réaliser une opération d'intérêt général, il doit être lié à une mission de service public, à peine d'illégalité. Selon M. Pintat, le bail emphytéotique administratif dédié à une mission de service public s'apparente à un contrat de délégation de service public sous forme de concession. Il ajoute qu'en outre « si le bail emphytéotique administratif n'était pas qualifiable en tant que tel de délégation de service public, la qualification de la convention non-détachable en délégation de service public emportera qualification pour l'entier dispositif »<sup>1244</sup>. Dans ce cadre le bail emphytéotique se rapproche de la définition de la concession d'un service public qui comme le précise l'arrêt dit « Commune d'Aix en Provence » du 6 avril 2007, permet aux collectivités publiques responsable d'un service public « dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle » de confier sa gestion à un tiers<sup>1245</sup>. Le Conseil d'État estime que le bail emphytéotique administratif ne constitue pas « par lui-même » une délégation de service public, lorsque la mission du preneur est limitée<sup>1246</sup>. Ce contrat administratif doit avoir pour finalité la réalisation d'une activité de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale qui le consent. Le Conseil d'État vérifie que celui-ci porte sur des activités présentant « un lien direct et nécessaire avec l'exécution du service public »<sup>1247</sup>. Néanmoins, le Conseil d'Etat n'a pas strictement interprété de cette condition. Le juge administratif vérifie que l'activité assurée par le preneur dans le cadre du bail n'est pas étrangère aux missions du bailleur public. En conséquence, il estime que cette condition est remplie dès que le bail tend à permettre une activité qui n'est pas sans lien avec les compétences de la collectivité territoriale<sup>1248</sup>. La détermination d'une mission de service public paraît plus complexe que celle relative à la notion d'intérêt général. Dans le cadre d'une opération d'intérêt général, le bail emphytéotique administratif peut porter sur un immeuble abritant une activité insusceptible de constituer un service public. Un bail emphytéotique administratif peut être conclu alors même que celui-ci ne participe pas, ni directement, ni principalement, au service public. Toutefois, le juge administratif fait une interprétation stricte des termes de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, issu de l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de

<sup>1244</sup> PINTAT Pierre, Le BEA d'intérêt général : un mode contractuel adapté aux EHPAD, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 69.

<sup>1245</sup> C.E. sect. 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, AJDA 2007, 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; RFDA 2007. 812 ; CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas, TOURBE Maxime, Droit administratif, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2016, n° 713, p. 629.

<sup>1246</sup> Avis C.E., Ass. gén., sect. soc., n° 356101, 16 juin 1994 : EDCE 1994, p. 367.

<sup>1247</sup> C.E., ass., avis n° 356101, 16 juin 1994 : EDCE 1994, p. 367.

<sup>1248</sup> ECKERT Gabriel, fasc. 610 : bail emphytéotique administratif, JCl. contrats et marchés publics, n° 44 et svts.

la décentralisation<sup>1249</sup>. Pour exemple, dans un arrêt du 16 octobre 2008, le tribunal administratif a considéré que cette condition liée à la mission de service public n'est pas remplie. Le bail litigieux a été consenti à une société de crédit-bail pour les besoins du financement des ouvrages à construire par une société privée, concessionnaire du service public de la restauration scolaire de la ville. En conséquence, le tribunal a prononcé la nullité du bail litigieux pour violation des dispositions législatives précitées<sup>1250</sup>.

**380.** Cependant, l'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics<sup>1251</sup> et l'article 57 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession<sup>1252</sup> ont modifié les dispositions de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales ainsi que celles de l'article L. 2341-1 du Code général de la propriété des personnes publiques consacrées aux baux emphytéotiques administratifs passés respectivement par les collectivités territoriales et par l'État. Il résulte de ces modifications, que les collectivités territoriales ne peuvent plus conclure des baux emphytéotiques administratifs en vue de l'accomplissement d'une mission de service public relevant de leur compétence. Le bail emphytéotique administratif ne peut plus être conclu qu'en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité. Cette évolution des textes est la conséquence d'une part des définitions européennes du marchés public et de la concession, synthétisées dans les directives du 26 février 2014<sup>1253</sup>, et d'autre part de la volonté de l'Etat de privilégier les montages de la commande publique sur les contrats, notamment de type emphytéotique, par lesquels l'administration n'a pas assez de pouvoirs de contrôle<sup>1254</sup>.

## **B- Un mode de passation**

**381.** La nature des contrats administratifs déroge au droit commun des contrats par les prérogatives qu'il consacre au profit de l'administration, et par les sujétions qu'il lui impose, les unes et les autres trouvant leur principe à la fois dans l'intérêt général et dans le principe

---

<sup>1249</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

<sup>1250</sup> T.A. Cergy-Pontoise, 16 oct. 2008, n° 05-03503, Sté LOCAFIMO c/ Ville Villepinte, Contrats et Marchés publics n° 6, Juin 2009, comm. 208.

<sup>1251</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015.

<sup>1252</sup> Ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, JORF du 30 janv. 2016.

<sup>1253</sup> Direct. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 fév. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 fév. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

<sup>1254</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 442 et svt.

d'autonomie du droit administratif<sup>1255</sup>. La question est de savoir dans quelle mesure la passation d'un bail emphytéotique administratif doit respecter des obligations de publicité et mise en concurrence préalables qui s'imposent à l'ensemble de l'achat public. La réponse dépend des conditions de rattachement de ce contrat à une catégorie de contrats dits «de commande publique». Ces derniers sont définis par l'article L. 2 du code de la commande publique comme des contrats « conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Cette catégorisation est importante car elle implique que « les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique ». A cet effet, ils ont l'obligation de mettre en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le code précité. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics<sup>1256</sup>. Il est donc nécessaire de procéder à l'analyse des règles de passation qui s'imposent au bail emphytéotique administratif dans le cadre de la commande publique (1), pour ensuite faire l'examen des risques de requalification que ces contrats peuvent encourir eu égard à leur rapprochement avec des contrats soumis à ces mêmes règles (2).

## 1- La commande publique

**382.** Parce qu'elles constituent un enjeu économique essentiel pour l'économie publique, les règles de la commande publique ne cessent d'évoluer<sup>1257</sup>, de sorte que si elles ne se sont pas appliquées au bail emphytéotique administratif dans un premier temps (a), il s'avère que les textes ont évolué vers une assimilation partielle (b).

---

<sup>1255</sup> CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas et TOURBE Maxime, Droit administratif, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2016, p. 17 et svts ; WALINE Jean, Droit administratif, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 14 et svts.

<sup>1256</sup> Art. L. 3 du c. de la commande pub.

<sup>1257</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, 3 oct. 2017, p. 2 COM (2017) 572 final : La Commission européenne exhorte les Etats membres à utiliser le droit de la commande publique « D'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport cout/efficacité pour chaque euro d'argent public et d'apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive. »

## a- Une distinction initiale

**383.** Le bail emphytéotique administratif a longtemps été distingué des contrats de la commande publique. Il n'existe alors aucune modalité particulière concernant les règles de passation de ces contrats. Aucun texte n'encadre la passation des autorisations d'occupations du domaine public, pour les soumettre à une procédure préalable de publicité ou de mise en concurrence. D'une part la spécificité de l'occupation domaniale conduit à considérer que certains contrats domaniaux ne peuvent pas être absorbés dans le champ du droit de la commande publique, par un raisonnement consistant à faire de l'occupation domaniale l'élément principal de l'objet du contrat. D'autre part, il est admis que le bail emphytéotique administratif ne remplit pas certains critères essentiels à la qualification de contrat de la commande publique. Le juge administratif retient que la qualification de marchés de travaux publics dépend du critère de la maîtrise d'ouvrage publique assumée par la personne publique conformément à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée<sup>1258</sup>, élément faisant défaut par nature dans un bail emphytéotique où la maîtrise d'ouvrage est conférée au preneur<sup>1259</sup>. Il en est conclu qu'un tel contrat ne peut pas être un marché public de travaux au sens du code des marchés publics<sup>1260</sup>.

**384.** Cependant, la jurisprudence s'oriente vers une soumission de la passation de ces contrats aux procédures de la commande publique. Le tribunal administratif de Versailles a relevé, dans un arrêt du 5 janvier 2010<sup>1261</sup>, à propos de deux baux emphytéotiques administratifs, que « la signature d'un tel contrat n'est pas pour autant exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité sur l'Union européenne, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats. ». Dans ses conclusions, le rapporteur public précise que « le droit de l'Union est essentiellement un droit économique qui, visant à assurer le libre jeu de la concurrence au sein du marché intérieur, impose aux personnes publiques lorsqu'elles interviennent sur ce marché le respect de principes destinés à préserver ce libre jeu... ». Cette décision paraît particulièrement sensible à l'idée européenne de mise en concurrence

---

<sup>1258</sup> Loi n° 85-704 du 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, JORF du 13 juill. 1985.

<sup>1259</sup> C.E., 16 févr. 2005, Cne Hyères c/ Épx Maurel.

<sup>1260</sup> C.E. sect., 25 févr. 1994, Sté SOFAP Marignan : JurisData n° 1994-040511 ; Lebon, p. 94 ; RFDA 1994, p. 510, concl. Arrighi de Casanova ; AJDA 1994, p. 550, note H. Périnet-Marquet ; CJEG 1994, p. 586, chron. E. Fatôme et P. Terneyre ; D. 1994, jurispr. p. 536, note M. Lombard.

<sup>1261</sup> T.A. Versailles, 5 janv. 2010, req. n° 0612329, AJDA 2010, p. 1196, concl. J. Sorin.

avancée notamment par les dispositions de l'article 12 de la directive n°2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur qui prévoit que « lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture »<sup>1262</sup>. Néanmoins, par un arrêt du 3 décembre 2010<sup>1263</sup>, le Conseil d'Etat rappelle qu'« aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance. » Le juge administratif rajoute que « la circonstance que l'occupant de la dépendance domaniale serait un opérateur sur un marché concurrentiel est sans incidence ». Cet arrêt n'a cependant pas permis de stopper totalement l'influence de la Cour européenne car certains auteurs recommandent, à cette même période, et ce malgré l'absence de règles de passation des baux emphytéotiques administratifs, de les soumettre à une procédure formalisée de passation<sup>1264</sup>.

## **b- L'assimilation partielle aux règles de la commande publique**

**385.** Les termes du décret n° 2011-2065 du 30 septembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs sont venus, par la suite, précisés que lorsqu'un tel contrat est accompagné d'une convention non détachable constituant un marché public, il doit être passé après publicité et mise en concurrence selon les règles applicables à ces contrats<sup>1265</sup>. Cette règle a été édictée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de la communauté européenne, et notamment à un arrêt du 25 mars 2010<sup>1266</sup>. Cette décision a été prise au sujet de la vente d'un terrain, propriété d'un organisme public, sur lequel l'acquéreur envisage d'exécuter ultérieurement des travaux. La Cour a précisé à cette occasion que « lorsque les travaux sont réalisés au bénéfice

---

<sup>1262</sup> Direct. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376 du 27 déc. 2006, p. 36.

<sup>1263</sup> C.E. 3 déc. 2010, req. n° 338272 et 338527, Contrats publics n° 106, janv. 2011, p. 56, note P. Hansen.

<sup>108</sup> HANSEN Philippe et FERRE Nicolas, La passation des baux emphytéotiques administratifs, Contrats Publics n° 108, mars 2011, p. 43.

<sup>1265</sup> Décret n° 2011-2065 du 30 déc. 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs, JORF du 31 déc. 2011 ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 35, G. Clamour.

<sup>1266</sup> C.J.C.E., 25 mars 2010, affaire n° C-451/08 Helmut Müller GMB / Bundesanstalt für immobilienaufgaben.

de la collectivité publique, les règles de la commande publique doivent être appliquées au marché en question qualifié de marché public de travaux ». Ce décret du 30 septembre 2011 énonce ainsi que certains baux emphytéotiques administratifs peuvent s'analyser comme des contrats de la commande publique et doivent, par une opération de surqualification du contrat, être soumis à une procédure de mise en concurrence propre aux contrats de la commande publique, sous réserve que soit vérifié le caractère non divisible des deux conventions<sup>1267</sup>.

**386.** La question relative à la soumission des baux emphytéotiques administratifs aux règles de la commande publique ont par suite été traitée différemment. L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions disposent que désormais le recours à un bail emphytéotique administratif à des fins de commande publique est prohibé<sup>1268</sup>. Un bail emphytéotique administratif ne peut avoir pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ou d'une autorité concédante soumise à l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession<sup>1269</sup>. Cette évolution a considérablement réduit les possibilités de recours à un tel contrat, puisqu'une partie significative d'entre eux relèvent désormais du droit de la commande publique et prennent ainsi la forme d'un marché public ou d'une concession.

**387.** Certains baux emphytéotiques administratifs peuvent encore échapper à ces qualifications de marché public ou contrat de concession, dès lors que l'opération immobilière projetée ne répond pas à un besoin de la personne publique. Ce contrat demeure alors dans le champ des contrats domaniaux stricto sensu qui échappent aux règles de la commande public. Toutefois, le législateur a soumis ces contrats à certaines obligations procédurales de mise en concurrence. Le législateur a, conformément à la position de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1270</sup>, modifié cet état du droit pour prévoir des règles de mise en concurrence propre aux contrats domaniaux.

---

<sup>1267</sup> C.E., ass., 10 juin 1994, Cne Cabourg ; SESTIER Jean-François, Le périmètre du bail emphytéotique administratif, Contrats Publics n° 108, mars 2011, p. 35.

<sup>1268</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015 ; Ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, JORF du 30 janv. 2016.

<sup>1269</sup> CLAMOUR Guylain, Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114.

<sup>1270</sup> C.J.U.E., 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-6715, Promoimpresa Srl et Mario Melis e. a. : Contrats-Marchés publ. 2016, repère 11, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; CP-ACCP 2016, n° 169, p. 70, note Ph. Proot ; AJDA 2016, p. 2176, note R. Noguellou.

L'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques<sup>1271</sup>, modifiant le Code général de la propriété des personnes publiques, prévoit que lorsque le titre d'occupation « permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester »<sup>1272</sup>. La procédure instituée peu paraître peu contraignante. Selon la rédaction du texte, elle se limite à l'organisation d'une procédure adaptée devant permettre aux opérateurs de se faire connaître et à la personne publique de procéder à une comparaison des offres, dans des conditions qu'elle peu librement définir<sup>1273</sup>. Toutefois, il est constaté que les collectivités territoriales ayant à la fois l'expérience des consultations soumises aux règles de la commande publique et souhaitant garantir la sécurité juridique de leur démarche, appliquent et respectent des principes fondamentaux de la commande publique. Ces principes que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics<sup>1274</sup>.

## 2- Les risques de requalification

**388.** Les baux emphytéotiques administratifs sont envisagés par la doctrine comme un outil, parmi d'autres montages juridiques, d'occupation ou d'utilisation du domaine public<sup>1275</sup>. Dans ce cadre, une personne publique accorde à une personne privée un titre plus ou moins précaire et révocable lui permettant une utilisation privative du domaine public. Les conventions d'occupation temporaire du domaine public<sup>1276</sup>, les marchés publics<sup>1277</sup> et les concessions de travaux<sup>1278</sup>

---

<sup>1271</sup> Ord. n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF du 20 avril 2017.

<sup>1272</sup> Art. L. 2122-1 et s. du CGPPP.

<sup>1273</sup> UBAUD-BERGERON Marion, Fasc. 740 : bail emphytéotique administratif, JCl. Adm., n° 51 et svts.

<sup>1274</sup> Ex : Appel à candidatures daté du 07/10/2019, publié dans des journaux locaux et sur le site internet « la centrale des marchés », en vue de conclure un bail emphytéotique administratif relatif à l'occupation et à l'exploitation du golf de Port Bourgenay, à Talmont-Saint-Hilaire (85440) : offres analysées sur la base des critères fixés dans le règlement de consultation ; Appel a projet daté du 30/09/2019 pour la conclusion d'un BEA pour l'exploitation d'un centre d'accueil d'hébergement et de restauration à Bagnères de Luchon (31110) : La transmission et la vérification des documents de candidatures peut être effectuée par le dispositif Marché public simplifié, offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères de pondération : qualité technique du projet pour le site 60 %, montant de la redevance versée à la commune 40 %.

<sup>1275</sup> AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, Droit administratif de biens, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020, p. 135 et svts ; FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, p. 674 et svts.

<sup>1276</sup> Art. L. 2122-6 du C.G.P.P.P.

répondent également à cette définition. Certains de ces montages juridiques présentent plusieurs similitudes avec le bail emphytéotique administratif. Les frontières entre ces différents contrats administratifs peuvent sembler, selon les circonstances, fragiles. Aussi, le juge administratif peut être amené à requalifier un contrat désigné initialement comme un bail emphytéotique administratif en concession de travaux publics (a) ou en marchés publics (b).

## **a- La concession de travaux publics**

**389.** Le recours à la concession de travaux publics permet aux collectivités territoriales de faire réaliser des ouvrages sans en supporter directement le coût ni les risques, qui sont à la charge du concessionnaire. En contrepartie, la personne publique ne se voit remettre les ouvrages construits qu'au terme de la concession. Le concessionnaire, à la différence de l'entrepreneur dans le cas des marchés publics de travaux, n'est pas rémunéré au moyen d'un prix mais par d'autres procédés fonctions des résultats d'exploitation de l'ouvrage public réalisé<sup>1279</sup>. L'administration a été pendant longtemps libre de choisir le concessionnaire mais le juge administratif<sup>1280</sup>, puis l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2016- 65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ont imposé le respect des principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement entre les candidats, et la transparence des procédures<sup>1281</sup>. En outre, dans l'exécution du contrat de concession le concédant contrôle la bonne exécution du contrat par le concessionnaire et dispose d'un pouvoir de sanction sur celui-ci. Le concédant a également des obligations visant au respect de l'équilibre financier, à l'exécution paisible du contrat. Parallèlement, le concessionnaire a, envers le concédant, des droits comme la possibilité de recourir à l'expropriation, l'occupation du domaine public, la détention de prérogatives de

---

<sup>1277</sup> Selon les termes de l'art. L. 1111-1 du c. de la commande pub., créé par l'ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du code de la commande publique, un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

<sup>1278</sup> Art. L. 1411-1 al. 1 du C.G.C.T. ; Art. L. 1121-1 du c. de la commande pub. : « Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés. »

<sup>1279</sup> GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif*, 15<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2014, n° 865, p. 404.

<sup>1280</sup> C.E. sect., 3 nov. 1997, Sté Million et Marais.

<sup>1281</sup> Ord. n° 2016-65 du 29 janv. 2016 relative aux contrats de concession, JORF du 30 janv. 2016.



puissance publique, le droit au respect des conditions de rémunération et à l'évolution des tarifs. Il a également des obligations relatives à l'exécution correcte et fidèle du contrat, la soumission aux ordres de service et aux contrôles du concédant, l'acceptation des obligations supplémentaires non prévues au contrat et l'interdiction de recourir à la sous-traitance sans l'autorisation du concédant. En sus, l'article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et l'article 33 du décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession<sup>1282</sup> ont prévu une lourde obligation de transparence sous la forme d'un rapport annuel d'information du concédant par le concessionnaire<sup>1283</sup>. La requalification d'un bail emphytéotique administratif en un contrat de concession de travaux publics n'est donc pas sans conséquences.

**390.** La frontière entre ces deux contrats peut sembler fragile car le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage de la construction de la même façon que le preneur d'un bail emphytéotique administratif. Le Conseil d'Etat l'a affirmé dans un arrêt du 20 janvier 1992<sup>1284</sup>, puis l'article 61 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové a modifié l'article L. 300-4 al. 21285 du Code de l'urbanisme pour y intégrer cette notion<sup>1286</sup>. De plus, ce type de contrat a pour objet de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste le plus souvent dans le droit d'exploiter l'ouvrage. Aussi, les baux emphytéotiques administratifs, compte tenu de leur objet, encourent fréquemment un risque de requalification en concession de travaux publics, dans la mesure où les ouvrages réalisés répondent objectivement aux besoins de la personne publique et sont exploités par le titulaire du contrat<sup>1287</sup>. C'est ainsi, par exemple, que la réhabilitation d'une piscine organisée dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif a été qualifiée de concession de travaux publics par le tribunal administratif de Paris<sup>1288</sup>. En l'occurrence, le juge a considéré qu'un bail emphytéotique administratif peut être qualifié de concession de travaux eu égard au mode de rémunération du cocontractant et au fait qu'il prévoit la réalisation d'ouvrages répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. A l'inverse, lorsque le programme de travaux est défini par le preneur, la réponse au besoin de l'administration semble difficile à démontrer<sup>1289</sup>. Il en est conclu que le bail

---

<sup>1282</sup> Décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> fév. 2016 relatif aux contrats de concession, JORF du 2 fév. 2016.

<sup>1283</sup> RICCI Jean-Claude et LOMBARD Frédéric, Droit administratif des obligations, 1<sup>er</sup> éd., Sirey, 2018, n° 114, p. 88.

<sup>1284</sup> C.E. 20 janv. 1992, n° 46624 : « Le concessionnaire a la qualité de maître de l'ouvrage à l'égard des entreprises chargées des travaux jusqu'au moment de la remise de ces ouvrages aux collectivités publiques. »

<sup>1285</sup> Art. L. 300-4 al. 3 du C.C.H. : « Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession..... ».

<sup>1286</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>1287</sup> HANSEN Philippe et FERRE Nicolas, La passation des baux emphytéotiques administratifs, Contrats Publics n° 108, mars 2011, p. 43.

<sup>1288</sup> T.A. Paris, 3 fév. 2009, n° 0900393, contrats marchés publ., 2009, comm. 99.

<sup>1289</sup> C.A.A. Nancy, 11 oct. 2007, n° 06NC00733, Contrats Marchés publ., 2008, comm. 19, note G.ECKERT.

emphytéotique administratif est requalifié de concession de travaux dès lors que la collectivité a défini précisément dans le contrat un certain nombre d'objectifs ou de prescriptions devant gouverner la réalisation des travaux<sup>1290</sup>.

## **b- Les marchés publics de travaux**

**391.** Le marché public est un contrat d'achat à titre onéreux par lequel un acheteur généralement public verse un prix à un opérateur économique en vue de subvenir à ses propres besoins en matière de travaux, soit par l'exécution de travaux ou, à la fois, la conception et l'exécution de travaux, soit par la réalisation ou, à la fois, la conception et la réalisation d'un ouvrage<sup>1291</sup>. Le marché public de travaux constitue la modalité à laquelle l'administration a le plus recours pour la réalisation de travaux publics<sup>1292</sup>. Régi par le code de la commande publique<sup>1293</sup>, le marché public de travaux répond, selon le type de marché auquel il correspond, à un ensemble de règles précisément énoncées relatives à sa préparation, sa passation, son exécution, ses modifications, sa résiliation et sa clôture. Là encore la requalification d'un bail emphytéotique administratif en un marché public de travaux représente un risque important car elle entraîne l'application des lourdes dispositions de ce code.

**392.** Il est constaté que si la diversification des types de baux emphytéotiques administratifs tels que les baux hospitaliers<sup>1294</sup>, valorisation<sup>1295</sup>, de logements sociaux<sup>1296</sup> et ou encore culturel<sup>1297</sup> ont permis de redynamiser les techniques de financement des équipements publics, elle a aussi eu pour corolaire un expansionnisme croissant de la notion communautaire de marché public<sup>1298</sup>. Certains de ces baux ont pu faire l'objet d'une requalification par les tribunaux nationaux. Ces baux sont en

---

<sup>1290</sup> C.A.A. Nancy, 11 oct. 2007, n° 06NC00733 ; T.A. Paris, ord. 3 fév. 2009, n°0900393.

<sup>1291</sup> RICCI Jean-Claude et LOMBARD Frédéric, Droit administratif des obligations, 1<sup>er</sup> éd., Sirey, 2018, n° 123, p. 92.

<sup>1292</sup> GAUDEMET Yves, Droit administratif des biens, T. 2, 15<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2014, n° 891, p. 414.

<sup>1293</sup> Ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du c. de la commande pub. et du décret n° 2018-1075 du 3 déc. 2018 portant partie réglementaire du c. de la commande pub. Le c. de la commande pub. est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> av. 2019 et prend la suite du c. des marchés pub. désormais abrogé.

<sup>1294</sup> Art. 21 de l'ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, JORF du 6 sept. 2003.

<sup>1295</sup> Art. 11 de la loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF du 24 juill. 2010.

<sup>1296</sup> Art. 7 de la loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, JORF du 18 fév. 2009.

<sup>1297</sup> Art. 3 de l'ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du C.G.P.P.P., JORF du 22 avril 2006.

<sup>1298</sup> LAFFITTE Olivier, Un nouveau levier de financement : le BEA logement social, Contrats Publics n° 108, mars 2011 ; C.J.C.E., 29 oct. 2009, Commission c/ Allemagne, Aff .C-536/07, note S. Braconnier.

effet redéfinis en marchés publics, et notamment car ils ont pu être utilisés, par les collectivités territoriales « bailleur » afin de permettre le contournement des règles contraignantes du code des marchés publics. Il est cependant important de noter qu'en droit interne bail emphytéotique administratif et marché public n'octroient pas le statut de « maître d'ouvrage » à la même entité juridique, partie au contrat<sup>1299</sup>. Les marchés publics reposent sur l'exercice de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique. C'est la collectivité territoriale ayant décidé de la réalisation des travaux, qui organise la consultation des entreprises et signe les marchés, qui porte le titre de « maître d'ouvrage ». A l'inverse dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, c'est le preneur qui est reconnu comme maître d'ouvrage<sup>1300</sup>. Le preneur du bail organise et supporte la mise en œuvre des travaux nécessaires à l'exploitation du bien objet du bail. Il en est le maître d'ouvrage. Néanmoins, la définition communautaire est indifférente à l'exercice de la maîtrise d'ouvrage, de sorte que des conventions d'occupation du domaine public peuvent parfaitement être requalifiées de marchés publics de travaux au sens de la directive 2004/18/ce du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>1301</sup>. La jurisprudence européenne ne retient pas la distinction relative au statut de maître d'ouvrage pour requalifier un bail emphytéotique administratif. Dans un arrêt du 29 octobre 2009<sup>1302</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes a effectivement énoncé qu'« indépendamment de la qualification donnée à un contrat par les parties, est considéré comme un marché public de travaux au sens de la directive tout contrat conclu à titre onéreux ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage. » Dans ce contexte juridique, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics<sup>1303</sup>, prise pour la transposition des nouvelles directives communautaires relatives aux marchés publics, pose les bases légales d'un régime unique de la commande publique<sup>1304</sup>. Ce texte a constitué une réforme importante du régime des marchés publics car il dispose que les baux emphytéotiques administratifs ne peuvent plus avoir pour objet l'exécution de travaux, la prestation de services ou la gestion d'une mission de service public,

---

<sup>1299</sup> La loi n° 85-704 du 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée définit le maître d'ouvrage comme étant « la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit » ce qui renvoie aux critères classiques retenus par le C.C.A.G. applicable aux marchés publics de travaux qui désigne comme maître de l'ouvrage le « pouvoir adjudicateur » pour le compte duquel les travaux sont exécutés. Le maître d'ouvrage est celui qui commande les travaux.

<sup>1300</sup> C.E. 16 fév. 2005, n° 211039.

<sup>1301</sup> C.E. 3 juin 2009, n° 311798.

<sup>1302</sup> C.J.U.E. 29 oct. 2009, n° C-536/07, R.D.I. de mars 2010.

<sup>1303</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015, abrogée mais reprise par l'ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie légis. du c. de la commande pub., JORF du 5 déc. 2018.

<sup>1304</sup> Direct. 2014/24/UE et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, 26 fév. 2014 : J.O.U.E., 28 mars 2014.

avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur public. Aussi, et alors même que les risques requalifications ne peuvent être complètement écartés, l'ordonnance du 23 juillet 2015, puis l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du code de la commande publique venant modifier l'article L. 1311-2 du code général des collectivités locales, ont contribué à renforcer les frontières entre bail emphytéotique administratifs et marchés publics.

**393.** Si le bail emphytéotique administratif est issu du bail emphytéotique codifié dans le code rural, ainsi que l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation y fait explicitement référence<sup>1305</sup>, il est néanmoins soumis aux principes protecteurs de la domanialité publique qui l'encadre strictement. Ces dispositions éloignent le droit réel administratif octroyé au preneur de la conception civile des droits réels et en conséquence des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. Il est donc fondamental de relever les spécificités du champ fonctionnel de la nature composite, en droit public, de la formule juridique du bail réel immobilier de longue durée.

## **§2- Le champ fonctionnel de la nature composite**

**394.** Les droits conférés au preneur d'un bail emphytéotique administratif ne s'identifient pas à ceux dont jouit l'emphytéote de droit privé. Conformément aux termes des articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales, le législateur a construit un compromis entre la nécessité d'attribuer au preneur, public ou privé, les droits indispensables au montage financier et technique des opérations dont il a la charge, et le respect des règles d'inaliénabilité, de précarité et de révocabilité du domaine public rappelées par le code général de la propriété des personnes publiques<sup>1306</sup>. Il en découle que les droits réels conférés au preneur de baux réels administratifs de longue durée sont plus circonscrits et contrôlés que ceux dont jouit l'emphytéote de droit privé en vertu des articles L. 451-1, al. 1<sup>er</sup> et suivants du code rural. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine suggère d'en souligner la spécificité en retenant l'appellation de « droits réels

---

<sup>1305</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

<sup>1306</sup> Art. L. 3112-1 relatifs aux cessions et L. 2122-20 traitant des BEA, C.G.P.P.P.

administratifs »<sup>1307</sup>. La nature du bail emphytéotique administrative implique un champ fonctionnel très spécifique. Il y a lieu donc lieu d'en évoquer les aspects au travers du cadre qui délimite ce champ (A), pour ensuite appréhender plus précisément l'étendue des droits octroyées au preneur par la nature composite (B).

## **A- Le cadre du champ fonctionnel**

**395.** Le champ fonctionnel inhérent à la nature composite du bail emphytéotique administratif est encadré par des modalités spécifiques qui témoignent de sa particularité (1), mais également par des modalités financières distinctives du droit privé (2).

### **1- Les modalités spécifiques**

**396.** Les modalités fonctionnelles inhérentes à la nature du bail emphytéotique administratif sont particulières, d'une part du fait de la durée du contrat qui fait l'objet d'un débat doctrinal (a), et d'autre part, à l'égard des limites fonctionnelles qui s'imposent au preneur et qui restent empruntées de la notion d'exorbitance du droit public (b).

#### **a- La modalité temporelle**

**397.** La doctrine n'est pas unanime concernant la durée maximale du bail emphytéotique administratif. Pour une grande majorité des auteurs le bail emphytéotique administratif peut être conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans<sup>1308</sup>. Cette analyse résulte de l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime auquel renvoie chacune des dispositions relatives au bail emphytéotique administratif<sup>1309</sup>. Par ailleurs, cette logique a été confirmée à l'occasion d'une

---

<sup>1307</sup> FATOME Etienne et RAUNET Michèle, Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA valorisation, AJDA 2010, p. 2475 ; GODFRIN Philippe et DEGOFFE Michel, Droit administratif des biens, Sirey, 2018, n° 268, p. 200.

<sup>1308</sup> ECKERT Gabriel, Le bail emphytéotique administratif, Contrats et Marchés publics n° 3, mars 2002, 3 ; TERNEYRE Philippe, Dossier 150. Bail emphytéotique (droit public), Droit de la construction 2018/2019, Dalloz action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, 150.81, p. 180.

<sup>1309</sup> UBAUD-BERGERON Marion, Fasc. 740 : Bail emphytéotique administratif, JCl Adm., n° 36.

question écrite au gouvernement à laquelle il a été répondu que le bail emphytéotique administratif prévoit « le plus souvent » une durée de 99 ans<sup>1310</sup>. Les auteurs, qui soutiennent que ce type de contrat administratif puissent avoir une durée maximum de 99 ans, le distingue des autorisations d'occupation temporaire du domaine public. La durée de ces dernières est encadrée par l'article L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales qui dispose que « le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celles des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans ». La durée du droit d'occupation conféré par une autorisation d'occupation temporaire est donc de 70 ans maximum, sans durée minimale alors que le bail emphytéotique administratif a une durée encadrée de 18 à 99 ans<sup>1311</sup>. Toutefois, pour d'autres auteurs cette distinction entre autorisation d'occupation temporaire et bail emphytéotique administratif n'a pas lieu d'être. Les dispositions relatives à la durée, insérées à l'article L. 2122-6 alinéa 3 du code général de la propriété des personnes publiques, qui fixe la durée maximale à soixante-dix ans, sont alors analysées comme le résultat d'un compromis entre les partisans d'un rapprochement avec la durée du bail emphytéotique de droit privé et les défenseurs d'une durée calquée sur celle des autorisations « traditionnelles », qui n'excèdent pas trente à cinquante ans<sup>1312</sup>. Pour solutionner cette divergence d'analyse, il peut être rappelé que l'article 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation dispose qu'un « bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet, ..., d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural.. »<sup>1313</sup>. Ni ce texte, ni aucun autre ne fait expressément référence à la durée maximale du bail emphytéotique administratif. Seul l'article L. 451-1 du code précité aborde clairement cette question. Les articles L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales et L. 2122-6 alinéa 3 du code général de la propriété des personnes publiques évoquent les « autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels » mais non explicitement le bail emphytéotique administratif. Aussi, peut-il en être conclu que cette durée de 70 ans énoncée dans les articles précités résulte de la recherche d'un rapprochement entre la durée des autorisations d'occupation « traditionnelles » et celle du bail emphytéotique administratif qui bénéficie donc d'une durée maximale de 99 ans. Enfin, il doit être considéré que l'administration dispose bien évidemment d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer la durée du bail emphytéotique. De même que concernant les baux réels immobiliers

---

<sup>1310</sup> Rép. n° 1260, 2 août 2007, JO : Sénat du 2 août 2007, M. Jean-Claude Carle, Ministère de la Défense.

<sup>1311</sup> GAUDEMET Yves, Droit administratifs des Biens, T. 2, 15<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2014, p. 208 et svts.

<sup>1312</sup> MANSON Corinne, Fasc. 79-41 : Droits réels sur le domaine public local, JCl Prop. Pub., n° 23 ; GODFRIN Philippe et DEGOFTE Michel, Droit administratif des biens, Sirey, 2018, n° 274, p. 204.

<sup>1313</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

de longue durée de droit privé, l'amortissement des installations constitue. Il est remarqué qu'en pratique, la durée moyenne des titres accordés est de vingt-cinq ans<sup>1314</sup>.

## **b- Les limites fonctionnelles**

**398.** Il apparaît que dans le cadre du bail emphytéotique administratif, les pouvoirs du bailleur, personne de droit public, dépassent les prérogatives du bailleur des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. La notion d'intérêt général justifie que les baux incluent des stipulations et prérogatives exorbitantes du droit commun telles que celles relatives à la destination des ouvrages, à l'affectation réelle des immeubles donnés à bail<sup>1315</sup> et, bien évidemment le respect des textes<sup>1316</sup>. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 25 février 1994 a d'ailleurs reconnu qu'« un tel bail peut valablement, compte tenu de l'objet qui lui est assigné par la loi, imposer au preneur des obligations tenant à l'utilisation qu'il fera du bien mis à sa disposition »<sup>1317</sup>. Sur ce point, un tel bail semble se rapprocher du bail à construction et du bail à réhabilitation de droit privé qui permettent également de confier, au preneur, sur un terrain nu ou un bâtiment, le préfinancement et la réalisation de travaux de construction, de rénovation, voire de restauration, réparation ou mise en valeur<sup>1318</sup>. Il est également admis que le bailleur public dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'exécution du bail et que le preneur est tenu de se soumettre à ce contrôle sur l'exécution du bail en application des termes de l'article L. 2341-1 4° du code général de la propriété des personnes publiques<sup>1319</sup>. Il est alors nécessaire de rédiger les clauses afférentes aux modalités de contrôle par la personne publique, afin d'éviter tout contentieux lors de l'exécution du contrat. De plus, il peut être intégré à l'acte que le contrôle de l'activité du preneur peut aboutir à des sanctions notamment financières ou résolutives. Ces clauses doivent, de même, être minutieusement stipulées afin d'écartier toutes éventuelles contestations<sup>1320</sup>.

---

<sup>1314</sup> GODFRIN Philippe et DEGOFTE Michel, Droit administratif des biens, Sirey, 2018, n° 274, p. 204.

<sup>1315</sup> Quest. écrite n° 87370, JOAN 2 nov. 2010, Mme BOUSQUET, BEA Hôtel de la Marine.

<sup>1316</sup> C.A.A. Bordeaux, 2<sup>ème</sup> ch. 20 fév. 1995, Commune de Loix-en- Ré, 93BBX00857.

<sup>1317</sup> C.E., 25 fév. 1994, n°144641-145406, D.1994.536, note LOMBARD, AJDA 1994, p. 550, note PERINET-MARQUET, CJEG, p. 569, note E. FATOME et P. TERNEYRE.

<sup>1318</sup> C.E. Ass. 10 juin 1994, req. n°141633, Rec., p. 301, concl. S ; Lasvignes, RFDA, p.728, concl.

<sup>1319</sup> Art. L. 2341-1 4° du C.G.P.P.P. : « Les modalités de contrôle de l'activité du preneur par la personne publique propriétaire sont prévues dans le bail ».

<sup>1320</sup> C.A.A. de Nancy, 5 nov. 2009, n° 08NC01179 ; 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés publiques quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3302, p. 691.

**399.** En outre, la personne publique a le droit de résilier unilatéralement le contrat même en l'absence de toute faute de son cocontractant<sup>1321</sup>. Il lui a également été reconnu la faculté de modifier unilatéralement les clauses du contrat<sup>1322</sup>. Ces pouvoirs sont considérés par le juge comme des « règles générales applicables aux contrats administratifs ». Ceci implique leur existence même en l'absence de toute clause contractuelle les prévoyant. Malgré ces facultés exorbitantes de droit commun, il a été admis dans un arrêt du Conseil d'Etat daté du 24 février 1994, que ce type de contrat administratif demeure un bail emphytéotique<sup>1323</sup>. Cette analyse marque nettement la distinction entre droit réel privé et droit réel administratif.

## **2- Les modalités financières**

**400.** La modalité financière que constitue le règlement d'une redevance est pour le bail emphytéotique administratif, comme pour tout bail réel immobilier de longue durée de droit privé, une question essentielle (a). Néanmoins, elle prend ici une autre mesure qui doit être appréhendée. La distinction entre baux de droit privé et baux de droit public est marquée par l'introduction de la notion de crédit bail qui est explicitement énoncé dans les règles qui s'appliquent à ces derniers (b).

### **a- La redevance**

**401.** Si la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation a permis aux collectivités locales de pouvoir recourir au bail emphytéotique, le fait que le bien objet du bail puisse dépendre de leur domaine public implique certaines contraintes<sup>1324</sup>. Dans sa décision du 21 juillet 1994, le Conseil Constitutionnel a indiqué que « les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la

---

<sup>1321</sup> C.E., ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval ; AJ 1958, II, p. 282, concl. Kahn ; D. 1958, jurispr. p. 730, note A. de Laubadère ; C.E., ass., 2 fév. 1987, Sté TV6, Scorpio Music, Aréna, Pathé-Marconi-Emi et Sté France 5 : RFDA 1987, p. 29, concl. M. Fornaccciari ; AJDA 1987, p. 314, note M. Azibert et M. de Boisdeffre.

<sup>1322</sup> C.E., 2 fév. 1983, Union transports publics régionaux et urbains : Lebon, p. 33 ; RDP 1984, p. 212, note J.-M. Auby ; RFDA 1984, p. 45, note F. Llorens.

<sup>1323</sup> C.E., 24 fév. 1994, D. 1994. 536, note LOMBARD.

<sup>1324</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.



protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; ...qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté »<sup>1325</sup>. Cette exigence constitutionnelle relative à la protection des propriétés publiques a été réaffirmée à plusieurs reprises<sup>1326</sup>. L'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose ainsi que toute occupation du domaine public donne lieu au paiement d'une redevance sous réserve de quelques dérogations limitativement énoncées.

**402.** Cette redevance est normalement calculée par référence aux « avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation »<sup>1327</sup>. Pour la majeure partie des baux emphytéotiques administratifs, le preneur, personne privée ne peut pas se voir consentir un bail à titre gratuit, ou à vil prix car cela constituerait une méconnaissance des règles de droit interne et communautaire relatives aux aides consenties par les collectivités aux entreprises privées<sup>1328</sup>. En application de l'article L. 1511-3 du code général des collectivités territoriales, la prise en compte des « conditions du marché » permet d'arrêter le montant de la redevance sans accorder une aide irrégulière aux entreprises. Elle prend également en considération la valorisation des immeubles ainsi que l'équilibre économique de l'opération portée par le bail emphytéotique administratif, c'est à dire, notamment les investissements et dépenses consentis par le preneur. Il paraît alors logique qu'en certaines circonstances dûment justifiées, une redevance de montant modeste soit stipulée au bail, sous le contrôle du juge qui exerce en la matière un contrôle de l'erreur manifeste<sup>1329</sup>. Il doit être ajouté que l'estimation du montant de la redevance suppose un avis préalable de France Domaines et que celui-ci peut prendre en considération l'ensemble de ces éléments permettant ainsi de justifier le montant de la redevance que celui-ci soit modeste ou conséquent.

**403.** Le bail emphytéotique administratif cultuel pose une autre problématique. Si le principe de non-subventionnement des cultes imposé par la loi du 9 décembre 1905 n'a pas empêché le

---

<sup>1325</sup> Cons. Const. du 21 juillet 1994, Déc. n° 94-346, JO 23 juillet 1994, RTD civ. 1995. 656, obs. Zenati.

<sup>1326</sup> Cons. Const. du 26 juin 2003, Déc. n° 2003-473, JO du 3 juillet 2003 ; Cons. Const. du 17 déc. 2010, Déc. n° 2010-67/86, QPC.

<sup>1327</sup> Art. L. 2125-3 du C.G.P.P.P.

<sup>1328</sup> C.E., 6 avril 1998, Comm. urbaine de Lyon ; rec., p. 132.

<sup>1329</sup> C.E., 28 juillet 1999, Cofiroute, 189412, publié au recueil Lebon.

recours au bail emphytéotique administratif culturel<sup>1330</sup>, le juge veille au strict respect de cette règle. Aussi, la cour administrative d'appel de Versailles, dans un arrêt du 3 juillet 2008, a reconnu la possibilité de conclure un bail emphytéotique administratif culturel en contrepartie d'une redevance annuelle d'un euro symbolique « eu égard à l'engagement de l'association culturelle à prendre à sa charge les frais de construction ainsi que les frais d'entretien et de ce que le bâtiment reviendra en fin de bail à la collectivité qui pourra alors le céder au prix fixé par le service des Domaines... »<sup>1331</sup>. Une telle position est de nature à faciliter le recours au bail emphytéotique administratif culturel dans la mesure où les associations culturelles peuvent rencontrer de grandes difficultés pour financer leur projet de construction d'un lieu de culte<sup>1332</sup>. Néanmoins, postérieurement à cette décision, le juge a invalidé un bail emphytéotique administratif culturel conclu pour une redevance symbolique. La cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt du 16 février 2010, a retenu une solution beaucoup plus stricte en annulant la délibération d'un conseil municipal autorisant la signature d'un tel bail pour un loyer annuel d'un euro<sup>1333</sup>. Plus récemment encore, le Conseil d'Etat, dans une décision du 19 juillet 2011, retenant « qu'en autorisant la conclusion de baux emphytéotiques culturels, le législateur a entendu déroger à la prohibition de subventionnement consacrée par l'article 2 de la loi de 1905 », a validé la modicité d'une telle redevance<sup>1334</sup>. S'il apparaît que la jurisprudence hésite encore quant à l'équilibre à trouver entre le principe de non-subventionnement des cultes et la spécificité du bail emphytéotique administratif culturel, le Conseil d'Etat semble avoir trouvé, avec cette dernière décision, un argument permettant de justifier la modicité de la redevance mise à la charge de l'emphytéote. Le juge analyse en effet ce type de bail administratif comme une exception au principe posé par la loi de 1905.

## **b- Le crédit-bail**

**404.** Le crédit bail permet à un crédit-bailleur, d'acquérir un bien immobilier professionnel, à la demande d'un crédit-preneur, afin de le lui louer pour une durée déterminée et en contrepartie du

---

<sup>1330</sup> Loi du 9 déc. 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, JORF du 11 déc. 1905 ; BOULEAU Michel, Liberté de culte et laïcité, D. 2019. 1460.

<sup>1331</sup> C.A.A. Versailles, 3 juillet 2008, n° 07VE01824.

<sup>1332</sup> PACHEN-LEFEVRE Marie Hélène et FONTAINE Cecile, Le recours au bail emphytéotique pour la construction d'édifices religieux, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 59.

<sup>1333</sup> C.A.A. de Lyon, 16 fév. 2010, n° 08LY01769.

<sup>1334</sup> C.E., ass., 19 juill. 2011, M<sup>me</sup> Vayssièrre, n° 320796 : AJDA 2011. 1460, obs. M.-C. Montecler ; ibid. 2010, note E. Fatôme et L. Richer ; ibid. 1667, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2011. 2025, édito. F. Rome ; FEVROT Olivier, Conseil d'Etat et laïcité : la question des baux emphytéotiques culturels, RDI 2011. 628.

versement de loyers. Au terme du contrat, le crédit-preneur peut soit restituer le bien, soit l'acquérir pour un montant prédéfini dans le contrat, ou encore demander le renouvellement du contrat. Cette technique de financement, apparue au début des années 1960, est régie par les articles L. 313-7 et suivants du code monétaire et financier<sup>1335</sup>.

**405.** Le droit de recourir au financement par crédit-bail résulte, dans le cadre des baux emphytéotiques administratifs conclus par des collectivités territoriales, de l'article L. 1311-3 alinéa 5° du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques<sup>1336</sup>. L'article précise que ce contrat de crédit-bail doit comporter « des clauses permettant de préserver les exigences du service public ». Ces mêmes dispositions s'appliquent aux baux emphytéotiques hospitaliers aux termes de l'article L. 6148-2 du code de la santé publique. Ce droit a été étendu par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures aux titres d'occupation constitutifs de droits réels et des contrats emportant occupation du domaine public conclus par l'Etat et par ses établissements publics<sup>1337</sup>, puis par la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services aux baux emphytéotiques administratifs de valorisation sur les biens immobiliers faisant partie du domaine public de l'Etat<sup>1338</sup>.

**406.** Le crédit-bail suppose la propriété du crédit-bailleur sur les biens financés. Cependant, dans le cadre très spécifique des baux emphytéotiques administratifs, la pratique a dû s'adapter aux contraintes du service public. Elle a instauré la mise en place de conventions tripartites. Celles-ci ont, de façon générale et au minimum, pour double objet, d'une part, d'organiser le droit du crédit-bailleur sur le sol et sur les constructions, d'autre part, de prévoir le sort des biens en cas de défaillance du cocontractant, de résiliation unilatérale par la collectivité publique ou de fin « prématurée » du bail emphytéotique. La collectivité a alors l'obligation contractuelle, soit de succéder au preneur du bail en tant que crédit-preneur, soit de lui substituer, avec l'accord de l'établissement de crédit, un nouveau preneur, ou encore de verser une indemnité en contrepartie

---

<sup>1335</sup> MIGNOT Marc, LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, STORCK Michel, ERESEO Nicolas et KOVAR Jean-Philippe, *Droit Bancaire*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 811 et svts.

<sup>1336</sup> Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du C.G.P.P.P., JORF du 22 avril 2006.

<sup>1337</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF du 13 mai 2009.

<sup>1338</sup> Loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, JORF du 24 juill. 2010 ; art. L. 2341-1 du C.G.P.P.P.

de l'incorporation des biens dans son patrimoine<sup>1339</sup>. Le maintien de l'affectation des biens à l'exercice du service public répond à l'exigence constitutionnelle de prévoir des clauses contractuelles qui permettent « de faire obstacle à ce que les prérogatives du crédit-bailleur ne soient incompatibles avec le bon fonctionnement du service public »<sup>1340</sup>.

**407.** Compte tenu du fait que les terrains sur lequel sont assis les biens financés en crédit-bail sont issus du domaine public de la collectivité, la question se pose de savoir si le contrat de crédit-bail et la convention tripartite qui l'accompagne ne doivent pas être qualifiés de contrats administratifs. Cette problématique a été envisagée dans le cas des autres autorisations d'occupation temporaire du domaine public. Le Tribunal des Conflits a jugé, le 21 mars 2005, qu'un contrat de crédit-bail conclu par le concessionnaire du service public est de droit privé<sup>1341</sup>. Il a estimé que le contrat de crédit-bail « qui n'a pas lui-même pour objet l'occupation du domaine public, se borne à mettre en place une opération de financement entre deux sociétés commerciales ». La Cour de cassation, dans son arrêt du 28 mai 2008, a étendu la qualification à la convention tripartite, compte tenu de son caractère « accessoire au contrat de crédit-bail » et eu égard à son objet « purement financier »<sup>1342</sup>. La Cour de cassation fait prévaloir le caractère financier du montage sur toute autre considération et notamment sur le fait que le crédit-bailleur « occupe » le domaine public. Elle relève également l'absence de clause exorbitante du droit commun et le fait que la convention n'a pas pour objet de faire participer le crédit-bailleur à l'exécution du service public<sup>1343</sup>. Sur ce point, M. Tenailleau relève, à juste titre, que l'autonomie de la convention tripartite est un facteur de sécurité juridique. En effet, cela implique que les événements touchant les rapports contractuels entre la collectivité publique et le preneur du bail emphytéotique ne se répercutent pas automatiquement sur la convention tripartite. Cette logique sécurise grandement le financement de ce type de contrat et en préserve l'attractivité bancaire<sup>1344</sup>. Cela constitue un avantage important pour les conditions de financement du projet tant pour le preneur que le bailleur qui y ont tous deux intérêts<sup>1345</sup>.

---

<sup>1339</sup> FOULQUIER Norbert, Extensions du bail emphytéotique administratif et généralisation du crédit-bail, RDI 2009. 541.

<sup>1340</sup> Cons. Const., Déc. n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ; TERNEYRE Philippe, Bail emphytéotique (Droit public), Droit de la Construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, 150.141, p. 186.

<sup>1341</sup> T.C., 21 mars 2005, Slibail Energie c/ Ville de Conflans-Sainte-Honorine, req. n° 003436.

<sup>1342</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2008, n° 07-17648.

<sup>1343</sup> TENAILLEAU François, Les conventions tripartites conclues avec les crédits-bailleurs sont des contrats de droit privé, AJDA 2007. 42.

<sup>1344</sup> TENAILLEAU François, Conventions tripartites : un régime juridique consolidé, AchatPublic. Info, le 7 juill. 2008.

<sup>1345</sup> LAFFITTE Olivier, Un nouveau levier de financement : le BEA logement social, Contrats Publics n° 108 mars 2011.

## **B- L'étendue des droits**

**408.** Le champ fonctionnel de la nature composite du bail emphytéotique administratif est défini par l'étendue des droits octroyés. Elle repose sur deux éléments essentiels qui sont également présents dans le bail emphytéotique de droit privé. Néanmoins, là encore les règles protectrices de la domanialité publique marquent une grande différence et envisagent la cession du droit réel (1) et l'hypothèque (2) en y imposant un encadrement particulier.

### **1- La cession**

**409.** Le droit de cession du droit réel est reconnu au preneur du bail emphytéotique administratif (a). Cependant, ce droit n'est pas absolu et cette cession doit répondre à des règles très précisément définies (b)<sup>1346</sup>.

#### **a- Un droit de cession**

**410.** La cession est autorisée dans toutes les formes de bail emphytéotique administratif, y compris concernant le bail à construction administratif<sup>1347</sup>. Ceci constitue à l'origine l'un des avantages de ce contrat au regard des conventions d'occupation domaniales simples. La loi dispose que les droits résultant du bail ne peuvent être cédés, avec l'agrément de la personne publique ou de la collectivité territoriale bailleresse, qu'à une personne subrogée au preneur dans les droits et obligations découlant de ce bail, pour la réalisation de l'opération confiée au preneur<sup>1348</sup>. Cette faculté de cession du bail emphytéotique administratif est un élément remarquable de leur nature en considération du principe d'incessibilité des autorisations

---

<sup>1346</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Propriétés publiques, Quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3310, p. 694.

<sup>1347</sup> Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009, Pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, Art. 7 : « Un bien immobilier appartenant à l'État ou à ses établissements publics peut faire l'objet du bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime « ou du bail prévu au chapitre I<sup>er</sup> du titre V du livre II du code de la construction et de l'habitation » en vue de la réalisation de logements sociaux. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif ».

<sup>1348</sup> Art. L. 1311-3, 1° du C.G.C.T. ; art. 7, II, 1° de la Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ; art. L. 2341-1 1°) du C.G.P.P.P.

domaniales<sup>1349</sup>. Toutefois, ce trait de spécificité du bail emphytéotique administratif est atténué par la reconnaissance jurisprudentielle d'une faculté de cession des titres domaniaux. Le Conseil d'État a affirmé qu'« il ne peut y avoir transfert d'une autorisation ou d'une convention d'occupation du domaine public à un nouveau bénéficiaire que si le gestionnaire de ce domaine a donné son accord écrit »<sup>1350</sup>. Cette formulation consacre implicitement une faculté de cession conditionnée et élargit le champ de ce droit.

## **b- Un encadrement**

**411.** Le preneur peut céder ses droits contractuels à la double condition que le cessionnaire soit subrogé dans ses droits et obligations, et que le bailleur public délivre son agrément à cette cession. Le principe de libre cession inhérente au droit réel immobilier est limitée, et ce afin de préserver la pérennité du bail conclu par la collectivité territoriale. Le preneur ne peut procéder à la cession de son droit qu'après information et accord de la collectivité responsable. Cette disposition est conforme au principe dégagé par une jurisprudence constante selon laquelle le cédant doit obligatoirement requérir l'accord du cédé avant toute cession<sup>1351</sup>. Il a également été confirmé par l'avis du Conseil d'État daté 8 juin 2000 qui systématise les règles générales applicables aux cessions de contrats en droit administratif<sup>1352</sup>. D'une part, il importe que l'assemblée délibérante n'approuve cette cession qu'après avoir été dûment informée des conditions. Cette formalité substantielle, a été exprimée par le Tribunal administratif de Marseille, dans un arrêt du 17 avril 2007<sup>1353</sup>. Celle-ci fait écho à l'obligation d'information préalable de l'assemblée délibérante faite à l'exécutif de la collectivité en application de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales qui énonce que « tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ». D'autre part, le refus de la personne publique à la cession est strictement conditionné par l'existence de motifs valables, tels qu'ils ont pu être énumérés par le Conseil

---

<sup>1349</sup> C.E., 10 mai 1989, Munoz : Lebon T., p. 675 ; Dr. adm. 1989, comm. 336 ; RDP 1989, p. 1805 ; C.E., 6 nov. 1998, Assoc. amicale bouquinistes quais de Paris : Lebon T., p. 753 ; C.E., 31 juill. 2009, Sté de loisirs Jonathan.

<sup>1350</sup> C.E., 18 sept. 2015, Sté Prest'air : Lebon T., p. 667 ; AJDA 2016, p. 157, note C. Chamard-Heim ; RDP 2016, p. 1783, étude L. Ragimbeau ; BJCP 2016, n° 104, p. 49, concl. N. Escaut.

<sup>1351</sup> C.E., 20 janv. 1905, Cie dpt eaux et services municipaux c/ Ville Langres : Lebon, p. 55, concl. Romieu ; C.E., 4 juin 1999, SARL Maison Dulac.

<sup>1352</sup> C.E., avis n° 364803, sect. fin., 8 juin 2000, Rapp. publ. C.E. 2001, p. 230 ; AJDA 2000, p. 758, note L. Richer ; Contrats-Marchés publ. 2000, chron. 1, note F. Llorens ; CJEG 2001, p. 103, note C. Maugüé et L. Deruy.

<sup>1353</sup> T.A. de Marseille, 17 avril 2007, Ville de Marseille, n° 0605998, « S'agissant de l'obligation de transmission préalable aux élus des éléments financiers et techniques sur lesquels est fondé le montant du loyer d'un BEA « culturel » ».

d'Etat dans l'avis précédemment cité. Il peut s'agir, pour la collectivité territoriale, de l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat ou, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public<sup>1354</sup>.

**412.** Concernant la subrogation du cessionnaire dans les droits et obligations du preneur, il s'agit là encore d'une précision conforme aux règles générales applicable à la cession de contrat qui s'entend, toujours de l'avis du Conseil d'Etat daté du 8 juin 2000, comme de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et du prix demandé aux usagers »<sup>1355</sup>. Cette solution protectrice des bailleurs publics transpose au cas des baux emphytéotiques administratifs l'approche traditionnellement admise par la jurisprudence en matière de contrats publics, notamment dans les cessions de marchés et de délégation de services publics. La cession d'un bail emphytéotique administratif suppose la reprise intégrale par le cessionnaire de l'ensemble des droits et obligations qui en résultent.

**413.** Enfin, l'ordonnance n° 2017-652 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques a imposé une nouvelle limite à la cession du bail emphytéotique administratif des collectivités territoriales et du bail emphytéotique administratif « valorisation » de l'État<sup>1356</sup>. Cette disposition prévoit désormais que « les droits résultant du bail ne peuvent faire l'objet d'une cession lorsque le respect des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre, prévues à l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, s'y oppose ». Ainsi, dans le cas où le bail emphytéotique administratif fait partie des contrats visés par une obligation de mise en concurrence lors de sa passation, la cession des droits en découlant durant l'exécution est exclue en dehors de toute procédure de mise en concurrence<sup>1357</sup>. Cette volonté législative est conforme à l'évolution plus générale encadrant les règles en matière de cession de contrats administratifs<sup>1358</sup>.

---

<sup>1354</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Propriétés publiques, Quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3310, p. 695.

<sup>1355</sup> UBAUD-BERGERON Marion, Fasc. 109 : bail emphytéotique administratif, JCI Constr. – Urb.

<sup>1356</sup> Ord. n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, JORF du 20 avril 2017.

<sup>1357</sup> CLAMOUR Guylain, Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 114 ; FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1187, p. 450.

<sup>1358</sup> HOEPFFNER Hélène, La modification des contrats : RFDA 2016, p. 280 ; HOEPFFNER Hélène, La cession de contrat : histoire d'une rencontre manquée entre les droits public et privé des contrats : BJCP 2016, n° 109, p. 40.

## 2- L'hypothèque

**414.** L'opportunité pour le preneur d'un bail emphytéotique administratif de pouvoir obtenir le financement de son projet en constituant une hypothèque sur son droit réel administratif est, de même que tout preneur d'un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, essentielle (a). Néanmoins, les règles qui s'appliquent à la mise en œuvre d'une telle garantie sont, dans le cadre de la domanialité publique, très spécifiques (b)<sup>1359</sup>.

### a- La constitution

**415.** Selon les termes de l'article L. 1311-3 2° du code général des collectivités territoriales, le droit réel conféré au titulaire du bail est susceptible d'hypothèque. D'une part, cette prérogative du preneur apparaît comme une conséquence normale de la nature réelle du droit qui lui est consenti, d'autre part elle est essentielle car sans sûreté réelle sur les immeubles, l'accès au financement bancaire est incertain<sup>1360</sup>. Néanmoins cette constitution de garantie est limitée aux emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué. Est exclue, par exemple, la constitution d'hypothèque permettant de garantir l'ouverture d'une ligne de crédit destinée à améliorer la trésorerie d'un preneur en difficulté. Cette limitation démontre que le législateur a souhaité autoriser la constitution d'hypothèques sur le domaine public des collectivités dans l'unique objectif de faciliter la valorisation de ce domaine. Cet intérêt est le seul qui est pris en compte<sup>1361</sup>. Toutefois, cette disposition est également une garantie supplémentaire pour les prêteurs qui échappent ainsi à la concurrence éventuelle d'autres créanciers hypothécaires<sup>1362</sup>.

**416.** De plus, le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par la collectivité territoriale. Dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif, la collectivité a le

---

<sup>1359</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des Notaires de France, Propriétés publiques, Quels contrats pour quels projets ?, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3308, p. 693.

<sup>1360</sup> CUCHE Paul et LEQUIEN Michel, La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé des équipements publics, Dr. Adm., déc. 2004, p. 14.

<sup>1361</sup> TERNEYRE Philippe, Bail emphytéotique (Droit public), Droit de la Construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, 150.122, p. 184.

<sup>1362</sup> Les créanciers chirographaires sont dans une situation analogue puisque seuls ceux dont la créance est née de la réalisation des ouvrages situés sur les dépendances occupées peuvent exercer des mesures conservatrices ou d'exécution sur les ouvrages.



pouvoir et le devoir d'approuver l'hypothèque qu'après s'être assurée du respect des conditions légales susmentionnées.

## **b- La mise en œuvre**

**417.** En cas de défaillance du preneur dans le remboursement des emprunts contractés par lui en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages implantés sur la dépendance domaniale donnée à bail, l'article L. 1311- 3, 3° du code général des collectivités territoriales met en place un système propre au droit public. Puisqu'elle suppose une cession de l'ouvrage et du titre d'occupation, la réalisation de la sûreté est subordonnée à l'agrément de la collectivité territoriale compétente. Cette dernière a alors deux possibilités Elle peut soit autoriser la cession au créancier ou à un tiers, ce qui implique que le cessionnaire assume l'ensemble des obligations mises à la charge du preneur défaillant par le bail et qu'il reprenne à son compte le passif hypothécaire. Elle peut également choisir de « se substituer au preneur dans la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail », c'est-à-dire de reprendre en régie directe l'activité initialement confiée au preneur<sup>1363</sup>. C'est pourquoi le montant de l'emprunt garanti par l'hypothèque ne doit pas être tel qu'il en résulte un dépassement du montant maximum des garanties d'emprunt et des cautionnements qu'une collectivité territoriale est autorisée à accorder à une personne privée en vertu des articles L. 2252- 1, L. 3231- 4 et L. 4253- 1 du code général des collectivités territoriales. Cette dernière condition relève du respect du droit des aides publiques locales.

**418.** En outre, il faut préciser que la résiliation unilatérale du bail emphytéotique peut être de nature à affecter l'efficacité de l'hypothèque. Néanmoins, la loi énonce que, dans ce cas, les droits des créanciers, régulièrement inscrits à la date du retrait, sont reportés sur l'indemnité d'éviction due au preneur. Cette disposition ne supprime pas toutes les difficultés car aucune indemnité n'est due lorsque la résiliation est la conséquence de l'inexécution des clauses et conditions du bail emphytéotique administratif. Faute d'indemnité allouée, le créancier hypothécaire court alors le risque de ne pouvoir récupérer les sommes prêtées<sup>1364</sup>. Aussi, les créanciers régulièrement inscrits doivent être prévenus des intentions de l'administration deux mois au moins avant la notification

---

<sup>1363</sup> TERNEYRE Philippe, Bail emphytéotique (Droit public), Droit de la Construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, 150.133, p. 185.

<sup>1364</sup> GODFRIN Philippe et DEGOTTE Michel, Droit administratif des biens, 12<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2018, n° 280, p. 210.

d'une résiliation pour inexécution des clauses et conditions de façon à ce qu'ils puissent proposer la substitution d'un tiers au preneur défaillant.

**419.** Il est constaté que cette hypothèque est très spécifique car sa mise en œuvre par le créancier dépend de sa collaboration avec l'administration<sup>1365</sup>. Néanmoins, sauf cas d'inertie ou manque de réactivité de la collectivité, elle ne peut qu'être attractive pour les investisseurs privés et notamment pour les établissements de crédit, dans la mesure où elle fait intervenir une personne publique, en principe solvable, dans le cadre d'une opération dont la rentabilité n'est pas, a priori, plus aléatoire que celle d'une opération d'investissement privée<sup>1366</sup>. En outre, la collectivité territoriale bailleuse n'a aucun intérêt à empêcher la mise en œuvre de l'hypothèque car sa substitution au preneur défaillant risque de lui être très coûteuse<sup>1367</sup>.

**420.** Les modalités fonctionnelles inhérentes à la nature des baux emphytéotiques administratifs semblent se rapprocher de celles du bail emphytéotique de droit privé. Néanmoins, ce n'est qu'une apparence car si elles sont inspirées très largement de son modèle issu du code rural, les règles qui encadrent ce type de contrat sont administratives. A ce titre, elles décrivent des modalités issues de l'octroi d'un droit réel administratif très encadrées et limitées. L'intérêt de la collectivité territoriale et de l'Etat, la protection du domaine public et de ces principes restent primordiales. Aussi, même si ces modalités fonctionnelles peuvent témoigner d'une certaine souplesse vis à vis des dispositions classiques du droit public, elles restent éloignées de celles du bail emphytéotique de droit privé qui permettent au preneur d'user et de jouir d'attributs qui le rapproche d'un véritable propriétaire.

---

<sup>1365</sup> Loi n° 94- 631, 25 juill. 1994, complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, JORF 26 juill. 1994, p. 10749.

<sup>1366</sup> TERNEYRE Philippe, Bail emphytéotique (Droit public), Droit de la Construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, 150.141, p. 186.

<sup>1367</sup> FOULQUIER Norbert, Droit administratif des biens, 5<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 1188, p. 451.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**421.** Le bail réel immobilier de longue durée administratif permet le financement et la réalisation sous maîtrise d'ouvrage privée d'équipements sur le domaine public. Il participe à la redynamisation d'un patrimoine exploité par un opérateur privé. Il offre la possibilité pour la collectivité d'occuper une partie des locaux réhabilités, rénovés ou étendus, moyennant un coût de location qui peut bénéficier d'un abattement prenant en compte la rentabilité économique de la partie de l'opération. Enfin à long terme, au terme du contrat, la collectivité retrouve un bien ayant bénéficié des travaux réalisés par l'emphytéote. La collectivité a alors le choix de recouvrer la propriété de ces biens en y conservant les bâtiments et ouvrages réalisés mais elle a aussi la possibilité de ne pas se lier au-delà du contrat et de faire démolir ces biens immobiliers ou encore d'en changer la destination<sup>1368</sup>. Le bail réel immobilier de longue durée administratif peut constituer un bon compromis permettant de concilier la prise en compte des contraintes budgétaires et opérationnelles<sup>1369</sup>. Ces dernières conduisent la personne morale de droit public à privilégier l'externalisation tout en conservant un certain contrôle. Néanmoins, s'il présente un grand intérêt pratique pour la puissance publique, le bail réel immobilier de longue durée administratif demeure un contrat complexe qui n'est pas exempt de risques juridiques et financiers. Aussi, après une décennie durant laquelle les textes n'ont eu de cesse d'en étendre les recours aux hypothèses spécifiques les plus diverses, et alors que cet élan législatif a pu sembler être réalisé sans cohérence<sup>1370</sup>, le législateur n'a pas poursuivi cette démarche. Les collectivités territoriales n'y ont pas eu pas recours de manière assez stratégique. Il a été constaté un manque de maîtrise économique qui a finalement conduit le législateur à en réduire son champ d'application pour étendre celui de la commande publique<sup>1371</sup>.

**422.** Pour jouir des véritables qualités du bail réel immobilier de longue durée administratif, il importe pour les parties de maîtriser la nature du droit octroyé au preneur, très encadré par les textes, et d'adapter le contrat au projet envisagé. Néanmoins, le champs de la commande publique

---

<sup>1368</sup> Cependant, il ne faut pas douter que la destruction des logements sociaux au terme du contrat de BEA est politiquement délicate, et dans le contexte économique et social actuel, absolument pas souhaitable ; FOULQUIER Norbert, La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol, La Gazette, mars 2012, p.13.

<sup>1369</sup> GAUDEMAR DE Hervé, La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », JCP Adm et Collect. Territ., n° 41, 7 oct. 2013, 2294.

<sup>1370</sup> M. Terneyre a en déduit que « le bail emphytéotique constitue aujourd'hui le « couteau suisse » de la valorisation économique du domaine des personnes publiques » ; TERNEYRE Philippe, « Le bail emphytéotique administratif est-il victime de son succès ? », Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 3.

<sup>1371</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015, abrogée mais reprise par l'ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législatif. du c. de la commande pub., JORF du 5 déc. 2018.

s'élargissant toujours plus, Philippe Proot écrit que ce contrat risque de ne pas perdurer lorsque « viendra le grand soir de la remise en ordre des autorisations d'occupation du domaine public que tous les auteurs appellent de leurs vœux »<sup>1372</sup>.

**423.** Enfin, les baux réels immobiliers de longue durée administratifs alimentent une certaine confusion dans la notion même du droit réel. Les privatistes retiennent que « ce curieux « bail emphytéotique » a le goût trompeur d'un fameux soda, qui rappelle très vaguement l'alcool », ou encore que le bail emphytéotique administratif ressemble à l'original « comme un Picasso à un Botticelli »<sup>1373</sup>. La justesse de cette analyse ne peut être niée car l'absence de libre cessibilité, et les dispositions encadrant la constitution et la mise en œuvre de l'hypothèque s'opposent à la notion civiliste de droit réel. Les dispositions du code général des collectivités territoriales « altèrent les caractères fondamentaux du droit réel de superficie au regard des règles de droit privé »<sup>1374</sup>.

---

<sup>1372</sup> PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domaniaité publique, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39.

<sup>1373</sup> YOLKA Philippe, A propos du « bail à construction administratif », AJDA 2016. 1145.

<sup>1374</sup> TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, répertoire droit immobilier, Dalloz, n° 57.

## CONCLUSION TITRE 2

**424.** La grande particularité des baux réels immobiliers de longue durée est d'avoir une même nature composite qui semble s'exprimer différemment pour chacun d'entre eux. Ces contrats partagent une base commune, des caractéristiques communes qui les distinguent des autres contrats auxquels ils sont parfois comparés par la pratique et la doctrine, et qui témoignent également de leur nature composite<sup>1375</sup>. Le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire octroient aux preneurs une jouissance spécifique, mais également caractéristique par sa longue durée et son encadrement. La maîtrise du bien objet du bail que ces contrats autorisent, dans le sens des conditions de mise en possession du preneur, est appréciée de façon assez similaire pour l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée<sup>1376</sup>. Néanmoins, ces contrats se distinguent les uns des autres. L'analyse de la teneur du droit réel immobilier et des manifestations de la nature composite met ainsi en exergue l'adaptation des différentes formules proposées par le législateur. Partant des mêmes bases, il est constaté que le législateur a créé plusieurs déclinaisons du bail emphytéotique adaptées aux contextes socio-économiques de leur époque<sup>1377</sup>.

**425.** Aussi, il est remarqué que si le bail emphytéotique offre une large liberté contractuelle au preneur, les baux suivants présentent la caractéristique de limiter de plus en plus l'étendue des droits du preneur afin de diriger son action vers un objectif déterminé. La possibilité pour le preneur de pouvoir louer le bien qu'il a construit ou réhabiliter est de plus en plus contrainte dans le but de développer une offre locative ciblée. Si le bail emphytéotique et le bail à construction permettent une libre location, le bail à réhabilitation, dont le preneur ne peut être qu'un bailleur social, n'autorise la mise en location que de logements locatifs sociaux<sup>1378</sup>. Le bail réel immobilier, destiné à répondre aux besoins des classes moyennes, oblige le preneur à vérifier les ressources de ses locataires dans le cadre de la formalisation du bail d'habitation afin qu'elles respectent des plafonds de ressources. Dans ce même contexte, le preneur doit respecter un prix de

---

<sup>1375</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, p. 360 et svts ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 305, p. 234.

<sup>1376</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 166, p. 167 et 168 ; MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les Biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 149 et svts.

<sup>1377</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé, RDI 2009. 16 ; MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>1378</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1991 visant la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equip. n° 5 du 20 fév. 1991 ; COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 398, p. 363 ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 314, p. 243.

location déterminé par décret afin de garantir que ce logement demeure dans le marché locatif qui lui a été désigné par les dispositions législatives et réglementaires<sup>1379</sup>. Le bail réel solidaire impose des contraintes similaires au preneur mais spécifiquement adaptées à son objectif. Ce contrat doit favoriser la mise en location de logements destinés aux personnes modestes, aussi les plafonds de ressources et les prix des loyers sont encadrés pour les rendre accessible à ce type de public<sup>1380</sup>. La cession des droits du preneur répondent à ce même type de contraintes. Si la libre cession des droits de l'emphytéote n'est pas remise en question<sup>1381</sup>, le preneur du bail à construction cède également son engagement à construire<sup>1382</sup>. Le preneur du bail à réhabilitation ne peut céder ses droits réels qu'à un autre bailleur social afin que celui-ci fasse perdurer la qualification de logements locatifs sociaux<sup>1383</sup>. La cession des preneurs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire est particulièrement encadrée et organisée car elle constitue un aspect essentiel de la mission socio-économique qui leur a été imposée. Les conditions de cession ou dans ces cadres spécifiques il est plus opportun d'employer le terme de « commercialisation », répondent alors à des règles similaires de celles appliquées pour la mise en location des logements. Les prix de vente sont imposés, calculés afin d'assurer la mise en vente du bien sur le marché qui a été prédéfini, classe moyenne dans le cadre du bail réel immobilier ou classe modeste pour le bail réel solidaire, et les revenus des acheteurs sont plafonnés à l'acquisition afin d'en garantir l'accessibilité à ces mêmes foyers<sup>1384</sup>. La formule emphytéotique est ainsi déclinée par le législateur. Ces contrats spéciaux forment un ensemble de même nature composite, dans les adaptations ont permis d'en renouveler la dynamique et d'en moderniser les aspects face à des nécessités contextuelles.

**426.** Le droit public a également saisi l'opportunité économique et financière de réinterpréter la formule emphytéotique de droit privé. Alors, que les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité résistent à la création de droits réels administratifs sur le domaine public, l'assouplissement de la doctrine publique influencée par le droit privé et les pressions

---

<sup>1379</sup> CHEVREUX Notaire, Le bail réel immobilier, Droit immobilier, 24/02/2014 ; Kan-Balivet Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP A C.P. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247.

<sup>1380</sup> POUmarede Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 945, p. 839.

<sup>1381</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 avr. 2009, n° 08-10. 944 ; JCP N 2009. Actu. 372 ; Gaz. Pal. 14-15 oct. 2009. 11 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et Sylvie CIMAMONTI, Les biens, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 291, p. 333.

<sup>1382</sup> Cass. Com. 24 oct. 2000 ; Dr. fisc. 2001, n° 410 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2006 ; Bull. civ. n° 55 ; Constr.-Urb. 2006, n° 86, obs. Cornille ; TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, n° 356, p. 175.

<sup>1383</sup> COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philipe, Contrats civils et commerciaux, 11<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 398, p. 364.

<sup>1384</sup> VALETTE Charlotte, L'économie des baux réels solidaires, AJDI 2016. 751.

économiques et budgétaires ont conduit à la consécration de la nature composite<sup>1385</sup>. Reprenant une construction similaire à la nature de l'emphytéose de droit privé, le droit réel administratif octroyé par ce contrat de droit public est également composite. Il est constitué d'un droit réel qui permet au preneur de maîtriser le bien objet du bail, au tant que les règles de droit public le lui autorise, et d'un droit de superficie qui donne des droits de propriétés temporaires sur un immeuble construit par le preneur. Cette technique s'accorde tout particulièrement avec les principes de droit public qui interdisent la cession de propriété du domaine public<sup>1386</sup>. De plus, elle permet au preneur de pouvoir exercer sa gestion sur l'ensemble du projet.

**427.** Les difficultés budgétaires ont conduit les pouvoirs publics à considérer le bail emphytéotique administratif comme une technique juridique de financement des équipements publics par des opérateurs privés<sup>1387</sup>. Les baux administratifs se sont alors multipliés, et à l'instar de l'emphytéose de droit privé, la formule a été déclinée en fonction des objectifs définis par les pouvoirs publics<sup>1388</sup>. Rendus accessibles en premier lieu aux collectivités territoriales avec les créations du bail emphytéotique lié aux besoins de la justice, du bail emphytéotique concernant le service incendie et de secours, du bail emphytéotique administratif hospitalier et du bail culturel, l'Etat a ensuite eu la possibilité d'avoir recours à ce type de contrat administratif<sup>1389</sup>. Le bail emphytéotique administratif « logements sociaux », le bail emphytéotique administratif valorisation et enfin de le bail à construction administratif constituent un panel de contrat auquel l'Etat a la possibilité de recourir dans un cadre précisément défini par les textes<sup>1390</sup>. Néanmoins, tous ces contrats n'ont pas atteint leur objectif et satisfait pleinement leur mission de maîtrise des

---

<sup>1385</sup> AUBY Jean-Marie, BON Pierre, AUBY Jean-Bernard et TERNEYRE Philippe, *Droit administratif des biens*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020, n° 155, p. 126 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 36, p. 26.

<sup>1386</sup> JUEEN Philippe, *La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels*, *RD imm. avr.-juin 2000*, n° 2, p. 134.

<sup>1387</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, *Propriétés publiques quels contrats pour quels projets ?*, Lyon du 16 au 19 juin 2013, n° 3302, p. 690.

<sup>1388</sup> Communiqué de presse du Conseil des ministres du 10 juill. 2002 ; COURTOIS Jean-Patrick, *Projet de loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, *Rapport n° 371 (2001-2002) fait au nom de la commission des lois*, déposé le 24 juill. 2002, art. 3 ; DELACOUR Eric, *Loi sur la sécurité intérieure : Contrats-Marchés publ. 2002*, *comm. 2003.* ; LAVIALLE Christian, *Les conventions de financement des équipements publics de sécurité intérieure et la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 : Contrats-Marchés publ. 2002*, *chron. 11.*

<sup>1389</sup> *Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, *JORF* du 30 août 2002 ; *Loi n° 2005-1720 du 30 déc. 2005 de finances rectificative pour 2005*, *JORF* du 31 déc. 2005 ; *Ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation*, *JORF* du 6 sept. 2003 ; *Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du C.G.P.P.P.*, *JORF* n° 95 du 22 avril 2006.

<sup>1390</sup> *Loi n° 2009-179 du 17 fév. 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, *JORF* du 18 fév. 2009 ; *Loi n° 2010-853 du 23 juill. 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services*, *JORF* du 24 juill. 2010 ; *Décret n° 2011-1612 du 22 nov. 2011 relatif aux 1<sup>er</sup>, 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> parties réglementaires du C.G.P.P.P.*, *JORF* du 24 nov. 2011.

coûts et des finances publics. Les collectivités ont pu regretter un manque de contrôle financier et ont supporté certains déséquilibres financiers<sup>1391</sup>. En parallèle, la réforme des règles de la commande publique ont conduit les personnes morales de droit public à préférer contracter des marchés publics de travaux ou des traités de concession leur assurant un meilleur contrôle économique du projet tant en matière d'investissement financier qu'en gestion de l'équilibre budgétaire à court, moyen et long terme<sup>1392</sup>. Enfin, l'examen du champ fonctionnel de la nature composite des baux emphytéotiques de droit public en souligne le cadre limité. Dans le contexte public, les conditions générales de jouissance du preneur sont déterminées afin de respecter la mission du bailleur, personne morale de droit public. De même, le preneur d'un bail emphytéotique de droit public a la possibilité, tout comme le preneur d'une emphytéose de droit privé, de céder ses droits et de constituer une hypothèque. Toutefois, l'étendue de ces droits est strictement encadrée afin de préserver les intérêts de la personne publique et de garantir la réalisation du projet immobilier. Le bail emphytéotique administratif répond avant tout à des nécessités publiques et la liberté du preneur est contrainte par cette logique. Il s'agit avant tout de favoriser et préserver le financement d'équipement public<sup>1393</sup>.

**428.** Le bail réel administratif de longue durée est un contrat qui présente une conception administrative du droit réel. Celle-ci est particulièrement adaptée aux principes de droit public qui garantissent la notion de domanialité publique. Le bail emphytéotique de droit public ne peut être assimilé au bail emphytéotique de droit privé, ou encore au bail réel solidaire qui bénéficie d'un encadrement très détaillé. La notion de droit réel administratif est trop éloignée de celle du droit réel de droit privé<sup>1394</sup>. L'exorbitance des droits des personnes morales de droit public marque trop profondément cette conception du droit réel et en conséquence du bail emphytéotique administratif pour autoriser une telle assimilation. Le bail emphytéotique administratif est effectivement inspiré de l'emphytéose du code rural, mais les conditions et nécessités de sa mise en œuvre en droit public l'en écarte définitivement.

---

<sup>1391</sup> TechHôpital. com, Les pièges des baux emphytéotiques hospitaliers, 21/11/2013.

<sup>1392</sup> Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juill. 2015, abrogée mais reprise par l'ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législat. du c. de la commande pub., JORF du 5 déc. 2018.

<sup>1393</sup> CUCHE Paul et LEQUIEN Michel, La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé des équipements publics, Dr. Adm., déc. 2004, p. 14.

<sup>1394</sup> HOEPPFNER Hélène, La cession de contrat : histoire d'une rencontre manquée entre les droits public et privé des contrats : BJCP 2016, n° 109, p. 40 ; YOLKA Philippe, A propos du « bail à construction administratif », AJDA 2016. 1145 ; TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, répertoire droit immobilier, Dalloz, n° 57.



## CONCLUSION PARTIE 1

**429.** L'analyse de la nature des baux réels immobiliers de longue durée a permis la détermination d'une nature unique c'est à dire commune à l'ensemble de ces contrats, bail emphytéotique, bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire. Cette nature est composite car elle se construit en un droit réel, que le bailleur octroi au preneur sur le fonds objet du contrat, et un droit de superficie accessoire, défini comme un droit de propriété temporaire dont le preneur jouit jusqu'au terme du contrat<sup>1395</sup>. Le bail emphytéotique a posé les bases de cet outil juridique. En effet, si le droit romain reconnaît à l'emphytéote un droit réel sur le bien d'autrui et une accession en emphytéose sur les constructions et plantations réalisés par le preneur<sup>1396</sup>, le droit français ne connaît, depuis 1804, l'accession qu'en propriété<sup>1397</sup>. Le développement des théories doctrinales relatives au droit de superficie, également connu depuis l'antiquité, ont ainsi pu reconnaître au preneur, le bénéfice d'un droit de propriété temporaire sur les constructions, réhabilitation ou plantations qu'il a réalisés<sup>1398</sup>.

**430.** Les événements socio-économiques qui se sont succédés dans les dernières décennies ont conduit à envisager la technique emphytéotique comme un modèle, une source que les gouvernements et le législateur ont choisi de décliner<sup>1399</sup>. Instituant l'emphytéose comme référence et modèle commun, les acteurs publics ont choisi de reprendre ce contrat en l'adaptant, le modernisant afin de procéder à des affectations précisément déterminées. La réinterprétation du concept emphytéotique a conduit le législateur d'une part à réaffirmer la nature composite de cet ensemble de contrat, et d'autre part à confirmer expressément la qualification du droit de superficie comme un droit de propriété temporaire<sup>1400</sup>. Cet ensemble de contrats jouit d'une nature

---

<sup>1395</sup> LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, Les biens, droits réels principaux, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 752, p. 475.

<sup>1396</sup> MACKELDEY Ferdinand, *Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes*, Bruxelles, 1846, p. 167.

<sup>1397</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 227, p. 209 ; BERTREL Jean-Pierre, *L'accession artificielle immobilière*, RTD civ., 1994, p. 737.

<sup>1398</sup> MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, JOURDAIN Patrice, *Droit civil*, Les biens, Dalloz, 1995, p. 193 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1361, p. 122 ; MALAURIE et AYNES, « Les biens », 5<sup>ème</sup> éd., Collection Droit Civil, Défrénois, p. 289 ; PERINET-MARQUET Hugues, *Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé*, RDI 2009, p. 16.

<sup>1399</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 120.05, p. 132 ; CARBONNIER Jean, *Droit civil*, T. 2, Les biens, Les obligations, Quadriga, P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., 2017, [847], p. 1808 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, Collection Droit Civil, LGDJ, n° 620, p. 367.

<sup>1400</sup> Art. L. 254-1 du C.C.H. : « Les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration. » ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil*, Introduction, Biens, Personne Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 595,

commune, rappelée dans le cadre de chacun de leur propre dispositif. Néanmoins, ces contrats sont le fruit de contextes caractéristiques et à ce titre ont des affectations spécifiques. La création de verrous législatifs ont permis de décliner l'emphytéose, en plusieurs contrats ayant une même nature, mais proposant des formules différentes. Celles-ci participent à une action politique sociale et économique d'envergure, et ont pour objectif de concourir à la résolution de maux précisément identifiés. Favoriser la construction et l'urbanisation de nouveaux secteurs<sup>1401</sup>, réhabiliter les immeubles délabrés et permettre la mise sur le marché de nouveaux logements locatifs sociaux<sup>1402</sup>, favoriser l'accès aux logements et à la propriété des classes moyennes et des foyers modestes<sup>1403</sup>, ces baux réels immobiliers de longue durée ont une nature unique mais font l'objet d'affectations différentes.

**431.** C'est ainsi qu'il est apparu essentiel de procéder à l'étude de l'expression de cette nature composite. L'intérêt de cette démarche est de mettre en exergue les caractères de cette nature composite. Le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire un droit réel immobilier à la teneur spécifique. Celui-ci marque l'originalité de ces baux à l'égard d'autres contrats ou notion juridique qui peuvent en être rapprochés, mais permet également, au travers des adaptations législatives dont il est l'objet, de témoigner de leurs affectations respectives. L'analyse des manifestations de cette nature composite, tant à l'égard du droit réel immobilier que du droit de propriété, conduit à un constat similaire. Partant des principes de base similaires, les droits du preneur sont encadrés afin de correspondre aux objectifs poursuivis par les gouvernements et législateurs. Il en est ainsi des constitutions de servitudes et d'hypothèques. De même, les dispositifs ont transformé la formule emphytéotique qui autorise une libre cessibilité vers une cessibilité conditionnée afin de maintenir les biens commercialisés sur des marchés immobiliers permettant l'accès à la propriété des classes moyennes pour le bail réel immobilier<sup>1404</sup>, et des foyers modestes pour le bail réel solidaire<sup>1405</sup>. Il

---

p. 229 ; COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 400, p. 365 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 944, p. 838.

<sup>1401</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>1402</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990, instituant le bail à réhabilitation.

<sup>1403</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014 ; Ord. n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juillet 2016.

<sup>1404</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014 ; POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546 ; CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement (Brilo), le Bulletin de Cheuvreux Notaires, oct. 2015, p. 17.

<sup>1405</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire ; WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740 ; POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; LE ROUZIC Vincent, Gaz. Pal. 12 sept. 2017, n° 303d3, p. 69.

est également constaté en ce qui concerne la location des biens construits ou réhabilités que le législateur a fait évoluer le droit du preneur, de la libre location de l'emphytéote<sup>1406</sup>, à la location très encadrée tant concernant les revenus du locataire que les prix du loyer du bail réel immobilier et du bail réel solidaire<sup>1407</sup>. L'adaptation des prérogatives du preneur a donc permis l'affectation de ces contrats aux missions et objectifs qui leur a été attribués, sans pour autant créer une distinction de nature entre eux.

**432.** L'expression de cette nature composite en droit public questionne cette analyse. La réinterprétation de la nature de ce type de contrat par le droit public pose en effet la problématique des droits réels immobiliers administratifs et de leur éventuelle assimilation aux droits réels de droit privé<sup>1408</sup>. La reconnaissance de la nature composite en droit public, rendue possible par l'évolution de la doctrine publique et par la nécessaire valorisation des biens issus de la domanialité publique, a permis la consécration d'une forme de droit réel immobilier se décomposant, de même que l'emphytéose de droit privé, en un droit réel et un droit de propriété superficielle. L'emphytéose administrative, tel que l'emphytéose de droit privé, a connu un déploiement législatif qui a conduit à une multiplication des formes de ce contrat. Les pouvoirs publics ont envisagé ce contrat administratif comme une méthode de financement privé des équipements publics. Toutefois, le recours aux baux réels immobiliers de longue durée en droit public n'a pas totalement répondu aux attentes exprimées. Le contrôle du preneur et la maîtrise budgétaire se sont révélés insuffisants dans le cadre du bail emphytéotique lié aux besoins de la justice et du bail emphytéotique administratif hospitalier. Cet état de fait démontre à quel point l'administration n'envisage ce type de contrats qu'en les associant aux règles de la commande publique qui organisent une maîtrise économique et financière des opérations de la définition des besoins de la personne publique, jusqu'au terme de leur exécution. Le champ fonctionnel de la nature composite du droit réel administratif en souligne également les particularités. Les modalités spécifiques sont empruntent des principes protecteurs de la domanialité publique et du statut

---

<sup>1406</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 934, p. 833 ; C.A. Bordeaux, 21 avr. 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 128.

<sup>1407</sup> CHEVREUX Notaire, Le bail réel immobilier, Droit immobilier, 24/02/2014 ; Communiqué de presse du Conseil des ministres du 16 juillet 2014 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2014, alerte 39 ; POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil. Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, n° 945, p. 839.

<sup>1408</sup> YOLKA Philippe, La propriété publique, Eléments pour une théorie, Paris, LGDJ, 1997, p. 342 ; GODFRIN Philippe et DEGOFFE Michel, Droit administratif des biens, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 295, p. 223 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice et YOLKA Philippe, Traité de droit administratif, T. 2, Dalloz, 2012, p. 321 ; LIET-VAUX G., Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public, Rev. Adm., 1970. 297.

particulier du bailleur, personne morale de droit public agissant dans le cadre de la défense de l'intérêt général. Le droit réel administratif octroyé au preneur du bail emphytéotique administratif ne peut être assimilé au droit réel dont jouit le preneur d'un bail emphytéotique de droit privé. Le bail emphytéotique administratif a pour modèle initial le bail emphytéotique de droit privé, néanmoins la reconnaissance de la nature composite en droit public, son adaptation aux règles protectrices de la domanialité publique en ont dénaturé la notion<sup>1409</sup>. Le bail emphytéotique administratif est un outil particulièrement adapté à son contexte public, et sa nature ne peut être considérée comme similaire et donc commune aux baux réels immobiliers de longue durée de droit privé.

**433.** Les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé que sont le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire ont donc une nature unique. Leur dissemblance est la conséquence de leurs affectations, et ces dernières n'ont pas pour effet d'en changer leur nature. Leur adaptation législative aux contextes socio-économiques a pu avoir pour résultat d'en opacifier la lecture et la compréhension, néanmoins elle est également gage de leur efficacité et souligne la nécessité d'un tel processus d'affectation. Aussi, l'examen du régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée doit permettre d'en préciser la portée et d'en justifier la relative complexité.

---

<sup>1409</sup> PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domanialité publique, Contrats Publics n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39 ; YOLKA Philippe, A propos du « bail à construction administratif », AJDA 2016. 1145 ; TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, répertoire droit immobilier, Dalloz, n° 57.



## **PARTIE 2-**

# **LE REGIME DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE**

**410.** Les baux réels immobiliers de longue durée forment un ensemble de contrats régi par des règles qui soulignent une unité de régime tout en autorisant des aménagements liés à leurs affectations socio-économiques et politiques particulières. Ainsi, le régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée se distingue du régime général du droit des obligations. Si les règles relatives au bail emphytéotique sont énoncées aux articles L. 451-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, et si celles de l'ensemble des autres baux réels immobiliers de longue durée sont codifiées dans le cinquième titre du code de la construction et de l'habitation, aux articles L. 255-1 à L. 255-19<sup>1410</sup>, ce régime présente une vraie unité car ces principales caractéristiques sont communes. Les principaux éléments des baux réels immobiliers de longue durée, leurs effets, leurs causes de fin et les conséquences de cette fin forment une unicité de régime. Néanmoins, ce dispositif présente deux aspects. D'une part, il apparaît comme étant très élaboré et concret, mais d'autre part, il semble foisonnant, et notamment de part la prolifération du nombre de ces contrats.

**411.** En conséquence, les praticiens ont une appréciation obscure de ce régime juridique, de sorte qu'ils n'osent pas avoir recours aux baux de longue durée ou encore qu'ils ont fait un mauvais usage<sup>1411</sup>. Il en résulte une insatisfaction des parties et une insécurisation du montage juridique choisie. La situation est telle que certains auteurs « constatant les incohérences et les insuffisances de la législation » en ont tiré la conclusion qu'il est nécessaire « de se pencher sur la situation ... et de fondre le bail emphytéotique et le bail à construction en un seul, le bail réel immobilier »<sup>1412</sup>. En effet, alors que les publications professionnelles mettent toujours plus en avant ce type de contrat, il est possible d'observer que les bailleurs, le plus souvent en l'occurrence les représentants des collectivités territoriales ne distinguent pas aisément l'emphytéose du bail à

---

<sup>1410</sup> A l'exception du bail dans le cadre d'une convention d'usufruit aux art. L. 253-1 à L. 253-8 qui n'est pas un bail réel immobilier de longue durée, mais qui est maladroitement inséré entre le bail à réhabilitation et le bail réel immobilier.

<sup>1411</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 7, p. 4.

<sup>1412</sup> Le Club des juristes, *Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif*, sept. 2013, p. 7.

construction, ou encore le bail à construction du bail à réhabilitation<sup>1413</sup>. La création du bail réel immobilier et du bail réel solidaire contribue à brouiller les lignes. Il en résulte une certaine défiance à leur égard<sup>1414</sup>. Cependant, ces contrats, baux réels immobiliers de longue durée, offrent de grandes possibilités tant dans le cadre des opportunités qu'ils autorisent, que par la liberté d'aménagement du contenu des contrats, certes encadrée mais tout de même pertinente. C'est également afin de prendre la mesure de toutes les opportunités juridiques, techniques et financières qu'il est important de faire l'analyse du régime des baux de longue durée qu'un manque de pédagogie politique et d'intelligibilité législative ont pu rendre peu attractif.

**412.** Cet examen a pour intérêt de caractériser les baux réels immobiliers de longue durée comme une véritable unité, un ensemble de contrats répondant aux mêmes règles déterminantes. Le régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée présente une cohérence, une logique commune sur laquelle viennent se développer des règles particulières, propres à chacun des baux de longue durée. Il s'agit d'en révéler les spécificités traduisant leurs agencements respectifs, liés à leurs affectations qui sont précisément identifiées par les textes. Il est alors fait démonstration d'un régime commun, et permet l'identification de leurs particularités respectives déclinées par le législateur comme autant de réponses appropriées à des situations socio-économiques toujours plus inextricables. Le phénomène de spécialisation de ces contrats ne remet pas en cause l'unicité des principes et éléments fondamentaux de ce régime.

**413.** Seule l'appropriation de ce type de contrat par le droit public marque une véritable distinction de régime. Le régime des baux réels immobiliers de longue durée de droit public intègre les règles protectrices du domaine public et l'exorbitance des pouvoirs du bailleur, personne morale de droit public. La qualité et les prérogatives du bailleur, ainsi que les règles de la commande publique et des finances publiques écartent le régime des baux réels administratifs de longue durée de celui des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. Le droit public a créé un dispositif qui lui est propre et qui répond aux exigences de la défense de l'intérêt général. Nonobstant, il ne peut

---

<sup>1413</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015 ; Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013 ; VORMS Bernard, Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères ?, ANIL, Habitat actualité, mai 2011 ; FOULQUIER Norbert, « La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol », La Gazette, mars 2012, p.13 ; VANDEPOORTER Alexandre., SCP Seban et associés, Collectivités territoriales, Comment tirer le meilleur parti de son patrimoine public, Le Moniteur 10 juil. 2015.

<sup>1414</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const. – Urb. n° 10, oct. 2016, étude 12.

être nié que le régime du bail emphytéotique administratif est inspiré de celui du bail emphytéotique de droit privé<sup>1415</sup>.

**414.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée se décompose, très logiquement, en deux périodes qui se succèdent. La première est relative à la vie du contrat. Les éléments subjectifs de ce type de contrat doivent être envisagés, tant vis-à-vis des personnes physiques ou morales qui sont en mesure de s'engager et deviennent alors parties au contrat, qu'à l'égard de l'expression de cet accord, dans le temps et dans la forme. Identifier, définir à quel type de bail réel immobilier de longue durée les partenaires d'un projet immobilier peuvent prétendre, conduit à mettre en exergue ce type de contrat et à sécuriser leur recours. L'analyse de l'expression de la volonté des parties permet d'envisager son ordonnancement dans les conditions les plus favorables. Les éléments objectifs doivent être également identifiés. Terrain nu ou bâti, lot de copropriété ou volume, il s'agit d'établir une correspondance entre les différents baux de longue durée et les types de biens immobiliers qui peuvent en faire l'objet. Il est alors utile de faire le constat des potentialités d'adaptation de ces contrats face à la multiplication des situations de divisions immobilières et volumétriques.

**415.** Par la suite, il est nécessaire de procéder à l'examen des effets de ces contrats à l'égard des obligations des preneurs. L'étude des obligations communes des baux réels immobiliers de longue durée soulignent l'unicité de leur régime. L'identification des obligations spécifiques de ces contrats constituant autant de déclinaisons législatives, telles que l'obligation de construire ou de réhabiliter, est d'importance. Celles-ci jouent un double rôle essentiel à la fois de qualification de cet ensemble de contrat, mais également de distinction entre baux réels immobiliers de longue durée. Elle apporte d'importantes précisions qui soulignent les spécificités de ces contrats.

**416.** Par la suite, il doit être question de la fin des baux de longue durée. En effet, ces contrats spéciaux ont pour caractéristique commune d'être conclus pour une longue période qui peut être fixée au maximum à quatre-vingt-dix-neuf ans, mais leurs dispositions particulières imposent également un délai minimum qui diverge selon les différents types de baux. Entre durée minimum et durée maximum, les parties doivent en fonction de diverses données techniques, financières ou encore sociales convenir d'un commun accord d'un terme au contrat. Le choix de recourir à ce type de contrat et la réussite du projet immobilier dépendent de la nécessité, pour les parties, de

---

<sup>1415</sup> 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés publiques, quels contrats pour quels projet ?, du 16 au 19 juin 2013, n° 3320, P. 690.



trouver la meilleure adéquation possible entre tous ces éléments incontournables. Néanmoins, il doit également être établi dans quelle mesure ces mêmes parties, bailleur et preneur, ont la possibilité de modifier ce terme soit pour le repousser, soit pour l'anticiper.

**417.** Enfin, les conséquences de la fin de ces baux de longue durée sont envisagées et analysées. Tant au sujet de la propriété du bien immobilier objet du bail de longue durée, c'est à dire de l'accession différée en propriété du bailleur ou de l'acquisition du bien par le preneur, et tant au sujet de la location du bien, toutes les éventualités, possibilités et effets du terme de ces contrats doivent être connues par les parties afin qu'elles optimisent les conditions de fin de ces contrats. Le régime des baux réels immobiliers de longue durée ne doit pas concourir à catalyser les craintes des praticiens mais au contraire doit être l'outil permettant de faire la démonstration de toute leur potentialité.

**418.** Aussi, le régime des baux réels immobiliers de longue durée s'orchestre sur deux points essentiels, le premier étant relatif à la vie de ces contrats (Titre 1), et le second à la fin de ces mêmes contrats (Titre 2).

## **Titre 1-**

### **La vie des baux réels immobiliers de longue durée**

**419.** La vie des baux réels immobiliers de longue durée sont spécialement organisés par un ensemble de règles. Ces règles sont complétées et interprétées par la doctrine et la jurisprudence. Nonobstant, comme tout contrat, les baux réels immobiliers de longue durée sont constitués par des éléments subjectifs et objectifs.

**420.** Les parties aux contrats et l'expression de la volonté constituent les éléments subjectifs sur lesquels doivent porter les premières réflexions relatives à la vie des baux réels immobiliers de longue durée. Cette analyse est réalisée compte tenu à la fois de l'unité du régime des baux de longue durée, mais également des particularités découlant de leurs affectations respectives telles qu'elles ont été déclinées par le législateur. De plus, il ne doit pas être omis qu'à l'égard du contexte juridique dans lequel évoluent les bailleurs sociaux, envisagés dans cette étude comme preneurs des baux de longue durée, il existe deux niveaux d'engagement, deux niveaux relatifs aux parties. En effet, il s'agit de faire l'examen des parties au contrat principal que sont le bailleur et preneur, mais également d'envisager les autres parties engagées dans des contrats subséquents avec le preneur. Il est alors question de l'Etat dans le cadre de l'aide personnalisée au logement, et du locataire-occupant qui bénéficie du logement réalisé, réhabilité ou simplement entretenu dans le cadre du contrat principal. En outre, les futurs co-contractants doivent considérer l'expression de leur volonté, en premier lieu dans le cadre d'un avant-contrat en s'interrogeant sur les modalités qui garantissent au mieux les intérêts de chacun. Dans en second lieu, il est question de la régularisation définitive de l'accord des parties permettant de sécuriser leurs engagements et leurs droits tant entre eux que vis-à-vis des tiers.

**421.** Dans le cadre de cette réflexion, après avoir identifiées ces éléments subjectifs, les futures parties, mais également le juge en cas de contentieux postérieur à la conclusion du contrat, se concentrent sur la détermination des éléments objectifs constitutifs des baux réels immobiliers de longue durée. Il s'agit du bien immobilier, objet du bail de longue durée. Les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats qui portent sur une chose que les parties, contraintes par des règles spécifiques, ne peuvent librement déterminer. Cette chose, bien immobilier, assiette foncière ou terrain bâti, doit être analysée à la lumière des dispositifs spécifiques de chacun des baux de longue durée envisagés.

**422.** L'exécution des obligations constitue les effets de ces contrats. Le bailleur s'oblige à la mise à disposition du bien objet du contrat, le preneur s'engage dans des obligations de faire complexes et importantes tant d'un point de vue juridique, technique et financier. Les obligations du preneur constituent les prestations caractéristiques et essentielles de ces contrats. Il s'agit là à la fois d'une originalité et du principal intérêt, pour les bailleurs, à recourir aux baux réels immobiliers de longue durée.

**423.** L'obligation d'entretien et de réparation est commune à cet ensemble de contrats. Elle met en exergue l'unicité de ce régime. Il doit également être fait référence à l'obligation financière des preneurs de ces contrats. Cette obligation constitue, dans sa forme et son mode d'exécution, une spécificité déterminante du régime des baux réels immobiliers de longue durée. Celle-ci peut d'ailleurs concentrer l'essentiel de l'intérêt des parties, tant l'aspect financier pèse actuellement sur l'accès au foncier.

**424.** Certaines obligations sont spécifiques et permettent de distinguer chacun de ces contrats. En fonction de leurs affectations respectives, les obligations sont déclinées et le preneur est obligé de construire ou de réhabiliter, ou il peut encore n'en avoir que la possibilité<sup>1416</sup>. Néanmoins, la détermination de chacune de ces obligations ou potentialités n'est pas aisée. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas toujours unanimes dans la définition de chacune de ces obligations et dans le détail de leur exécution<sup>1417</sup>. Relevant cette difficulté, le Club des juristes a proposé la création d'un nouveau bail réel immobilier de longue durée, se substituant au bail emphytéotique et au bail à construction, et d'un nouveau bail réel immobilier administratif, couvrant un champ plus large et offrant une souplesse bien supérieure<sup>1418</sup>. Nonobstant, ce constat conduit malheureusement les praticiens à se détourner de ce type d'outils de maîtrise foncière qui peuvent paraître opaque et peu sécurisant. Il apparaît nécessaire de faire une analyse approfondie de ces questions afin de mettre en exergue leur potentialité qui n'a que trop peu été mise en avant.

**425.** La vie des baux réels immobiliers de longue durée est traitée dans un premier temps à l'égard des principaux éléments constitutifs de ces contrats (chapitre 1). Elle est, dans un deuxième temps,

---

<sup>1416</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 12.

<sup>1417</sup> C.A. Paris, 16<sup>ème</sup> ch., A, 6 sept. 2000, n° 2000-124914 ; C.A. Paris, 16<sup>ème</sup> ch., B, 8 nov.1990, JCP N 1992, II, p. 26, note Brault ; T.G.I. Marseille, 26 mars 1973, Ann. Loyers 1973, p. 1007 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 7, p. 4 ; BOULE Eric et GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collec. « Pratique de l'immobilier », Edit. Masson, 1995, p. 103.

<sup>1418</sup> Le Club des Juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 10.

consacrée aux effets de ces contrats, principalement constitués par les obligations du preneur, qui représentent les caractéristiques essentielles et déterminantes dans le recours à ce type de contrats (chapitre 2).



## CHAPITRE 1- LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES CONTRATS

**426.** Pour qu'un contrat puisse être valablement qualifié de bail réel immobilier de longue durée, il doit répondre à un certain nombre de règles relatives aux éléments qui le composent, et être établi dans le respect des conditions requises. Les éléments constitutifs communs à cet ensemble de contrat, sont déterminés à la fois par le droit des contrats, et par leurs dispositifs législatifs spécifiques. Cet ensemble crée un régime commun marqué par quelques particularités relatives aux affectations respectives de chacun de ces contrats.

**427.** Les éléments subjectifs constitutifs de ces contrats, conditions relatives aux parties et à l'expression de leur volonté, permettent d'assurer la pérennité de leurs engagements et la sécurité juridique de l'opération immobilière projetée. Il s'agit alors de déterminer les règles qui doivent impérativement être étudiées, analysées et respectées par les parties et le rédacteur de l'acte, afin de garantir la production de logements locatifs sociaux. L'enjeu est important. Cette réflexion peut conduire les bailleurs sociaux et leurs partenaires soit à corriger certains points de leurs accords préalables, soit à renoncer à avoir recours à un bail réel immobilier de longue durée pour envisager la possibilité de conclure un autre modèle de contrat. Il est nécessaire de vérifier les qualité et capacité des parties au contrat principal, et de faire l'analyse des engagements que le preneur, bailleur social en l'occurrence, doit finaliser avec l'Etat et son locataire-occupant, parties aux contrats subséquents afin de respecter le cadre de la réglementation relative aux logements locatifs sociaux. De plus, l'examen des conditions de l'expression de la volonté des parties, tant dans son organisation temporelle que dans sa formalisation ne peut être omis.

**428.** Enfin, cette réflexion relative aux principaux éléments de ces contrats spéciaux n'est pas complètement aboutie sans considérer les éléments objectifs de ces contrats. Il s'agit du bien immobilier, qui concentre les intérêts des parties. Terrain nu ou bâti, lot de copropriété ou volume, l'ensemble de ces biens doit être envisagé afin d'en vérifier la compatibilité juridique avec le bail de longue durée envisagé. Ce n'est que par cette réflexion d'ensemble que les parties sécurisent leur recours aux baux réels immobiliers de longue durée en général, et plus spécifiquement au type de bail de longue durée adéquate.

**429.** L'analyse des éléments de ces contrats contrat débute les éléments subjectifs (1). Devant à la fois respecter des règles générales et spécifiques du régime des baux de longue durée, l'examen des éléments subjectifs permet de poser, très en amont du projet immobilier, les premiers

questionnements pouvant faire obstacle ou conduire à leur réalisation. Les éléments objectifs, que sont les biens immobiliers, sont déterminants et essentiels pour ce type de contrat. Ils sont également totalement spécifiques à chaque type de bail réel immobilier de longue durée. Il faut alors vérifié si la nature du bien visé par le projet autorise la conclusion du bail de longue durée choisi (2). L'examen de ces éléments constitutifs constitue une étape essentielle car primordiale de la vie des baux de longue durée.

## **Section 1- Les éléments subjectifs**

**430.** L'article 1128 du code civil énonce les conditions générales relatives au consentement et à la capacité des contractants<sup>1419</sup>. Les articles L.251-1 est suivants du code de la construction et de l'habitation, les articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales, les articles L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ainsi que les articles L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime donnent des précisions à la fois relatives au régime commun des baux réels immobiliers de longue durée et plus spécifiques à chacun de ces contrats. Les éléments subjectifs de ces contrats doivent être analysés dans ce contexte qui crée un régime commun tout en autorisant certaines spécialisations. Ils sont mis en exergue dans le cadre d'un examen détaillé relatif aux parties aux contrats (§1), et à l'expression de la volonté (§2).

### **§1- Les parties aux contrats**

**431.** La validité des baux réels immobiliers de longue durée est subordonnée à la réunion de plusieurs conditions communes à tout contrat classique. Cependant viennent s'ajouter certaines spécificités qui soulignent les particularités économiques et sociales de leur affectation. L'ensemble de ces dispositions s'articule en deux temps, le premier étant relatif aux parties au contrat principal (A) et le second étant relatif aux parties aux contrats subséquents (B).

---

<sup>1419</sup> L'ancien art. 1108 du c. civ. exige « le consentement de la partie qui s'oblige » et « sa capacité de contracter ».

## **A- Les parties au contrat principal**

**432.** L'établissement d'un bail réel immobilier de longue durée suppose le respect d'un certain nombre de critères de la part des parties. Elles sont, d'une part, dans l'obligation de répondre à des conditions de qualités spécifiques inhérentes au régime particulier des baux réels immobiliers de longue durée (1). D'autre part, les parties ne peuvent s'engager valablement sans avoir la capacité de s'engager dans de telles conventions (2).

### **1- La qualité des parties**

**433.** Il faut définir les conditions dans lesquelles les parties, personnes morales ou physiques, peuvent valablement s'engager dans ces contrats. Les bailleurs des baux de longue durée sont, en la matière, soumis à un même impératif de propriété, auquel vient s'ajouter des règles spécifiques à plusieurs baux réels immobiliers de longue durée (a). Cette dernière logique s'applique également aux preneurs de plusieurs baux réels immobiliers de longue durée (b).

#### **a- Le bailleur**

**434.** Les auteurs Mazeaud et Chabas ont écrit qu'« un bail de très longue durée grève lourdement le fonds et diminue sa valeur ; aussi ne peut-il être consenti que par des personnes ayant...le pouvoir d'aliéner »<sup>1420</sup>. Il apparaît alors que le droit de disposer du foncier conditionne l'engagement du bailleur (α). L'usufruit et l'indivision constituent alors des cas particuliers (β).

#### **α- Un droit de disposition**

**435.** Les articles du code de la construction et de l'habitation relatifs au bail emphytéotique<sup>1421</sup>, au bail à construction<sup>1422</sup>, au bail à réhabilitation<sup>1423</sup>, au bail réel immobilier disposent qu'ils ne

---

<sup>1420</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1694, p. 412.

<sup>1421</sup> Art. L. 451-2 du c. rur.

<sup>1422</sup> Art. L. 251-1 al. 2 du C.C.H.



peuvent être valablement consentis que par ceux qui ont le droit d'aliéner<sup>1424</sup>. L'article L. 255-1 relatif au bail réel solidaire désigne simplement l'organisme foncier solidaire comme bailleur qui « consent à un preneur des droits réels en vue de la location ou l'accession à la propriété. ». L'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales précise « qu'un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique administratif ». La personne physique ou morale qui souhaite s'engager comme bailleur d'un bail de longue durée, doit, pour être en mesure de transférer ce droit réel au preneur, en être titulaire<sup>1425</sup>. Il en résulte une règle commune applicable à l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée. Le bailleur doit être propriétaire du foncier.

**436.** Plus spécifiquement, les dispositions du bail réel immobilier disposent, dans le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation, que le bailleur ne peut être qu'un « propriétaire personne physique ou personne morale de droit privé ». Néanmoins, cela n'exclut pas pour autant les propriétaires publics ainsi que le précise non seulement l'alinéa 2 de l'article L. 254-1 du code précité<sup>1426</sup>, mais encore le nouvel article L. 2222-5-1 du code général de la propriété des personnes publiques<sup>1427</sup>. Malgré l'énoncé du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L. 254-1 dudit code, les personnes publiques ne sont pas du tout exclues de ce type de contrat. Il s'agit surtout d'en écarter les biens appartenant au domaine public. Seuls sont véritablement exclus l'Etat et la plus grande partie de ses établissements publics. Il semble que la volonté du législateur est de ne pas empiéter sur le dispositif destiné à dégager du foncier disponible en faveur du logement social<sup>1428</sup> mis en place par la loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement<sup>1429</sup>. En effet, le rapport publié au journal officiel du 21 février 2014<sup>1430</sup>, explique cette exclusion par « l'objectif du législateur de hiérarchiser les politiques menées en faveur du logement ». Les facilités offertes par le régime du logement intermédiaire ne doivent pas nuire au développement de l'offre de logement social, en faveur

---

<sup>1423</sup> Art. L. 252-1 al. 4 du C.C.H.

<sup>1424</sup> Art. L. 254-1 al. 4 du C.C.H.

<sup>1425</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2. 1<sup>er</sup> vol., *Obligations : théorie générale*, 9<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 238, p. 247.

<sup>1426</sup> Al. 2 de l'art. 254-1 du C.C.H. : « Ce contrat peut également être conclu par les collectivités territoriales, leurs groupements, leurs établissements publics ainsi que par les établissements publics fonciers de l'Etat. »

<sup>1427</sup> Art. L. 2222-5-1 du C.G.P.P.P. : « Un bien immobilier appartenant au domaine privé des collectivités territoriales, à leurs groupements ou à leurs établissements publics ainsi qu'aux établissements publics fonciers de l'Etat peut faire l'objet d'un bail réel immobilier prévu à l'art. L. 254-1 du C.C.H. en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements relevant du régime du logement intermédiaire défini à l'art. L. 302-16 du même code. »

<sup>1428</sup> POUMAREDE Matthieu, *Le bail réel immobilier logement*, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>1429</sup> Loi n° 2013-61 du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>1430</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

duquel les terrains ou immeubles à réhabiliter de l'Etat et de ses établissements publics peuvent être mobilisés<sup>1431</sup>.

**437.** Le bail réel solidaire est plus restrictif car seuls les organismes de foncier solidaire ont la possibilité de devenir bailleur. C'est en application de l'article L. 329-1 aliéna 1 du code de l'urbanisme, issu de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>1432</sup>, que les organismes de foncier solidaire (OFS) ont été créés pour acquérir et gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de réaliser des logements et des équipements collectifs. L'objet de ces personnes morales est exclusif de toute intention lucrative, et ils sont contrôlés de leur naissance jusqu'à leur disparition, par l'administration<sup>1433</sup>. Le bail réel solidaire institué par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire et codifié aux articles L. 255-1 à L. 255-19 du code de la construction et de l'habitation, constitue le prolongement de l'instauration de ces nouveaux acteurs fonciers<sup>1434</sup>. Néanmoins, le dispositif du bail réel solidaire a été modifié par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi Elan<sup>1435</sup>. Ce texte entend encourager la conclusion du bail réel solidaire en permettant aux organismes HLM, après agrément, de pouvoir consentir en qualité de bailleur des baux réels solidaires et en conséquence de compter les logements concernés par un tel bail dans les logements sociaux au sens de l'article L. 302-5 du code de l'urbanisme<sup>1436</sup>.

**438.** Enfin, il faut préciser que les personnes morales de droit public, collectivités territoriales, sont les partenaires privilégiés des preneurs bailleurs sociaux. Elles peuvent avoir recours aux baux réels immobiliers de longue durée de droit privé sur leur domaine privé, et aux baux réels immobiliers administratifs de longue durée sur leur domaine public et sur leur domaine privé. La personne morale de droit public doit, en sus, mettre en œuvre un processus décisionnel précis car le recours à un tel contrat ne peut être finalisé qu'avec l'accord de l'assemblée délibérante. Celle-ci ne peut approuver ce recours qu'après avoir été dûment informée de ces conditions. Cette formalité substantielle, a été affirmée par le Tribunal administratif de Marseille, dans un arrêt du

---

<sup>1431</sup> CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement, JCP G n° 12, 24 mars 2014, 330.

<sup>1432</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>1433</sup> WERTENSCHLAG Bruno, Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire, AJDI 2016. 740.

<sup>1434</sup> Ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juillet 2016.

<sup>1435</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>1436</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, L'impact de la loi Elan sur les nouvelles formes d'habitat, RDI 2019. 25.

17 avril 2007<sup>1437</sup>. Il s'agit de respecter l'obligation d'information préalable de l'assemblée délibérante faite à l'exécutif de la collectivité en application de l'article L. 2121-13 du Code général des collectivités territoriales qui énonce que « Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ». Aussi, toutes les informations utiles, financières, relatives à la durée du contrat et aux obligations du preneur, doivent être faire l'objet de la délibération de l'assemblée délibérante afin d'autoriser valablement le recours, par la personne morale de droit public, au bail réel immobilier de longue durée.

### **β- Des cas particuliers**

**439.** Le bailleur doit disposer du foncier, il doit en être propriétaire. L'usufruit constitue alors un cas particulier. Il existe une divergence doctrinale relative à la possibilité pour un usufruitier à s'engager seul. Ce point est d'importance car à la suite d'une succession, il est fréquent que les droits des immeubles soient dévolus pour l'usufruit au conjoint survivant et pour la nue-propriété aux héritiers. Cette situation se présente également en cas de donation, les donateurs se réservant l'usufruit pour conserver les revenus de l'immeuble. Malheureusement nombre d'immeubles de rapport dont la propriété est démembreée se dégradent. Pour les titulaires de ces droits, le recours aux baux de longue durée en tant que bailleur s'avère d'une réelle utilité. L'usufruitier n'a alors plus à supporté les charges, tant financières que morales, liées à la gestion locative et technique du bien et le nu-propriétaire voit son bien maintenu, entretenu et valorisé, et ce sans avoir à investir financièrement<sup>1438</sup>.

**440.** L'usufruit emporte un démembrement des droits sur un bien entre l'usufruitier et le nu-propriétaire qui n'a alors plus qu'un droit diminué<sup>1439</sup>. Ce droit ne permet à l'usufruitier que de réaliser des actes d'administration courante et non de revendiquer la pleine propriété du bien<sup>1440</sup>.

---

<sup>1437</sup> TA de Marseille, 17 avril 2007, Ville de Marseille, n°0605998, « S'agissant de l'obligation de transmission préalable aux élus des éléments financiers et techniques sur lesquels est fondé le montant du loyer d'un BEA « culturel » ».

<sup>1438</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 19 et svts.

<sup>1439</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [777], p. 697.

<sup>1440</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 255, p. 301.

L'usufruitier seul ne peut devenir bailleur dans le cadre d'un bail réel immobilier de longue durée. Le consentement de l'usufruitier ne peut être valablement reçu qu'avec celui du nu-propiétaire.

**441.** Certains auteurs confirment cette analyse<sup>1441</sup>. L'usufruitier ne peut s'engager seul, et ce alors même que celui-ci possède toutes les prérogatives de fait reconnues à un propriétaire<sup>1442</sup>. Il dispose d'un pouvoir général d'administration et peut à ce titre accomplir tout acte que fait normalement un propriétaire afin d'exploiter et faire fructifier son bien. Néanmoins, il ne peut revendiquer la pleine propriété du bien et empiéter sur la nue-propriété du propriétaire<sup>1443</sup>. L'usufruitier n'a aucun pouvoir de disposition sur le bien lui-même car cet attribut est conservé par le nu-propiétaire<sup>1444</sup>. Le concours du nu-propiétaire est requis pour la validité du contrat.

**442.** Pour une autre partie de la doctrine<sup>1445</sup>, l'usufruitier, en application de l'article 595 alinéa 4 du code civil, peut consentir seul un bail réel immobilier de longue durée. Néanmoins, en application des termes de cet article, et s'agissant d'un fonds rural ou d'un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal, l'opération suppose le concours du nu-propiétaire, sauf autorisation de justice. Il peut être déduit de cette analyse que s'agissant d'un immeuble d'habitation, l'usufruitier est en mesure de s'engager seul. M. Dross énonce que l'usufruitier est le véritable propriétaire de la chose car l'usufruit constitue une scission temporelle de la maîtrise du bien. Cependant, il ajoute que l'usufruitier n'est qu'un propriétaire temporaire et qu'en conséquence il ne peut rien faire qui compromette irrémédiablement le droit du nu-propiétaire<sup>1446</sup>. Il apparaît que l'article 595 alinéa 4 du code civil impose le concours du nu-propiétaire pour la mise en location des baux conclus pour plus de neuf ans afin d'assurer un équilibre entre les différents intérêts en jeu<sup>1447</sup>. La durée excessive des baux réels immobiliers de longue durée ne peut permettre à l'usufruitier d'engager seul le bien immobilier. Louer un bien pour 99 ans ne peut que compromettre irrémédiablement les droits du nu-propiétaire. Il apparaît impossible que

---

<sup>1441</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1676, p. 403 ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Bail emphytéotique (droit privé)*, Dalloz Act. Drt de la const., 2013, note 140.220.

<sup>1442</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric, REVET Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, [316], p. 481.

<sup>1443</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 255, p. 301.

<sup>1444</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2019, n° 523, p. 209 ; MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 825, p. 276.

<sup>1445</sup> MOREAU Jean-Pierre actualisé par ROUSSEL Franck, *JCl. Baux ruraux fasc. 432 : bail emphytéotique*, nte 27.

<sup>1446</sup> DROSS William, *Droit des biens*, LGDJ, *Collec. : Domat droit privé*, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 78 et svts.

<sup>1447</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, 8<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 821, p. 274.

l'usufruitier seul puisse s'engager valablement en tant que bailleur dans le cadre d'un bail de longue durée.

**443.** L'indivision constitue un autre cas particulier. Plusieurs personnes sont en indivision lorsqu'elles sont titulaires de droits identiques et concurrents sur un même bien. Cette situation résulte soit d'une succession, soit de l'acquisition d'un bien par des concubins, des partenaires d'un Pacs ou des époux ayant adopté un régime de séparation de biens<sup>1448</sup>. Dans l'esprit des rédacteurs du code civil, l'indivision est un état essentiellement précaire, néanmoins en pratique il s'avère qu'elle peut durer parfois longtemps<sup>1449</sup>. La gestion du bien indivis peut s'avérer problématique. L'indivision crée une tension entre la multiplicité des droits individuels et l'unité matériel du bien indivis qui souvent mal vécue au quotidien. Les pouvoirs des indivisaires peuvent suivre une logique individualiste ou plus communautariste<sup>1450</sup>. Une telle situation peut être particulièrement préjudiciable pour les immeubles. Aucun indivisaire, dès lors qu'il n'est pas pleinement propriétaire, ne souhaite assurer seule la gestion de l'immeuble ou de son entretien, et en conséquence l'immeuble peu à peu se dégrade<sup>1451</sup>. Dès lors, si les indivisaires ne peuvent ou ne veulent accorder un mandat de gestion du bien indivis à un gérant choisis ou non parmi eux<sup>1452</sup>, ils peuvent trouver certains avantages à « confier » leur bien à un preneur en s'engageant dans un bail réel immobilier de longue durée.

**444.** Aux termes l'article 815-3 du code civil, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne vise pas à l'exploitation normale des biens indivis, pour effectuer tout acte de disposition autre que la vente des meubles indivis, pour payer les dettes et charges de l'indivision, ainsi que pour conclure ou renouveler des baux portant sur un immeuble à usage agricole, industriel ou commercial. Le respect de la règle de l'unanimité s'impose s'agissant de la conclusion d'un bail de longue durée, portant sur des biens indivis.

**445.** Dans le cadre plus particulier de la communauté de biens entre époux, l'article 1424 du code civil dispose que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, grever les immeubles communs d'un

---

<sup>1448</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2010, n° 468, p. 529.

<sup>1449</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2019, n° 370, p. 153.

<sup>1450</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2010, n° 488, p. 558.

<sup>1451</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, *Le bail à réhabilitation*, Collec. « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 19.

<sup>1452</sup> Art. 1873-5 al. 1<sup>er</sup> du c. civ.

droit réel. Le consentement des deux époux est indispensable pour la conclusion d'un bail réel immobilier de longue durée ayant pour objet un bien commun.

## **b- Le preneur**

**446.** A la différence de l'emphytéose, du bail à construction et du bail emphytéotique administratif, les dispositifs du bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire posent des conditions très limitatives concernant les qualités obligatoires du preneur. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation et la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation définissent restrictivement les personnes susceptibles d'être preneurs au bail à réhabilitation<sup>1453</sup>. Ceux-ci ne peuvent être que des organismes d'habitation à loyer modéré, des sociétés d'économie mixte dont l'objet est de construire ou de donner à bail des logements, des collectivités territoriales, ou encore des organismes, dont l'un des objets est de contribuer au logement des personnes défavorisées, qui exercent des activités de maîtrise d'ouvrage en tant que preneur de bail à réhabilitation<sup>1454</sup>, et dont l'agrément relève depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 du Ministre chargé du logement<sup>1455</sup>. Les organismes agréés pour leur activité de maîtrise d'ouvrage mentionnée au 1<sup>o</sup> de l'article L. 365-1 du même code peuvent bénéficier des concours de la Caisse de garantie du logement locatif social dans les conditions prévues à l'article L. 452-1 du code de la construction et de l'habitation<sup>1456</sup>. Toutefois, leur agrément peut être retiré par le Ministre chargé du logement en cas d'irrégularités ou de fautes graves de gestion commises par l'organisme agréé ou en cas de carences de son conseil d'administration, de son directoire ou de son conseil de surveillance<sup>1457</sup>. Le bailleur est tenu de conclure un bail avec une des personnes désignées par la loi, mais également de s'assurer que le preneur offre les garanties nécessaires. La circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions

---

<sup>1453</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1454</sup> Art. L. 365-1 et L. 365-2 du C.C.H.

<sup>1455</sup> Les conditions de l'agrément sont précisées à l'art. L. 365-2 du C.C.H. et les modalités sont définies par décret en Conseil d'État.

<sup>1456</sup> La CGLLS est un établissement public à caractère administratif (EPA), opérateur de l'Etat, et une société de financement, chargée de garantir les prêts réglementés accordés par la Caisse des dépôts et consignations aux bailleurs sociaux, en l'absence d'une garantie des collectivités territoriales, de prévenir les difficultés financières des bailleurs sociaux et aider au rétablissement de leur équilibre. Elle est principalement financée par deux cotisations prévues par les articles L. 452-4 et L. 452-4-1 du C.C.H.

<sup>1457</sup> Art. L. 365-6 du C.C.H.

relatives au bail à réhabilitation précise à ce propos<sup>1458</sup>, dans son article 1.2, qu'il peut être demandé des garanties financières. Cette liste contraignante de personnes morales admises à être preneur en raison de leurs compétences souligne la vocation sociale du bail à réhabilitation<sup>1459</sup>. Ce contrat a d'ailleurs été initialement réclamé par les organismes d'habitations à loyer modéré<sup>1460</sup>, et cette particularité a conduit la Cour administrative d'appel de Nantes à jugé que la conclusion d'un bail à réhabilitation peut constituer une modalité d'exécution d'une mission de service public<sup>1461</sup>.

**447.** Cependant un amendement visant à étendre le champ d'application du bail à réhabilitation à l'ensemble des opérateurs privés a été présenté devant l'Assemblée nationale<sup>1462</sup>. Cet amendement n'a pas été retenu au motif que l'extension ne s'inscrit pas dans l'esprit de la loi en raison du caractère exclusivement social de cette dernière<sup>1463</sup>. M. Besson, Ministre délégué, chargé du logement, a pour sa part exprimé la même réserve en soulignant que ce contrat est conçu comme une priorité sociale et qu'il doit être limité aux seuls opérateurs ayant cette vocation<sup>1464</sup>. Cet amendement n'a pas été adopté et l'extension du champ d'application du bail à réhabilitation à l'ensemble des opérateurs privés n'a pas été retenue. M. Hugot, estimant que cette restriction pénalise « la finalité de cette nouvelle institution, à savoir : la location à usage d'habitation, par le preneur du bail à réhabilitation, pendant toute la durée de celui-ci, de l'immeuble qui en est l'objet après l'exécution des travaux d'amélioration », le regrette<sup>1465</sup>.

**448.** Le rapport relatif à la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Goldberg, à l'Assemblée nationale le 16 février 2016 confirme le raisonnement de M. Hugot<sup>1466</sup>. Il est, en effet, constaté qu'en Ile de France, le marché du terrain à bâtir est essentiellement du foncier diffus qui a déjà fait l'objet d'une construction, et qu'au niveau national « la majorité du foncier disponible se trouve aujourd'hui dans le diffus ». Alors qu'en parallèle, dans un contexte général de pénurie de logements, « un discours hostile aux nouvelles constructions se développe dans certains territoires », il apparaît effectivement incohérent de ne pas favoriser le recours au bail à réhabilitation en ouvrant plus largement la liste des preneurs. Enfin, il faut préciser que la

---

<sup>1458</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1459</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 14.

<sup>1460</sup> Intervention de M.E. RAOULT : JOAN CR 13déc. 1989, p. 6495.

<sup>1461</sup> C.A.A. de Nantes, 26 avril 2001 ; Gindreau, RDI 2001.498.

<sup>1462</sup> Amendement n° 77 présenté par M.E. Raoult : JOAN CR 14 déc. 1989, p. 6543.

<sup>1463</sup> Intervention de M.B. Carton : JOAN CR 14 déc. 1989, p. 6543.

<sup>1464</sup> Intervention de M.L. Besson, min. délégué, chargé du logement : JOAN CR 14 déc. 1989, p. 6544.

<sup>1465</sup> HUGOT Jean, JCP N 1990, un nouveau-né : le bail à réhabilitation, p. 220, n° 22.

<sup>1466</sup> Rapport d'information déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 fév. 2016.

violation de cette liste limitative des preneurs entraîne la nullité du bail à réhabilitation dans la mesure où l'ensemble de ces dispositions sont, selon les termes de l'article L. 252-6 du code de construction et de l'habitation, d'ordre public.

**449.** Quant au bail réel immobilier, celui-ci poursuit l'objectif de mettre sur le marché des logements à loyer ou prix maîtrisé, dénommés logements intermédiaires. L'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit l'affectation de logements devant être occupés, au titre de résidence principale, par des personnes physiques dont les ressources n'excèdent pas les plafonds prévus par décret. Puisqu'il n'est pas donné de précisions supplémentaires sur le statut du preneur à bail, il peut en être conclu que soit le programme est acheté en l'état futur d'achèvement par un investisseur qui, devenu preneur au bail réel immobilier, le loue pendant la durée du bail réel immobilier<sup>1467</sup>, soit le projet immobilier est directement vendu en lots en l'état futur d'achèvement à des accédants sous conditions de ressources<sup>1468</sup>. Ces précisions sont importantes car en vertu de l'article L. 254-8 du code précité, les contrats conclus en méconnaissance de l'article L. 254-1 sont frappés de nullité.

**450.** Le bail réel solidaire se rapproche, sur ce sujet, du bail réel immobilier<sup>1469</sup>. Il ne peut être consenti qu'à une personne qui souhaite occuper le logement à titre principal<sup>1470</sup>, ou à un opérateur chargé de construire ou réhabiliter l'immeuble en vue de sa vente ou de sa location<sup>1471</sup>. Concernant le preneur-occupant, celui-ci doit répondre à des conditions de prix et de ressources n'excédant pas les plafonds correspondant au financement du prêt social location-accession<sup>1472</sup>. Dans le cas du preneur-opérateur, celui-ci doit s'engager à louer le logement ou à vendre les droits réels immobiliers qui lui ont été octroyés à des bénéficiaires répondant à des conditions de ressources et de prix, ou à proposer la souscription de parts ou actions permettant la jouissance du bien par ces bénéficiaires, en respectant ces mêmes conditions. A noter en sus, que tout acquéreur ou donataire doit, pour devenir preneur à son tour, obtenir au préalable l'agrément du bailleur. La qualité du preneur du bail réel solidaire met en exergue la finalité sociale de ce contrat et la volonté du législateur de constituer un parc de logements pérenne destiné aux ménages

---

<sup>1467</sup> Les organismes HLM y sont autorisés en application de l'art. L. 411-2 du C.C.H. qui énumère les missions des organismes HLM, parmi lesquelles est énoncée celle visant à construire, acquérir, améliorer, attribuer, gérer et céder des logements locatifs destinés à des personnes ayant des revenus intermédiaires.

<sup>1468</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>1469</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544.

<sup>1470</sup> Art. L. 255-2 du C.C.H.

<sup>1471</sup> Art. L. 255-3 du C.C.H.

<sup>1472</sup> Le PSLA (prêt social location-accession) s'adresse à des ménages bénéficiant de ressources modestes. Soit pour 2019, 31.999 euros en zone A (ou 24.255 euros en zones B et C) pour une personne seule, 44.797 euros (ou 32.344 euros) pour deux personnes, 51.197 euros (ou 37.413 euros) pour trois personnes, 57.237 euros (ou 41.457 euros) pour quatre personnes et 66.429 euros (ou 45.490 euros) pour cinq personnes et plus occupant le logement.



modestes<sup>1473</sup>. Ce dispositif fait du bail réel solidaire un outil de maîtrise foncière extrêmement précis.

## 2- La capacité des parties

**451.** Nonobstant, les règles spécifiques qu'imposent les dispositifs des baux réels immobiliers de longue durée concernant la qualité des parties, bailleur et preneur, personne physique, doivent être capables de s'engager<sup>1474</sup>. La capacité est l'aptitude d'une personne à être sujet de droits et d'obligation, c'est à dire à acquérir des droits et à les exercer. Ce principe est remis en question lorsque certaines personnes physiques sont privées de tout ou partie de ces aptitudes<sup>1475</sup>. L'incapacité de ces personnes ne signifie pas pour autant qu'il est impossible d'engager leur patrimoine dans le cadre de ces contrats. En l'occurrence, il s'agit quasi exclusivement, d'appréhender les baux réels immobiliers de longue durée comme une opportunité de gestion d'un bien immobilier inclus dans le patrimoine d'un incapable qui peut devenir bailleur. Deux catégories de personnes sont frappées d'incapacité d'exercice. Il s'agit des mineurs non émancipés (a) et des majeurs sous tutelle (b). Les biens des mineurs non émancipés peuvent gérés soit sous administration légale, soit sous tutelle. Les solutions développées pour les biens des mineurs sous tutelle sont traitées avec celles relatifs aux majeurs sous tutelle.

### a- Le mineur non émancipé

**452.** Les mineurs sont frappés d'une incapacité d'exercice. L'article 414 du code civil affirme que « la majorité est fixée à 18 ans accomplis et qu'à cet âge chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ». Avant cet âge, le mineur est incapable d'accomplir des actes juridiques. Cette règle est reprise par l'article 1146 du même code, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

---

<sup>1473</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, LPA, 22/11/2016, n° 233, p. 6.

<sup>1474</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1694, p. 412.

<sup>1475</sup> GALLMEISTER Inès, État et capacité des personnes, juin 2016 (actualisation : août 2017), n° 105, Répertoire de droit civil, Dalloz.fr.

obligations<sup>1476</sup>, qui dispose que « sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :  
1 ° les mineurs non émancipés ... ».

**453.** Quant à l'administration légale, avant l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille<sup>1477</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, elle est le régime normal quand les deux parents exercent en commun l'autorité parentale. Ceux-ci sont administrateurs légaux. C'est le principe général et ce même si les parents ne vivent pas ensemble. L'administration légale sous contrôle judiciaire intervient soit ab initio, soit pour faire suite à une administration légale pure et simple, lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale. En ce cas, pour garantir la bonne administration des biens du mineur, un contrôle plus étroit est jugé nécessaire et est assuré par le juge aux affaires familiales.

**454.** Depuis l'ordonnance de 2015, il n'existe qu'une seule administration légale, et ce quelle que soit la situation des parents. Le parent unique est administrateur légal unique. Il a les mêmes pouvoirs et n'a plus besoin, comme auparavant dans l'ancienne administration légale sous contrôle judiciaire, de l'autorisation préalable du juge. Il a finalement, plus de liberté que lorsqu'il y a deux parents administrateurs légaux, qui doivent obligatoirement s'entendre pour autoriser ensemble un acte de disposition. Il peut accomplir en principe seul tous les actes<sup>1478</sup>. Certains auteurs doutent de l'intérêt de cette unification de traitement entre couple parentale et parent unique. Les intérêts du mineur peuvent souffrir de cette suppression, pour des actes graves, du garde-fou constitué par l'autorisation judiciaire préalable. L'ordonnance précitée a, en réalité, donné plus de rigidité au fonctionnement de l'administration légale en présence de deux administrateurs qui doivent s'entendre, qu'en présence d'un administrateur unique. Les deux administrateurs légaux sont toujours soumis à la cogestion pour les actes de disposition, là où l'administrateur unique agit seul<sup>1479</sup>. En cas de désaccord entre les deux parents administrateurs légaux et en application de l'article 387 du code civil, le juge peut être saisi aux fins d'autorisation de l'acte.

---

<sup>1476</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 fév. 2016.

<sup>1477</sup> L'ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015, portant simplification et modernisation du droit de la famille ( accompagnée d'un décret d'application n° 2016- 185 du 23 fév. 2016) prise sur la base de la loi n° 2015- 177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures qui a habilité le gouvernement à prendre, par ordonnances, des mesures de simplification dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

<sup>1478</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2019, p. 499 et svts.

<sup>1479</sup> TERRE François, FENOUILLET Dominique et GOLDIE-GENICON Charlotte, Droit civil, La Famille, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 1014, p. 1134.

**455.** Selon ces dispositions, les parents ou l'unique parent d'un mineur non émancipé peuvent réaliser en son nom et pour son compte tous les actes d'administration et de disposition sur l'ensemble de ses biens. Ils peuvent alors engager le bien du mineur non émancipé dans un bail réel immobilier de longue durée. L'intervention du juge des tutelles n'est nécessaire que dans le cas où l'administrateur légal souhaite prendre lui-même les biens du mineur à bail<sup>1480</sup>. Indépendamment du pouvoir du juge d'intervenir d'office, l'article 387-3 alinéa 2 prévoit, en sus, qu'il peut « également être saisi par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers ayant connaissance d'actes ou d'omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur, ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » . Le juge peut ainsi décider qu'un acte de disposition doit être soumis à autorisation préalable.

**456.** Cette technique de gestion des biens du mineur présente plusieurs intérêts. Elle diffère le jour où le mineur devenu majeur dispose de son patrimoine, ce qui tempère les décisions résultant d'un manque de maturité. Elle permet au preneur de conserver le droit réel immobilier pendant la durée du bail, afin qu'il économise pendant cette période les loyers des immeubles qu'il a financé. Enfin, c'est également une méthode pour transmettre de façon indolore sur le plan fiscal le patrimoine de l'investisseur au mineur<sup>1481</sup>. Ce mode de gestion ne manque pas d'intérêts. Néanmoins, l'absence de contrôle préalable obligatoire du juge des tutelles, sur les pouvoirs donnés à l'administrateur unique, permettant alors à ce dernier d'engager un bien pour une durée maximale de 99 ans dans le cadre d'un bail réel immobilier de longue durée, ne permettent pas de préserver pas les intérêts du mineur de façon satisfaisante.

**457.** Les dispositions relatives au bail emphytéotique, énoncées à l'article L. 451-2 alinéa 2 du code rural, font référence à une autorisation du conseil de famille pour la conclusion d'une emphytéose portant sur des immeubles appartenant à un mineur non émancipé. Ce texte doit être ordonné avec les dispositions du Code civil relatives aux incapacités<sup>1482</sup>. Il faut alors comprendre, qu'à défaut de parents titulaires de l'autorité parentale sur le mineur et d'administrateurs de ses biens, une organisation est mise en place avec une tutelle pour assurer la protection de l'enfant et un conseil de famille pour prendre toutes les décisions importantes le concernant au plan personnel et sur la gestion des biens. Le conseil de famille prend les décisions les plus importantes

---

<sup>1480</sup> Art. 387-1 du c. civ.

<sup>1481</sup> BAUDOUIN Boniface, Une technique de gestion des biens du mineur : le bail à construction, Defrénois, 15 avril 1995, n° AD1995DEF475N1, p. 475.

<sup>1482</sup> MOREAU Jean-Pierre et GRIMONPREZ Benoît, JCl. Baux ruraux, Fasc. 432 : bail emphytéotique, fév. 2018, ss 24.

touchant à la gestion du patrimoine du mineur tout en déléguant leur mise en œuvre au tuteur par voie d'autorisations. Ces mêmes règles sont transposables à l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée.

## **b- Le majeur protégé**

**458.** Si l'incapacité est la règle pour les mineurs non émancipés, la capacité est la règle pour les majeurs à partir de 18 ans et les cas d'incapacité de majeurs constituent des exceptions. Toutefois, ces exceptions tendent à se multiplier de nos jours notamment de par l'allongement de la durée de vie et le développement important chez les personnes âgées de la maladie d'Alzheimer. Le problème de la protection des majeurs vulnérables et dépendants est crucial. En effet, plus de 630 000 personnes sont aujourd'hui placées sous un régime de protection contre 348 000 en 1990<sup>1483</sup>. L'article 428 du code civil dispose que « la mesure de protection judiciaire ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité » et que « la mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ». Les mesures de protection choisies doivent respecter ces deux principes de nécessité et proportionnalité. Elles sont croissantes en fonction des besoins de la personne majeure.

**459.** Le mandat de protection future pour soi ou pour autrui est créé par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>1484</sup>, et codifié aux articles 477 et suivants du code civil. Le mandat de protection pour soi permet à une personne d'organiser elle-même les modalités de sa protection, par un tiers, pour les jours où elle ne sera plus capable de gérer seule ses affaires. Le mandat de protection future pour autrui permet aux parents de désigner un mandataire de protection future, chargé de s'occuper de leur enfant en cas de besoin. Le contrat prend effet lorsque le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts ou à celui de son enfant. L'étendue des pouvoirs du mandataire dépend de la forme selon lequel le mandat a été conclu. Dans le cadre d'un mandat réalisé sous la forme authentique, le mandataire peut accomplir tous les actes patrimoniaux, actes d'administration et acte de disposition. Dans le cadre d'un acte sous seing privé, les pouvoirs du mandataire sont plus limités.

---

<sup>1483</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2019, n° 1233, p. 545.

<sup>1484</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF du 7 mars 2007.

Ce dernier ne peut accomplir que les actes conservatoires et d'administration, et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes de disposition.

**460.** La mesure d'habilitation familiale a été introduite par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille<sup>1485</sup>, prise sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures<sup>1486</sup>. Ce dispositif tend à permettre aux familles qui sont en mesure de pourvoir seules aux intérêts de leur proche vulnérable, d'assurer cette protection sans pour autant devoir se soumettre au formalisme de protection judiciaire. L'habilitation familiale permet la représentation de la personne protégée, pour les actes relatifs aux biens et à la personne. Le système est beaucoup moins contraignant que dans le cas d'une tutelle car la personne habilitée peut disposer d'une habilitation générale qui lui permet d'accomplir tous les actes sur les biens du majeur protégé sans avoir à demander d'autorisation au cas par cas au conseil de famille ou au juge des tutelles. Cette souplesse est critiquée par certains auteurs qui y voient un véritable blanc-seing<sup>1487</sup>. La personne habilitée peut passer seule « l'ensemble des actes patrimoniaux sur le patrimoine du majeur protégé qui, s'il conserve l'exercice de ses droits... »<sup>1488</sup>, est frappé d'une incapacité d'exercice. La personne habilitée est alors la seule capable d'engager le patrimoine du majeur protégé dans un bail réel immobilier de longue durée.

**461.** La sauvegarde de justice est un régime essentiellement provisoire qui conserve à l'intéressé sa pleine capacité<sup>1489</sup>. La protection n'intervient qu'à posteriori. Il bénéficie de l'action en rescision pour lésion et de l'action en réduction pour excès. Le majeur placé sous sauvegarde de justice peut s'engager valablement dans un bail réel immobilier de longue durée.

**462.** La curatelle est un régime de protection organisée qui concerne les personnes qui en raison de l'altération de leurs facultés ont besoin d'être assistées ou contrôlées de manière continue dans

---

<sup>1485</sup> Ord. n° 2015-1288 du 15 oct. 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF du 16 oct. 2015.

<sup>1486</sup> Loi n° 2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF du 17 fév. 2015.

<sup>1487</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2019, n° 1411, p. 607.

<sup>1488</sup> Art. 494-8 du c.civ.

<sup>1489</sup> Art. 433 à 439 du c. civ.

les actes importants de la vie civile<sup>1490</sup>. Le majeur en curatelle est frappé d'une incapacité qui varie en fonction de l'acte à accomplir. La loi lui reconnaît le pouvoir de faire seul tous les actes qu'un tuteur peut faire sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille, c'est à dire d'une manière générale les actes conservatoires et les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée. Cependant, il ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requiert une autorisation du juge ou du conseil de famille. Il s'agit essentiellement des actes de disposition, notamment la vente ou apport en société des immeubles, ainsi que la conclusion de baux excédant neuf ans ou conférant au preneur un droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux<sup>1491</sup>. Le majeur protégé sous curatelle ne peut s'engager dans un bail réel immobilier sans l'assistance de son curateur, qui lors de la conclusion d'un acte écrit se manifeste par l'apposition de la signature à côté de celle de la personne protégée<sup>1492</sup>.

**463.** La tutelle est le régime le plus protecteur. En application des termes de l'article 492 du code civil, il s'adresse aux personnes que l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles met dans le besoin d'être protégées en étant représentées d'une manière continue dans les actes de la vie civile. En principe, la personne majeure en tutelle ne peut accomplir valablement aucun acte juridique. Son incapacité est totale et générale. En conséquence, le majeur sous tutelle ne peut qu'être représenté par son tuteur, autorisé par le conseil de famille ou le juge des tutelles, dans son engagement dans un bail réel immobilier de longue durée.

**464.** Ces formalités protectrices peuvent paraître contraignantes, cependant elles sont protectrices, tout en permettant au bailleur, mineur<sup>1493</sup> ou majeur sous tutelle<sup>1494</sup>, dit incapable, de bénéficier des avantages d'un bail réel immobilier de longue durée. Cet outil juridique peut permettre aux administrateurs d'organiser une gestion pérenne des biens de l'incapable mineur ou majeur<sup>1495</sup>.

---

<sup>1490</sup> Art. 440 du c. civ.

<sup>1491</sup> TERRE François et FENOUILLET Dominique, Droit civil. Les personnes, Dalloz, 9<sup>ème</sup> ed., 2018, n° 339, p. 314 et svts.

<sup>1492</sup> Art. 467 du c. civ.

<sup>1493</sup> Art. 414 du c. civ. fixe la capacité à 18 ans révolus.

<sup>1494</sup> Art. 425 du c. civ. : « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions. »

<sup>54</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Répertoire de droit immobilier, Dalloz.fr, mars 2012 (actualisation : oct. 2014), n° 38.

**465.** Par ailleurs, bailleur et preneur ne sont pas les seuls à s'engager dans le cadre des baux de longue durée. Les spécificités sociales des organismes HLM découlant de leur mission visant à construire, acquérir et louer des logements locatifs à loyers plafonnés destinés à des personnes dont les revenus sont inférieurs à certains plafonds<sup>1496</sup>, ainsi que certaines dispositions relatives à ce type de contrat, obligent le preneur à contracter d'autres engagements .

## **B- Les parties aux contrats subséquents**

**466.** Le preneur à bail réel immobilier de longue durée, en tant que bailleur social, est tenu de contracter des conventions spécifiques. Celles-ci découlent de sa vocation sociale, c'est-à-dire de son activité de maîtrise foncière et de production de logements locatifs sociaux<sup>1497</sup>. Le preneur, bailleur social doit être en mesure d'obtenir l'accord de l'Etat (1) dans le cadre de l'aide personnalisée au logement, et de respecter les obligations imposées par les textes vis-à-vis de ces relations avec l'occupant, locataire du bien immobilier (2).

### **1- L'Etat**

**467.** L'Etat français a institué l'aide personnalisée au logement qui prend en charge une partie du loyer pour les locataires ou du remboursement d'un emprunt de la résidence principale pour les propriétaires<sup>1498</sup>. Cette aide publique au logement est aussi importante que les aides fiscales et bien plus élevée que les aides à la pierre. 16,2 milliards d'euros ont été versés en 2019 à 6 millions de ménages, dont 90 % sont locataires ou logés en foyer<sup>1499</sup>. Il est de plus constaté que la moitié des bénéficiaires sont des personnes seules, et dans le secteur locatif social, près d'un locataire sur deux est bénéficiaire d'une aide à la personne<sup>1500</sup>. Ce dispositif est d'une importance sans équivalence dans le système social français (a), ce qui explique nécessairement sa prise en

---

<sup>1496</sup> Art. L. 411-2 du C.C.H.

<sup>1497</sup> Le logement social relève d'un service d'intérêt économique général (SIEG), au sens des art. 14 et 106-2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de son protocole 26.

<sup>1498</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2018, l'APL accession est supprimée pour les achats dans le neuf (suppression issue de la loi du 30 déc. 2017 de finances pour 2018, n° 2017-1837, JORF du 31 déc. 2017). Le dispositif est en revanche conservé jusqu'au 31 déc. 2019 pour les achats dans l'ancien. Les contrats en cours ne sont pas concernés par cette suppression.

<sup>1499</sup> Cour des comptes, Les aides personnalisées au logement, communication à la commission des finances du Sénat, juillet 2020, p. 19 et svts.

<sup>1500</sup> DALLE Christine, Aides à la personne - Fiche thématique, USH, sept. 2015.

considération dans tout montage immobilier social et notamment dans le cadre des baux réels immobilier de longue durée (b).

### **a- Le dispositif**

**468.** Les allocations familiales ont contribué, dès l'après-guerre, à l'effort de reconstruction en prenant en charge la gestion des prestations de logement, et en investissant une partie des moyens de l'action sociale dans la construction neuve HLM et la lutte contre les taudis. La loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement a créé l'allocation de logement (AL) permettant d'assurer une meilleure solvabilisation de la demande permettant de compenser les hausses de loyer d'après-guerre<sup>1501</sup>. Cette prestation introduit un nouveau principe dans le système des prestations familiales, puisqu'elle est soumise à un critère de ressources, s'adressant à des familles aux revenus modestes, ayant des enfants à charge. Puis la loi n° 71-582 du 16 juillet 1971, relative à l'allocation de logement<sup>1502</sup>, a mis en place l'allocation de logement à caractère social (ALS) qui vise une catégorie spécifique de population à niveau de ressources très modestes (jeunes travailleurs de moins de 25 ans, handicapés, personnes âgées d'au moins 65 ans ou d'au moins 60 ans en cas d'inaptitude au travail).

**469.** A partir de 1975, les effets de la récession économique commencent à se faire durement sentir car le coût du logement augmente et l'inflation élève les prix. En conséquence, le pouvoir d'achat des ménages diminue ainsi que leur solvabilité<sup>1503</sup>. C'est dans ce contexte social et économique difficile que la loi n° 77-1 du 3 janvier 1977 pour le maintien des aides publiques à l'investissement instaure l'aide personnalisée au logement (APL)<sup>1504</sup>, subside au paiement soit des mensualités de remboursement des prêts d'accession, soit du loyer lui-même. En sus, ce dispositif permet une plus grande solvabilisation des ménages du fait de son mode de calcul et d'un barème plus élevé que celui de l'allocation logement. Elle bénéficie rapidement à un grand nombre de

---

<sup>1501</sup> Loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, JORF du 2 sept. 1948.

<sup>1502</sup> Loi n° 71-582 du 16 juillet 1971 relative à l'allocation de logement, JORF du 17 juillet 1971.

<sup>1503</sup> STEBE Jean-Marc, *Le logement social en France : 1789 à nos jours*, P.U.F, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 96 et 97.

<sup>1504</sup> Loi n° 77-1 du 3 janv. 1977, *Maintien des aides publiques à l'investissement*, JORF du 4 janv. 1977.



familles et il est constaté, à la fois, une augmentation rapide du nombre de bénéficiaires et du taux moyen des aides. En effet, la mesure est intervenue alors que les dépenses logement accusent une nette progression par rapport à 1973. En 1980, 435 000 familles perçoivent l'APL<sup>1505</sup>.

**470.** Afin de permettre à ses locataires de rentrer dans le cadre d'application de l'aide personnalisée au logement, l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation pose l'obligation, pour les bailleurs sociaux, de s'engager à respecter certaines conditions prescrites dans une convention type définie aux articles R. 353-1 et suivants du même code. Il s'agit d'une procédure désignée comme « conventionnement APL » et qui est caractérisée par un contrat, à long terme passé avec l'Etat<sup>1506</sup>. Le conventionnement s'applique aux logements neufs, comme aux logements réhabilités ou simplement acquis par les organismes HLM, et ce qu'ils aient été financés en PLUS<sup>1507</sup>, en PLAI<sup>1508</sup> pour les locataires dont les ressources sont inférieures à 60 % des barèmes du PLUS ou encore en PLS<sup>1509</sup> dont l'accès est ouvert aux locataires de ressources supérieur de 30 % de ceux relatifs au PLUS. Le conventionnement indique alors, en fonction du type de financement sollicité par le bailleur social, le montant maximum du loyer. La fixation et l'évolution annuelle de ces loyers sont fixées dans un document annuel dit circulaire ou avis loyers. Par ailleurs, ce document précise que les valeurs indiquées constituent les limites supérieures qui ne doivent pas être appliquées systématiquement par les bailleurs sociaux. Il est demandé aux services de l'Etat en charge de l'examen de ces conventionnements de porter une grande attention à la solvabilité des locataires lors de la fixation des loyers maximaux en tenant compte des surfaces et des loyers pris en compte pour le calcul de l'APL<sup>1510</sup>.

**471.** Les aides à la personne contribuent à réduire la charge financière des locataires, aussi bien dans le parc privé que dans le parc social. Ce dispositif de solvabilisation est indispensable aux ménages et aux organismes Hlm. Malheureusement, il n'est pas suffisant pour les ménages les plus modestes<sup>1511</sup>. L'Union sociale pour l'habitat ne peut que réagir sur le sujet de la baisse du montant des APL annoncée par le gouvernement le 22 juillet 2017 et initiée à compter du 1<sup>er</sup>

---

<sup>1505</sup> DUCHATELET Geneviève, L'évolution de l'intervention des CAF en matière de logement et d'habitat, Recherches et Prévisions, n° 31, mars 1993, p. 8.

<sup>1506</sup> DES LYONS Hervé, « Le conventionnement HLM », Actualités Habitat, n° 1013, 30 mai 2015, p. 17.

<sup>1507</sup> PLUS (Prêt Locatif à Usage Social) correspondent aux HLM traditionnelles.

<sup>1508</sup> PLAI (Prêt Locatif Aidé d'Intégration) réservés aux personnes en situation de grande précarité.

<sup>1509</sup> PLS (Prêt Locatif Social) attribués aux familles dont les revenus sont trop élevés pour pouvoir accéder aux locations HLM ordinaires, mais trop bas pour pouvoir se loger dans le secteur privé.

<sup>1510</sup> Avis du 17 fév. 2017 relatif à la fixation du loyer et des redevances maximums des conventions conclues en application de l'art. L. 351-2 du C.C.H., Ministère du logement et de l'habitat durable.

<sup>1511</sup> DALLE Christine, Aides à la personne, Fiche thématique, U.S.H., 15 sept. 2015.

octobre 2017<sup>1512</sup>. Dans un communiqué de presse du 24 juillet 2017, cette même organisation a rappelé que l'appauvrissement des locataires Hlm est particulièrement marqué. Les ressources des locataires Hlm ont en effet baissé ces vingt dernières années de 100 euros, et aujourd'hui, une attribution sur deux est faite à un ménage dont les revenus sont inférieurs au seuil de pauvreté. M. Dumont, président de l'Union sociale pour l'habitat, a souhaité alerter les pouvoirs publics en indiquant que « cette mesure est injuste et constitue une « double peine » pour les ménages modestes alors qu'au cours des 12 dernières années, le nombre de personnes pauvres, comme le rappelle l'Observatoire des inégalités<sup>1513</sup>, a progressé de plus d'un million en France ». Aussi, pour éviter à ces ménages une perte de pouvoir d'achat suite à la baisse des APL, le gouvernement instaure une baisse équivalente de leurs loyers<sup>1514</sup>. Le financement de cette mesure compensatoire, nommée « réduction de loyer de solidarité » est intégralement pris en charge par les bailleurs sociaux. La RLS compensant la quasi-totalité la baisse de l'APL, le reste à payer reste d'un montant égal à celui réglé avant la mise en place du dispositif. Dans le cadre du pacte d'investissement pour le logement social pour la période 2020-2022 du 25 avril 2019, l'Etat s'est engagé à réduire l'effort demandé aux bailleurs sociaux au titre de la RLS.

## **b- L'application**

**472.** Les bailleurs sociaux conventionnent toutes leurs opérations relatives à la construction, réhabilitation ou acquisition de logements locatifs sociaux en application de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation, et ce quelque soit le mode de maîtrise foncière auquel ils ont eu recours. Les biens acquis dans le cadre d'un acte de vente classique, d'une vente en l'état futur d'achèvement ou encore dont les droits ont été octroyés par un bail de longue durée font l'objet d'un conventionnement APL. Les locataires de ces logements peuvent bénéficier<sup>1515</sup>, s'ils respectent un certain nombre de critères<sup>1516</sup>, des avantages de l'aide personnalisée au logement. Il est nécessaire de préciser que cette aide bénéficie majoritairement à des locataires dont les

---

<sup>1512</sup> Organisation représentative du secteur Hlm qui représente 720 organismes Hlm à travers 5 fédérations.

<sup>1513</sup> Fondé en 2003, l'Observatoire des inégalités est un organisme privé indépendant qui a pour mission de dresser un état des lieux le plus complet possible des inégalités, en France, en Europe et dans le monde. Il doit permettre au public le plus large possible de s'approprier ces éléments en proposant les clés de compréhension.

<sup>1514</sup> Loi n° 2017-1837 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018, JORF du 31 déc. 2017, art. 126.

<sup>1515</sup> En 2016, en France, 10,7 millions de personnes résident dans 4,5 millions de logements sociaux. Le parc social représente 16 % de l'ensemble du parc de logements occupés. (Insee Première, oct. 2018, n° 1715).

<sup>1516</sup> Pour pouvoir bénéficier de l'aide personnalisée au logement, il faut être ressortissant français ou justifier d'un droit au séjour, ou disposer d'un titre de séjour en cours de validité, être titulaire de votre bail, avoir des ressources inférieures à un certain montant, vous acquitter d'une charge de logement (loyer ou redevance) et résider dans un logement décent avec un confort minimum (info. site CAF.fr).

ressources sont inférieures au seuil de pauvreté. Malheureusement, ces ménages ne peuvent aisément accéder au parc social, dont la capacité d'accueil est limitée par le nombre réduit de logements construits pour les plus modestes d'entre eux (environ 8 % du parc). En conséquence, les ménages les plus pauvres sont plus nombreux à loger dans le parc locatif privé que dans le parc locatif social. Si l'aide personnalisée au logement permet de réduire le taux d'effort net des ménages, cet effet solvabilisateur est atténué dans le parc privé par le jeu du rapport loyer-ressources, structurellement sous-indexé. L'effet de cette aide dans la réduction du taux d'effort est de ce fait nettement plus important dans le parc social que dans le parc privé<sup>1517</sup>. La situation des locataires de logements sociaux est à ce titre privilégiée.

**473.** Néanmoins et malgré l'importance de ce dispositif, seuls les textes relatifs au bail à réhabilitation, qui limitent pourtant les qualités du preneur quasiment aux seuls bailleurs sociaux, prennent soin de faire explicitement référence à la nécessité de conventionner l'opération immobilière<sup>1518</sup>. La circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation donnant des instructions relatives au bail à réhabilitation précise que « la convention doit être annexée au bail et publiée dans tous les cas au fichier immobilier comme le contrat de bail »<sup>1519</sup>. La circulaire indique également dans son article 2.2 que les parties peuvent prévoir, à cet effet, l'insertion d'une condition suspensive ainsi qu'un délai permettant au preneur de finaliser ladite convention. Pour M. Mahy la soumission de la prise d'effet du bail à réhabilitation à la conclusion par le preneur d'une telle convention « trouve sa source dans la vocation sociale de ce nouveau contrat »<sup>1520</sup>. Tel en est l'enjeu clairement exprimé lors de sa rédaction. M. Malandain justifie cette exigence en arguant que « l'Etat ne saurait aider les bailleurs que si, ce contrat se présente lui-même comme apte à rendre un service social »<sup>1521</sup>. Il s'agit pour les parlementaires de veiller à « favoriser l'utilisation sociale du parc privé »<sup>1522</sup>. Le conventionnement APL doit constituer une garantie de l'usage que les bailleurs sociaux peuvent en faire.

---

<sup>1517</sup> Cour des comptes, Les aides personnalisées au logement, communication à la commission des finances du Sénat, juillet 2015, p. 30 et svts.

<sup>1518</sup> Art. L. 252-3 du C.C.H.

<sup>1519</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1520</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 32 et 33.

<sup>1521</sup> Intervention de M.G. Malandain : JOAN CR 13 déc. 1989, p. 6489.

<sup>1522</sup> Rapport n° 257 (1989-1990) de M. Robert LAUCOURNET, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 25 avril 1990, p. 12.

## **2- L'occupant**

**474.** Le bailleur social met en œuvre tout bail réel immobilier de longue durée dans l'objectif de réaliser, réhabiliter ou construire des logements locatifs sociaux qui doivent s'intégrer dans le cadre du dispositif de location du logement social (a). Cet aspect « social » doit être considéré par le bailleur social en amont de tout engagement définitif dans un nouveau projet immobilier, et plus particulièrement dans le cadre du bail réel immobilier qui nécessite une adaptation particulière du dispositif (b).

### **a- Le principe**

**475.** Les articles L. 411 et suivants du code de la construction et de l'habitation disposent que les textes visant les organismes d'habitations à loyer modéré et fixant les règles relatives à la gestion des logements destinés aux ménages de ressources modestes sont applicables aux logements construits, acquis ou acquis et amélioré en vue de leur location. L'article L. 411-3 du code précité ajoute en sus que ces logements donnent droit à l'aide personnalisée au logement. Les biens, logements individuels ou collectifs, objets d'une emphytéose, d'un bail à construction, d'un bail à réhabilitation et d'un bail réel solidaire peuvent être inclus dans le dispositif de location du logement social. Leur régime est, en effet, parfaitement compatible avec la réglementation dite « HLM » car les organismes bénéficient d'un droit de propriété temporaire sur ces logements. Ils sont intégrés dans leur gestion, comme tout logement appartenant aux organismes Hlm, qu'ils aient été construits, améliorés, ou simplement acquis. Le processus d'attribution s'applique alors à l'ensemble de ces logements. Il est extrêmement précis et détaillé.

**476.** La liste des bénéficiaires d'une attribution de logement Hlm est énoncée par les dispositions des articles R. 441-1 et L. 442-8 et suivants du code de la construction et de l'habitation. Il s'agit, outre les cas particuliers des personnes morales qui gèrent elles-mêmes certains types de logements, des personnes physiques de nationalité française ou admises à séjourner sur le territoire à condition que les ressources de l'ensemble des personnes composant le ménage n'excèdent pas les plafonds réglementaires<sup>1523</sup>. Toute personne souhaitant obtenir l'attribution d'un logement

---

<sup>1523</sup> Les organismes déclarés ayant pour objet de les sous-louer à titre temporaire à des personnes âgées, à des personnes présentant un handicap au sens de l'art. L. 114 du c. de l'act. soc. ou à des personnes de moins de trente ans, centres régionaux des œuvres universitaires et scolaires mentionnés à l'art. L. 822-3 du c. de l'éduc. ayant pour objet de les sous-louer à des étudiants les personnes morales de droit public ou privé mentionnées à l'art. L. 444-1 du

social doit, en préalable, en faire la demande à partir d'un formulaire CERFA<sup>1524</sup>. Cette demande est par la suite enregistrée par un système de gestion national ou départemental et donne lieu à la délivrance d'un numéro par le service d'enregistrement dans le délai d'un mois qui suit le dépôt de la demande. La demande enregistrée est valable un an et renouvelable.

**477.** En application des termes des articles L. 441-1 et R. 441-3 et R. 441-4 du même code, les bailleurs sociaux doivent prendre en considération un certain nombre de critères d'attribution. Il est tenu compte notamment de la composition, du niveau des ressources et des conditions de logement actuelles du ménage, de son patrimoine, de l'éloignement du lieu de travail et de la proximité des équipements répondant aux besoins des demandeurs, et enfin de l'activité professionnelle pour les assistants maternels ou familiaux agréés. A ces critères viennent s'ajouter la notion de « public prioritaire » qui, dans l'ordre de citation des textes, sont les personnes en situation de handicap, les personnes mal logées défavorisées, les personnes hébergées ou logées temporairement dans des établissements et logements de transition, les personnes reprenant une activité après une période de chômage de longue durée, et enfin les personnes victimes de violences conjugales.

**478.** Par ailleurs, l'attribution d'un logement Hlm est conditionnée par le respect de plafonds de ressources fixés règlementairement qui doivent être justifiés par la production de l'avis d'imposition de l'année N-2<sup>1525</sup>. Les plafonds, calculés par zone géographique, sont fixés par catégories prenant en compte le nombre de personnes composant le ménage demandeur de logement. En outre, des plafonds de ressources spécifiques peuvent résulter du mode financement du logement. Les plafonds Hlm sont majorés de 30 % pour les logements financés en PLS, et – 10 % des logements financés en PLUS peuvent être attribués à des candidats dont les ressources sont au plus égales à 120 % des plafonds (engagement de mixité sociale). Par la suite, la commission d'attribution de logement présente dans chaque organisme HLM, procède à l'examen de la

---

c. de l'act. soc. en vue de les sous-louer à des accueillants familiaux visés à l'art. L. 441-1 du même code, ainsi qu'à des personnes âgées ou à des personnes présentant un handicap ayant conclu un contrat d'accueil avec ces accueillants ; les centres communaux ou intercommunaux d'action sociale, dans le cadre de leurs compétences définies à la sect. 2 du chap. III du titre II du livre I<sup>er</sup> du même code, en vue de les sous-louer à titre temporaire à des personnes physiques ; les centres communaux ou intercommunaux d'action sociale ou à des associations déclarées ayant pour objet de les sous-louer meublés, pour une durée n'excédant pas six mois, à des travailleurs dont l'emploi présente un caractère saisonnier tel que mentionné au 3<sup>o</sup> de l'art. L. 1242-2 du c. du trav. ; les établissements publics de coopération intercommunale dotés de la compétence d'aide aux personnes âgées.

<sup>1524</sup> Formulaire administratif réglementé mis en place et modifié par le centre d'enregistrement et de révision des formulaires administratifs.

<sup>1525</sup> Arrêté du 29 juillet 1987 relatif aux plafonds de ressources des bénéficiaires de la législation sur les habitations à loyer modéré et des nouvelles aides de l'Etat en secteur locatif, JORF du 19 août 1987.

demande de logement<sup>1526</sup>. A l'appui de ces critères, les commissions d'attribution des logements attribuent nominativement chaque logement, dans le respect des objectifs généraux et au bénéfice notamment des demandeurs prioritaires définis par les textes, et ce tout en veillant à la mixité sociale des villes et des quartiers<sup>1527</sup>.

**479.** Enfin, dans chaque département, il est défini par arrêté préfectoral, après avis du comité responsable du plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées, des établissements publics de coopération intercommunale ayant conclu un accord mentionné à l'article L. 441-1-1 du code précité et des représentants des bailleurs sociaux dans le département, un délai au terme duquel l'attente d'une attribution est considérée anormalement longue. La fixation de ce délai permet de déclencher pour le demandeur d'un logement locatif social, l'ouverture du droit à la saisine de la commission de médiation. Instituée dans chaque département, la commission reçoit toute réclamation relative à l'absence de réponse à une demande de logement en délai d'attente dépassé ou considérée prioritaire (personnes menacées d'expulsion sans relogement, hébergées temporairement, logées dans un habitat insalubre)<sup>1528</sup>. Lorsqu'elle admet le caractère prioritaire d'une demande au titre du droit au logement opposable<sup>1529</sup>, la commission désigne le ménage au préfet en indiquant les caractéristiques du logement à attribuer<sup>1530</sup>. Le préfet ou le délégué de contingent saisi peut, après avis du maire, imposer à un bailleur social de loger le demandeur dans le délai et le périmètre qu'il détermine. En cas de refus, le préfet ou le délégué procède à l'attribution sur son contingent. Pour les ménages reconnus prioritaires, l'absence d'offre de logement (ou d'hébergement) dans les délais

---

<sup>1526</sup> La commission est composée de six membres désignés par le conseil d'adm., du préfet ou son représentant, le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de programme local de l'habitat, le maire de la commune où sont situés les logements à attribuer, ou son représentant, pour l'attribution de ces logements. Avec voix consultative, sont également présents un représentant des organismes bénéficiant de l'agrément relatif à l'ingénierie sociale, financière et technique prévue à l'art. L. 365-3 du C.C.H., les réservataires non membres de droit pour l'attribution des logements relevant de leur contingent. En outre, le président de la commission peut appeler à siéger, à titre consultatif, un représentant des centres communaux d'action sociale ou un représentant du service chargé de l'action sanitaire et sociale du département du lieu d'implantation des logements.

<sup>1527</sup> Art. L. 441-1, L. 441-1-1, L. 441-1-2 et R. 441-3 du C.C.H.

<sup>1528</sup> La composition de la commission de médiation a été complétée par la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Elle comprend désormais un président et 15 membres : le président, personnalité qualifiée désignée par le préfet, trois représentants de l'État, trois représentants des collectivités (un représentant du département, un représentant des EPCI, un représentant des communes), trois représentants des organismes bailleurs, trois représentants des associations d'insertion et des associations de locataires (un représentant d'associations de locataires, deux représentants d'associations et organisations œuvrant pour l'insertion ou le logement des personnes défavorisées), trois représentants des associations de défense et des personnes en situation d'exclusion (deux représentants des associations de défense des personnes en situation d'exclusion, un représentant des instances de concertation mentionnées à l'art. L. 115-2-1 du c. de l'act. soc.). À titre consultatif, un représentant de la personne morale gérant le Service intégré d'accueil et d'orientation (SIAO) dans le département peut assister aux réunions de la commission.

<sup>1529</sup> Loi du 5 mars 2007, n° 2007-290, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.

<sup>1530</sup> Art. R. 441-16-2 du C.C.H.

fixés par les textes déclenche, en application des articles R. 441-16-1 et R. 441-18 du code précité, le droit au recours contentieux à l'encontre de l'Etat devant le tribunal administratif.

**480.** La procédure d'attribution des logements locatifs sociaux est d'importance car elle participe à la mise en œuvre du droit au logement afin de satisfaire les besoins des personnes à ressources modestes et des personnes défavorisées. En outre, elle permet aux bailleurs sociaux de prendre en compte la diversité de la demande constatée localement et d'assurer, autant qu'il est possible, la mixité sociale des villes et des quartiers<sup>1531</sup>.

## **b- Le cas particulier du bail réel immobilier**

**481.** Le bail réel immobilier est spécifiquement dédié au logement dit intermédiaire et ne rentre pas dans le cadre du dispositif classique de la réglementation HLM. Le communiqué de presse du Conseil des ministres du 16 juillet 2014 abordant le projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire, énonce que les niveaux de loyers entre le parc privé et le parc social sont très éloignés en zone tendue, ce qui rend difficile l'accès au logement pour des ménages à revenus moyens<sup>1532</sup>. Le gouvernement a alors souhaité développer l'offre de logement intermédiaire, permettant de répondre à une demande qui jusqu'à présent n'a pas trouvé d'écho favorable dans la législation française.

**482.** L'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit l'affectation des logements, les plafonds de ressources dont doivent justifier les locataires ou les acquéreurs de ces logements intermédiaires, ainsi que le montant du loyer. Il dispose que les plafonds fixés par décret ne peuvent être inférieurs, pour les logements donnés en location, aux plafonds prévus au chapitre unique du titre III du livre III consacré aux « prêts pour la construction, l'acquisition et l'amélioration d'habitations donnant lieu à l'APL ». En l'occurrence, il s'agit de plafonds de ressources applicables au prêt locatif intermédiaire. Le candidat locataire doit justifier de ressources égales ou inférieures aux plafonds qui varient en fonction de la composition familiale et du secteur géographique. A titre d'exemple, une famille de quatre personnes, souhaitant se loger

---

<sup>1531</sup> DES LYONS Hervé, Le régime des attributions de logements sociaux, Actualités Habitat du 15 mai 2011.

<sup>1532</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

sur la commune de Lyon (classée en zone B1)<sup>1533</sup> ne doit pas avoir de revenu supérieur à 60.420,00 € (avis d'impôt 2018 sur les revenus de l'année 2017). En outre, il est précisé que « pendant toute la durée du contrat, le prix d'acquisition ou, pour les logements donnés en location, le loyer » ne peut excéder des plafonds fixés par décret<sup>1534</sup>. Ces prix plafonds correspondent également à ceux pratiqués dans le cadre du financement spécifique du prêt locatif intermédiaire. Il s'agit de « clauses anti-spéculatives » visant à éviter que les loyers ou les prix de cession des droits réels afférents au logement ne soient au même niveau que ceux du marché<sup>1535</sup>. A titre d'exemple, il ne peut pas être réclamé à cette même famille lyonnaise un loyer mensuel supérieur à 10,28 € le m<sup>2</sup> de surface habitable (hors charges).

**483.** Le décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier apporte des précisions supplémentaires notamment sur les modalités de contrôle de l'affectation des logements intégrées aux articles R. 254-1 à 254-4 du code de la construction et l'habitation<sup>1536</sup>. A présent, doit être annexé au contrat de la location ou de cession des droits réels, une copie de l'avis d'imposition ou de non-imposition du ou des occupants établi au titre de l'avant-dernière année précédant celle de signature dudit contrat. A ce titre, non seulement le bénéficiaire du contrat de location ou de la cession des droits réels doit notifier au bailleur une copie du bail ou de l'acte de cession et de ses annexes, mais le bailleur peut, également, à tout moment, requérir la communication de ces pièces. Il faut préciser que les ressources de l'occupant ne sont appréciées qu'*ab initio*, ce qui signifie que ce dernier est en mesure de continuer à jouir de son logement quelle que soit l'évolution ultérieure de ses ressources. M.M. Chevreux et Léonetti<sup>1537</sup>, ayant eux-mêmes participé à la mise en œuvre de ce type de bail, estiment qu'il s'agit là d'une opportunité permettant de favoriser le « parcours résidentiel » du locataire, celui-ci pouvant alors épargner afin de réaliser un investissement immobilier ultérieur.

**484.** Afin de sécuriser ce dispositif, l'article 77 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques venant modifier la disposition d'origine prévoit désormais que « les contrats du bail réel immobilier conclus en méconnaissance de

---

<sup>1533</sup> Le zonage A / B / C a été créé en 2003 dans le cadre du dispositif d'investissement locatif dit « Robien ». Il a été révisé depuis, en 2006, 2009 et 2014. Le critère de classement dans une des zones est la tension du marché immobilier local.

<sup>1534</sup> Décret n° 2014-1102 du 30 sept. 2014 relatif aux plafonds de loyer, de prix et de ressources applicables au logement intermédiaire, JORF du 1 oct. 2014.

<sup>1535</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

<sup>1536</sup> Décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier, JORF du 29 juin 2016.

<sup>1537</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, « Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes », JCP N, juillet 2016, p. 827.



l'article L. 254-1 sont frappés de nullité »<sup>1538</sup>. En complément, l'article R. 254-6 du code précité précise que « l'action en nullité...peut être exercée par les parties, dans un délai de cinq ans à compter de la date de signature du contrat de bail réel immobilier ». La nullité ne peut être demandée que par les parties aux contrats (bail réel immobilier, contrat de cession ou location), ce qui signifie que le bailleur ne peut pas solliciter la nullité de la cession des droits réels afférents aux logements ou du bail locatif vis-à-vis desquels il est tiers. M. Poumarède précise que, ni le cédant et ni le cessionnaire n'ont de réel intérêt à solliciter la nullité de la cession et qu'« aucune action ne semble possible, alors même que les objectifs du bail réel immobilier seraient méconnus, le plafond de ressources du cessionnaire n'ayant pas été respecté »<sup>1539</sup>. En effet, seuls les bailleurs sociaux dans le cadre de leur mission d'intérêt général peuvent avoir un intérêt à solliciter la nullité du contrat afin de veiller à la protection de ces objectifs<sup>1540</sup>. Il est alors permis de douter de l'efficacité de la mise en œuvre de cette sanction. A contrario, M. Chevreux et M. Leonitti considèrent que cette solution est favorable à la sécurité juridique et à la stabilité des relations contractuelles<sup>1541</sup>, ce qui peut contribuer à l'attractivité du bail réel immobilier.

**485.** Après avoir envisagé les différents éléments qui doivent avoir été vérifiés et l'ensemble des modalités considérées à l'égard des parties aux contrats, l'analyse doit être complétée par l'examen de l'expression de la volonté.

## §2- L'expression de la volonté

**486.** La procédure de conclusion d'un contrat ne fait pas l'objet de dispositions légales précises. Cependant, outre les baux réels immobiliers de longue durée administratifs qui ne peuvent être conclus que dans le respect de règles de la commande publique, une période des négociations doit précéder celle de la conclusion du bail de longue durée de droit privé. Il existe entre ces deux temps de mise en œuvre du contrat, une période qui sans être encore propice à un engagement définitif, peut nécessiter la fixation des conditions qui paraissent essentielles aux parties<sup>1542</sup>. Il est alors question de la conclusion d'un avant-contrat (A). En outre, il faut préciser que la conclusion

---

<sup>1538</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF du 7 août 2015.

<sup>1539</sup> POUMAREDE Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016, p. 546.

<sup>1540</sup> Art. L. 411-2 du C.C.H.

<sup>1541</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, JCl. Const.- Urb., Fasc. 108 : bail réel immobilier, oct. 2017, n° 51.

<sup>1542</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 82, p. 77.

d'un contrat, son efficacité et son opposabilité n'est pas garantie par le simple engagement des parties. En effet, a posteriori de la signature du bail de longue durée le point relatif à la formalisation (B) doit encore être abordé.

## **A- L'avant-contrat**

**487.** Les parties n'ont aucune obligation de s'engager mutuellement avant la signature du bail de longue durée. Pour autant, elles doivent considérer les avantages que présente la conclusion d'un avant-contrat (1), pour ensuite faire l'analyse des conditions suspensives qui peuvent y être introduites (2) afin de sécuriser la faisabilité juridique et financière du projet<sup>1543</sup>.

### **1- Les avantages de l'avant-contrat**

**488.** Les parties peuvent se questionner sur la façon dont il convient d'organiser leurs engagements, qu'ils soient réciproques ou non, alors qu'ils ne sont pas encore en mesure d'envisager la conclusion définitive du bail de longue durée<sup>1544</sup>. Les bailleurs sociaux et leurs partenaires doivent pouvoir mesurer les avantages qu'un avant-contrat peut présenter pour la protection de leurs intérêts (a), et ensuite apprécier l'adaptabilité de cette formule (b).

#### **a- La protection des intérêts des parties**

**489.** La conclusion d'un bail de longue durée peut, comme tout autre contrat et si les parties en conviennent, s'organiser en un ou deux temps. Dans la première hypothèse, le preneur, après avoir pris contact avec le futur bailleur et avoir obtenu un premier accord verbal ou un simple courrier, se lance dans la réalisation des études techniques et financières. Ces analyses relatives à la faisabilité du futur projet immobilier sont alors réalisées et constituent un engagement financier qui peut être conséquent. L'avenir d'un projet n'est cependant pas assuré, et ce même si les

---

<sup>1543</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 124 et n°125, p. 78 et 79.

<sup>1544</sup> LARROUMET Christian, BROS Sarah, Droit civil, Les obligations, Le contrat, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 288, p. 257.

conclusions des études du preneur sont favorables, car en effet, entre temps le bailleur peut décéder, changer d'avis ou encore s'être séparé du bien. Le risque est d'autant plus important que le temps de « réflexion » du preneur peut très bien s'écouler entre quelques semaines et plusieurs mois. En conséquence le preneur risque d'entreprendre toutes ces démarches, études techniques et financières à fonds perdus. Aussi avant que le preneur n'entreprenne de poursuivre de telles études et qu'il engage les premiers fonds dans ce projet, la seconde hypothèse consiste à obtenir du futur bailleur la signature d'un avant-contrat. En effet, celui-ci lui permet de préserver au mieux ses intérêts en sécurisant cette période qui doit normalement précéder la conclusion définitive du contrat<sup>1545</sup>. Le bailleur peut également avoir intérêt à conclure un avant-contrat et ce, afin de fixer une date limite au-delà de laquelle le preneur ne peut prolonger son temps de réflexion et d'analyse. Cette date contraint le preneur dans son processus décisionnel quant à la poursuite de son projet immobilier et permet au bailleur de ne pas être tenu indéfiniment face aux incertitudes d'un preneur. Le délai d'immobilisation de son bien est déterminé dans un cadre temporel précis, ce qui protège ses intérêts économiques et financiers.

## **b- L'adaptabilité de la formule**

**490.** Il peut être conseillé au preneur de solliciter le bailleur et de convenir, en préalable à la conclusion du bail de longue durée, de contracter une promesse unilatérale ou synallagmatique. La promesse unilatérale de contracter engage le promettant, en l'occurrence le futur bailleur, envers le preneur qui l'accepte, et qui en devient le bénéficiaire, à conclure le bail de longue durée. Les principales conditions du contrat doivent être déterminées. Seront indiqués le type de bail envisagé, sa durée, le montant du loyer, et le cas échéant l'énumération des travaux de construction ou de réhabilitation projetés. Tous les éléments du contrat définitif sont mentionnés sauf un, l'engagement de l'autre partie au contrat<sup>1546</sup>. En effet, le preneur, bénéficiaire de la promesse, prend acte de l'engagement du bailleur, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une simple option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner ou non son consentement<sup>1547</sup>.

---

<sup>1545</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, *Le bail à réhabilitation*, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 67 et 68.

<sup>1546</sup> LARROUMET Christian, BROS Sarah, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 309, p. 274.

<sup>1547</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, [191] p. 208, [194], p. 214.

**491.** Le résultat de cette promesse unilatérale, qui fait tout son intérêt, est d'immobiliser le bien, pendant la durée nécessaire à la réalisation de ces études, c'est-à-dire quelques semaines ou quelques mois selon leurs étendues. La promesse de vente étant construite dans la grande majorité comme un contrat à durée déterminée<sup>1548</sup>, le délai convenu entre les parties constitue également le délai durant lequel le bénéficiaire a la possibilité de lever l'option. En conséquence, si le preneur constate la faisabilité technique et financière du projet, il lève l'option et les parties se trouvent définitivement engagées par le type de bail de longue durée qu'ils ont préalablement déterminé. Les deux parties peuvent également préférer s'engager de la même façon l'une envers l'autre et contracter une promesse synallagmatique de contracter. Dans ce cas, en application de l'article 1589 du code civil qui énonce que « la promesse de vente vaut vente », elles donnent leur consentement au contrat définitif. Les parties peuvent avoir recours à ce procédé uniquement dans les cas où la faisabilité technique et financière de l'opération projetée n'est pas incertaine, mais que la réalisation définitive du bail de longue durée exige un certain nombre de formalités qui peuvent prendre un certain temps tel que l'obtention de renseignements d'urbanisme, de financements, ou encore la rédaction de l'acte authentique. C'est uniquement si un de ces faits extérieurs à la volonté des parties n'aboutit pas favorablement, que le contrat n'est pas définitivement conclu<sup>1549</sup>.

**492.** Enfin, il faut rappeler que pour le propriétaire bailleur, le fait de consentir une promesse unilatérale ou synallagmatique de contracter un bail de longue durée implique que son immeuble soit immobilisé pendant la durée de validité de cette promesse. Aussi, pour prix de cette immobilisation, les parties peuvent-elles décider qu'une indemnité d'immobilisation revienne au propriétaire bailleur, s'il advient que le preneur ne lève finalement pas l'option pendant la durée de validité de la promesse unilatérale ou si l'une des conditions suspensives n'a pu aboutir favorablement dans le cadre de la promesse synallagmatique<sup>1550</sup>. Il doit être conseillé aux parties de formuler expressément leur volonté en la matière et ce afin d'éviter qu'une éventuelle demande ou réclamation ultérieure du bailleur vienne perturber les relations entre les parties. Elles doivent convenir de stipuler dans la promesse que si le contrat n'aboutit pas favorablement, soit le prix de l'immobilisation représenté par l'indemnité convenue revienne au propriétaire bailleur, soit que l'immobilisation du bien entre les mains du propriétaire bailleur est stipulée sans que le

---

<sup>1548</sup> LARROUMET Christian, BROS Sarah, Droit civil, Les obligations, Le contrat, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 311, p. 279.

<sup>1549</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 84, p. 79.

<sup>1550</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collec. : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 449, p. 216.

propriétaire bailleur ne puisse réclamer au preneur une indemnité quelconque<sup>1551</sup>. L'indemnité d'immobilisation a été définie par la Cour de cassation comme « le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire »<sup>1552</sup>. Elle n'est ni un dédit, ni une clause pénale. Le recours à cette indemnité est peu usité dans les partenariats collectivités territoriales-bailleurs sociaux. Néanmoins, il semble que tout bailleur privé peut avoir intérêt à l'intégrer. Il peut alors être envisagé que celle-ci puisse être calculée en fonction de la redevance envisagée calculée au prorata du délai d'immobilisation prévu.

## **2- Les conditions suspensives de l'avant-contrat**

**493.** Les conditions suspensives sont très employées par la pratique car elles permettent d'organiser l'avenir, c'est-à-dire les conditions de conclusion du contrat définitif, tout en prévenant ses éventuels aléas<sup>1553</sup>. Cependant, afin de veiller à leur efficacité, les parties doivent procéder à la détermination (a), tout à la fois précise et concrète, de leur contenu. En outre, afin de prendre toute la mesure de leurs engagements, elles doivent également être informées des cas particuliers de non-réalisation de ces conditions suspensives et de leurs conséquences (b).

### **a- La détermination**

**494.** Comme dans de nombreux contrats, l'avant-contrat à un bail de longue durée peut contenir des conditions suspensives. Celles-ci permettent de geler l'exécution du contrat, tant que l'événement prévu dans l'avant-contrat ne se réalise pas. Durant ce laps de temps, défini par les parties, le bail de longue durée ne peut prendre effet car les obligations créées dans l'avant-contrat ne sont pas exigibles<sup>1554</sup>. Si la condition ne se réalise jamais, les parties doivent considérer qu'il

---

<sup>1551</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collec. « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 69.

<sup>1552</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 5 déc. 1995, Bull. civ. I. n° 452, Défrénois 1996, art. 36.354, n° 62, obs Mazeaud.

<sup>1553</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les Obligations, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 1305, p. 685.

<sup>1554</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 336 et svts, p. 272.

n'y a pas eu d'avant-contrat et que bail de longue durée n'est pas conclu<sup>1555</sup>. Si la condition se réalise, il n'existe plus d'obstacle à la conclusion définitive du contrat. Il faut ajouter que pour protéger les intérêts du futur preneur (bénéficiaire de la promesse), et comme pour tout créancier, l'article 1304-5 du code civil enjoint au débiteur, en l'occurrence le futur bailleur, de « s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ». En effet, dans le cadre des baux de longue durée, les conditions suspensives sont généralement consenties dans l'intérêt exclusif du preneur. Il s'agit le plus souvent pour le preneur d'obtenir les financements et garanties financières nécessaires à la réalisation de son projet immobilier, ou encore d'obtenir l'autorisation administrative lui permettant de réaliser les travaux envisagés.

**495.** Cependant, le futur preneur, bénéficiaire de la promesse, n'est pas exempté de toutes obligations envers le bailleur. Le principe de bonne foi, intégré aux articles 1112 et suivants du code civil, s'impose au preneur qui ne peut s'abstenir de déposer une demande de permis de construire<sup>1556</sup> ou même encore de refuser un prêt proposé<sup>1557</sup>. Le preneur ne doit pas être tenté d'employer pareil méthode afin, par exemple, de tenir à distance un promoteur concurrent en immobilisant volontaire un bien sur lequel l'intérêt de ce dernier s'est porté.

## **b- Les cas particuliers de non-réalisation**

**496.** Il faut tout d'abord préciser que le preneur a la possibilité de renoncer unilatéralement, à la condition suspensive qui a été édictée en sa faveur, tout en sachant cependant, qu'il doit assumer l'aléa lié à la réalisation ou non de l'événement qui est à l'origine de la clause insérée dans le contrat. En revanche, si la condition suspensive est stipulée dans l'intérêt commun des parties au motif qu'elle est déterminante dans l'exécution de la convention, l'un des deux contractants ne peut pas valablement y renoncer sans l'accord de l'autre. Cela peut être le cas d'un avant-contrat préalable à la conclusion du bail à construction, dans lequel est intégrée une condition suspensive relative à l'obtention d'un permis de construire dont les parties ont, dans un intérêt commun, préalablement convenu ensemble des prescriptions techniques et architecturales.

---

<sup>1555</sup> LARROUMET Christian, BROS Sarah, Droit civil, Les obligations, Le contrat, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 312, p. 280.

<sup>1556</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 avril 1986, JCP 1988.II.21033, note Liet-veaux.

<sup>1557</sup> Cass. Com., 23 nov. 1993, Bull. civ., IV, n° 422.

**497.** Cette règle a été rappelée par la Cour de cassation dans une affaire datée du 20 octobre 2010<sup>1558</sup>. En l'espèce, le preneur souhaite renoncer aux conditions suspensives figurant dans l'avant-contrat, notamment celles relatives à l'obtention d'un permis de construire devenu définitif, alors même qu'il n'est pas en possession d'une telle autorisation. Devant le refus du bailleur de signer l'acte définitif, le preneur a assigné celui-ci en réalisation forcée du contrat. A l'appui de sa requête, il s'est prévalu de la clause insérée dans la promesse de bail aux termes de laquelle il s'est réservé le droit de demander la signature définitive du bail malgré la non-réalisation d'une ou plusieurs des conditions suspensives. Les juges l'ont débouté de ses prétentions en retenant une autre interprétation de la clause. En effet, l'avant-contrat précise expressément que les conditions suspensives sont déterminantes pour chacune des parties. Sans elles, les parties n'auraient pas contracté. Pour les magistrats, il en résulte que la clause invoquée par le preneur ne lui permet que de demander la réalisation du bail et non de l'exiger. Une renonciation expresse du bailleur aux conditions suspensives réciproquement déterminantes est indispensable pour pouvoir signer l'acte.

**498.** Il faut également ajouter que les déclarations du bailleur dans l'avant-contrat peuvent avoir une influence sur la réalisation ou non de la condition suspensive. Le preneur n'est pas l'unique partie qui doit faire preuve de bonne foi. Le bailleur est également tenu de ne pas empêcher la bonne exécution de l'avant-contrat. Celui-ci ne doit pas induire en erreur le preneur sur le teneur du bien. La Cour d'appel d'Aix en Provence a pu décider qu'en affirmant qu'il n'existe aucune autre cuve de fioul que les cinq mentionnées dans l'acte, alors qu'il s'avère qu'il y en avait neuf autres, le bailleur a induit en erreur le preneur tant sur les qualités du terrain que sur la nature et l'étendue des investigations qu'il aurait dû faire réaliser pour pouvoir se prévaloir de la défaillance de la condition suspensive liée à l'état de pollution du sol<sup>1559</sup>. Le bailleur n'a pas permis au futur preneur de prendre la véritable mesure des études à réaliser et de lui permettre de les mentionner correctement ou d'en tenir compte dans ladite condition suspensive. Enfin il peut être ajouté, que la réforme portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ayant édicté une nouvelle définition du dol à l'article 1137 du code civil<sup>1560</sup>, comprenant les dissimulations intentionnelles, le preneur

---

<sup>1558</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-69.645 : « De la condition suspensive d'obtention du permis de construction dans le bail à construction. L'art. L. 251-1 du C.C.H. ne subordonne pas la formation du contrat de bail à construction à l'obtention d'un permis de construire. »

<sup>1559</sup> C.A. d'Aix en Provence, 4<sup>ème</sup> ch., 4 déc. 2012, n° 11/16819.

<sup>1560</sup> L'art. 1137 reconduit en grande partie une définition du dol qui a été élaborée par la jurisprudence depuis 1804 ; DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), Dalloz, 2016, p. 43.

peut prétendre<sup>1561</sup>, dans pareil cas, à la nullité de l'avant-contrat et se voir également allouer une indemnité au regard des montants engagés dans le cadre des études engagées.

**499.** La question de l'avant-contrat ayant été abordée, les parties peuvent procéder à la conclusion du bail de longue durée dans les meilleures conditions tant techniques, que financières et juridiques. Cependant, au préalable les conditions de forme de la réalisation des contrats doivent également être examinées.

## **B- La formalisation**

**500.** La sécurité des actes juridiques repose sur la fiabilité des renseignements dont peuvent disposer les parties au contrat. La fonction première de la publicité foncière, instrument d'information et de protection, est de sécuriser les échanges juridiques et notamment en matière immobilière. En effet, elle instaure un principe qui veut que « les droits non publiés sont censés ne pas exister à l'égard de ceux qui sont titulaires de droits concurrents et qui les ont publiés »<sup>1562</sup>. La question est d'importance pour les parties de tout contrat, et notamment ceux des baux de longue durée qui s'engagent pour de nombreuses années et souhaitent créer une situation stable et fructueuse. Les conditions du formalisme des baux de longue durée, dont découlent les possibilités de publication de ces actes, doivent être étudiées dans un premier temps (1), avant de faire l'analyse de ces effets, tant à l'égard des tiers, que fiscalement à l'égard des parties aux contrats (2).

### **1- Les conditions du formalisme**

**501.** Un contrat peut être rédigé sous plusieurs formes. Il peut être authentique ou sous signature privée. L'acte authentique est reçu par un officier public, le plus souvent il s'agit d'un notaire,

---

<sup>1561</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 fév. 2016.

<sup>1562</sup> SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 851, p. 780.



ayant compétence pour instrumenter dans le lieu où il a été rédigé<sup>1563</sup>. Il se différencie de l'acte sous signature privé, signé seulement par les parties, qui n'implique pas la présence du rédacteur, et qui peut être régularisé en tout lieu<sup>1564</sup>. Afin de sécuriser leurs engagements réciproques, les parties doivent faire établir le bail de longue durée sous la forme authentique (a), et ce afin que soit respectée l'obligation de publication auprès des services de la sécurité immobilière (b).

### **a- La forme authentique**

**502.** L'article L. 251-1 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation dispose, au sujet du bail à construction, que celui-ci est conclu « dans les mêmes conditions et formes » que la vente. Cette formulation est reprise concernant le bail emphytéotique à l'article L. 451-2 du code rural, et l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales relatif au bail emphytéotique administratif fait référence à ce même article. Il en a été conclu que ces baux de longue durée doivent être rédigés sous la forme d'un acte authentique<sup>1565</sup>. Aucune disposition spécifique ne précise la forme de l'acte relatif au bail réel immobilier, cependant la doctrine en a tiré les mêmes conclusions<sup>1566</sup>. Quant au bail réel solidaire, l'article L. 255-3 du code précité, évoque explicitement la signature d'un acte authentique.

**503.** L'acte authentique est défini par l'article 1369 du code civil comme « celui qui est a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ». Dressé par un notaire, il présente l'avantage de faire foi jusqu'à l'inscription de faux<sup>1567</sup>. Il a pour effets d'avoir date certaine et force probante ce qui en simplifie la preuve. Il ne peut y être rapporté la preuve contraire que par une procédure complexe, équivalente à celle de la contestation d'une décision de justice pour partialité du juge. De plus, l'acte authentique a force exécutoire. Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations, il peut être poursuivi par le créancier sans que celui-ci n'ait à obtenir un jugement préalable. L'acte authentique est un outil efficace et sécurisant des relations économiques et juridiques, ce qui justifie pleinement d'y avoir recours pour la formalisation des baux de longue durée. Certains auteurs suggèrent une autre forme d'acte authentique, celle d'un acte sous signature privée déposé au rang des minutes d'un notaire avec

---

<sup>1563</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 537, p. 264.

<sup>1564</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 118 et svts.

<sup>1565</sup> Bail à construction, Ed. législ., n° 16.

<sup>1566</sup> Baux réels immobiliers logement, Ed. législ., n° 7.

<sup>1567</sup> Art. 1371 du c. civ.

reconnaissance d'écritures et de signatures<sup>1568</sup>. En effet un acte translatif ou constitutif de droit se rapportant à un immeuble non rédigé en la forme authentique n'en demeure pas moins valable entre les parties, à condition toutefois que cette forme ne soit pas prescrite à peine de nullité. Cependant, le texte de l'article 710-1 du code civil énonce la règle selon laquelle « le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un acte sous seing privé, contresigné ou non, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne peut donner lieu aux formalités de publicité foncière ». Cette importante limite a été initiée afin de préserver le contrôle exercé par les notaires, permettant de préserver la fiabilité des titres publiés<sup>1569</sup>. Il faut en conclure, à l'inverse de M.M. Boule et Guibert, que cette troisième forme d'acte doit être écartée, car il s'avère, en effet, que les baux de longue durée doivent être publiés auprès des services de la publicité foncière.

**504.** La loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement ne précise pas la forme que le contrat de bail à réhabilitation doit revêtir<sup>1570</sup>. Cependant, la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation énonce qu'en vue de la publicité au fichier immobilier dont il fait l'objet, le contrat doit être rédigé en la forme authentique et prendre celle<sup>1571</sup>, soit d'un acte notarié, soit d'un acte administratif lorsque le preneur est une collectivité territoriale ou un office d'habitations à loyer modéré devenu office public de l'habitat depuis l'ordonnance n° 2007-137 du 1<sup>er</sup> février 2007 relative aux offices publics de l'habitat<sup>1572</sup>. Cette circulaire propose une autre possibilité de réalisation du bail à réhabilitation, qui peut également être retenu pour les autres baux de longue durée<sup>1573</sup>.

**505.** En effet, les collectivités territoriales et les offices publics de l'habitat, peuvent rédiger de tels actes en application de l'article L. 1311-13 du code général des collectivités territoriales qui dispose que « les maires, les présidents des conseils départementaux et les présidents des conseils régionaux, les présidents des établissements publics rattachés à une collectivité territoriale ou regroupant ces collectivités et les présidents des syndicats mixtes sont habilités à recevoir et à authentifier, en vue de leur publication au fichier immobilier, les actes concernant les droits réels

---

<sup>1568</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collec. « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 74 ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Répertoire immobilier, Bail à construction, Dalloz.fr, n° 77 ; TIXIER Jean-Luc, Répertoire immobilier, Bail emphytéotique, Dalloz.fr, n° 7.

<sup>1569</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, 2016, p. 147 et 148.

<sup>1570</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>1571</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. E. n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1572</sup> Ord. n° 2007-137 du 1<sup>er</sup> fév. 2007 relative aux OPH, JORF du 2 fév. 2007.

<sup>1573</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 25.

immobiliers ainsi que les baux, passés en la forme administrative par ces collectivités et établissements publics ». Le maire d'une commune, le président d'un conseil général ou le président d'un office public de l'habitat sont habilités à authentifier par acte administratif les acquisitions, ventes immobilières et baux de longue durée dont le contenu est alors rédigé par leur propre service ou par une société privée spécialisée qui rédige ce type d'acte en leur nom.

**506.** L'acte administratif présente un certain avantage car il permet d'économiser les frais de rédaction d'actes notariés. Cependant, il faut également noter qu'en cas d'erreur dans la rédaction de l'acte notarié, le notaire en supporte la responsabilité, alors que dans le cadre de l'acte administratif, c'est la personne publique qui certifie l'acte qui en est responsable. Il est conseillé aux offices de l'habitat de préférer la formule de l'acte notarié, à celle de l'acte administratif, en présence d'une quelconque incertitude sur les éléments qui doivent être précisés dans l'acte visé<sup>1574</sup>. Pour exemple, l'office public de l'habitat de la Haute Loire, possédant les ressources internes nécessaires, fait le choix de rédiger certains baux de longue durée sous cette forme. En ces circonstances, il a pu être également remarqué que cela permet aux parties de maîtriser les temps de préparation et de rédaction d'un acte qui peuvent paraître souvent trop long lorsque la rédaction de celui-ci est confiée au soin d'un notaire.

## **b- La publication obligatoire**

**507.** Avant 1955, la publicité foncière est exclusivement une condition d'opposabilité aux tiers des actes énumérés par la loi. Les parties ont la possibilité de faire le choix de ne pas publier les actes translatifs de propriété ou constitutifs d'autres droits, et par conséquent de se suffire de la force obligatoire du contrat et de risquer d'éventuelles difficultés avec des tiers<sup>1575</sup>. L'autre conséquence néfaste de cette faculté laissée aux parties résulte des difficultés encourues dans la recherche d'origines de propriétés ultérieures. Ces publications faisant défaut, il peut être très difficile et insécurisant pour les parties de ne pouvoir établir avec certitude l'origine de propriété d'un bien qui doit faire l'objet d'un bail de longue durée, ou de toute autre acte translatif de droits réels. Pour cette raison le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière a étendu le périmètre de l'obligation de publicité<sup>1576</sup>. La liste des actes qui doivent être publiés à

---

<sup>1574</sup> Fédération des OPH, « Centre de ressources » Hlm et territoires, Quest. jurid. du 10/07/2017.

<sup>1575</sup> SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 868, p. 790.

<sup>1576</sup> Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF du 7 janv. 1955.

peine d'inopposabilité au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles, et dont la publication est par ailleurs obligatoire, figure aux articles 30 et 28, 1° du décret susvisé. Il s'agit de « tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs ». Sont ensuite énumérés les mutations ou constitutions de droits réels immobiliers autres que privilèges et hypothèques, ainsi que les baux pour une durée de plus de douze années<sup>1577</sup>. En conséquence, les baux de longue durée doivent faire l'objet d'une publicité auprès des services de la publicité foncière à double titre<sup>1578</sup>, s'agissant, d'une part d'actes valant constitution de droit réels immobiliers<sup>1579</sup>, et d'autre part de baux ayant une durée de plus de douze années<sup>1580</sup>. Par ailleurs, M. MAHY s'interrogeant sur l'obligation de publier le bail à réhabilitation, qui peut être conclu pour une durée minimum de douze ans, en a conclu que « l'existence de ce droit réel immobilier....soumet de ce fait obligatoirement l'acte du bail à réhabilitation à la publicité foncière. »<sup>1581</sup>.

## 2- Les effets du formalisme

**508.** La publication d'un bail de longue durée produit deux effets distincts qui pour le premier, répond aux règles communes de la publicité foncière, et il est question de l'opposabilité aux tiers (a), mais qui, pour le second, relatif à la taxation (b), reste spécifique à la fois au régime des baux de longue durée et à celui des bailleurs sociaux.

---

<sup>1577</sup> Ces dispositions ne visant pas les droits trouvant leur origine dans la loi, en sont exclus les actes constatant l'acquisition par le jeu de la prescription acquisitive, ou encore de l'accession.

<sup>1578</sup> Les conservations des hypothèques, parfois désigné sous le vocable « bureau des hypothèques », ont été supprimées en vertu de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, et remplacées par les services de la publicité foncière, qui conservent les mêmes attributions. Cette suppression a fait suite aux critiques de la part de la Cour des comptes, dans son rapport annuel pour l'année 2008, publié le 22 janv. 2009, qui fustigeait « l'anachronisme grandissant du statut des conservateurs des hypothèques ».

<sup>1579</sup> Rép. Minist. n° 56427 : JOAN Q, 21 janv. 1985, p. 242 ; AYNES Laurent et CROCQ Pierre, Les suretés, la publicité foncière, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 317, n° 642.

<sup>1580</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 24

<sup>1581</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 24.

## a- L'opposabilité aux tiers

**509.** L'opposabilité est la première conséquence de la publication d'un droit réel<sup>1582</sup>. Un droit opposable est un droit dont l'existence ne peut être méconnue des tiers, car il s'impose à eux. Cette opposabilité impose l'exclusivité du droit réel et interdit à quiconque d'y porter atteinte. A contrario à défaut de publicité, l'acte ne produit ses effets qu'entre les parties. L'article 1173 du code civil dispose que « les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats » qui restent opposables entre les parties. Les dispositions relatives à la publicité foncière n'ont, en effet, pas vocation à régler les conflits entre cocontractants<sup>1583</sup>. L'article 30 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière donne la définition précise de la notion de tiers au sens du droit de la publicité foncière<sup>1584</sup>, qui se distingue de celle communément reconnue. Les seuls tiers admis à se prévaloir du défaut de publicité sont ceux « qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques ». Concrètement, les tiers bénéficiaires visés par cet article sont principalement l'acquéreur d'un droit réel sur l'immeuble, le preneur à bail pour plus de douze ans, le créancier hypothécaire et le créancier saisissant<sup>1585</sup>, ainsi que les ayants-causes à titre particulier<sup>1586</sup> d'un même auteur. Lorsque le conflit oppose des ayants-causes universels ou à titre universel et un ayant-cause à titre particulier d'un même auteur, les premiers étant assimilés à leur auteur dont ils continuent la personne, la préférence doit être donnée au second<sup>1587</sup>.

**510.** En conséquence, et alors même que l'acte n'en demeure pas moins valable entre les parties, la sanction de droit commun du défaut de publicité est l'inopposabilité envers les tiers. Elle frappe d'inefficacité de fait les droits non-inscrits et emporte impossibilité d'inscrire une opération postérieure s'appuyant sur un droit dont l'inscription fait défaut<sup>1588</sup>. Cette logique assure la sécurité juridique du commerce des immeubles, et incite également à la publication effective des actes, seule à même de garantir la fiabilité du fichier immobilier<sup>1589</sup>. En outre, le défaut de

---

<sup>1582</sup> AYNES Laurent, CROCQ Pierre, AYNES Augustin, *Les suretés*, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 316, n° 641.

<sup>1583</sup> Congrès des notaires, *La propriété immobilière entre liberté et contraintes*, 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, 2016, p. 133.

<sup>1584</sup> Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF du 7 janv. 1955.

<sup>1585</sup> AYNES Laurent, CROCQ Pierre, AYNES Augustin, *Les suretés*, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 321, n° 650.

<sup>1586</sup> Auxquels sont assimilés leurs représentants.

<sup>1587</sup> La priorité de la publication règle ainsi logiquement le conflit qui oppose l'acquéreur d'un bien d'un vendeur décédé au second acquéreur du même bien vendu par l'héritier du premier vendeur.

<sup>1588</sup> SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 883, p. 808.

<sup>1589</sup> AYNES Laurent, CROCQ Pierre, AYNES Augustin, *Les suretés*, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 322, n° 652.

publicité, la publicité irrégulière ou incomplète d'un acte soumis obligatoirement à la formalité à titre d'information étant susceptible de générer de réels dommages<sup>1590</sup>, l'article 30, 4 du décret du 4 janvier 1955 autorise la mise en jeu de la responsabilité civile du notaire défaillant. Il s'agit d'un cas de responsabilité délictuelle reposant sur la démonstration d'une faute à l'origine d'un préjudice<sup>1591</sup>.

## **b- La taxation**

**511.** La publication auprès des services de la publicité foncière enclenche la mise en œuvre de trois formalités. La formalité de l'enregistrement qui donne lieu aux droits d'enregistrement, la formalité de la publicité foncière qui engendre la taxe de publicité foncière, et la formalité fusionnée qui conduit au règlement d'une taxe de publicité foncière tenant lieu de droit d'enregistrement. La perception effectuée auprès de services de la publicité foncière rend exigible la taxe de publicité foncière, et la perception effectuée au service des impôts lors de l'accomplissement de la formalité de l'enregistrement rend exigible les droits d'enregistrement<sup>1592</sup>. La procédure de publication déclenche l'exigibilité de ces contributions. Les droits d'enregistrement sont prélevés pour financer la publication et l'enregistrement des actes authentiques. Cependant précédemment au 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>1593</sup>, ils permettent principalement de rémunérer le chef de service du bureau des hypothèques, anciennement appelé conservateur des hypothèques. Avant cette date les conservateurs des hypothèques perçoivent directement cette contribution qui constitue leur rémunération. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, c'est l'Etat qui perçoit cette taxe et qui rémunère avec un salaire fixe les chefs de services des bureaux des hypothèques, désormais dénommé service de la publicité foncière<sup>1594</sup>. A ce titre, l'article 739 du code général des impôts dispose que les actes constatant des baux à durée limitée d'immeubles sont assujettis à un droit fixe de vingt-cinq euros lorsque l'enregistrement en est requis par les parties.

---

<sup>1590</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juillet 2011, n° 2011-014319, JCP N 2011, n° 30-34, act. 633 ; H. Westendorf, JCP N 2012 n° 27, 1285.

<sup>1591</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, 2016, p. 133.

<sup>1592</sup> BOI-ENR-DG-10-10-20131021, ENR – Dispositions générales – Notion de formalité, 21 oct. 2013.

<sup>1593</sup> Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, JORF du 11 juin 2010.

<sup>1594</sup> L'ord. n° 2010-638 du 10 juin 2010 a créé au 1<sup>er</sup> janv. 2013 les services chargés de la publicité foncière, en remplacement des conservations des hypothèques.

**512.** La taxe de publicité foncière fixée à un taux de 0,70 % est en principe due sur les acquisitions immobilières soumises à TVA<sup>1595</sup> et sur les baux de plus de douze ans<sup>1596</sup>. Cependant, la situation des bailleurs sociaux est, en l'occurrence, extrêmement favorable car les baux de longue durée concourant à la production d'immeubles sont exonérés de cette taxe en application des dispositions de l'article 743-1° du code général des impôts. Il faut ajouter que l'article 1049 du même code exonère de taxe de publicité foncière les actes publiés en application de la législation HLM. Quel que soit la qualité du bien objet du bail de longue durée, l'organisme HLM, preneur, est exonéré du règlement de la taxe de publicité foncière. Concernant le bail réel immobilier, l'administration fiscale<sup>1597</sup>, faisant référence à l'article 743 du code précité, a précisé récemment qu'il est également exonéré de la taxe de publicité foncière lorsqu'il est consenti à un preneur avec obligation de construire. En revanche, lorsque le même bail réel immobilier est consenti à un preneur avec obligation de réhabiliter les constructions existantes, l'exonération de taxe de publicité foncière n'est possible, pour tout autre preneur qu'un organisme HLM, que sur délibération des conseils généraux. Quant au bail réel solidaire, le législateur a décidé d'exonérer de la taxe de publicité foncière que les seuls baux réels solidaires conclus en application de l'article L. 255-3 du code de la construction et de l'habitation. Cette exonération concerne uniquement le bail réel solidaire accession<sup>1598</sup>.

**513.** En outre, le preneur du bail à construction, en tant que redevable a le choix entre deux solutions<sup>1599</sup>. En principe le bail à construction est exonéré de TVA<sup>1600</sup>. Toutefois le preneur peut choisir de placer l'opération dans le cadre des droits d'enregistrement et acquitter annuellement la contribution sur les revenus locatifs de 2,5 % du montant des loyers versés<sup>1601</sup>, ou d'opter pour soumettre l'acquisition du droit réel immobilier conféré par le bail à construction à la TVA dans les mêmes conditions qu'une acquisition de terrain à bâtir<sup>1602</sup>. Cette possibilité est offerte au preneur en raison de la nature du bail à construction qui concourt à la production d'immeubles neufs<sup>1603</sup>. Le régime fiscal énoncé, édicté par les articles du code général des impôts, a été étendu par l'administration fiscale, aux baux emphytéotiques<sup>1604</sup> et baux réels immobiliers<sup>1605</sup> concourant

---

<sup>1595</sup> Art. 692 du CGI.

<sup>1596</sup> Art. 742 du CGI.

<sup>1597</sup> BOI-ENR-JOMI-10-20120912.

<sup>1598</sup> Art. 743 5° du CGI.

<sup>1599</sup> Art. 260 du CGI.

<sup>1600</sup> Art. 261 D du CGI, 1° bis, mod. par L. fin. rect. 2010, n° 2010-237, 9 mars 2010, art. 16, VIII : JO, 10 mars.

<sup>1601</sup> Art. 741 I. du CGI.

<sup>1602</sup> Dans ce cas, la TVA est appliquée conformément à l'art. 257 du CGI (art. 260 du code précité, 5, mod. par L. fin. rect. 2010, n° 2010-237, 9 mars 2010, art. 16, VI : JO, 10 mars).

<sup>1603</sup> L'art. 257-7 du CGI soumet à la TVA « les opérations concourant à la production ou la livraison d'immeuble ».

<sup>1604</sup> Document administratif 8-A-1741, 1<sup>er</sup> juillet 1990.

également à la production d'immeubles neufs. Il semble également que ce régime puisse être appliqué au bail réel solidaire<sup>1606</sup>.

**514.** Il est évident que l'option ne présente d'intérêt que pour les personnes morales qui sont assujetties à la TVA à raison de leur activité et qui, par la suite, peuvent récupérer la taxe exigible au titre du bail. Concernant plus particulièrement les bailleurs sociaux preneurs à bail, l'option est a priori défavorable car alors ils supportent une TVA, généralement non récupérable<sup>1607</sup>, dont le taux est supérieur à celui du droit au bail. En effet, le droit au bail fixé à 2,5 % du montant annuel des loyers, alors qu'au mieux les bailleurs sociaux peuvent escompter un taux de TVA réduit à 5,5 % sur le même montant<sup>1608</sup>. Il faut ajouter, que les emphytéoses qui portent sur un immeuble ancien, et pour lesquelles les travaux réalisés par le preneur ne permettent pas d'assimiler l'opération à une véritable reconstruction ne bénéficient pas de cette option et restent soumises au droit de bail de 2,5 %<sup>1609</sup>. Le bail à réhabilitation, ne pouvant être soumis à la TVA sur option, est quant à lui soumis au droit au bail<sup>1610</sup>.

**515.** La formation du contrat, bail de longue durée, passe par l'analyse de plusieurs éléments qui participent à sa faisabilité juridique. Les parties au contrat ayant le désir de s'engager réciproquement dans un bail de longue durée doivent au préalable vérifier qu'elles possèdent les qualifications nécessaires. Elles doivent également veiller à respecter les spécificités sociales qui s'imposent au preneur en tant que bailleur social, mais également celles qui résultent du régime de certains types de baux de longue durée. Par la suite, il a été établi qu'il est souhaitable qu'elles s'interrogent sur l'organisation et les modalités relatives à la conclusion du contrat afin de garantir leurs intérêts et la pérennité de leurs rapports. Les éléments subjectifs ayant été analysés, il est à présent nécessaire de s'intéresser aux éléments objectifs, éléments constitutifs essentiels sur lesquels se fixent les principales interrogations des parties.

---

<sup>1605</sup> BOI-TVA-IMM-10-10-20-20170802.

<sup>1606</sup> LOISEAUX Pascale, Réflexions sur le régime fiscal des organismes fonciers solidaires et des baux réels solidaires, AJDI 2016. 746 ; GONZALEZ-GHARBI Neyla, Une ébauche de régime fiscal pour le bail réel solidaire, Const. – Urb. n° 1, janv. 2017, comm. 17.

<sup>1607</sup> La TVA non récupérable est en fait la TVA non déductible. Les entreprises soumises à TVA peuvent le plus souvent déduire la TVA présente sur leurs achats sur leur déclaration de TVA. Le montant à reverser à l'Etat est la différence entre la TVA collectée sur les factures de vente et la TVA déductible.

<sup>1608</sup> Art. 278-sexies du CGI.

<sup>1609</sup> Cela exclut les simples travaux de rénovation ou de restauration (Rép. Brillouet – AN 6 oct. 1976 p. 6349, n° 28759 – Doc adm 8 A-1121, n° 30 1<sup>er</sup> juillet 1990).

<sup>1610</sup> Le guide de la fiscalité hlm- T. 1 : les acquisitions foncières et immobilières, mai 1996, n° 63, p. 44.



## **Section 2- Les éléments objectifs**

**516.** Les éléments objectifs des baux réels immobiliers de longue durée sont les biens immobiliers, bâtis ou non bâtis, sur lequel les parties ont envisagé un projet immobilier. Pour l'ensemble de ces contrats, le bien est au cœur de l'opération envisagée par les parties. Il est déterminant dans le choix du preneur tant au regard de sa situation géographique, de son potentiel marchand, de sa composition, des contraintes techniques ou possibilités d'exploitation. L'analyse de ces éléments, réalisée en amont, dans le cadre d'une étude de faisabilité de l'opération immobilière conduit le preneur à s'engager auprès du bailleur ou à renoncer à conclure un tel contrat.

**517.** Eléments essentiels, sans lequel ces contrats ne peuvent avoir d'existence, ces biens immobiliers bâtis ou non bâtis contribue également à affiner le choix du type de bail de longue durée dans lequel les parties doivent s'engager. Les biens, devant être déterminés dans ce contexte, peuvent être classés en deux catégories. La première est relative à l'assiette foncière (§1), la seconde au bâti (§2).

### **§1- La détermination de l'assiette foncière**

**518.** Les qualités de l'objet du contrat doivent être abordées sous deux aspects différents mais complémentaires. En effet, d'une part la recherche des qualités matérielles de l'objet du contrat constitue un point essentiel du projet tant au sujet ces conséquences techniques que financières (A). D'autre part, dans le cadre des baux de longue durée, l'objet présente des caractéristiques générales relatives aux règles d'urbanisme qui doivent être connues et vérifiées afin d'assurer sa compatibilité avec l'opération immobilière projetée (B).

#### **A- Les qualités matérielles**

**519.** L'offre de loi réalisée par le club des juristes vise à créer un seul et unique bail réel immobilier de longue durée de droit privé et un bail réel administratif afin de résoudre la grande incertitude des praticiens sur le choix à opérer en faveur de telle ou telle formule juridique.

Dans cet objectif, ils ont présenté un contrat qui confère au preneur un droit réel sur un immeuble bâti ou non bâti qui porte sur le sol et sur les constructions existantes<sup>1611</sup>. Néanmoins, cette proposition n'a pas été retenue, et il revient toujours aux parties de désigner le terrain qui peut valablement être l'objet du bail de longue durée. Terrain nu (1) ou terrain bâti (2), sa détermination permet également aux parties de préciser leur choix quant aux types de bail de longue durée qu'ils sont en mesure de conclure.

## **1- Le terrain nu**

**520.** Après avoir déterminé si un terrain nu, c'est-à-dire un terrain qui ne supporte pas de construction notable, peut éventuellement faire l'objet du bail de longue durée (a), il doit être vérifié que l'usage de ce terrain nu, c'est-à-dire sa destination, ne puisse pas faire obstacle au projet envisagé (b).

### **a- La détermination**

**521.** Le bail emphytéotique a été employé à l'origine pour mettre en valeur des immeubles ruraux, terrains nus mis à disposition afin de mettre en culture des terres en friche, d'exploiter des terres cultivées ou encore de construire des bâtiments d'exploitation<sup>1612</sup>. De la même façon, l'actuelle emphytéose, régie par le code rural, permet la mise à disposition de terrains nus destinés à être exploités comme un terrain agricole ou à recevoir une construction<sup>1613</sup>. Le bail emphytéotique administratif présente la même possibilité. Seules les dépendances du domaine public qui entrent dans le champ d'application des contraventions de voirie sont exclues<sup>1614</sup>. Le dispositif du bail à construction a été tout spécifiquement institué afin de décider les propriétaires, peu disposés à céder leurs terrains à des spéculateurs<sup>1615</sup>. Il résulte de la définition même du bail à construction énoncé à l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation, que la chose louée est un

---

<sup>1611</sup> Club des juristes, Offre de loi, Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, Commission Immobilière de l'Etat et des collectivités territoriales, sept. 2013, p. 14.

<sup>1612</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 46 et svts.

<sup>1613</sup> TIXIER Jean Luc, Bail emphytéotique, Répertoire droit immobilier, Dalloz .fr, n° 2.

<sup>1614</sup> Art. L. 1311-2 al. 2 du C.G.C.T.

<sup>1615</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-2, p. 414.

terrain nu. L'article L. 254-3 alinéa 4 du code précité, relatif au bail réel immobilier, dispose que « le droit réel issu du bail réel immobilier ainsi que les constructions édifiées ... sur le terrain donné à bail peuvent être cédés... ». Le bail réel solidaire, qui a été créé sur ce même modèle, peut également être consenti à un opérateur pour la construction de logements<sup>1616</sup>.

**522.** Quant au bail à réhabilitation, il a été créé par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement afin d'appuyer la mise en œuvre du droit au logement, en favorisant la réhabilitation du parc privé de logement anciens<sup>1617</sup>. Conformément aux dispositions de l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation, il ne peut porter sur un terrain nu. Seules sont prévues et rendues possible des interventions « sur l'immeuble du bailleur », ici entendu dans le sens technique du terme c'est-à-dire en tant que bâtiment. Cette disposition étant selon les termes de l'article L. 252-6 du même code, d'ordre public, il ne peut être question d'y déroger.

## **b- La destination**

**523.** L'emphytéose peut avoir pour objet un terrain nu. Cependant, il est possible de s'interroger sur la destination d'un tel terrain. En effet, ce type de contrat a été instauré à l'origine pour favoriser l'exploitation de terre agricole ou encore permettre la transformation de terre en friche en terre agricole<sup>1618</sup>. Particulièrement développé en France dans « la société des agriculteurs »<sup>1619</sup>, puis intégré dans le code rural par la loi des 25 juin et 4 juillet 1902, il est permis de s'interroger sur la possibilité de mise à disposition de terrains nus, destinés à être exploités dans le cadre de l'emphytéose en milieu rural, mais également en milieu urbain. La jurisprudence a pu répondre à cette question à plusieurs reprises et de façon similaire<sup>1620</sup>. Elle a jugé que bien que son régime légal résulte du code rural, l'emphytéose échappe au statut des baux ruraux. La doctrine est également unanime, et en conclue que le bail emphytéotique peut également être utilisé aussi en

---

<sup>1616</sup> Art. L. 255-2 du C.C.H.

<sup>1617</sup> Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>1618</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 46 et svts.

<sup>1619</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 228.

<sup>1620</sup> Soc. 6 mai 1964, JCP 1964, II, 13831, note Ourliac et de Juglart ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 mai 1970, D. 1970, 773 ; 4 mai 1983, Bull. civ. III, n° 104, JCP N 1984, II, 17.

zone urbaine<sup>1621</sup>. Le terrain nu objet de ce bail peut aussi bien être destiné à une exploitation agricole, culture, plantation ou encore construction de bâtiment agricole, qu'à une exploitation en zone urbaine, et par exemple porter une opération de réalisation de logements locatifs sociaux. Il faut cependant noter une dernière particularité qui contribue à maintenir, à tort, une certaine confusion dans les esprits. En effet, bien que le contentieux de l'emphytéose entre normalement dans la compétence du tribunal de grande instance, en application des termes de l'article L. 491-1 du code rural, le bail emphytéotique consenti sur un immeuble à usage agricole est un bail rural. Le tribunal paritaire des baux ruraux a vocation à connaître des litiges qu'il suscite.

**524.** Le bail à construction, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, codifiés par le code de la construction et de l'habitation, ont quant à eux une destination tout à fait urbaine de par leur objectif commun qui est de promouvoir la construction et la mise à disposition de logements en zone urbaine. S'il ne peut être question d'un quelconque débat relatif à un usage agricole concernant ces baux, il ne faut cependant pas écarter la possibilité d'avoir recours à ces outils juridiques afin de construire des logements sur des terrains nus, eux même situés dans des zones dites rurales<sup>1622</sup>. En effet, ils peuvent également avoir pour objectif, de même que le bail emphytéotique, de conserver, voir développer une offre de logements dans des petites communes qui souhaitent fixer leur population et espèrent en attirer de nouvelles. Les bailleurs sociaux implantés dans les zones dites « rurales » sont particulièrement sollicités par les petites communes afin de réaliser des logements qui permettent de conserver l'école du village, les petits commerces locaux, et plus généralement de lutter contre la désertification rurale<sup>1623</sup>.

**525.** Enfin, le bail emphytéotique administratif ne connaît qu'une limite à son champ d'application. Il ne peut y être recouru que sur le domaine public de la collectivité territoriale ou de l'Etat, peu importe sa situation géographique, urbaine ou rurale.

---

<sup>1621</sup> ATIAS Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 412, p. 307 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 291, p. 333 ; TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz-Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [931], p. 819 ; TIXIER Jean-Luc, « Le renouveau de l'emphytéose », *Opération Immobilières* n° 22, fév. 2010, p. 46 ; LARROUMET Christian et MALLET-BRICOUT Blandine, *Traité de Droit Civil, T. 2, Les biens, droits réels principaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019, n° 782, p. 502 et svt.

<sup>1622</sup> STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, *Idées reçues sur le logement social*, Le cavalier Bleu Ed., 2016, p. 32.

<sup>1623</sup> USH et CDC, *Solutions de Démembrement de la propriété pour le logement social*, mars 2015, p. 9.

## 2- Le terrain bâti

**526.** Les interrogations similaires à l'étude du terrain nu doivent être abordées au sujet du terrain bâti, terrain qui supporte des constructions préexistantes d'une importance certaine. Il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure ce terrain bâti peut faire l'objet d'un des baux de longue durée (a), et également d'en étudier les destinations envisageables dans cadre des régimes des différents baux de longue durée (b).

### a- La détermination

**527.** L'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que « constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur... ». Les termes de l'article précité obligent le preneur à édifier des constructions sur le terrain du bailleur<sup>1624</sup>, sans donner de précision sur la nature de ce terrain. Il peut alors être estimé que ce type de bail ne doit avoir pour objet que des terrains nus, susceptibles de supporter une nouvelle construction. Cependant, le législateur ne souhaitant pas limiter le champ d'application du bail à construction de façon trop restrictive, a très justement prévu que le terrain, objet dudit bail, peut-être déjà bâti. A ce titre la cour d'appel de Paris a retenu dans un arrêt du 17 avril 2013<sup>1625</sup>, qu'il importe peu que le terrain sur lequel le preneur est tenu d'édifier de nouvelles constructions soit ou non déjà construit. Lorsqu'il existe sur le fonds loué des bâtiments susceptibles de constituer une gêne pour la réalisation du programme prévu au bail, l'article L. 251-4 du code de la construction et de l'habitation reconnaît au preneur le droit de les démolir. Cependant d'une part, il ne faut pas que le contrat contienne une stipulation contraire, et d'autre part le preneur doit conformément à l'essence même du bail, procéder à une reconstruction<sup>1626</sup>. De plus, le bail à construction peut porter sur un bâtiment existant mais seulement si le preneur s'oblige à le rénover. Cette rénovation doit alors pouvoir être qualifiée de lourde ou de grande ampleur<sup>1627</sup>.

---

<sup>1624</sup> DUBOIS – SPAENLE Claire-Marie, « Vadémécum du bail à construction », Le Moniteur, n° 5853, 29 janv. 2016, p. 85 ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J., 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 312, p. 241.

<sup>1625</sup> C.A. de Paris, 17 avril 2013, n° 10/14847.

<sup>1626</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-3, p. 414.

<sup>1627</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 234, p. 122.

**528.** Le droit fiscal a déterminé les critères qui peuvent entraîner la qualification d'une opération de rénovation d'immeuble en la production d'un immeuble neuf. En application de l'article 257 du code général des impôts, doivent suivre le régime des constructions neuves les travaux réalisés sur des immeubles existants qui ont consisté en une surélévation ou qui ont rendu à l'état neuf la majorité des fondations, ou la majorité des éléments hors fondations déterminant la résistance et la rigidité de l'ouvrage, ou encore la majorité de la consistance des façades hors ravalement, ou enfin plus des deux tiers de chacun des éléments de second œuvre (les planchers ne déterminant pas la résistance ou la rigidité de l'ouvrage, les huisseries extérieures, les cloisons intérieures, les installations sanitaires et de plomberie et, pour les opérations réalisées en métropole, le système de chauffage). Il ne peut être conseillé aux parties d'un bail à construction que de vérifier l'ampleur des travaux de rénovation projetés à la lumière de ces indications afin d'éviter tout risque de requalification.

**529.** A l'inverse du bail à construction, la notion de terrain bâti, en tant qu'objet d'un bail de longue durée, est essentielle dans le cadre du bail à réhabilitation. La circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 reprenant les instructions relatives au bail à réhabilitation apporte quelques indications<sup>1628</sup>. Elle souligne que les immeubles susceptibles d'être donnés à bail à réhabilitation sont ceux « privés vacants ou dont l'état d'occupation est partiel ». L'immeuble, au sens de bâtiment, objet du bail à réhabilitation doit appartenir à des personnes privées et être soit totalement libre de toute location ou occupation, soit partiellement loué ou occupé. Dans ce dernier cas les travaux de réhabilitation ne sont réalisés que sur la partie vacante de l'immeuble. L'immeuble doit être bâti<sup>1629</sup> et susceptible de travaux d'amélioration<sup>1630</sup>. M. MAHY en conclut qu'« il en va d'ailleurs de l'essence et de l'économie du bail à réhabilitation »<sup>1631</sup>. Avec le bail à réhabilitation, le législateur a pour objectif d'intéresser tout particulièrement les particuliers propriétaires de logements vétustes<sup>1632</sup>, leur intérêt étant à la fois de voir leur bien immobilier revalorisé et entretenu, tout en percevant le bénéfice d'un loyer. Le bail à réhabilitation semble tout à fait adapté pour intervenir dans ce cadre et développer une nouvelle offre de logements respectant toutes les normes de sécurité et d'habitabilité qui s'imposent au preneur.

---

<sup>1628</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1629</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON C, Le bail à réhabilitation ; RD imm. 1991, p. 20.

<sup>1630</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON C, Le bail à réhabilitation ; RD imm. 1991, p. 20.

<sup>1631</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 11.

<sup>1632</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collec. « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 16.

**530.** S'agissant du récent bail réel immobilier, l'article L. 254-3 alinéa 4 du code précité fait référence aux « constructions édifiées ou réhabilitées sur le terrain donné à bail .... ». Dans le cadre de ce contrat, le propriétaire d'un immeuble, bâti ou non, consent un bail à un preneur qui s'engage à construire ou à réhabiliter les constructions existantes en vue de créer des logements. Le caractère protéiforme du bail réel immobilier permet à la fois la construction, mais également la réalisation de travaux de réhabilitation<sup>1633</sup>. Il eut été également possible d'en déduire que le preneur, de même que le bail à construction, a la possibilité de réaliser des démolitions de biens se trouvant sur le terrain objet du bail, afin de libérer complètement l'emprise au sol et de réaliser une nouvelle construction. Cependant, à l'inverse du bail à construction, l'article L. 254-2 du même code dispose, dans son premier alinéa que le preneur ne peut, sauf stipulation contraire, démolir en vue de les reconstruire les ouvrages existants. Le dispositif offre tout de même la faculté aux parties d'aménager différemment les clauses du contrat, et de permettre de ne pas exclure totalement de ce type de bail les terrains bâtis. Cette possibilité constitue un avantage certain, et donne une réelle valeur ajoutée à ce type de bail de longue durée. Le bail réel solidaire présente là encore les mêmes possibilités reprises tant à l'article L. 255-3 du code précité qu'à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme relatif aux organismes de foncier solidaire. Ces deux derniers baux rejoignent l'emphytéose dont le régime présente les mêmes possibilités. En effet, l'emphytéote a tout autant la possibilité de réaliser des opérations d'amélioration, de réhabilitation sur un terrain bâti, ou édifier une nouvelle construction après démolition de l'ancien bien immobilier<sup>1634</sup>.

## **b- La destination**

**531.** Il convient de déterminer quelle peut être la destination du terrain bâti objet du bail de longue durée. Ce point est important, car si la principale activité des bailleurs sociaux est de réaliser, gérer et louer des logements<sup>1635</sup>, ils ont la possibilité de compléter leur action en aménageant, en annexe de leurs opérations immobilières, des locaux commerciaux ou professionnels<sup>1636</sup>. Leur intérêt est de promouvoir la mixité sociale dans leur projet immobilier,

---

<sup>1633</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, « Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier », *Loyers et Copropriété* n° 6, juin 2014, alerte 39 ; CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, *Le bail réel immobilier dédié au logement*, JCP G n° 12, 24 mars 2014, 330.

<sup>1634</sup> TIXIER Jean-Luc, « Le renouveau de l'emphytéose », *Opération Immobilières* n° 22, fév. 2010, p. 46.

<sup>1635</sup> Art. L. 411 du C.C.H.

<sup>1636</sup> Art. L. 411-7 du C.C.H.

qui est inscrite dans le cadre de leur mission d'intérêt général<sup>1637</sup>, et de favoriser leur optimisation financière. De plus, les organismes HLM sont parfois amenés à autoriser un changement de destination d'un logement ou d'une partie dudit logement, et ce afin de permettre au locataire d'y exercer son activité professionnelle ou commerciale<sup>1638</sup>. Il est essentiel de vérifier le champ des possibilités qu'offre chaque type de bail de longue durée, ce afin de garantir la sécurité juridique de l'opération au moment de la conclusion du bail et d'en estimer les potentielles évolutions ou adaptations dans le cadre d'un contexte différent.

**532.** Il a été énoncé que l'emphytéose peut avoir pour objet aussi bien des immeubles ruraux ou urbains. Un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1980 permet d'ajouter que la qualification d'emphytéose ne peut être écartée au seul motif que l'immeuble est à usage commercial et industriel<sup>1639</sup>. Ce type de contrat permet à son titulaire d'opérer toutes les transformations aux bâtiments, ainsi que tous changements de destination<sup>1640</sup>. En cela, le régime de l'emphytéose fait échec aux dispositions qui, en matière de statut du fermage, permettent au bailleur d'obtenir la résiliation du bail lorsque le preneur emploie la chose louée à un usage autre que celui auquel elle est destinée<sup>1641</sup>. Le terrain bâti, objet de l'emphytéose, peut être utilisé pour un usage rural, commercial, industriel ou d'habitation<sup>1642</sup>. En conséquence, la Cour de cassation disqualifie tout bail emphytéotique en bail ordinaire s'il est porté atteinte à cette liberté. Elle a appliqué cette logique pour un bail dans lequel le changement du type de commerce est subordonné à l'accord préalable du bailleur<sup>1643</sup>, ou encore pour un bail dans lequel est incluse une clause limitant l'usage auquel l'emphytéote peut affecter les biens loués<sup>1644</sup>. La seule véritable obligation et contrainte du preneur est d'améliorer la chose<sup>1645</sup>.

---

<sup>1637</sup> Art. L. 411-2 du C.C.H.

<sup>1638</sup> L'exercice d'une activité professionnelle dans un local d'habitation doit normalement donner lieu à un changement d'affectation soumis à autorisation préfectorale et ce en application de l'art. L. 443-11 ou L. 631-7 du C.C.H. Ceci a pour conséquence sur le loyer pratiqué l'application des dispositions de l'art. 15 du décret n° 48-1766 du 22 nov. 1948 : « lorsque tout ou partie du local est affecté à un usage professionnel, la surface corrigée du local [...] est majorée de 30 % ».

<sup>1639</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 déc. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1, panor. 115.

<sup>1640</sup> TIXIER Jean Luc, Bail emphytéotique, Répertoire droit immobilier, Dalloz .fr, n° 25.

<sup>1641</sup> Art. L. 411-32 du c. rur. ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 415, p. 309.

<sup>1642</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 343 et svts.

<sup>1643</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 1978, n° 77-14155, D. 1979. IR 220 et 10 avril 1991, n° 89-20276.

<sup>1644</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 mai 1998, n° 96-13586 et n° 96-14076.

<sup>1645</sup> Cass. Soc. 6 mai 1964, J.C.P. 1964. II. 13831 et note Ourliac et de Juglart ; rapp. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991 ; 7 oct. 1992, D. 1992.I. R. 251.



**533.** Dans le cadre du bail à construction, les constructions nouvelles peuvent être soit des bâtiments à usage industriel, commercial ou agricole<sup>1646</sup>, soit des immeubles d'habitation, soit enfin des ouvrages souterrains (parcs automobiles, galeries marchandes en sous-sol, etc....)<sup>1647</sup>. Une grande liberté contractuelle est laissée aux parties, elles peuvent s'abstenir de définir une destination précise et n'imposer aucune restriction à l'activité du preneur. Cependant, la jurisprudence a également retenu la possibilité pour les parties d'insérer une clause imposant des restrictions de l'usage du bien édifié. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a affirmé qu'à l'exception des dispositions prévues à l'article L. 251-8 du code de la construction et de l'habitation, qui sont d'ordre public, les parties conservent leur entière liberté et peuvent insérer une telle clause<sup>1648</sup>. La Cour de cassation a confirmé cette solution dans un arrêt du 7 avril 2004<sup>1649</sup>. Ce raisonnement n'a cependant pas l'assentiment de tous les observateurs. M. Tixier craint que le bail à construction ne devienne au final moins polyvalent que « l'antique emphytéose »<sup>1650</sup>. Si cette jurisprudence vient à être confirmée, les juristes praticiens, conseils de preneur potentiel, risquent de faire le choix du bail emphytéotique afin de préserver une certaine souplesse à la vie du contrat et de l'opération immobilière projetée.

**534.** Le champ d'application du bail à réhabilitation est quant à lui beaucoup plus limité. En effet, en sont exclus les immeubles, en tout ou partie, exclusivement professionnels qui sont ou non commerciaux. En revanche, peuvent être donnés à bail tous les immeubles qui sont exclusivement destinés à l'habitation ou qui sont destinés à un usage mixte d'habitation et professionnel<sup>1651</sup>. Pour aller plus loin, M. Mahy affirme que contrairement à ce qu'énonce le Ministère du logement, il convient également d'inclure dans le champ d'application de ce contrat, les immeubles qui servent initialement de résidences secondaires et de tourisme, mais qui peuvent être destinés à une location à usage exclusif d'habitation après la réalisation de travaux d'amélioration<sup>1652</sup>. Le preneur a tout intérêt à limiter l'objet du bail à réhabilitation à quelques logements qu'il estime ne pouvoir avoir d'autre destination ou usage à l'avenir, et choisir un autre outil juridique de maîtrise foncière pour les immeubles ou parties d'immeuble qu'il peut souhaiter destiner à un autre usage.

---

<sup>1646</sup> SAINT-ALARY Roger. JCP 1966. I. 1976, n° 8 ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Bail à Construction, Dalloz.fr, n° 52 et svts.

<sup>1647</sup> Ed. légis., Bail à construction, n° 27.

<sup>1648</sup> C.A. d'Aix en Provence, 3<sup>ème</sup> Ch., 28 mars 2002, RJDA 11/2002, n° 1124.

<sup>1649</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 avril 2004, n° 02-16283, R.D.I. 2005. p. 22 ; AJDI 2004. 450.

<sup>1650</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 405 et svts, p. 195 et 196.

<sup>1651</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B.O. E. n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1652</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 12.

**535.** Le régime du bail réel immobilier est encore plus restrictif car dans le cadre de ce contrat, le propriétaire d'un immeuble, bâti ou non, consent un bail à un preneur qui s'engage à construire ou à réhabiliter les constructions existantes en vue de créer uniquement des logements. L'article L. 254-1 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation énonce que les immeubles construits ou réhabilités par le preneur doivent être destinés à être occupés à titre de résidence principale par des personnes physiques. Ce dernier contrat présente un caractère protéiforme dans le sens où il permet à la fois la construction et la réalisation de travaux de réhabilitation, cependant son objectif exclusif est la réalisation de logements dit intermédiaires<sup>1653</sup>. Toutefois, le dernier alinéa de l'article précité aménage une possibilité intéressante. En effet, il précise que « le contrat de bail détermine, le cas échéant, les activités accessoires qui pourront être exercées dans l'immeuble objet du bail et subordonne à l'accord du bailleur tout changement d'activité ». Il est alors conseillé aux parties d'autoriser, au minimum, un usage mixte du logement afin de permettre audit locataire ou propriétaire de pouvoir exercer son activité dans une partie de son logement. Elles peuvent en sus prévoir l'intégration d'une clause au contrat permettant d'organiser la procédure de demande d'accord auprès du bailleur. L'objectif du bail réel solidaire est de mettre sur le marché de la location ou de l'accession des logements, mais qui sont en l'occurrence destinés à des personnes modestes au titre de résidence principale. Néanmoins, le contrat de bail doit déterminer, le cas échéant, les activités accessoires qui peuvent être exercées dans le bien objet du bail et tout changement d'affectation est subordonné à l'accord du bailleur<sup>1654</sup>. Au vu de la finalité de ce contrat et du rôle des organismes fonciers solidaires ces changements de destination ne peuvent intervenir qu'à la marge et dans le cadre de circonstances exceptionnelles<sup>1655</sup>.

**536.** Cette première analyse des terrains pouvant faire l'objet d'un bail de longue durée permet aux parties de faire une première vérification relative à la faisabilité du montage juridique envisagé, c'est-à-dire au recours à un bail de longue durée. Cependant, le terrain objet du bail de longue durée, une fois déterminé, doit encore présenter certaines qualités juridiques.

---

<sup>1653</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, « Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier », *Loyers et Copro.* n° 6, juin 2014, alerte 39.

<sup>1654</sup> Art. L. 255-7 du C.C.H.

<sup>1655</sup> PICARD Josselin, *LPA*, 22/11/2016, n° 233, p. 6 ; WERTENSCHLAG Bruno, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, *AJDI* 2016. 740.

## **B- Les caractéristiques générales relatives aux règles d'urbanisme**

**537.** L'affectation et l'utilisation des terrains nus et bâtis sont réglementées et planifiées par les règles du droit de l'urbanisme. Ces règles constituent une démonstration de l'intervention des puissances publiques dans l'utilisation des terrains<sup>1656</sup>. Il est essentiel pour tout promoteur immobilier d'examiner l'entièreté de ces dispositions et de leurs conséquences à l'égard du terrain objet du projet, mais également vis-à-vis des travaux de construction ou réhabilitation envisagés. Pour cela il est nécessaire de s'attacher à vérifier le champ d'intervention foncière directe des collectivités territoriales avec le recours au droit de préemption urbain (1), puis de veiller à obtenir les autorisations administratives qui s'avèrent nécessaires et obligatoires (2).

### **1- L'échec du droit de préemption urbain**

**538.** Procédé exorbitant de droit commun, les collectivités ont recours au droit de préemption afin d'acquérir la maîtrise des biens dans le cadre de leur politique publique<sup>1657</sup>. Elles ont la possibilité dans certaines circonstances de s'interposer dans la réalisation d'un projet immobilier. C'est pourquoi il apparaît nécessaire dans l'examen de toute opération foncière, y compris en ayant recours aux baux de longue durée, de prendre la mesure d'un tel dispositif (a), pour ensuite en étudier la portée et identifier les biens et mutations soumis au droit de préemption (b).

#### **a- Le dispositif**

**539.** Le droit de préemption est un instrument de lutte contre la spéculation foncière, au service de l'aménagement urbain et de la diversité de l'habitat<sup>1658</sup>. Il permet la substitution du préempteur au contractant d'origine. Une personne publique a la possibilité de se substituer à l'acquéreur éventuel d'un immeuble situé dans un périmètre soumis à cette procédure. Concrètement, à

---

<sup>1656</sup> AUBY Jean-Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, Droit de l'urbanisme et de la construction, Domat droit public/privé, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 31.

<sup>1657</sup> AUBY Jean-Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, Droit de l'urbanisme et de la construction, Domat droit public/privé, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 310 ; JACQUOT Henri, PRIET François et SOAZIC Marie, Droit de l'urbanisme, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2019, n° 541, p. 737.

<sup>1658</sup> MORAND-DEVILLER Jacqueline, Droit de l'urbanisme, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 66 et 67.

l'occasion de l'aliénation, tout propriétaire dont le bien est inclus dans une zone de préemption doit, préalablement à la vente, adresser à l'administration une déclaration d'intention d'aliéner indiquant notamment le prix souhaité<sup>1659</sup>. L'autorité publique a alors la possibilité de se porter prioritairement acquéreur au même prix, ou à un prix inférieur si le vendeur en convient.

**540.** Le droit de préemption, initié en 1958 dans les zones à urbaniser par priorité (ZUP)<sup>1660</sup>, a connu un essor important notamment avec la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement<sup>1661</sup>. A ce jour les communes ont toute liberté pour instituer ce droit, en réduire le champ d'application et même le supprimer<sup>1662</sup>. Dans le cadre du droit de préemption urbain, les collectivités territoriales sont en mesure de préempter un bien, pour en acquérir les droits si elle le juge nécessaire. Elles peuvent notamment agir dans un objectif de diversité de l'habitat en application de la loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville qui tout en renforçant la possibilité de préempter pour mener à bien un programme local de l'habitat, énonce dans son article 3 que « la réalisation de logements sociaux est d'intérêt national »<sup>1663</sup>. Le 2<sup>nd</sup> alinéa de cet article dispose que « les communes ou leurs groupements doivent, par leur intervention en matière d'action foncière, permettre la réalisation de logements sociaux ». Les communes, et autres titulaires du droit de préemption<sup>1664</sup>, sont autorisés, au travers de cette procédure, d'exercer leur droit sur un terrain nu ou bâti, pour ensuite le mettre à disposition d'un organisme HLM, par exemple par un bail réel immobilier de longue durée choisi, afin de favoriser la réalisation de logements locatifs sociaux. Ce droit constitue un outil de maîtrise foncière qui peut, selon les volontés locales, avoir une action directe et très concrète sur la politique du logement.

## **b- L'exception au domaine d'application**

**541.** Les biens et cessions soumis au droit de préemption urbains sont définis par l'article L. 213-1 du code de l'urbanisme. Sont visés tout immeuble ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance, ainsi que les mutations à titre onéreux de type vente,

---

<sup>1659</sup> Art. R. 213-5 du c. de l'urb.

<sup>1660</sup> Décret n° 58-1464 du 31 déc. 1958 relatif aux zones à urbaniser par priorité, JORF du 4 janv. 1959.

<sup>1661</sup> Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, JORF du 19 juillet 1985.

<sup>1662</sup> Art. R. 211-1 et R. 221-2 du c. de l'urb.

<sup>1663</sup> Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville, JORF du 19 juillet 1991.

<sup>1664</sup> L'Etat, collectivité territoriale, Etablissement public ou SEM d'aménagement.

échanges, apports en sociétés, constitutions de rentes viagères et cession de droit indivis. Les droits réels immobiliers octroyés au preneur d'un bien, objet de baux de longue durée, terrain nu ou terrain bâti ne sont pas énumérés dans ces dispositions. En effet, malgré la longue durée de ces baux, ils n'entraînent pas le transfert du droit perpétuel de propriété. L'emphytéose, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire n'entraînent pas ouverture du droit de préemption<sup>1665</sup>.

**542.** Il faut cependant préciser qu'un bail de longue durée assorti d'une promesse de vente à son issue, au profit du preneur, doit au moment de la levée de l'option par celui-ci, accomplir les formalités de purge du droit de préemption. De même lorsque le bail de longue durée organise le transfert de propriété du terrain au propriétaire, et ce quel que soit les modalités, le droit de préemption urbain doit être purgé avant la signature du bail<sup>1666</sup>. Enfin, si les biens objet de ces baux de longue durée ne sont pas soumis au droit de préemption urbain, les jurisprudences civile<sup>1667</sup> et administrative<sup>1668</sup> ont reconnu que la conclusion d'un bail de longue durée ne peut avoir pour objectif de soustraire l'objet dudit bail au droit de préemption. En effet, il apparaît que les baux réels immobiliers de longue durée sont de plus en plus adoptés pour tenter de faire échec audit droit. Néanmoins, les parties doivent être animées d'une intention réelle d'avoir recours à ce type de contrat. La conclusion d'un bail réel immobilier de longue durée ne peut pas avoir pour objectif exclusif de se soustraire aux prescriptions d'urbanisme. Dans ce cas il s'agit d'une fraude à la loi, et la conclusion d'un tel bail de longue durée peut être contestée par le titulaire du droit et annulée<sup>1669</sup>.

**543.** Par ailleurs, il faut noter que le juge contrôle rigoureusement les motifs de préemption. La Cour d'appel de Paris a énoncé que si le droit de préemption est exercé de manière irrégulière par une collectivité territoriale afin de contracter un bail de longue durée, celle-ci doit rétablir l'acheteur évincé dans ses droits<sup>1670</sup>. Les juges ont prononcé une injonction de résilier ce bail, car la ville de Paris, titulaire du droit de préemption, doit faire cesser l'irrégularité et permettre la

---

<sup>1665</sup> TIXIER Jean-Luc, « Le renouveau de l'emphytéose », *Opération Immobilières* n° 22, fév. 2010, p. 46 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 2000, SCP Mas-Popineau-Pelte-Marel-Popineau c/ Soc. Electronica et Compagnie industrielle et électronique du Nord, Bull. civ. III, n° 109, p. 73, BJDU 2/ 2000, p. 115, rapport C. MASSON- DAUM, Defrénois 2000, art. 37252, p. 1243, obs. P. BENOIT- CATTIN.

<sup>1666</sup> PÉRIGNON Sylvain, *Contrats spéciaux et droit de préemption urbain*, Defrénois 1990. 1313.

<sup>1667</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juillet 1977, n° 76-10610 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 2007, n° 06-11.350, RDI 2008. 213, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RDI 2008. 387, obs. Trébulle.

<sup>1668</sup> Conseil d'Etat, 30 déc. 2002, n° 232584.

<sup>1669</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 145, p. 80.

<sup>1670</sup> C.A. de Paris, 11 juillet 2007, Ville de Paris c/ Sté Avi, Constr.-Urb. 2007. 32, obs. Godfrin ; RDI 2008. 215, obs. C. Saint-Alary-Houin.

revente à l'acheteur évincé. Il ne peut qu'être conseillé aux parties de ne pas avoir recours au bail de longue durée dans l'unique but d'éviter de tomber dans le champ d'application du droit de préemption. Aussi les parties au contrat ne doivent pas y faire référence dans leurs délibérations respectives, promesse de bail ou autre tout autre document écrit. Quant aux communes qui souhaitent préempter pour ensuite concéder les droits sur le bien à un organisme HLM, le plus souvent en ayant recours à un bail de longue durée<sup>1671</sup>, elles doivent prendre soin de motiver très rigoureusement leur décision.

**544.** Cependant le droit de préemption n'est pas le seul élément issu du droit de l'urbanisme sur lequel les parties au contrat s'interrogent. En effet, les autorisations administratives constituent des jalons essentiels qui permettent de veiller à la compatibilité juridique du terrain objet du bail de longue et de l'opération immobilière envisagée.

## **2- Un terrain constructible**

**545.** Si la réglementation d'urbanisme fixe des normes d'occupation des sols, elle veille également à ce qu'elles soient respectées dans le cadre d'un contrôle qui est assuré par un « arsenal de mécanisme »<sup>1672</sup>. Ceux-ci ont le pouvoir de fixer la constructibilité des biens visés et la faisabilité des opérations envisagées. En premier lieu, il faut évoquer le certificat d'urbanisme (a), pour ensuite étudier le dispositif du permis de construire (b).

### **a- Le certificat d'urbanisme**

**546.** Le preneur d'un bail de longue durée peut ou doit concevoir, en fonction du type de bail de longue durée envisagé, un projet de construction ou de réhabilitation. Ce point constitue, le plus souvent, l'essentiel du projet immobilier projeté puisque l'objectif du contrat pour le preneur bailleur social est de louer ces logements réalisés afin de garantir l'équilibre financier de l'opération. Quel que soit l'ampleur du projet envisagé, construction, réfection ou réhabilitation, le

---

<sup>1671</sup> MORAND-DEVILLER Jacqueline, Droit de l'urbanisme, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 71 ; USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014, p. 23.

<sup>1672</sup> AUBY Jean-Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, Droit de l'urbanisme et de la construction, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2020, p. 403.

preneur d'un bail de longue durée a tout intérêt à vérifier quelle utilisation du terrain bâti ou nu est envisageable. Cette analyse doit être réalisée dans le respect des règles d'urbanisme qui s'imposent au preneur. Les faisabilités technique et financière de l'opération immobilière en dépendent.

**547.** Il est conseillé au preneur de se renseigner, au préalable, en demandant un certificat d'urbanisme. Il s'agit d'un document qui indique, selon les termes de l'article L. 410-1 du code de l'urbanisme, les règles d'urbanisme applicables sur un terrain donné, en l'occurrence l'objet du bail de longue durée, et qui permet de savoir si l'opération immobilière projetée est réalisable. Il existe deux types de certificat d'urbanisme. Le certificat d'urbanisme d'information renseigne sur les règles d'urbanisme applicables au terrain<sup>1673</sup>. Il s'agit de celles qui découlent de la zone du PLU dans le périmètre duquel le terrain est situé<sup>1674</sup>, des limitations administratives au droit de propriété (servitudes d'utilité publique, droit de préemption, zone de protection dans le périmètre d'un monument historique...), ainsi que de la liste des taxes et participations d'urbanisme. Le certificat d'urbanisme opérationnel<sup>1675</sup>, précise en sus, si le terrain peut être utilisé pour la réalisation du projet, et l'état des équipements publics existants ou prévus<sup>1676</sup>, desservant le terrain. Les certificats d'urbanisme ne sont délivrés qu'à la seule demande des administrés. Le preneur d'un bail de longue durée peut choisir de demander l'un ou l'autre de ces certificats, ou encore de s'en passer. Néanmoins, il ne peut être que fortement recommandé d'en faire la demande avant d'engager les études techniques préalables au projet immobilier<sup>1677</sup>. Dans le cas où le terrain nu ou bâti est inclus dans une zone du PLU, les dispositions applicables à celle-ci doivent être respectées. Un bail de longue durée ne peut être conclue de façon efficiente si le terrain est, par exemple, situé en zone naturelle inconstructible. De plus, si les constructions envisagées, à usage d'habitation ou commercial, sont possibles, elles doivent respecter les dispositions du plan local d'urbanisme qui sont prises en compte dans la faisabilité du projet. Enfin, il faut préciser que le certificat d'urbanisme ne peut garantir que temporairement les règles et informations énoncées. La durée du certificat d'urbanisme étant de dix-huit mois à compter de

---

<sup>1673</sup> Art. A. 410-4 du c. de l'urb..

<sup>1674</sup> Le plan local d'urbanisme (PLU) est le principal document d'urbanisme de planification de l'urbanisme au niveau communal ou intercommunal. Il remplace le plan d'occupation des sols (POS) depuis la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains du 13 déc. 2000, dite « loi SRU ». Le territoire de la commune ou de l'EPCI est divisé en plusieurs zones mentionnées dans le règlement et chaque zone définit les dispositions réglementaires applicables (art. L. 153-1 et svts du c. de l'urb.).

<sup>1675</sup> Art. A. 410-5 du c. de l'urb.

<sup>1676</sup> Voies et réseaux.

<sup>1677</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, p. 12.

sa délivrance, le preneur a tout intérêt à faire une nouvelle demande si un tel délai s'est écoulé dans le cadre des négociations préalables.

**548.** L'obtention d'un certificat d'urbanisme, de préférence opérationnel, constitue un préalable quasi obligatoire, pour tout preneur qui souhaite entamer une réflexion sur ce type d'engagement visant à la réalisation de travaux. Cependant, la sécurité du preneur n'est assurée qu'avec l'obtention d'un permis de construire ou dans le cadre du dépôt d'une déclaration de travaux.

## **b- Le permis de construire et la déclaration de travaux**

**549.** Les règles d'urbanisme qui s'appliquent au terrain objet du bail doivent être connues par le preneur. Plus encore, ce dernier doit en connaître les droits à construire. Concrètement, le preneur d'un bail de longue durée ayant pour projet de réaliser des travaux sur le terrain objet dudit bail, doit surtout prendre garde de ne pas s'engager avant d'avoir obtenu soit un permis de construire, soit une décision de non opposition à une déclaration préalable de travaux lorsque ceux-ci sont de moindre importance. En effet, le permis de construire constitue l'autorisation administrative d'édifier une construction après vérification de conformité du projet à la réglementation d'urbanisme concernant son implantation, sa nature, son architecture, ses dimensions, son assainissement, l'aménagement de ses abords, ainsi que sa destination<sup>1678</sup>. La déclaration de travaux permet également à l'administration de vérifier que le projet de construction respecte bien les règles d'urbanisme en vigueur<sup>1679</sup>. Cette dernière éventualité ne peut être envisagée que dans le cadre de l'emphytéose, du bail à réhabilitation du bail réel immobilier et du bail réel solidaire. En effet, le recours au bail à construction suggère, comme il a été déjà énoncé, la réalisation d'importants travaux.

**550.** Le preneur a qualité pour solliciter ces autorisations administratives en application des dispositions de l'article R. 423-1 a du code de l'urbanisme, dans la mesure où il a été autorisé par le propriétaire bailleur à effectuer les travaux<sup>1680</sup>. En sus et concernant plus particulièrement le bail à réhabilitation, la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation

---

<sup>1678</sup> Art. L. 421-6 du c. de l'urb.

<sup>1679</sup> Art. R. 421-9 à R. 421-12 du c. de l'urb.

<sup>1680</sup> C.A.A. Marseille, 20 nov. 2009, n° 07MA03601 ; C.A.A. Paris, 17 janv. 2002, Constr.-urb. 2003, comm. 53.



précise que le contrat confère au preneur le droit d'effectuer l'ensemble des formalités administratives éventuellement nécessaires à l'exécution des travaux<sup>1681</sup>. Le preneur procède à ces démarches administratives qui présentent également l'avantage de vérifier la faisabilité financière de son opération. Même en cas d'acceptation des autorités administratives, l'arrêté du permis de construire peut imposer des prescriptions particulières dans divers objectifs d'intérêt général visant la protection de la salubrité, l'environnement, la sécurité ou encore les conditions de stationnement et de circulation<sup>1682</sup>. Ces prescriptions ont un impact sur l'enveloppe financière initialement prévue. Le preneur est alors en mesure de vérifier plus précisément s'il peut supporter financièrement les modifications qu'il doit apporter à son projet. De même en cas de refus, le preneur a la possibilité soit de renoncer à l'opération, soit de modifier son projet conformément aux objections qui lui ont été faites. Il réévalue alors le coût de ce projet afin d'en vérifier la concordance avec ces capacités financières.

**551.** En outre, l'obtention de ces autorisations administratives présente également un intérêt pour le bailleur. En effet, il ne faut pas oublier que celui-ci accorde des droits réels importants sur son bien dans l'espoir de le voir réparé, entretenu, développé, afin d'en retrouver au terme du bail, la pleine propriété. Le bailleur peut souhaiter tout à fait naturellement avoir connaissance des projets de construction ou d'aménagement conçu par le preneur. Le permis de construire contient, en ce sens, les éléments d'information tout à fait essentiels.

**552.** Enfin, le preneur doit demeurer vigilant concernant les obligations et servitudes de droit privé qui ne sont pas sanctionnées par les autorisations administratives. En effet, le permis est toujours délivré « sous réserve du droit des tiers » car l'administration n'a pas compétence pour les connaître. Le Conseil d'Etat a énoncé que le permis qui viole une de ces servitudes n'est pas illégal<sup>1683</sup>. Le preneur n'a pas d'autre choix que d'avoir une réelle connaissance des lieux quant à ces éventuelles servitudes, et d'en vérifier également l'existence en formulant une demande de renseignements hypothécaires<sup>1684</sup> auprès du service de publicité foncière.

---

<sup>1681</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1682</sup> AUBY Jean-Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, Droit de l'urbanisme et de la construction, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2020, p. 446.

<sup>1683</sup> C.E. 18 mars 1983, n° 34782, « Sieffert ».

<sup>1684</sup> Chaque service de publicité foncière a pour mission de porter à la connaissance de tout usager qui en fait la demande les renseignements concernant la situation juridique des immeubles (identité des propriétaires successifs, prix des différentes ventes, copie des documents de vente immobilière, donation...). La demande de documents ou renseignements est différente selon que la documentation ou le renseignement recherché a été transcrit dans les registres hypothécaires avant ou après le 1<sup>er</sup> janv. 1956.

**553.** Les parties, essentiellement le preneur, doivent dans le cadre de la mise en place du contrat, vérifier les qualités relatives à l'objet du montage juridique. Nonobstant, les parties peuvent également envisager d'avoir pour objet du bail de longue durée tout ou partie d'une propriété bâtie. Ce type de propriété est régi par un ensemble de règles contraignantes dont la compatibilité avec les baux de longue durée doit être étudiée.

## **§2- La détermination du bâti**

**554.** La propriété bâtie est dite « collective » lorsque le même immeuble est divisé en plusieurs sous-ensembles qui appartiennent simultanément à plusieurs personnes<sup>1685</sup>. Cette notion englobe pour l'essentiel les différents régimes que sont la copropriété et la division en volumes. L'intérêt des bailleurs sociaux pour ce type d'organisation de biens bâti est multiple. Il s'agit d'une part de pouvoir agir dans les milieux urbains, actions soutenues par les élus locaux qui souhaitent réinvestir les centres-urbains qui ont été plus ou moins abandonnés<sup>1686</sup>, tout en favorisant la mixité sociale qui reste une valeur forte pour les bailleurs sociaux<sup>1687</sup>. Ce type de projet permet à la fois de faire cohabiter dans un même immeuble des logements locatifs sociaux, des commerces, des locaux administratifs ou médicaux, crèche etc..., de réhabiliter un immeuble ancien ou encore réaliser une construction permettant de répondre à plusieurs besoins et de redonner vie à un quartier. L'intérêt des bailleurs sociaux pour les immeubles bâtis est également relatif à l'accès au foncier dans les zones tendues qui se fait de plus en plus difficile tant par sa rareté que par son coût. Les organismes HLM, comme tout promoteur immobilier, sont de plus en plus amenés à développer leur patrimoine en habitat collectif<sup>1688</sup>.

---

<sup>1685</sup> DOREL Mariannick et NERRIERE Rémy, Les modes de division de la propriété d'un immeuble, CHEVREUX Notaires, Le bulletin, L'organisation juridique de l'immeuble, édition spéciale, juillet 2015.

<sup>1686</sup> Sénat, Rapport d'information n° 676 (2016-2017) de Rémy POINTEREAU et Martial BOURQUIN, au nom de la délégation aux entreprises et de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs, déposé le 20 juillet 2017, extrait : «...la fragilisation des centres-villes est ..., le plus souvent, le produit d'un « cocktail » dont les principaux ingrédients sont la dégradation du bâti, intérieur et extérieur, les difficultés d'accès et de stationnement, la baisse de la population du centre et sa paupérisation, la fuite des équipements attractifs et des services du quotidien, la concurrence des grandes surfaces en périphérie. ».

<sup>1687</sup> L'objectif de mixité sociale est énoncé par l'art. L. 441 du C.C.H. Le mouvement Hlm considère que la mixité, à laquelle il est profondément attaché, justifie une politique visant à la préserver ou à la reconstruire, et celle-ci doit se faire dans le respect de la prévention des discriminations et de l'égalité des chances ; STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, Idées reçues sur le logement social, Le cavalier Bleu Ed., 2016, p. 84, 85 et 90.

<sup>1688</sup> USH, circ. n° 91/7, du 16 oct. 2017 ; STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, Idées reçues sur le logement social, Le cavalier Bleu Ed., 2016, p. 22.

**555.** Enfin, un dernier point doit également être abordé, et celui-ci est très spécifique aux opérations des bailleurs sociaux. Il a en effet été constaté que les actions de réalisation de logements locatifs sociaux de petites envergures, incluent dans un ensemble plus large, sont mieux acceptées par les élus et le voisinage<sup>1689</sup>. Il doit être défini précisément quel bien inclus dans une propriété bâtie peut ou ne peut pas faire l'objet d'un bail de longue durée. Il s'agit de vérifier la compatibilité entre le régime de ces organisations collectives et ces types de contrat. Si la réponse est positive, il est également nécessaire d'en préciser les conditions afin de contribuer à multiplier les opportunités de réalisation de logements locatifs sociaux. C'est dans le cadre de cette réflexion que la division immobilière doit être étudiée (A), pour ensuite aborder ces mêmes problématiques relatives à la division volumétrique (B).

## **A- La validité de la division immobilière**

**556.** La copropriété des immeubles bâtis est le régime juridique qui régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots<sup>1690</sup>. La crise du logement et la raréfaction de foncier disponible dans les centres urbains ont conduit au développement exponentiel de cette organisation<sup>1691</sup>, dont le régime juridique est principalement orchestré par la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>1692</sup>. Néanmoins depuis les années 2000, elle connaît des modifications importantes notamment apportées par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains<sup>1693</sup> et son décret n° 2004-479 du 27 mai 2004<sup>1694</sup>, le décret n° 2005-240 du 14 mars 2005 sur les comptes du syndicat des copropriétaires<sup>1695</sup>, la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement<sup>1696</sup>, la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion<sup>1697</sup>, la loi n° 2010-788 du 12 juillet

---

<sup>1689</sup> Sous la direction de FIJALKOW Yankel, *Dire la ville c'est faire la ville : La performativité des discours sur l'espace urbain*, P.U. Septentrion, 2017, p. 145 et svts.

<sup>1690</sup> Art. 1 al. 1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

<sup>1691</sup> DROSS William, *Droit des biens*, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [207] p. 175.

<sup>1692</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>1693</sup> Loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, JORF du 14 déc. 2000.

<sup>1694</sup> Décret n° 2004-479 du 27 mai 2004 modifiant le décret n° 67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 4 juin 2004.

<sup>1695</sup> Décret n° 2005-240 du 14 mars 2005 relatif aux comptes du syndicat des copropriétaires, JORF du 18 mars 2005.

<sup>1696</sup> Loi n° 2006-872 du 13 juill. 2006 portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juill. 2006.

<sup>1697</sup> Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, JORF du 27 mars 2009.

2010 portant engagement national pour l'environnement<sup>1698</sup> et la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>1699</sup>, et enfin la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique<sup>1700</sup>, avant l'important programme de réformes de la copropriété des immeubles bâtis projeté par l'exécutif avant le 24 novembre 2020<sup>1701</sup>. Il est très fréquent d'assister à la naissance d'une copropriété par le biais d'une opération de construction ou de réhabilitation, lorsque l'un des lots de l'immeuble fait l'objet d'une appropriation par une autre personne<sup>1702</sup>.

**557.** Dans ce type de situation, les bailleurs sociaux et leur partenaire doivent s'interroger sur la compatibilité de l'outil juridique qui permet une maîtrise foncière du lot avec le régime de la copropriété (§1). Cette question amène également une discussion relative au statut qui peut être celui du preneur à bail de longue durée dans le cadre de la maîtrise du lot de copropriété et plus globalement de la gestion de l'ensemble immobilier (§2).

## **1- La compatibilité des régimes**

**558.** Afin de pouvoir vérifier la compatibilité entre le régime de la copropriété avec les baux de longue durée, il faut au préalable identifier les contours du cadre dans lequel les partenaires du projet immobilier doivent s'interroger (a), pour ensuite faire l'analyse des questionnements qui ont été soulevés et des réponses qui ont pu être apportés, plus précisément, sur la notion du lot de copropriété (b).

---

<sup>1698</sup> Loi n° 2010-788 du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF du 13 juill. 2010.

<sup>1699</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>1700</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>1701</sup> L'art. 215, II de la loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique prévoit que « le gouvernement est également autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, les mesures relevant du domaine de la loi visant, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2020, à améliorer la gestion des immeubles et à prévenir les contentieux ». A ce titre une ordonnance prise avant le 23 nov. 2019 et qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2020 apportera une réforme majeure, éventuellement retouchée par la loi de ratification qui interviendra avant le 23 fév. 2020. La partie réglementaire doit être refondue dans la perspective de sa codification. Une seconde ordonnance doit être prise avant le 23 nov. 2020.

<sup>1702</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 522, p. 601.

## a- Le cadre d'application

**559.** Les droits sur le terrain nu ou bâti objet du bail de longue durée se trouvent divisés entre les droits réels du preneur et les droits réels du bailleur. Le preneur bénéficie pendant toute la durée du bail d'un droit réel sur le bien d'autrui que plusieurs auteurs ont identifié comme étant un droit de superficie<sup>1703</sup>, alors que le bailleur ne conserve qu'un droit diminué sur le sol. Aussi, il a pu sembler indispensable d'individualiser chacune des fractions de l'immeuble, et notamment parce que chacune d'elle peut faire l'objet d'une hypothèque<sup>1704</sup>. Toutefois, lorsqu'un bail de longue durée porte sur l'intégralité du terrain, il a été déterminé qu'il n'y a pas lieu d'établir un état descriptif de division créant deux lots<sup>1705</sup>, dont l'un porte sur les droits du preneur et l'autre sur ceux du bailleur<sup>1706</sup>. En effet, la désignation des parcelles d'assiette, mise en rapport avec le régime du bail de longue durée, permet d'identifier de façon suffisante le terrain sur lequel porte les droits réels de chacune des parties. Le terrain, objet du bail de longue durée ne doit pas, dans cette situation, être divisé. Néanmoins, lorsque le bail de longue durée porte sur une partie du terrain et non sa totalité, et alors même que seuls les droits du preneur et ceux du bailleur s'opposent sur cette fraction, il est nécessaire de faire établir un document d'arpentage. Ce dernier vise à assurer, d'une part, l'identification de nouvelles parcelles issues d'une division, d'autre part, la mise à jour du plan cadastral. Il permet de procéder à l'identification des immeubles sous un numéro cadastral particulier dans tout acte soumis à publicité foncière. La division technique et juridique du terrain initial est réalisée afin de créer la nouvelle parcelle qui est seule objet du bail<sup>1707</sup>. Il n'existe entre ces deux parcelles (celle qui a été divisée et celle qui est l'objet du bail) aucun lien particulier. Elles sont issues d'une seule et même parcelle mais sont tout à fait indépendantes l'une de l'autre.

---

<sup>1703</sup> DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [133], p. 120 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 289, p. 331.

<sup>1704</sup> JCP N n° 14, 3 avril 1992, 2199, « Publicité foncière ».

<sup>1705</sup> Rép. quest. écrite : JO déb. Ass. Nat., 9 sept. 1959, p. 1683, réf. à l'art. 7 al. 3 du décret du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.

<sup>1706</sup> L'état descriptif de division est à la fois un acte technique, car il est établi par un géomètre-expert, et un acte authentique qui fera l'objet d'un dépôt par un notaire ou une entité administrative qui en a le pouvoir, puis d'une publication auprès des services de la sécurité immobilière. Il mentionne les numéros des lots, en localisant les parties privatives qui les composent (bâtiment, escalier, étage) et en précisant la quote-part des parties communes qui leur est associée. Il indique la nature du lot (affectation des parties privatives). Ainsi individualisée, « toute fraction d'immeuble sur laquelle s'exercent ou peuvent s'exercer des droits réels concurrents, y compris la quote-part des parties communes » (Décret n° 55-1350 du 14 oct. 1955, ancien art. 71, abrogé par le décret n° 2012-1462 du 26 déc. 2012). Il constitue notamment un préalable obligatoire à toute mise en copropriété d'un immeuble.

<sup>1707</sup> BULTE H., Chronique, JCP 71, Prat. 4957.

**560.** En outre, il a été décidé que lorsque que le propriétaire d'un immeuble bâti souhaite octroyer, uniquement sur certaines portions de celui-ci, les droits réels immobiliers relatifs à un bail de longue durée, ces fractions doivent être individualisées dans un état descriptif de division<sup>1708</sup>. En effet, la constitution d'un droit réel immobilier tel qu'une emphytéose ou un bail à construction, sur une fraction de l'immeuble est considérée, aux termes du second alinéa de l'article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière<sup>1709</sup>, comme un changement de limite de propriété. La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>1710</sup> relative à la gestion des copropriétés s'applique obligatoirement à « tous immeubles bâtis...dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots... »<sup>1711</sup>. En conséquence, le partage d'un immeuble bâtis en deux ou plusieurs lots appartenant à deux propriétaires différents entraîne obligatoirement l'application du statut de la copropriété, dès lors qu'il attribue à chacun d'entre eux une quote-part d'une partie commune<sup>1712</sup>. La validité d'un bail réel immobilier de longue durée ayant pour objet un ou plusieurs lots d'une copropriété doit être étudiée.

## **b- Le lot objet du contrat**

**561.** La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, dont une grande partie est d'ordre public, organise la copropriété et ce malgré diverses les modifications dont elle a fait l'objet. Son article 1<sup>er</sup> énonce qu'elle s'applique obligatoirement à tout immeuble bâti dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part des parties communes. En conséquence, l'existence de droits indivis sur les parties communes, c'est-à-dire d'éléments communs, ainsi que d'une partie privative sont des éléments indispensables à l'application du régime de la copropriété. Chaque lot de l'immeuble comprend à la fois une partie privative et une quote-part de parties communes. Cette répartition est établie par la réalisation d'un état descriptif de division qui définit chacun de ces éléments. Il doit alors être déterminé si l'immeuble qui est décomposé par un état

---

<sup>1708</sup> Instruction du 11 mars 1959 : 7CP59, III. 24423. n. 43, II.

<sup>1709</sup> Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF du 7 janv. 1955.

<sup>1710</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>1711</sup> Art. 1 al. 1 de la loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>1712</sup> SABATIE Cyril, Copropriété 2019/20, 23<sup>ème</sup> éd., Delmas, 2019, n° 01.14, p. 13.

descriptif de division, et dont un ou plusieurs lots font l'objet d'un bail de longue durée, peut être soumis au régime de la copropriété.

**562.** La question de la compatibilité du régime juridique des copropriétés avec les baux de longue durée se présente, pour les bailleurs sociaux, dans la plupart des situations sous deux aspects. Soit un partenaire souhaite octroyer les droits réels immobiliers d'une partie d'un immeuble à un organisme HLM, et conserve tout ou partie de celui-ci, soit le preneur d'un bail de longue durée règle le prix de son bail par la remise au bailleur d'une fraction de l'immeuble tel qu'il est prévu à l'égard du bail à construction par l'article L. 251-5 du code de la construction et de l'habitation. Un arrêt de la Cour d'Appel de Pau daté du 22 janvier 1992<sup>1713</sup> a répondu négativement à cette problématique en énonçant que « le bail emphytéotique ne peut pas porter sur un lot de copropriété d'un immeuble bâti »<sup>1714</sup>. Le juge de la Cour d'Appel fait une stricte interprétation de la loi du 10 juillet 1965 et considère que « le statut de la copropriété, qui institue un régime particulier d'indivision, est d'interprétation stricte et n'admet aucune autre dérogation que l'usufruit et l'indivision expressément prévus. ». En effet, l'article 23 de ladite loi, dans sa version initiale, fait uniquement mention de l'usufruit et de l'indivision dans l'organisation de la représentation auprès du syndicat des copropriétaires, aucun des commentateurs de la loi n'a jamais prétendu qu'il faille interpréter les dispositions composant le statut de la copropriété de manière stricte et qu'ainsi tout autre droit réel doit en être exclu<sup>1715</sup>. A ce titre, M. Lafond considère qu'une parcelle fait l'objet d'un droit de propriété privatif, au sens de l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi de 1965<sup>1716</sup>, lorsqu'elle est grevée d'un droit réel, conférant sur la totalité ou partie de cette parcelle tous les attributs de la propriété<sup>1717</sup>. Il tire cette conclusion de l'analyse des travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 1965 selon lesquels : « l'ensemble immobilier résulte du fait que, même s'il existe une organisation commune, certains copropriétaires ou groupes de copropriétaires ont des droits réels exclusifs sur certaines parcelles de terrain. ». Dans un second temps, la cour d'appel avance un raisonnement relatif à une certaine opposition entre le régime juridique du bail de longue durée et de celui de la copropriété. En effet, elle ajoute que « ... l'on voit mal comment un bail à construction comportant un droit de propriété démembré pour le bailleur et un droit de superficie pour le preneur serait compatible avec le régime de la copropriété,

---

<sup>1713</sup> C.A. de Pau, 22 janv. 1992 : JCP N 1993, II, p. 53, note B. Stemmer.

<sup>1714</sup> Bail emphytéotique qui fut requalifié de bail à construction.

<sup>1715</sup> AUBRY François, Bail à construction et copropriété, Defrénois, 15 juin 2014, n° 11, p. 619.

<sup>1716</sup> LAFOND Jacques, JCl. Notarial Formulaire, Copropriété, n° 13.

<sup>1717</sup> Art. 2 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis : « Sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire. »

alors que la construction et le terrain sont indivis entre tous les copropriétaires ». Les juges ont rejeté la compatibilité du bail de longue durée avec le régime de la copropriété au regard de la coexistence de deux droits réels, celui du bailleur et celui du preneur, sur un même lot de copropriété<sup>1718</sup>.

**563.** La problématique découle de la structure obligatoirement dualiste du lot. Les deux éléments constitutifs du lot de copropriété, partie privative et tantièmes de parties communes, doivent impérativement coexister. La co-titularité des droits du bailleur et du preneur révèle une difficulté relative à la répartition des droits de parties communes et plus précisément du sol. Il semble que le raisonnement de la cour soit basé sur la nécessaire indivision du sol pour que puisse exister la copropriété. En effet, les parties communes sont indivises entre les copropriétaires, et il en résulte cette conséquence logique que chacun possède sur ces parties un droit de jouissance analogue et concurrent à celui des autres<sup>1719</sup>. Cette indivision n'existe pas entre preneur et bailleur d'un bail réel immobilier de longue durée. Néanmoins cette décision est contestable car le sol n'est partie commune que dans le silence ou la contradiction des titres. L'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que le sol est réputé partie commune. Une copropriété peut exister sans indivision au sol c'est-à-dire sans partie commune « sol ». En ce cas, les parties communes de la copropriété peuvent comprendre les murs, la toiture, etc., mais non le sol. Celui-ci n'est pas indivis entre les copropriétaires, mais leur appartient à chacun pour une entité démembrée de sa propriété entière<sup>1720</sup>. La compatibilité de principe entre un tel type de bail réel immobilier de longue durée et la copropriété ne peut être rejetée<sup>1721</sup>.

**564.** Par ailleurs, d'autres formules peuvent être envisagées par les partenaires d'un tel projet. Dans une première formule, le bail de longue durée peut faire l'objet de cessions partielles de lots qui ont été créés par l'état descriptif de division ce qui implique une cession partielle et divise du droit au bail à chacun des futurs copropriétaires. La seconde formule consiste dans la cession du droit au bail au syndicat des copropriétaires et la troisième permet au droit au bail de longue durée de devenir une partie commune de l'immeuble mis en copropriété. Les copropriétaires sont alors titulaires indivis du bail vis-à-vis du bailleur et répondent des obligations nées du bail. Ils sont

---

<sup>1718</sup> AUBRY François, Bail à construction et copropriété, Defrénois, 15 juin 2014 n° 11, p. 619.

<sup>1719</sup> CAPOULADE Pierre, TOMASIN Daniel, BAYARD-JAMMES Florence, ROUX Jean-Marc, GIVORD François, GIVERDON Claude, La copropriété, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action, 2018, n° 212-21, p. 126 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 373, p. 282.

<sup>1720</sup> STEMMER B., Copropriétaire. Qualité. Preneur. Bail à construction (non), JCP N.I., n° 7, 19 fév. 1993, 100232

<sup>1721</sup> TERRIER-LAVIROTTE Béatrice et STEMMER Bernard, Bail à construction et copropriété – JCP N n° 17, 28 avril 2006, 1167 ; PAQUET Yannick, Le lot de copropriété, entre complexité et illusion : analyse de la nature juridique du lot de copropriété, Thèse, Grenoble Alpes, 2016, p. 176.



représentés par le syndicat des copropriétaires. Celui-ci n'est pas le titulaire du bail mais il assume les obligations d'entretien et de réparation de la copropriété<sup>1722</sup>.

**565.** Toutefois, il apparaît que le législateur ait pris note de ces difficultés car la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi ELAN a pallié une carence du bail réel solidaire en matière de copropriété<sup>1723</sup>. L'article L. 255-7 dispose que « dans les immeubles en copropriété où l'ensemble des logements ou, à défaut, l'ensemble des logements d'un volume distinct font l'objet de baux réels solidaires auprès d'un même organisme de foncier solidaire, les titulaires de baux réels solidaires confèrent au syndicat des copropriétaires la gestion de leurs droits réels indivis ». Cette rédaction suggère, qu'en préalable à toute opération de commercialisation du projet immobilier, le règlement de copropriété et l'état descriptif de division prévoient que le sol n'est pas compris dans les parties communes et qu'y figurent en lieu et place les droits réels conférés par le bail réel solidaire. Ce même article confère d'office la gestion des droits réels indivis au syndicat des copropriétaires. Ce dispositif permet à la copropriété ne peut plus se cantonner à la distinction primaire sol/constructions et de proposer un montage adapté à la formule juridique des baux réels immobilier de longue durée. En ce cas, les droits réels issus du bail réel solidaire sont répartis dans les différents lots au prorata des tantièmes affectés à chacun d'eux, comme le serait le sol<sup>1724</sup>.

## 2- Les droits de copropriétaire

**566.** Il s'agit de se questionner, sur le statut du preneur à bail ayant pour objet un lot inclus dans une copropriété (a), pour ensuite faire l'analyse de l'évolution réglementaire que celui-ci a pu connaître (b).

---

<sup>1722</sup> CAPOULADE Pierre, TOMASIN Daniel, BAYARD-JAMMES Florence, ROUX Jean-Marc, GIVORD François, GIVERDON Claude, La copropriété, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 59, p. 27.

<sup>1723</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>1724</sup> LIEVRE Xavier et CAUMES Florence, Bail réel solidaire - Bail réel solidaire : comment faire face à deux phénomènes nouveaux L'extinction du BRS opérateur et la copropriété « sans sol » ?, JCP N. I., n° 2, 11 janv. 2019, 1006 ; ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire : un bail encouragé, Const. – Urb., n° 1, janv. 2019, étude 10.

## a- Le statut de copropriétaire

**567.** L'immeuble soumis au statut de la copropriété révèle la coexistence de plusieurs personnes titulaires de droits dont la portée est différente selon qu'ils s'exercent sur la partie privative de leurs lots ou sur les parties communes de l'immeuble. Ces droits se conjuguent pour s'exercer sur les lots dont ils sont propriétaires et sur les parties communes indivises. Ces copropriétaires sont également assujettis à des obligations dans leurs rapports entre eux et envers l'ensemble de la copropriété<sup>1725</sup>. Concernant le statut du preneur d'un bail réel immobilier de longue durée dans le cadre d'une copropriété, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 février 2005, a conclu qu'il est octroyé au preneur d'un bail à construction un droit réel immobilier, et que ce droit qui excède celui d'un simple locataire. Il lui permet « de participer aux assemblées générales des copropriétaires, en sa qualité propriétaire du lot pendant la durée du bail à construction »<sup>1726</sup>. La validité d'un bail de longue durée ayant pour un objet le lot d'une copropriété est établie, et le statut du preneur est également précisé. Il est admis à participer à la vie de la copropriété dans le cadre des assemblées générales des copropriétaires. Néanmoins, les juges n'ont pas pour autant employé le terme de « copropriétaire » pour qualifier le statut du preneur et il en résulte un certain nombre d'incertitudes relatives à la répartition des charges entre bailleur et preneur, ou encore à l'effectivité du droit de vote aux assemblées générales. Très logiquement, certains auteurs ont retenu qu'il est problématique de régler les éventuels désaccords entre bailleur et preneur, ainsi que des difficultés de calcul des quotes-parts et des votes qui en résulte<sup>1727</sup>. En conséquence, le 103<sup>ème</sup> congrès des notaires en a conclu que la dissociation du droit de propriété établie par un bail de longue durée appelle nécessairement une interprétation libérale ou la rédaction de conventions particulières face au régime légal de la copropriété<sup>1728</sup>.

**568.** Enfin, concernant plus précisément le bail à réhabilitation, la circulaire du 28 janvier 1991, émanant du ministère de l'Équipement et du Logement, envisage le recours au bail à réhabilitation sur un ou plusieurs lots de copropriété<sup>1729</sup>. La doctrine considère cette possibilité comme tout à fait

---

<sup>1725</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018, p. 512 et svts ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Les biens, 2<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J., 2010, n° 543, p. 615.

<sup>1726</sup> C.A. de Paris, 24 fév. 2005, n° 04/09190, Loyers et copr. 2005, comm. n° 162, obs. G. Vigneron ; JCP N 2006, n° 17, p. 818, obs. B. Terrier-Lavirotte et B. Stemmer.

<sup>1727</sup> TERRIER-LAVIROTTE Béatrice et STEMMER Bernard, Bail à construction et copropriété – JCP N n° 17, 28 avril 2006, 1167.

<sup>1728</sup> 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La division de l'immeuble, Audit des procédures de division conventionnelle : des techniques contrôlées à l'organisation conventionnelle de l'espace - Etude par Jean-Christophe Chaput et Stéphane Rohegude, JCP N n° 18, 4 mai 2007, 1167.

<sup>1729</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation.

envisageable, nonobstant les réticences des autres copropriétaires<sup>1730</sup>. Cependant, là encore et de façon très regrettable, aucune précision n'est donnée quant au véritable statut du preneur à bail, laissant preneur et bailleur devant les problématiques et difficultés de gestion de la copropriété précédemment énoncées<sup>1731</sup>.

## **b- L'évolution réglementaire du statut**

**569.** La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite loi ALUR a considérablement modifié le régime de la copropriété et également, dans une moindre mesure mais de façon intéressante en l'occurrence, celui des baux de longue durée<sup>1732</sup>. En effet, face à l'immensité du nombre d'immeubles en copropriété et à la nécessité de lutter contre leur dégradation, il est devenu indispensable de « moderniser le fonctionnement des copropriétés pour qu'il constitue un frein plutôt qu'un facteur d'accélération de la dégradation »<sup>1733</sup>.

**570.** La loi a complété le régime du bail à réhabilitation afin d'en préciser les règles de gestion dans le cadre d'une copropriété. Un dernier alinéa est ajouté à l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation qui vient préciser que le statut du bail à réhabilitation est applicable « aux immeubles soumis ou non au statut de la copropriété prévu par la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Dans le cas d'un immeuble soumis au statut de la copropriété, il peut s'appliquer à un ou plusieurs lots. » Le principe de la compatibilité du régime du bail à réhabilitation étant expressément posé, vient ensuite les questions relatives à l'organisation concrète de la vie de la copropriété.

**571.** A ce titre un nouvel article L. 252-1-1 du code précité précise que, par dérogation à l'article 23 de la loi du 10 juillet 1965, « le preneur est de droit mandataire commun » et « par dérogation à l'article 22 de ladite loi, ce preneur peut recevoir plus de trois délégations de vote des bailleurs », ce qui vise notamment le preneur d'une pluralité de lots. L'intérêt de cette disposition est à la fois d'éclairer et de simplifier l'exécution du bail à réhabilitation dans le cadre d'une copropriété, mais aussi, comme le précise très justement Mme Tranchant de pouvoir « peser sur la gouvernance de

---

<sup>1730</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 13.

<sup>1731</sup> CAPOULADE Pierre, TOMASIN Daniel, BAYARD-JAMMES Florence, ROUX Jean-Marc, GIVORD François, GIVERDON Claude, *La copropriété*, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 422 et n° 423, p. 193.

<sup>1732</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>1733</sup> Extrait de l'exposé des motifs de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

la copropriété »<sup>1734</sup>. Il a également été prévu dans l’alinéa 3 de l’article L. 252-1-1 du même code que le preneur mandataire commun dispose d’un mandat exprès du bailleur avant de voter les décisions relatives à des travaux de toute nature qui ne sont pas mis à la charge du preneur par le contrat de bail à réhabilitation ou dont le paiement n’incombe pas à titre définitif au preneur. Cette disposition répond notamment à la problématique des travaux de réhabilitation portant non seulement sur les parties privatives mais aussi sur les parties communes. Enfin, le deuxième alinéa de ce nouvel article L. 252-1-1 du code précité traite du budget prévisionnel des articles 14-1 et 14-2 de la loi portant statut de la copropriété et prévoit que le preneur du bail à réhabilitation supporte seul, pendant la durée du bail, toutes les provisions.

**572.** Le dispositif mis en place par la loi ALUR paraît tout à fait cohérent car il place le preneur du bail dont la position du copropriétaire, tout en déchargeant le bailleur des charges inhérentes à ce statut, conformément au régime des baux de longue durée qui exempte le bailleur des charges du bien, pour les transférer au preneur, durant le temps de vie du contrat. En conséquence, les praticiens ont pu espérer une réelle évolution de la prise en compte de cette problématique dans les textes à venir, et notamment avec l’ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire qui a créé le bail réel immobilier et le codifie aux articles L. 254-1 à L. 254-8 du code de la construction et de l’habitation<sup>1735</sup>, ainsi que le décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier venant préciser ces modalités d’application qui sont entrées en vigueur le 30 juin 2016<sup>1736</sup>. Ce décret a intégré un nouvel article R. 254-4 au code précité qui dispose simplement de l’intégration obligatoire de certains éléments essentiels au régime du bail réel immobilier dans le règlement de copropriété lorsque l’immeuble est soumis à ce statut<sup>1737</sup>. Si la question de la compatibilité du bail réel immobilier avec le régime de la copropriété ne peut pas faire débat, aucune autre disposition n’évoque la gestion de la vie de la copropriété.

**573.** Le bail réel immobilier présente néanmoins l’intérêt d’attirer l’attention des parties sur la nécessité d’organiser les relations entre bailleur et preneur dans le cadre de la copropriété. Les parties de l’emphytéose, du bail à construction et du bail réel immobilier ont tout intérêt à intégrer les clauses nécessaires à l’organisation de la vie de la copropriété. Ces dispositions peuvent à la

---

<sup>1734</sup> TRANCHANT Laetitia, Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété, RDI mai 2014, p. 276.

<sup>1735</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>1736</sup> Décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier, JORF du 29 juin 2016.

<sup>1737</sup> L’immeuble, objet du bail réel immobilier, doit rester à destination principale de logement dans les conditions énoncées à l’art. L. 254-1 du C.C.H. Le contrat de bail réel immobilier précise si l’immeuble, objet du contrat, peut accueillir des locaux destinés à des activités accessoires ainsi que leur proportion de surface de plancher, qui ne peut être supérieure à 25 % de celle de l’immeuble objet du bail réel immobilier.

fois être introduites dans l'acte authentique créateur du bail de longue durée, mais également dans le règlement de copropriété afin qu'elles ne puissent être remises en question par les autres copropriétaires<sup>1738</sup>. A minima, il doit être prévu que le preneur exerce les droits et assume les obligations attachées à la qualité de copropriétaire, et qu'en conséquence il supporte seul, pendant la durée du bail, toutes les provisions relatives à ses droits sur le bien, prévues aux articles 14-1 et 14-2 de la loi du 10 juillet 1965.

**574.** La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique dite loi ELAN a complété le dispositif du bail réel solidaire afin d'organiser les relations entre preneur et bailleur d'un lot de copropriété<sup>1739</sup>. Elle a créé un article L. 255-7-1 du code de la construction et de l'habitation qui prévoit que la signature d'un bail réel solidaire est assimilée à une mutation. Le preneur est subrogé dans les droits et obligations du bailleur, et dispose du droit de vote pour toutes les décisions de l'assemblée générale des copropriétaires, à l'exception de décisions prises en application des d et n de l'article 25 et des a et b de l'article 26 de la même loi ou de décisions concernant la modification du règlement de copropriété, dans la mesure où il concerne les spécificités du bail réel solidaire<sup>1740</sup>.

**575.** Le bailleur exerce également les actions qui ont pour objet de contester les décisions pour lesquelles il dispose du droit de vote. Aucune charge ne peut être appelée auprès du bailleur, y compris pour des frais afférents aux décisions prises par lui ou pour son compte. Il est prévu que chacune des deux parties peut assister à l'assemblée générale des copropriétaires et y formuler toute observation sur les questions pour lesquelles elle ne dispose pas du droit de vote<sup>1741</sup>. La loi tend également à résoudre la difficulté que rencontre le bailleur d'obtenir le paiement des redevances de chacun des preneurs. Aussi, le règlement de copropriété peut prévoir un mandat de recouvrement des redevances au profit du syndic en application de l'article L. 255-8 du code

---

<sup>1738</sup> GALY Céline et MAUREY Mathilde, Démembrement et indivision en copropriété ; CHEVREUX Notaires, Le bulletin, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spéc., juillet 2015, p. 34.

<sup>1739</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>1740</sup> Il s'agit des conditions auxquelles sont réalisés les actes de disposition sur les parties communes ou sur des droits accessoires à ces parties communes, lorsque ces actes résultent d'obligations légales ou réglementaires telles que celles relatives à l'établissement de cours communes, d'autres servitudes ou à la cession de droits de mitoyenneté, de l'ensemble des travaux comportant transformation, addition ou amélioration, des actes d'acquisition immobilière et les actes de disposition, ainsi que de la modification, ou éventuellement l'établissement du règlement de copropriété dans la mesure où il concerne la jouissance, l'usage et l'administration des parties communes.

<sup>1741</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, L'impact de la loi Elan sur les nouvelles formes d'habitat, RDI 2019. 25 ; ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire : un bail encouragé, Const. – Urb. n° 1, janv. 2019, étude 10 ; ROUSSEL Frédéric et FREMEAUX Éliane, Droits réels détachables sur un lot de copropriété : chimère... ou réalité nouvelle ?, JCP N. I. n° 16, 20 avril 2018, act. 396 ; ROUSSEL Frédéric, Du droit réel détachable sur lot de copropriété, en BRS, Defrénois 5 juill. 2018, n° 136f7, p. 1.

précité. Par ces dispositions cette loi remplit son objectif de favoriser l'implication des copropriétaires dans l'administration de la copropriété, en organisant et facilitant la participation de chacun, bailleur et preneur du bail réel solidaire à l'assemblée<sup>1742</sup>.

**576.** La proposition faite par le Club des juristes, visant à l'instauration d'un unique bail réel immobilier, prévoit à l'article 3 que « le bail réel immobilier peut porter sur un lot de copropriété. Dans ce cas, le preneur exerce les droits et assume les obligations attachées à la qualité de copropriétaire »<sup>1743</sup>. La simplicité et l'efficacité de cette formule n'a malheureusement pas été retenue par le législateur qui laisse les bailleurs et preneurs du bail emphytéotique, du bail à construction et du bail réel solidaire s'en remettre aux rédacteurs de ces actes.

## **B- La validité de la division volumétrique**

**577.** Autre exemple d'immeuble bâti et d'organisation collective, la division en volumes connaît également un succès certain auprès des promoteurs immobiliers (1), et notamment dans le cadre de la division du domaine public et donc du recours au bail réel administratif de longue durée. Cette notion n'est pas nouvelle mais la qualification de sa nature avec les baux de longue durée peuvent encore susciter des débats (2) et notamment auprès des praticiens (géomètres, notaires, partenaires d'un projet) qui doivent s'assurer de la sécurité juridique de ces montages.

### **1- Le volume plébiscité**

**578.** L'actuel développement du nombre d'immeubles divisés en volumes (a) trouve son origine dans la multiplication des ensembles complexes dans lesquels sont superposés des ouvrages publics et des ouvrages privés<sup>1744</sup>. La division en volumes est une organisation différente du régime de la copropriété qui doit être définie (b).

---

<sup>1742</sup> POUMAREDE Matthieu, L'impact de la loi Elan sur le droit de la copropriété, RDI 2019. 44.

<sup>1743</sup> Le Club des juristes, Commission Immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales, Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013.

<sup>1744</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., n° 550.10, p. 1757.

## a- Le développement du volume

**579.** L'article 1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis dispose que tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots est soumis au statut de la copropriété des immeubles bâtis sauf organisation contraire<sup>1745</sup>. L'énoncé de ces termes implique qu'il est nécessaire de justifier l'exclusion volontaire dudit statut et de motiver le choix d'une organisation différente<sup>1746</sup> car à défaut, la jurisprudence consacre le caractère impératif du statut<sup>1747</sup>.

**580.** La pratique notariale a créé dans les années 60, la technique de la division en volumes pour résoudre les problèmes posés par l'imbrication de domaine public et du domaine privé<sup>1748</sup>. En effet, un bien appartenant au domaine public, de par la qualité de son propriétaire et de son affectation, ne peut qu'être la propriété exclusive d'une personne publique<sup>1749</sup>. Selon le nouveau code de la propriété des personnes publiques issu de l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code générale de la propriété des personnes publiques applicable depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006, la coexistence du domaine domanial public et de la propriété privée génère des difficultés nées des critères de domanialité et de ses caractéristiques<sup>1750</sup>. Il ne peut y avoir de parties communes entre un bien privé et un bien issu du domaine public. A partir du moment où le statut de la copropriété est réservé aux divisions en lots qui comportent une quote-part des parties communes de l'immeuble, l'absence de toutes les parties communes écarte l'application de ce statut<sup>1751</sup>. Le notariat a mis en œuvre la division en volumes qui au contraire crée des volumes qui comportent exclusivement une partie privative correspondant à une partie de l'immeuble et n'admettent aucune quote-part de parties communes<sup>1752</sup>. Chaque volume est totalement autonome les uns par rapport aux autres<sup>1753</sup>.

---

<sup>1745</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>1746</sup> TOMASIN Daniel, La division en volumes suppose le choix d'une « organisation différente » de la copropriété, AJDI 2013, p. 444.

<sup>1747</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 sept. 2012, n° 11-13.679.

<sup>1748</sup> C.E. 11 fév. 1994, n° 109564 : « Un bien qui ne serait pas la propriété exclusive de la personne publique ne peut être inclus dans le domaine public : le lot de copropriété comportant par définition une partie privative et une quote-part de parties communes est incompatible avec le régime de la domanialité publique. »

<sup>1749</sup> Le propriétaire doit être une personne morale de droit public, à savoir : l'état, collectivités territoriales et leurs groupements ou établissements publics.

<sup>1750</sup> Ord. n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie légis. du C.G.P.P.P., JORF n° 95 du 22 avril 2006.

<sup>1751</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., n° 550.100, p. 1760.

<sup>1752</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, JCP G 2010, 1162.

<sup>1753</sup> DOREL Marianik et NERRIERE Rémy, Démembrement et indivision en copropriété ; CHEVREUX Notaires, Le bulletin, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spec., juillet 2015, p. 5.

## **b- La définition du volume**

**581.** Pour être plus précis, M. Sizaire a défini la division en volume comme étant « une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme en-dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, les coupes et des côtes NGF<sup>1754</sup>, sans qu'il existe de partie objet d'une propriété commune entre les différentes fractions ou volumes »<sup>1755</sup>. En conséquence, la division en volumes peut être choisie en dehors de toute question ou problématique de domanialité, et justifiée par l'absence de parties communes entre les différents biens qui composent l'immeuble. En outre, en l'absence de cadre légal spécifique, l'état descriptif de division en volumes est strictement conventionnel, et généralement complété par un cahier des charges qui régit le fonctionnement de l'immeuble et les rapports entre les volumes. La gestion de l'ensemble immobilier divisé est le plus souvent organisée par une association syndicale libre<sup>1756</sup>. Cette relative liberté d'organisation contribue au succès de la division en volumes car elle est de plus en plus préférée, et ce même pour les moyennes ou petites opérations, afin d'éviter les inconvénients liés au statut de la copropriété<sup>1757</sup>.

**582.** Aussi, les bailleurs sociaux doivent saisir l'opportunité que représente l'acquisition d'un ou plusieurs volumes, et notamment dans le cadre d'opérations réalisées en collaboration avec les collectivités territoriales. En effet, le nombre de logements locatifs sociaux réalisés aux étages d'une école, de bureaux administratifs, de crèches ou autres locaux publics n'est pas négligeable.

---

<sup>1754</sup> Le Nivellement Général de la France (NGF) constitue un réseau de repères altimétriques disséminés sur le territoire français. Les repères altimétriques permettent de déterminer l'altitude en chaque point du territoire. En NGF IGN69, l'altitude zéro (NGF 0) de référence est déterminée par le marégraphe de Marseille.

<sup>1755</sup> 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, sept. 2007, n° 2254.

<sup>1756</sup> DELESVAUX Eric, DELLOYE Baptiste et LEPRETRE Charlotte, Les travaux en copropriété et en volumétrie, CHEVREUX Notaires, Le bulletin, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spéc., juill. 2015, p. 26.

<sup>1757</sup> DOREL Marianick et NERRIERE Rémy, Démembrement et indivision en copropriété, CHEVREUX Notaires, Le bulletin, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spéc., juill. 2015, p. 7.



## 2- Le volume qualifié

**583.** La grande majorité de la doctrine retient une même qualification du volume (a), cependant le débat n'est pas clos car quelques auteurs en proposent une autre analyse (b).

### a- Une nature déterminée

**584.** Si la validité, c'est-à-dire l'existence juridique de la division en volumes a été reconnue par la jurisprudence depuis de nombreuses années, les questions relatives à sa nature n'ont pas fait l'objet d'une réglementation spécifique à laquelle les praticiens peuvent se référer directement<sup>1758</sup>. En effet, la doctrine admet l'existence du volume en faisant référence au code civil qui ne le vise pas lui-même expressément. L'article 552 du code précité dispose que le propriétaire du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et que le propriétaire peut faire au-dessus toutes les constructions qu'il juge à propos. Il est généralement admis que cette détermination de portions distinguées des constructions correspond, au moins conceptuellement, à la division volumétrique en trois dimensions<sup>1759</sup>.

**585.** En complément, l'article 553 du code civil, disposant que toutes constructions et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir si le contraire n'est pas prouvé, offre la faculté de dissocier la propriété verticalement. Ces textes en prévoyant expressément la possibilité de faire coexister, sur une même parcelle de terrain, plusieurs propriétés juxtaposées ou superposées, reconnaissent indirectement le droit de superficie. A ce titre, M. Chaput écrit que « la division en volumes n'est que le développement du droit de superficie »<sup>1760</sup>. C'est dans cette logique que l'article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière mentionne le droit de superficie et prévoit sa constitution par un état descriptif publié auprès des services de publicité foncière<sup>1761</sup>. Pour compléter ce développement relatif à l'existence juridique du volume, il peut être ajouté que l'ancien article 664 du code civil, abrogé par la loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des

---

<sup>1758</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 déc. 1969, Bull. civ. III, n° 832.

<sup>1759</sup> RICHARD David, De la propriété du sol en volume, Thèse, Paris 2, 2015, (766) p. 800.

<sup>1760</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la Construction, 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>me</sup> éd., n° 550.60, p. 1758.

<sup>1761</sup> Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF du 7 janv. 1955.

immeubles divisés par appartements<sup>1762</sup>, prévoit la propriété par étage dans un immeuble, et que l'article 2133 du code civil prévoit la possibilité d'inscrire une hypothèque sur un lot séparé du sol. Il peut être constaté que l'ensemble de ces textes reconnaît implicitement l'existence du droit de superficie.

## **b- Un débat non-clos**

**586.** Le volume reste l'objet d'un débat relatif à sa nature. Cette discussion doctrinale impacte directement la question relative à sa compatibilité avec celle des baux de longue durée. En effet, certains auteurs estiment que le droit de superficie est un démembrement non pas de l'objet du droit mais du droit lui-même<sup>1763</sup>, d'autres encore qu'il s'agit d'un droit réel de jouissance spéciale, comme évoqué dans l'avant-projet de réforme du livre II de l'association Capitant<sup>1764</sup>. Par ailleurs, Mme Dumont l'a identifié dans sa thèse relative à « la nature juridique du droit de superficie » comme un droit sur la chose d'autrui<sup>1765</sup>, et une autre partie de la doctrine<sup>1766</sup> y voit une propriété immobilière, spatiale, matérielle ou immatérielle.

**587.** Le débat n'est pas clos. Cette situation n'est pas en mesure de sécuriser les praticiens et de pouvoir envisager, en toute sérénité, la conclusion de baux de longue durée ayant pour objet un volume. La question centrale qui demeure est en effet relative à la pérennité des droits octroyés. Pour exemple, l'association Capitant a suggéré, dans l'avant-projet de réforme du code civil<sup>1767</sup>, de limiter la durée maximale des droits réels de jouissance spéciale à 30 ans. Cette proposition n'a pas été retenue par le législateur. Cependant dans le cas contraire, elle aurait pu provoquer la caducité des baux de longue durée ayant un volume pour objet<sup>1768</sup>.

**588.** Malgré cette insécurité juridique, et face aux opportunités que présentent les opérations immobilières divisées en volumes les bailleurs sociaux n'ont pas pu renoncer à la conclusion de baux de longue durée. D'autant plus, que certains éléments tendent à encourager les praticiens. En

---

<sup>1762</sup> Loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements, JORF du 30 juin 1938.

<sup>1763</sup> FOURNIER Alain, Division en volumes et publicité foncière « Volume sur volume ne vaut », principe et adaptations, JCP N n° 42, 20 oct. 2006, 1330.

<sup>1764</sup> RICHARD David, De la propriété du sol en volume, Thèse, Paris 2, 2015, (829) p. 862.

<sup>1765</sup> DUMONT Florence, La nature juridique du droit de superficie, Thèse, Lyon 2001.

<sup>1766</sup> WALET Pierre, Construction en volumes, Répertoires de droit civil, Dalloz.fr.

<sup>1767</sup> Assoc. Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, Proposition de réforme du livre II du c. civ. relatif aux biens.

<sup>1768</sup> RICHARD David, De la propriété du sol en volume, Thèse, Paris 2, 2015, (781), p. 816.

effet, la recommandation n° 5 adoptée le 1<sup>er</sup> avril 2008 par la Commission relative à la copropriété<sup>1769</sup>, précise que le volume est désormais juridiquement reconnu comme un immeuble de nature, et par conséquent il constitue un îlot de propriété à part entière, au même titre que l'est une parcelle de terrain détachée d'une plus grande propriété. En outre, aucune disposition n'interdit expressément un tel montage juridique, bien que quelques doutes aient pu apparaître à l'égard du bail à construction. En effet, le bail à construction a, selon l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation, pour objet l'édification de constructions sur le terrain du bailleur.

**589.** La question est de savoir si cette référence au terrain exclue la possibilité qu'un bail à construction puisse avoir comme assiette un volume. Ce point a été écarté par la doctrine qui a admis que la construction ne doit pas obligatoirement se situer à la surface du sol, et qu'ainsi la technique du bail à construction est tout à fait envisageable pour des constructions en sous-sol ou en élévation dans le cadre de volumes immobiliers<sup>1770</sup>. L'objection selon laquelle le bail à construction ne peut porter sur un volume car le texte vise le terrain a été écartée, et il a été conclu que les volumes immobiliers matériels ou immatériels peuvent faire l'objet de baux de longue durée<sup>1771</sup>. La jurisprudence a également conforté les praticiens. La Cour d'appel de Montpellier a, dans un arrêt du 2 novembre 2011<sup>1772</sup>, énoncé que la division en volumes constitue non pas un démembrement de propriété mais une division de la propriété. La Cour d'appel de Paris a également précisé à plusieurs reprises que la division en volumes peut être le support de nombreuses autres opérations<sup>1773</sup>, et qu'elle peut, par exemple, constituer l'assiette d'un bail emphytéotique ou d'un bail à construction<sup>1774</sup>. Le bail réel solidaire apporte un nouvel élément au débat. L'article L. 225-7 du code de la construction et de l'habitation fait expressément référence à la possibilité pour un volume de faire l'objet de baux réels solidaires. Il s'agit de la première et unique reconnaissance du volume comme objet d'un bail réel immobilier de longue durée, mais elle constitue également une certaine reconnaissance des usages et des nécessités de la pratique.

**590.** Alors que la construction en volumes présente des avantages indéniables pour la réalisation de certaines opérations, il s'agit d'une création de la pratique, très bien élaborée et cohérente, mais non régie par un texte spécifique. Certains auteurs ont pu souhaiter l'intervention du législateur alors que d'autres craignent que celle-ci ne conduise pas forcément à une simplification du

---

<sup>1769</sup> La commission de la copropriété et la construction en volumes, RDI 2008. 388, obs. Chaput.

<sup>1770</sup> RAFFRAY J-G, Les titres d'occupation d'un local commercial, étude juridique et fiscale, Bull. CRIDON Bordeaux-Toulouse, juin 1990, p. 101, n° 370 ; J-Ph. Meng, Publication du ministère, p. 49.

<sup>1771</sup> WALET Pierre, Construction en volumes, Répertoires de droit civil, Dalloz.fr, n° 198.

<sup>1772</sup> C.A. Montpellier, 2 nov. 2011, n° 10/01909.

<sup>1773</sup> C.A. Paris, 17 déc. 2010, n° 07/11308 ; C.A. Paris, 17 avril 2013, n° 10/14847.

<sup>1774</sup> LE RUDULIER Nicolas, Fasc. 520 : Division en volumes, Nature et principes, JCl. Copropriété.

sujet<sup>1775</sup>. Cependant l'intervention législative a pour avantage de résoudre la problématique relative à l'insécurité juridique que peut présenter de tels montages juridiques, en espérant que celle-ci ne conduise qu'à valider les constructions juridiques élaborées par les acteurs de l'immobilier.

---

<sup>1775</sup> WALET Pierre, Construction en volumes, Répertoires de droit civil, Dalloz.fr, n° 199 et n° 200.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**591.** La mise en place d'un bail de longue durée nécessite un véritable travail d'analyse et de réflexion qui doit intervenir très en amont. La réussite du projet immobilier projeté en dépend. Les éléments constitutifs de ces contrats tendent à limiter le recours à ces types de baux et à le complexifier, alors que paradoxalement l'actuelle problématique d'accès au foncier ainsi que la reconnaissance d'un droit au logement doivent concourir à en libérer la mise en œuvre. Néanmoins, les baux de longue durée répondent à un même régime juridique qui prévoit des adaptations conséquences de leurs affectations respectives qui ne peuvent être ignorées.

**592.** Aussi, l'ensemble des éléments composant ce type de contrat doit être examiné afin de vérifier la faisabilité juridique du montage projeté et d'adapter les procédures internes de l'organisme social si nécessaire, notamment avec l'instauration de jalons permettant de vérifier au fil des études et du montage du projet immobilier sa corrélation avec le bail réel immobilier de longue durée. C'est seulement à ces conditions que les parties sont en mesure d'organiser au mieux la conclusion du contrat. Le but de cet exercice est de veiller à la conformité du bail de longue durée et d'en assurer la pérennité juridique. Il a pu être démontré que ceux-ci offrent, malgré un cadre juridique qui peut paraître restrictif, un panel assez large de possibilités d'opérations immobilières.

**593.** Enfin, il doit également être noté que si le législateur a dans un premier élan restreint les possibilités de recourir à certains objets au travers du bail à construction et du bail à réhabilitation, il a dans un second temps, avec le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, autorisé plus de souplesse et d'adaptabilité. Ces derniers contrats peuvent porter indifféremment sur un terrain nu ou sur un terrain bâti. Il semble que la proposition de loi réalisée par le club des juristes ne soit pas totalement restée sans effet<sup>1776</sup>.

---

<sup>1776</sup> Le Club des Juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 14 : « Le bail réel immobilier est un contrat de bail de longue durée qui confère au preneur (art. 1er) : un droit réel sur un immeuble bâti ou non bâti qui porte sur le sol et sur les constructions existantes. »

## CHAPITRE 2- LES EFFETS DES CONTRATS

**594.** Après la mise en place du contrat, une fois que celui-ci a été conclu, vient la période durant laquelle le contrat produit ses effets à l'encontre des parties<sup>1777</sup>. Ces obligations constituent les caractéristiques « visibles » car positives des baux réels immobiliers de longue durée. Les preneur et bailleur de ces contrats sont à la fois créancier et débiteur l'un envers l'autre<sup>1778</sup>. Il s'agit de déterminer les obligations nées des baux de longues durées, c'est-à-dire d'examiner les liens de droit par lesquels l'une des parties au contrat est astreinte envers l'autre partie à des prestations<sup>1779</sup>. En l'occurrence il est nécessaire d'analyser les obligations du preneur, ainsi que leurs exécutions en cours de bail, qui interviennent en contrepartie de la mise à disposition d'un bien immobilier par le bailleur-propriétaire.

**595.** Pour l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée, qui reprennent tous le modèle initial proposé par le bail emphytéotique, hormis l'obligation de mettre le bien à disposition du preneur et de le lui délivrer à la date convenue à l'acte, peu de contraintes sont imposées au bailleur. Il lui est simplement interdit de faire obstacle à la bonne exécution des droits et obligations du preneur et doit assurer une jouissance paisible au preneur<sup>1780</sup>. En conséquence le bailleur lui doit garanties des vices cachés et d'éviction<sup>1781</sup>. A contrario, les obligations du preneur d'un bail de longue durée sont nombreuses et importantes tant d'un point de vue civil qu'économique. Elles concentrent l'essentiel des intérêts du bailleur pour ce type de contrat. Leur détermination et leur analyse sont d'autant plus primordiales que la pérennité et la sécurité des relations contractuelles en dépendent.

**596.** Les obligations du preneur peuvent être classées en deux catégories. En premier lieu, il est nécessaire de faire l'analyse des obligations communes aux baux réels immobiliers de longue durée qui soulignent à la fois l'unicité et l'originalité de leur régime (1). En second lieu, il doit être question des obligations plus spécifiques de chacun de ces contrats qui permettent de les identifier

---

<sup>1777</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collec. : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 746, p. 353.

<sup>1778</sup> LARROUMET Christian et BROS Sarah, Les obligations, Le contrat, Droit civil, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 181, p. 154.

<sup>1779</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et Virginie LARRIBAU- TERNEYRE, Droit Civil : les obligations, SIREY, 17<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 2, p. 5.

<sup>1780</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 57 ; DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup>, 2019, n° 396, p. 361.

<sup>1781</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 308, p. 236.

en tant que bail réel immobilier de longue durée, et qui témoignent de la déclinaison de cet outil juridique (2).

## **Section 1- L'unicité des obligations**

**597.** Les obligations communes des baux réels immobiliers de longue durée mettent en exergue l'unicité de leur régime. Elles s'imposent au preneur et constituent à son égard une charge importante. Les obligations d'entretien et de réparation (§1), ainsi que l'obligation financière (§2) doivent être envisagées.

### **§1- L'obligation d'entretien et de réparation**

**598.** L'entretien des biens loués, construits ou réhabilités est une obligation du preneur, commune à tous les baux de longue durée, rendue nécessaire par le principe de restitution au bailleur en bon état à leur terme<sup>1782</sup>. Cette obligation constitue un investissement important pour le preneur qui est tenu responsable vis-à-vis du bailleur. Il est essentiel pour le preneur de prendre connaissance de l'ampleur de cette responsabilité avant toute conclusion définitive du contrat. L'objectif est de pouvoir organiser le financement qui doit être engagé tout au long de la vie du contrat. C'est pourquoi le contenu (A) et l'extinction (B) de cette obligation doivent faire l'objet d'une analyse permettant de mettre en exergue son importance et ses implications dans la vie du contrat.

#### **A- Le contenu de l'obligation**

**599.** Afin de prendre la mesure de l'obligation d'entretien et de réparation, il doit être procédé, en premier lieu, à l'examen de ces caractéristiques (1), puis se pencher plus spécifiquement sur la nature des travaux dont il est véritablement question (2).

---

<sup>1782</sup> FAURE-ABBAD Marianne, Droit de la Construction, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 615, p. 240 ; MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 84.

## 1- Les caractéristiques

**600.** Il faut vérifier les caractéristiques de l'obligation telle qu'elle s'impose communément aux baux réels immobilier de longue durée (a), pour ensuite en considérer l'étendue (b), et permettre au preneur de prendre pleinement conscience de la portée de son engagement.

### a- Une obligation commune

**601.** En application de l'article L. 451-8 du code rural, l'emphytéote, tant dans le cadre du bail emphytéotique de droit privé que dans le cadre du bail emphytéotique administratif, est tenu de procéder aux réparations de toute nature et à l'entretien des constructions existantes au moment du bail et de celles élevées en exécution de celui-ci<sup>1783</sup>. L'article L. 251-4 du code de la construction et de l'habitation dispose également que le preneur d'un bail à construction est « tenu du maintien des constructions en bon état d'entretien et de réparations de toutes nature ». De même le preneur à bail à réhabilitation s'engage, selon les termes de l'article L. 252-1 du code précité à conserver l'immeuble amélioré « en bon état d'entretien et de réparations de toute nature ». Les preneurs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire sont également obligés par les termes des articles L. 254-2 et L. 255-7 du code précité, à maintenir en bon état d'entretien et de réparations les constructions existantes lors de la conclusion du bail et celles qu'il réalise pendant la durée de celui-ci.

**602.** L'obligation d'entretien et de réparation, conséquence logique de la longue durée du bail et du droit réel octroyé au preneur<sup>1784</sup>, est commune à ces contrats. Le législateur a considéré que la perspective d'accéder en fin de bail à la propriété des constructions entretenues par le bailleur, et ce sans avoir à verser d'indemnité, constitue un facteur d'incitation supplémentaire à consentir ce type de contrat. Certains auteurs ont cependant fait remarquer qu'un immeuble, même correctement entretenu, risque fort, à l'expiration du contrat de longue durée, d'être grandement déprécié et qu'en conséquence il ne faut pas exagérer la portée de cette incitation<sup>1785</sup>. À cela d'autres auteurs ajoutent d'une part, que si l'on veut que l'obligation d'entretien ait un sens, il ne faut pas conclure un contrat de trop longue durée et, que d'autre part, celle-ci n'a plus grand

---

<sup>1783</sup> TIXIER Jean Luc, Bail emphytéotique, Dalloz.fr, n° 34.

<sup>1784</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1692, p. 411.

<sup>1785</sup> Idem, n° 1697-5.



intérêt lorsque le contrat prévoit que les constructions restent la propriété du preneur en fin de bail<sup>1786</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette obligation sécurise, autant que faire se peut, les intérêts du bailleur et qui peut, en outre, apprécier de voir « son patrimoine » correctement entretenu et mis en valeur.

**603.** En application des textes en vigueur, l'obligation d'entretien est un élément de qualification de ces contrats car il a été établi que cette obligation constitue une caractéristique déterminante d'un bail réel immobilier de longue durée. Concernant l'emphytéose, les juges ont rappelé que si le contrat impose au preneur de souffrir l'exécution de réparations par le bailleur, ou laisse à ce dernier la charge d'amélioration, le bail est disqualifié en bail ordinaire<sup>1787</sup>. De même, il a été jugé que constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail<sup>1788</sup>. Cet engagement à conserver le bien en bon d'entretien est, selon les termes de M. Tixier<sup>1789</sup>, « de l'essence même du bail à construction » et concourt à sa définition. Les parties ne peuvent libérer le preneur de son engagement de conserver en bon état d'entretien, pendant la durée du bail, les constructions qu'il s'est engagé à édifier. Si le contrat impose au preneur de souffrir l'exécution de réparations par le bailleur, ou laisse à ce dernier la charge d'améliorations, le bail de longue durée est disqualifié en bail ordinaire<sup>1790</sup>, car il est en effet admis qu'un contrat de louage classique puisse faire porter au bailleur la charge de toutes les réparations<sup>1791</sup>. Cette obligation commune à l'ensemble des preneurs des baux de longue durée souligne que ces derniers ne sont pas libres comme tout propriétaire définitif de laisser déperir le bien.

## **b- Une obligation relative à l'objet du contrat**

**604.** Autre trait commun entre baux réels immobiliers de longue durée relatif à la portée de l'obligation d'entretien et de réparation : le preneur est tenu d'exécuter son obligation tant vis-à-vis des constructions existantes lors de la conclusion de l'acte, que des constructions ou

---

<sup>1786</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Bail à construction, Répertoire de droit civil, dalloz.fr, n° 15.

<sup>1787</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992, D. 1992, IR 251, RJDA, déc. 1992, n° 1113.

<sup>1788</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, Bull. civ. III, n° 14 ; D. 2008. AJ 548 ; JCP N 2008. 1173, note Garçon ; RDI 2008. 215, obs. Saint Alary Houin.

<sup>1789</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 427, p. 205.

<sup>1790</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992, D. 1992, IR 251, RJDA, déc. 1992, n° 1113.

<sup>1791</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 fév. 1978, Bull. civ. III, n° 71.

réhabilitations qu'il a réalisé<sup>1792</sup>. Cette obligation d'entretien et de réparation porte sur les parties de l'immeuble qui ont fait ou n'ont pas fait l'objet de travaux de construction ou d'amélioration<sup>1793</sup>. La Cour de cassation a pu préciser qu'à ce titre « l'emphytéote est tenu d'exploiter l'intégralité du bien. Seul un cas de force majeure est susceptible de le délier de cette obligation »<sup>1794</sup>. L'étendue de l'obligation est large puisque le preneur est engagé jusqu'au terme du bail<sup>1795</sup>, à l'égard de l'ensemble du bien tel qu'il a été désigné dans le contrat. Il s'agit là d'une précision importante sur laquelle l'attention des parties, et plus particulièrement celle du preneur doit être attirée. En effet, il appartient aux parties de définir précisément quelles sont les limites physiques, matérielles et juridiques du bien objet du bail de longue durée. Cette analyse doit autant porter sur les aménagements extérieurs, que sur le bien déjà construit ou encore sur le projet de construction lui-même, car ces limites déterminent celles de l'obligation d'entretien et de réparation. Cependant, le bail à réhabilitation se distingue sur ce point car la circulaire d'application du 28 janvier 1991 dispose, à l'article 2.4, que « concernant les travaux de grosses réparations, les obligations respectives des parties sont précisées minutieusement compte tenu de l'état dans lequel le preneur recevra l'immeuble à bail. Ces obligations sont appréciées en fonction de l'état des lieux établi à la prise de possession de l'immeuble. A défaut de ces précisions, le preneur aura à sa charge l'intégralité des travaux ».

**605.** Il est constaté que le notariat inclus systématiquement une clause au bail à réhabilitation qui précise que le preneur est bien en charge de l'intégralité des travaux, et en l'occurrence il est difficilement envisageable de prévoir un aménagement différent du contrat. En effet, d'une part tout propriétaire-bailleur souhaite se décharger de ce type de responsabilité en ayant recours à un tel contrat, d'autre part, il parait, en pratique, peu évident de rechercher, d'établir et de distinguer les responsabilités de chacune des parties si elles ont convenu de se répartir l'obligation de réaliser les travaux de grosses réparations en fonction de l'état des lieux.

**606.** Enfin par expérience, les bailleurs sociaux, en tant que futurs preneurs de ce type de baux, étudient au préalable les plans du projet immobilier et établissent en corrélation avec le bailleur les contours « extérieurs » qui délimiteront le bien immobilier ou terrain d'assise du bail de longue durée. Bien souvent ces réflexions conduisent les parties à solliciter les services d'un géomètre

---

<sup>1792</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI 2014. 265.

<sup>1793</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 83.

<sup>1794</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juillet 1986, n° 86-702177.

<sup>1795</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation, RDI 1991. 19.

expert qui procède alors à la réalisation d'un document d'arpentage<sup>1796</sup> venant diviser la parcelle cadastrale « mère » pour créer la parcelle « fille » objet du contrat et des obligations du preneur. Lorsqu'il s'agit d'intervenir sur une construction existante ou de réaliser une construction qui n'est qu'en partie louée au preneur, l'autre partie étant le plus souvent réalisée par le preneur lui-même mais pour le compte du bailleur au titre d'une mission de maîtrise d'ouvrage déléguée, il est alors nécessaire de demander l'établissement d'un état descriptif de division<sup>1797</sup>. L'objectif de ces démarches est à la fois de limiter les engagements du preneur aux parties du bien immobilier pour lesquelles il a un véritable intérêt, et également de lui faire prendre conscience de l'étendue de ses obligations mise en perspective par l'établissement de ces différents documents. Il faut également noter que le preneur doit aussi, dans l'hypothèse d'un immeuble soumis au statut de la copropriété, non seulement entretenir et réparer les parties privatives du bien loué, mais également s'acquitter de la quote-part des charges que lui attribue le règlement de copropriété pour l'entretien et la réparation des parties communes<sup>1798</sup>. A ce titre, il peut être recommandé aux parties de faire préciser dans l'acte les parties de l'immeuble concernées par ces travaux d'entretien et de réparation (logements, parties communes, ou encore immeuble dans son ensemble)<sup>1799</sup>.

## 2- La nature des travaux

**607.** Afin de déterminer la nature des travaux dont le preneur à la charge dans le cadre de cette obligation et d'en apporter une définition précise, il paraît indispensable de définir les notions d'entretien (a) et de réparations (b), telles qu'elles peuvent être entendues dans le cadre spécifique des baux de longue durée.

---

<sup>1796</sup> Le document d'arpentage sert à assurer, d'une part, l'identification des nouvelles parcelles issues d'une division et d'autre part, la mise à jour du plan cadastral. Le document est une reproduction du plan cadastral, sur lequel les limites nouvelles sont reportées.

<sup>1797</sup> L'état descriptif de division est un document qui permet la division d'un immeuble et l'identification des différents lots notamment privatifs constituant l'immeuble.

<sup>1798</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 83.

<sup>1799</sup> *Guide du bail à réhabilitation*, Min. de l'Equip., 1991.

## a-L'entretien

**608.** La jurisprudence et la doctrine, faisant référence aux articles 1719 et suivants du code civil et à l'obligation d'entretien qui s'impose aux parties, ont dans le contexte des baux de longue durée établi la nature des interventions relatives à cette obligation. Ils ont défini ce qui peut être véritablement attendue de la part du preneur. Selon les termes de l'article 1719-2 du code civil, il s'agit de l'obligation d'entretenir la chose « en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ». La Cour de cassation a pu déterminer une partie de l'étendue de l'obligation d'entretien en précisant qu'il appartient au débiteur de l'obligation de veiller de façon constante de la nécessité des travaux à effectuer, à l'entretien de l'immeuble, c'est-à-dire à la réparation des outrages naturels du temps et de l'usure normale due à l'action des éléments<sup>1800</sup>. L'emphytéote ou le preneur d'un bail à réhabilitation, à construction, réel immobilier et réel solidaire, doit veiller à réaliser les travaux d'entretien nécessaire à l'habitabilité et à la sécurité de l'immeuble. Il s'agit pour celui-ci de respecter l'ordre public et de délivrer un logement décent conforme aux normes de confort et d'habitabilité en vigueur<sup>1801</sup>. A titre d'exemple, il a été notamment jugé qu'un logement décent impose une alimentation en eau courante<sup>1802</sup> et la présence d'un chauffage<sup>1803</sup>. Le preneur doit s'assurer que toutes les interventions nécessaires sont prévues et réalisées afin d'assurer l'habitabilité du logement.

**609.** En outre, l'obligation d'entretien n'est pas sans importance au vu de l'évolution constante des normes (sécurité, incendie, électricité, ascenseurs, aires de jeux etc...), ce qui implique pour le preneur d'assurer une veille juridique et technique active et d'en prévoir le financement dans des projections de campagnes de travaux pluriannuelles<sup>1804</sup>. Les travaux de désamiantage semblent également rentrés dans cette catégorie des travaux d'entretien lorsqu'ils sont exigés par la loi en cours de vie du bail de longue durée<sup>1805</sup>. On assiste dans ce domaine à un renforcement de la réglementation « amiante », et les preneurs, notamment les bailleurs sociaux sont confrontés, lorsqu'ils font réaliser des travaux d'entretien courant dans leurs bâtiments, à de nombreuses difficultés. La recherche de prestataires formés au risque amiante, la maîtrise des coûts et des

---

<sup>1800</sup> Soc. 21 fév. 1959, Bull. civ. IV, n° 286.

<sup>1801</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 juin 2014, n° 13-17.289 P : D. 2014. 1274, obs. Rouquet ; AJDI 2014. 873, obs. Damas.

<sup>1802</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 2004, Bull. civ. III, n° 239 ; D. 2005. Pan. 751, obs. Damas ; AJDI 2005. 125, obs. Rouquet.

<sup>1803</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 juin 2014, n° 13-17.289, D. 2014. 1274, obs. Rouquet ; AJDI 2014. 873, obs. Damas.

<sup>1804</sup> Circ. USH n° 2001-77 du 25 août 2001 relative aux interventions sur le patrimoine, plan d'entretien, plan stratégique du patrimoine.

<sup>1805</sup> Au sujet du contrat de louage classique : Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 juill. 2003 ; Bull. civ. III, n° 141 ; JCP 2003. II. 10196, concl. Guénin ; Gaz. Pal. 2003. 3131, note Brault.

délais représentent un ensemble de contraintes particulièrement lourdes et complexes à gérer<sup>1806</sup>. De même, les travaux requis par l'administration, relatifs notamment à la réfection des façades de l'immeuble<sup>1807</sup> ou au raccordement au réseau d'eaux usées<sup>1808</sup>, et qui sont dans le cadre des contrats de louage classique à la charge du bailleur, doivent être supportés par le preneur du bail de longue durée.

**610.** Néanmoins, le preneur d'un bail de longue durée est également tenu à l'égard du bailleur à l'entretien normalement dû par le locataire-occupant dans le cadre du contrat de louage classique, tel qu'il est énoncé à l'article 1754 du code civil et à l'article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986<sup>1809</sup>. Il s'agit de « menu entretien » ou entretien courant qui consiste en une obligation qualifiée de « mini-obligation » pouvant consister au ramonage des cheminées, débouchage d'évier, changement d'ampoules, graissage des gonds, rafraichissement des peintures...etc.<sup>1810</sup>. Toute opération d'entretien quelque soit son importance doit être supportée par le preneur du bail de longue durée qui engage sa responsabilité vis-à-vis du bailleur, à charge pour lui d'en faire lui-même supporter la réalisation dite de « menu entretien » à son locataire-occupant en application du dispositif relatif au bail d'habitation<sup>1811</sup>.

## **b- Les réparations**

**611.** L'article 1720 du code civil fait référence à l'obligation du bailleur de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce. Là encore il est tout à fait possible de faire le parallèle avec l'obligation de réparation qui s'impose au preneur d'un bail de longue durée et d'en prendre la mesure. La jurisprudence a déterminé que l'obligation de réparer de l'article 1720 du code civil vise la réparation des accidents survenus en dehors de l'usure normale<sup>1812</sup>. Dans ce cadre ont été notamment recensés comme travaux de réparations, les grosses réparations<sup>1813</sup>, la réfection de

---

<sup>1806</sup> Ass. Rég. Hlm Rhône-Alpes, Guide "Amiante et travaux d'entretien courant en immeubles d'habitation sociale », avril 2014, p. 7.

<sup>1807</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juill. 1994, Bull. civ. III, n° 143.

<sup>1808</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 oct. 1990, Bull. civ. III, n° 187.

<sup>1809</sup> Loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juil. 1989.

<sup>1810</sup> GUESTIN Jacques, Les principaux contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, LGDJ, n° 21188, p. 706.

<sup>1811</sup> Art. 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986.

<sup>1812</sup> Soc. 21 fév. 1959, Bull. civ. IV, n° 286.

<sup>1813</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10 mai 1991, Bull. civ. III, n° 127.

toiture<sup>1814</sup> ou encore les travaux de ravalement concernant le gros œuvre<sup>1815</sup>. Pour plus de précisions, il est également possible de se reporter à l'article 606 du code civil qui énonce que les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, ainsi que le rétablissement des poutres, des couvertures entières, des digues, des murs de soutènement et de clôtures. La jurisprudence a également établi que sont des grosses réparations, les travaux de réparation de l'installation de la climatisation, le remplacement des parclozes, les travaux de zinguerie, la pose d'un faux plafond coupe-feu permettant assurer l'étanchéité à l'air ou encore la réfection d'un plancher<sup>1816</sup>.

**612.** Enfin à ce titre, il peut être noté que le preneur d'un bail de longue durée n'est pas tenu aux réparations d'entretien dans la même proportion que l'usufruitier. En effet, l'article 605 du code précité établit une distinction entre les réparations d'entretien auxquelles l'usufruitier est tenu, et les grosses réparations dont seul le propriétaire est à la charge. Alors qu'usufruitier et preneur ont tous deux le bénéfice d'un droit réel immobilier, il s'avère que la situation du premier est moins contraignante<sup>1817</sup>. Le statut du preneur d'un bail de longue durée ne se distingue pas de celui de propriétaire, alors même que l'usufruit a pu être qualifié d'« archétype de propriété temporaire »<sup>1818</sup>.

**613.** Par ailleurs, dans le cadre de cette obligation, le preneur doit également répondre d'un autre type de réparation, outre celle qui est traditionnellement à la charge du bailleur dans le contrat de louage classique. Il s'agit de celle qui incombe normalement au locataire de baux d'habitation. À ce titre, le preneur d'un bail de longue durée est responsable vis-à-vis du bailleur de toutes les réparations y compris locatives à charge pour lui, bien entendu, de faire exécuter ces dernières par ses locataires. Cette disposition est uniquement précisée dans le cadre du bail à réhabilitation qui est plus spécifiquement dédié aux organismes HLM qui vont louer les logements objet du contrat, mais il est évident que cette même logique s'applique aux autres types de baux de longue durée<sup>1819</sup>. Lorsque dans le cadre de ces contrats, les bailleurs sociaux et tout autre preneur proposent les logements objets de ces dispositifs en location classique, ces derniers sont en mesure d'attendre de

---

<sup>1814</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 déc. 1991, Bull. civ. III, n° 309.

<sup>1815</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 avril 1995, Bull. civ. III, n° 103.

<sup>1816</sup> C.A. Paris, 16<sup>ème</sup> ch. B, 11 mai 2001 ; C.A. Paris, 16<sup>ème</sup> ch. B, 18 janv. 2002 ; C.A. Toulouse, 2<sup>ème</sup> ch., sect. 2, 19 nov. 2002 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 fév. 2004.

<sup>1817</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [934], p. 821 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1695, p. 412 ; BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 308, p. 236.

<sup>1818</sup> DROSS William, Droit des biens, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 77.

<sup>1819</sup> Circ. Min. Equip., Log., Transports et de la Mer n° 91-23, 28 janv. 1991, JCP N n° 10, 8 mars 1991, act. 1773, § 2. 4.

ces occupants-locataires le respect des termes de l'article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986<sup>1820</sup>. Le locataire-occupant prend à sa charge des menues réparations dites « réparations locatives » qui sont définies comme celles qui ne peuvent toucher ni à la structure, ni aux éléments essentiels de la chose louée<sup>1821</sup>. Il faut préciser que le preneur reste obligé vis-à-vis du bailleur et au regard duquel il en demeure responsable de la bonne exécution de l'obligation en cas de défaillance de l'occupant<sup>1822</sup>. La liste des réparations locatives est donnée à titre indicatif par l'article 1754 du code civil et le décret n° 87-712 du 26 août 1987 pris en application de l'article 7 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et relatif aux réparations locatives<sup>1823</sup>. Celle-ci peut paraître assez désuète car elle énumère la réparation des âtres, chambranles et tablettes<sup>1824</sup>, mais il est également fait référence pour exemple de la réfection des mastics, du remplacement des vitres détériorées, de menus raccords de peintures et tapisseries, de la remise en place ou remplacement de quelques éléments des matériaux de revêtement tels que faïence, mosaïque, matière plastique, du rebouchage des trous rendu assimilable à une réparation par le nombre, la dimension et l'emplacement de ceux-ci, ou encore du remplacement de certains éléments de plomberies (joints et colliers) ...etc.

**614.** Afin de préserver les intérêts du preneur et du bailleur face à l'importance financière et civile que représentent cette obligation d'entretien et de réparations, les parties au contrat doivent également prendre connaissance des raisons et conditions relatives à l'extinction de l'obligation.

## **B- L'extinction**

**615.** L'extinction de l'obligation d'entretien et de réparations est la conséquence de l'extinction du contrat principal, qui peut elle-même dépendre ou non de la volonté des parties. Elle a pour effet soit de préserver l'équilibre du contrat et par conséquent l'intérêt des parties, soit de garantir le bailleur contre une mauvaise exécution du preneur. Dans le premier cas l'obligation s'éteint

---

<sup>1820</sup> Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juillet 1989.

<sup>1821</sup> MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 681, 383.

<sup>1822</sup> JCI. Constr. Urb., le bail à réhabilitation, Jean Hugot actualisé par Claudine Le Marchand, n° 28.

<sup>1823</sup> Décret n° 87-712 du 26 août 1987 pris en application de l'art. 7 de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière et relatif aux réparations locatives, JORF du 30 août 1987.

<sup>1824</sup> GUESTIN Jacques, Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, LGDJ, n° 21188, p. 706.

lorsque survient la perte des bâtiments (1), et dans le second cas, il est question de sanctionner le preneur (2).

## **1- La perte des bâtiments**

**616.** La perte des bâtiments est à la fois une limite spécifique à l'obligation et une cause d'extinction du contrat. Elle doit être envisagée et précisée dans les cas de figure classique que sont la force majeure et le cas fortuit (a), mais également dans le cas plus particulier du vice de construction antérieur au bail (b).

### **a- La force majeure et le cas fortuit**

**617.** Les stipulations de ces contrats prévoient tous la même limite à l'obligation d'entretien et de réparation. En effet, le preneur n'est pas obligé de reconstruire s'il prouve que la ruine de l'immeuble provient d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure<sup>1825</sup>. La force majeure est prévue à l'article 1218 du code civil dans le cadre de la réglementation générale du droit des contrats. Elle est dans ce nouvel article, fruit de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>1826</sup>, définie comme étant « un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. ». La force majeure s'impose à tous les contrats comme un obstacle insurmontable qui empêche le débiteur, en l'occurrence le preneur, d'accomplir son obligation sans pour autant pouvoir considérer que celui-ci a manqué au contrat<sup>1827</sup>. La force majeure a été auparavant définie classiquement, en droit civil, comme un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, l'événement devant alors cumuler ces trois caractéristiques.

---

<sup>1825</sup> Art. L. 254-2 al. 5 du CCH pour le bail réel immobilier ; Art. L. 251-4 al. 2 du CCH pour le bail à construction ; Art. 451-8 al. 3 du c.rur ; Art. 2.4 de la circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 pour le bail à réhabilitation.

<sup>1826</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>1827</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 344, p. 280.



**618.** En application de l'ancienne définition, l'événement doit être extérieur au responsable de l'obligation non exécutée et à son milieu, c'est-à-dire qu'il doit constituer une cause étrangère<sup>1828</sup>. Pour exemple, il n'en est pas ainsi lorsque l'intervention de l'administration est provoquée par l'attitude de celui qui en est l'objet<sup>1829</sup>. L'événement est dit irrésistible lorsqu'il rend l'exécution impossible ou avoir été insurmontable pour le preneur. L'impossibilité d'exécution s'entend comme un obstacle insurmontable, et non de simples difficultés même d'importances et très onéreuses<sup>1830</sup>. La défaillance d'un prestataire, auquel le preneur a délégué tout ou partie de son obligation ne peut être retenue comme force majeure<sup>1831</sup>. Il en est de même pour des difficultés financières ou de fonctionnement du preneur<sup>1832</sup>.

**619.** L'événement est dit imprévisible lorsqu'il n'a pu être prévu à cette époque et en ce lieu. Il suffit que l'événement soit prévisible, même s'il est extérieur et irrésistible, pour que la force majeure soit écartée. Ce caractère évoque l'expression de « cas fortuit » qui peut être assez délicat à déterminer mais qui constitue un événement qui à lui seul constitue une limite à l'exécution des obligations du preneur s'il est à l'origine de la perte de l'immeuble objet du bail de longue durée. Pour exemple, il a été jugé par la Cour de cassation que l'état d'abandon d'une propriété ne peut constituer pour l'adjudicataire d'un bail emphytéotique une circonstance imprévisible de nature à justifier l'existence d'un cas de force majeure susceptible d'entraîner la résiliation du bail sur le fondement d'une impossibilité d'exploiter<sup>1833</sup>. Il a également été démontré que la force majeure doit être la seule responsable de la ruine du fond, et il n'en est pas ainsi lorsqu'il est également le fruit de la négligence du preneur dans son obligation d'entretien. Les juges de la Cour d'appel d'Aix en Provence ont pu conclure que d'importantes précipitations, même classées par la suite en catastrophe naturelle, ne constituent pas un cas de force majeure imprévisible et irrésistible, puisque l'expertise a confirmé que l'entretien d'un canal et la gestion correcte des vannes auraient évité l'inondation du fond<sup>1834</sup>. Il en a été jugé de même concernant le preneur d'un bail emphytéotique, la Cour de cassation énonçant que l'absence d'autorisation en matière de défrichement et de loi sur l'eau<sup>1835</sup> n'est nullement imprévisible<sup>1836</sup>. Cependant pour exemple, les

---

<sup>1828</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit Civil : les obligations*, SIREY, 17<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 1724, p. 654.

<sup>1829</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007, Bull. civ. III, n° 106 ; AJDI 2008. 198, obs. Laporte-Leconte.

<sup>1830</sup> BENABENT Alain, *Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé*, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 347, p. 280.

<sup>1831</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 12 juillet 2001, Bull. civ. n° 216.

<sup>1832</sup> Cass. Soc. 20 fév. 1996, Bull. civ. V, n° 59, D. 1996. 633, note Puigelier.

<sup>1833</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juillet 1986, n° 702177.

<sup>1834</sup> C.A. Aix-en-Provence, 3<sup>ème</sup> ch. B, 24 fév. 2011, n° 09/19457.

<sup>1835</sup> Loi n° 2006-1772 du 30 déc. 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, JORF du 31 déc. 2006.

<sup>1836</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 oct. 2016, n° 15-14.417.

juges ont pu déterminer que la durée exceptionnelle d'une grève a revêtu un caractère d'imprévisibilité<sup>1837</sup>.

**620.** Nonobstant, la réforme du code civil énonçant une nouvelle définition de la force majeure n'a consacré que deux des trois critères traditionnels que sont l'imprévisibilité et l'irrésistibilité mais n'exige plus que l'événement soit extérieur. Cette nouvelle disposition a mis fin à un débat doctrinal et une incertitude jurisprudentielle qui ont à plusieurs reprises remis en cause la pertinence de la définition classique de la force majeure, et considérés l'extériorité comme un simple indice non indispensable à la détermination de la force majeure<sup>1838</sup>. En conséquence, l'intervention de l'administration, même provoquée par l'attitude de celui qui en est l'objet, ne peut plus être à ce jour considéré comme un événement non extérieur ne permettant pas la qualification de force majeure. Cependant, il semble alors que cet événement non extérieur car provoqué par celui qui en est l'objet demeure prévisible c'est-à-dire tout à fait évitable<sup>1839</sup>. En l'occurrence, la force majeure ne peut pas plus être caractérisée. Il semble que cette nouvelle définition apporte plus de souplesse à la notion sans pour autant en bouleverser le sens profond.

**621.** Enfin, il faut également ajouter que le preneur de ces baux de longue durée répond de l'incendie dans les conditions de droit commun de l'article 1733 du code civil<sup>1840</sup>, tant pour les bâtiments existants que ceux qu'il a édifiés<sup>1841</sup>. Les dispositions du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire ne font pas précisément référence à l'incendie mais il peut être déduit du même principe de restitution du bien au bailleur au terme de ces contrats que l'article 1733 du code précité s'applique également à leur régime. Le dispositif du bail à construction prévoit, quant à lui expressément, à l'article L 251-4 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation que le preneur répond de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés. Concrètement, il doit reconstruire les bâtiments qui n'ont pas péri par cas fortuit ou force majeure<sup>1842</sup>. De même, en application de l'article L. 451-8 al. 2 et 3 du code rural, l'emphytéote répond de l'incendie conformément à l'article 1733 du Code civil. L'article 1733 dispose que le preneur répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie ne soit arrivé par cas fortuit ou force majeure ou par vice de construction, ou encore que le feu ait été communiqué par une

---

<sup>1837</sup> Cass. com., 6 mars 1985, Bull. civ. IV, n° 90.

<sup>1838</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10 fév. 1998, n° 96-13. 316, Bull. civ. I, n° 53; D. 1998. 539 note Mazeaud ; JCP 1998. I. 185, n° 16, obs. Viney ; RTD civ. 1998. 689, obs. Jourdain ; LAPORTE-LECONTE Stéphanie, Clause résolutoire et force majeure, AJDI 2008 p. 169 ; JOURDAIN Patrice, L'extériorité de la force majeure, RTD civ. 1994, p. 873.

<sup>1839</sup> ANTONMATTEI Paul-Henri, Ouragan sur la force majeure, JCP G, n° 7, 14 fév. 1996, I, 3907.

<sup>1840</sup> Bail emphytéotique : Art. 451-8 du c. rur.

<sup>1841</sup> Bail à construction : Art. L. 251-4 du CCH.

<sup>1842</sup> STEMMER Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, JCl. Notariat, Fasc. 110 : Bail à construction, n° 35.

maison voisine. Pour exemple le preneur à bail de longue durée n'est pas tenu responsable envers le bailleur en cas d'incendie dans la mesure où il est le fruit d'un acte de malveillance commis par un tiers<sup>1843</sup>. Il a été notamment jugé qu'un incendie déclaré dans une décharge d'ordures sauvages et s'étant par la suite propagé pour venir « anéantir totalement » l'exploitation donnée à bail emphytéotique, constitue un cas de force majeure exonératoire<sup>1844</sup>.

## **b- Le vice de construction antérieur au bail**

**622.** Le bail réel immobilier<sup>1845</sup>, le bail réel solidaire<sup>1846</sup> le bail à construction<sup>1847</sup> et l'emphytéose<sup>1848</sup> font référence au vice de construction antérieur au bail qui exonère le preneur de ses obligations d'entretien et de réparation en cas de perte de l'immeuble objet du bail. Le vice de construction concerne la qualité technique de l'ouvrage et constitue des défauts dus à une mauvaise exécution des travaux, tels que des malfaçons, ou à un défaut des matériaux utilisés. Toutefois, il apparaît complexe techniquement de faire la distinction entre des dommages dont les causes et origines peuvent être multiples, et qui sont en mesure d'affecter soit uniquement les travaux neufs, soit, et c'est qui arrive le plus souvent, affectent les existants et les travaux neufs<sup>1849</sup>. Par ailleurs, le dispositif du bail à réhabilitation fait exception car il ne fait aucunement référence au vice de construction. Il n'est pas question d'une possibilité de désengagement de la part du preneur vis-à-vis du bailleur en cas de ruine de l'immeuble ayant pour origine un vice de construction antérieur au bail. Cela paraît tout à fait logique en considérant la nature du bail à réhabilitation qui a été institué afin de permettre à des propriétaires défaillants de louer leur immeuble à un preneur qui réalise alors les travaux nécessaires à la remise du bien sur le marché locatif social<sup>1850</sup>. Le preneur doit, à l'égard de l'état des existants sur lesquels il intervient dans le cadre de sa réalisation de travaux de réhabilitation, considérer comme prévisible les malfaçons et désordres qui peuvent mettre en péril la solidité de l'ouvrage.

---

<sup>1843</sup> Soc. 20 mai 1954, D. 1954. 638 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 déc. 1990, Bull. civ. III, n° 260.

<sup>1844</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 mai 2014, n° 13-11.073.

<sup>1845</sup> Art. L. 254-2 al. 5 du C.C.H.

<sup>1846</sup> Art. L. 255-7 du C.C.H.

<sup>1847</sup> Art. L. 251-4 al. 2 du C.C.H.

<sup>1848</sup> Art. L. 251-4 al. 2 du c. rur.

<sup>1849</sup> KARILA Jean-Pierre, Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparations d'ouvrages existants, Const. Urb. n° 2, fév. 2006, étude 2.

<sup>1850</sup> SAINT ALARY HOUIN Corinne, Le bail à réhabilitation, Droit de la Construction 2014/2015, Dalloz Action, 130.20.

**623.** Enfin, il faut préciser que la circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation<sup>1851</sup> précise dans son article 2.4 alinéa 4 que le preneur exerce les recours nécessaires contre les responsables de dommages. Cette disposition rappelle une règle classique de responsabilité que l'ensemble des preneurs des baux de longue durée peuvent mettre en œuvre dans ces circonstances. En effet, il appartient au preneur en tant que maître de l'ouvrage d'engager la responsabilité des constructeurs qui sont intervenus lors de la réalisation des travaux de construction ou de réhabilitation. Cette recherche de responsabilité est alors entreprise en fonction de la date d'apparition de ces vices de construction ou désordres tels que sont dénommés par les professionnels de la construction. Dans les dix années qui suivent la réception des travaux de l'ouvrage, le preneur peut solliciter la garantie légale, définie aux articles 1792 et suivants du code civil, qui regroupe les garanties de parfait achèvement, pour la première année, la garantie biennale pour les éléments d'équipement dissociables de la construction, ou la garantie décennale qui s'applique aux désordres qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination<sup>1852</sup>. En l'occurrence il faut noter que depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile<sup>1853</sup>, toutes les actions en responsabilité contractuelles dirigées contre les constructeurs ne sont plus soumises à la prescription trentenaire mais à la prescription décennale. Aussi, dans ces circonstances en cas de ruine de l'immeuble, les preneurs des baux à construction, baux réels immobiliers, baux réels solidaires et emphytéoses peuvent préserver leurs intérêts financiers d'une part en s'exonérant de poursuivre leurs obligations à l'égard du bailleur et d'autre part en cherchant à engager la responsabilité des constructeurs. Le preneur du bail à réhabilitation doit quant à lui, s'engager dans ces travaux de réhabilitation avec une grande prudence. Cela implique la réalisation d'études techniques poussées sur l'état des existants tel qu'un diagnostic technique complet de l'immeuble faisant état de la solidité du clos et du couvert, mais également de l'état des conduites, des canalisations collectives et des équipements de sécurité.

**624.** Par ailleurs, en dehors de ces cas d'exonération de ses engagements vis-à-vis du bailleur, le manquement du preneur entraîne des sanctions qui doivent faire l'objet d'une étude particulière.

---

<sup>1851</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1852</sup> ZAVARO Michel, La responsabilité des constructeurs, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 104, p. 67.

<sup>1853</sup> Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF du 18 juin 2008.

## 2- Les sanctions

**625.** Les baux de longue durée, comme tout contrat, ne peuvent être révoqués que du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise<sup>1854</sup>. En effet, la force obligatoire des contrats implique que dans le cas où le preneur n'exécute pas correctement l'obligation d'entretien et de réparations, le bailleur en tant que créancier puisse obtenir la sanction de ce manquement. Pour ce faire, le bailleur doit connaître la nature des sanctions pour inexécution ou mauvaise exécution de l'obligation (a), ainsi que leurs conditions de mise en œuvre (b).

### a- La nature des sanctions

**626.** Lorsque le bailleur demande la résiliation du contrat pour défaut d'entretien, il peut demander le paiement du coût des travaux nécessaires à la remise en état du bien immobilier<sup>1855</sup>. Le juge est en mesure de prononcer cette résiliation du contrat pour inexécution de l'obligation d'entretien et de réparations, que celle-ci résulte du fait du preneur ou de celui des occupants. Le défaut d'exécution de l'obligation peut être apprécié en cours de bail en comparaison de l'état des lieux établi à la prise de possession de l'immeuble ou de la réception des travaux de construction ou d'amélioration. En outre, il est évident que si le contrat peut être résilié pour absence d'entretien, cette sanction est impossible à mettre en œuvre lorsqu'il est constaté du mauvais état des ouvrages lors de leur remise au bailleur en fin de bail. Seule l'allocation de dommages et intérêts est alors envisageable<sup>1856</sup>. Par ailleurs, dans le cas où la résiliation du bail résulte de la destruction des constructions par cas fortuit ou force majeure, le juge statue également sur les indemnités pouvant être due. Pour les évaluer, il tient compte de la durée du bail restant à courir, du sort des constructions prévu en fin de contrat ou encore des indemnités d'assurance éventuellement perçues par le preneur<sup>1857</sup>. Le bailleur peut obtenir l'allocation de dommages et

---

<sup>1854</sup> LARROUMET Christian et BROS Sarah, Les obligations, Le contrat, Droit civil, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 593, p. 614.

<sup>1855</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 déc. 2003, n° 02-11050, RD imm. 2005, p. 23 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 mai 2017, n° 16-15.443.

<sup>1856</sup> C.A. Bastia, 7 mai 2008, n° 2008-362209.

<sup>1857</sup> FAURE-ABBAD Marianne, Droit de la Construction, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 617, p. 241.

intérêts pouvant lui permettre de constituer une provision correspondant au montant des travaux de réparation et d'entretien nécessaires qui sont déterminés par expertise<sup>1858</sup>.

## **b- La mise en œuvre des sanctions**

**627.** Les modalités de mise en œuvre de ces sanctions sont appréciées par les juges. Ces derniers ont pu rejeter une demande de résiliation motivée par l'inexécution de l'obligation constante d'entretenir en bon état de réparation en constatant l'impossibilité d'exécuter les travaux dans le délai imparti dans la mise en demeure, eu égard à leur importance<sup>1859</sup>. Il s'agit en l'occurrence d'évaluer la juste mesure, c'est-à-dire la concordance relative au temps d'action réellement nécessaire entre le délai fixé par le bailleur et l'importance des travaux à réaliser par le preneur. Les juges vérifient le respect du principe de bonne foi<sup>1860</sup> dans l'exécution du contrat et apprécient la demande du bailleur alors même que celui-ci est créancier du preneur dans cette relation contractuelle<sup>1861</sup>. En outre, la Cour de cassation a énoncé que le cessionnaire d'un bail emphytéotique, cédé dans le cadre d'un plan de redressement, n'a pas à répondre d'éventuels manquements imputables au précédent titulaire<sup>1862</sup>. La haute juridiction a alors rejeté la demande du propriétaire en résiliation du bail pour défaut d'entretien des locaux car l'actuel emphytéote a exécuté le contrat aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. Il ne peut, en effet, être reproché à l'actuel emphytéote les manquements du précédent preneur, l'obligation d'entretien du nouveau preneur ne s'étant pas substituée à l'obligation préexistante.

**628.** Un arrêt de la Cour d'appel de Bastia fournit une précision intéressante<sup>1863</sup>. Le preneur d'un bail de longue durée, tenu de restituer les lieux loués en bon état d'entretien, ne peut être condamné à supporter le coût du remplacement d'un équipement dès lors que ce remplacement n'a été rendu nécessaire qu'en raison d'une inexploitation pendant deux ans après son départ. Le preneur ne peut être tenu responsable des dommages s'il est démontré qu'ils sont la conséquence

---

<sup>1858</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 86 ; TIXIER Jean-Luc, *Bail emphytéotique*, avril 2006 (actualisation : février 2017), dalloz.fr. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 17 déc. 2003, n° 02-11.050, RDI 2005. 22, obs. C. Saint-Alary-Houin.

<sup>1859</sup> Jugé en ce sens en matière de bail ordinaire, Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 1987, Rev. Loyers 1988, p. 61 ; Quot. Jur. 30 juin 1988, p. 117.

<sup>1860</sup> Art. 1104 du c. civ.

<sup>1861</sup> LARROUMET Christian et BROS Sarah, *Les obligations, Le contrat, Droit civil*, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2018, n° 594, p. 617.

<sup>1862</sup> Cass. com., 1 oct. 1997, n° 94-22.145, D. 1997. 218.

<sup>1863</sup> C.A. Bastia, 7 mai 2008, n° 2008-362209.

d'un manque d'entretien ou de l'inexploitation du bien ou de ses équipements du bailleur, après son accession en propriété au terme du bail.

**629.** Par ailleurs, Mme Bosgiraud- Stephenson<sup>1864</sup> fait remarquer que la résiliation du bail à réhabilitation peut susciter de sérieuses difficultés vis-à-vis de la convention de l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation dite « convention APL » dont la finalisation est obligatoire dans ce type de contrat et qui engage le preneur et l'Etat<sup>1865</sup>. L'auteur note en effet que ces contrats sont considérés comme des contrats de droit public dont la résiliation ne peut être prononcée par des tribunaux de l'ordre judiciaire. En conséquence, la résiliation du bail ne peut entraîner la résiliation judiciaire de la convention APL. Cependant, en pratique ce type de situation ne pose pas de véritable problème. En effet, soit les services de l'Etat sont en mesure de procéder, à la demande du bailleur social ou en ayant pris connaissance de cette résiliation judiciaire, à la publication d'un arrêté préfectoral portant résiliation de la convention APL, soit le preneur propose à la signature du représentant de l'Etat un acte valant résiliation de ladite convention APL, qui doit être par la suite publié et enregistré auprès des services de la publicité foncière. Ces deux procédures sont simples à mettre en œuvre. Les services de l'Etat et les bailleurs sociaux y ont fréquemment recours dans les cas de résiliation du bail de longue durée résultant des opérations de commercialisation de leur patrimoine organisées en faveur de l'accession sociale à la propriété.

**630.** En conclusion de ce développement relatif à l'obligation d'entretien et de réparations du preneur, il doit être ajouté qu'en pratique les bailleurs sociaux intègrent les biens immobiliers objet de ces types de baux dans leur plan stratégique du patrimoine de telle façon qu'ils sont compris dans les campagnes de travaux d'entretien et de grosses réparations<sup>1866</sup>. Ces biens sont gérés de la même façon que tout autre immeuble dont les bailleurs sociaux sont pleinement propriétaires<sup>1867</sup>. Il est cependant noté que certains organismes HLM sont engagés dans des partenariats avec les communes bailleuses afin d'impliquer celles-ci dans l'entretien des espaces

---

<sup>1864</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation, RDI 1991. 19.

<sup>1865</sup> Art. L. 252-3 du CCH.

<sup>1866</sup> Les plans stratégiques du patrimoine doivent permettre aux organismes de réfléchir à l'attractivité de leur patrimoine, en fonction de la connaissance des marchés locaux de l'habitat et des attentes des locataires et des demandeurs de logement, aux conditions de gestion et d'occupation sociale des groupes immobiliers ainsi qu'aux arbitrages à effectuer en matière d'entretien, de réhabilitation, de démolition et de reconstruction. La dimension stratégique du plan signifie qu'il doit permettre la coordination d'actions successives (politique d'entretien et de grosses réparations, une politique de gestion, politique d'investissement et de désinvestissement) visant à rendre un meilleur service aux habitants.

<sup>1867</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 274, p. 236.

extérieurs (voiries, espaces verts, éclairages, réseaux), ce qui peut constituer un véritable soulagement technique et financier<sup>1868</sup>.

## §2- L'obligation financière

**631.** Les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats à titre onéreux<sup>1869</sup>. Dans le cadre de ce type de contrat l'obligation financière du preneur constitue, au moins en partie et en complément des autres obligations du preneur, la contrepartie de la mise à disposition du bien immobilier par le bailleur. L'obligation financière, définie dans le contenu de l'acte créant le bail de longue durée, constitue à la fois un élément attractif et fondamental de l'équilibre financier de l'opération et fait le plus souvent l'objet d'âpres négociations entre les parties<sup>1870</sup>. En effet, les baux de longue durée présentent une spécificité tout à fait remarquable dans le cadre des contrats à titre onéreux. Non seulement l'intérêt premier du recours à ce type de contrat est de permettre, au mieux, un étalement dans le temps du poids de la charge financière que représente l'accès au foncier, mais il est également possible d'envisager des conditions encore plus avantageuses pour le preneur<sup>1871</sup>. Il doit être procédé à l'étude des caractéristiques de cette obligation financière (A), pour ensuite en examiner les conditions d'exécution (B).

---

<sup>1868</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 20.

<sup>1869</sup> DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 201, p. 362 et svts ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 413 et svts.

<sup>1870</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 10 ; FOULQUIER Norbert, « La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol », La Gazette, mars 2012, p. 13.

<sup>1871</sup> USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014, p. 31 : « « A titre d'exemple, le Grand Lyon voit dans un bail emphytéotique ou à construction un outil permettant « d'absorber le surcoût foncier » : il y a consacré un budget propre de 172 millions d'euros depuis 2004, correspondant à un volume approximatif de 2.000 logements produits. »



## A-Les caractéristiques de l'obligation

**632.** Pour qu'un contrat soit dit onéreux et non gratuit, il faut non seulement que l'obligation financière existe, mais encore qu'elle présente un caractère sérieux<sup>1872</sup> (1). L'obligation financière s'identifie dans presque tous les contrats en une obligation de somme d'argent qui constitue une prestation monétaire, contrepartie désignée comme étant le prix prévu dans le cadre d'une vente ou encore le loyer dans un bail classique<sup>1873</sup>. Le prix identifié dans le cadre des baux de longue durée présente un ensemble de particularité relatif à ses modalités qui doivent être portées à la connaissance des parties afin qu'elles établissent un contrat économiquement équilibré (2).

### 1- Un prix réel et sérieux

**633.** Les règles relatives aux baux de longue durée posent toutes le principe d'une obligation financière à la charge du preneur (a). Les contrats qui ne prévoient pas un tel engagement du preneur sont susceptibles de faire l'objet de sanction (b).

#### a- Le principe

**634.** Les dispositifs de l'emphytéose<sup>1874</sup>, du bail emphytéotique administratif<sup>1875</sup>, du bail à construction<sup>1876</sup>, du bail à réhabilitation<sup>1877</sup>, du bail réel immobilier<sup>1878</sup> et du bail réel solidaire<sup>1879</sup> font tous référence au paiement d'un loyer ou d'une redevance à la charge du preneur. Par ailleurs, la doctrine emploie également le terme de « canon » à la charge de l'emphytéote<sup>1880</sup>. L'obligation

---

<sup>1872</sup> Req. 20 juill. 1893, S. 1893. I. 424. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 déc. 1971, Bull. civ. III, n° 644. ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 avr. 1976, Bull. civ. III, n° 176 ; Rapp. la nullité pour absence de cause d'une convention d'usage et d'habitation, dès lors qu'il ressort de l'économie du contrat que le prix à la charge des bénéficiaires est dérisoire, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 mai 2005, n° 03-12.496, Bull. civ. I, n° 203 ; JCP 2005. I. 181, n° 6, obs. Périnet-Marquet ; AJDI 2005. 934, obs. Prigent.

<sup>1873</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 160, p. 131.

<sup>1874</sup> Art. L. 451-4 et svts c. rur.

<sup>1875</sup> Art. L. 2125-3 du CG3P.

<sup>1876</sup> Art. L. 251-5 du CCH.

<sup>1877</sup> Art. 2.8, Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991.

<sup>1878</sup> Art. L. 254-3 du CCH.

<sup>1879</sup> Art. L. 255-2 et L. 255-3 du C.C.H.

<sup>1880</sup> ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 412, p. 307 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 291, p. 333.

pécuniaire est imposée aux baux réels immobiliers de longue durée, mais elle prend des dénominations différentes selon le type de bail visé.

**635.** Cette obligation est abordée différemment selon le type de bail visé. Concernant l'emphytéose, les articles du code rural évoquent uniquement les difficultés qui peuvent naître à l'occasion de l'exécution de cette obligation. Ces textes ne précisent pas de mode de calcul particulier ou encore de fixation d'échéancier. Il semble alors qu'une certaine liberté soit laissée aux parties. La circulaire du 28 janvier 1991 relative au bail à réhabilitation dispose uniquement, au titre des obligations du preneur, qu'il doit « également payer le prix du bail s'il en a été convenu ainsi. »<sup>1881</sup>. Les dispositions du bail à construction énoncées à l'article L. 251-5 du code de la construction et de l'habitation sont plus explicites car elles précisent que le prix du bail peut consister dans la remise au bailleur, d'immeubles ou de fractions d'immeubles, à des dates et dans des conditions convenues entre les parties. L'alinéa suivant ajoute que s'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est alors affecté d'un coefficient révisable. Le preneur d'un bail réel immobilier a l'obligation de payer au bailleur une redevance. Le texte de l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire reste relativement flou sur ce point, mais il prévoit toutefois que le montant de la redevance est déterminé en tenant compte des conditions d'occupation des logements, et que le paiement peut se faire en totalité ou pour partie au moment de la signature du bail<sup>1882</sup>. Le dispositif du bail réel solidaire prévoit que soit le preneur occupe lui-même le logement dont il acquiert les droits réels à un prix plafonné, soit le preneur est un opérateur qui doit assurer la commercialisation des logements à des prix de cessions encadrés<sup>1883</sup>. Le preneur du bail emphytéotique administratif doit le versement d'une redevance ou d'un canon au bailleur. Celle-ci doit être fixée d'après l'avis des domaines et tenir compte, tel que l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques le précise « des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation ».

---

<sup>1881</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1882</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>1883</sup> Art. L. 255-2 et L. 255-3 du C.C.H.

## **b- La sanction**

**636.** Alors même que le paiement sous forme d'un loyer ne figure pas expressément dans la définition de ces contrats de longue durée, il est pourtant de l'essence des baux<sup>1884</sup> et contribuent à les caractériser. La Cour de cassation a énoncé dans un arrêt du 21 septembre 2011<sup>1885</sup>, à l'égard d'un bail à construction, que le preneur est tenu de verser au bailleur un loyer soit en nature soit en espèces, et qu'il doit être réel et substantiel sous peine d'entraîner la nullité du bail à construction. Le bail encourt la nullité en présence d'un prix vil ou dérisoire. Dans une telle hypothèse, il a été admis que l'existence d'un prix dérisoire ou vil dans le bail à construction constitue en fait une absence de cause qui, en vertu de l'article 1131 du code civil, rend l'obligation dénuée d'effet. Le bail à construction doit être déclaré nul. Les juges ont rappelé que constituant la contrepartie de la mise à disposition du bien par le bailleur, l'existence d'un prix est une condition de validité du contrat, et que celui-ci doit être sérieux. Il est de jurisprudence constante qu'un contrat à titre onéreux conclu à un prix dérisoire est sanctionné sur le fondement de l'absence de cause, celle-ci étant une condition de validité des contrats, la nullité de l'acte doit alors être prononcée<sup>1886</sup>. Cependant, la cause a été considérée comme une condition de validité du contrat jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>1887</sup>, qui l'a fait disparaître du code civil. Il est alors permis de s'interroger sur l'impact de cette réforme.

**637.** Si la doctrine s'est focalisée sur cette disparition, le rapport du 10 février 2016 confirme que si la notion a disparu, ses fonctions demeurent, et notamment dans le but du contrat<sup>1888</sup>. Au titre des conditions de validité d'un contrat, l'article 1128 nouveau du code civil exige, outre le consentement et la capacité des parties, un contenu licite et certain, et l'article 1162 du code précité précise que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Le but du contrat correspond à l'ancienne cause du contrat, la cause « subjective », qui doit être licite. Quant à la cause de l'obligation, cause « objective », c'est à dire la nécessité d'une contrepartie à l'engagement d'un

---

<sup>1884</sup> FAURE-ABBAD Marianne, *Droit de la Construction*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 619, p. 241.

<sup>1885</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, Bull. civ. III, n° 152 ; D. 2011. 2711, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; RDI 2011. 623, obs. M. Poumarède, Ed. législat., Dict. Permanent Const. Urb., Bulletin- oct. 2011, p. 10 et 11, note de B. Pérot.

<sup>1886</sup> WALTZ Béline, *Bail à construction - Absence de cause et nullité relative du contrat en cas de vileté du prix d'un bail à construction*, JCP N I n° 1, 6 janv. 2012, 1001.

<sup>1887</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 fév. 2016.

<sup>1888</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 fév. 2016.

des contractants, elle est appréhendée par l'article 1169 du même code qui dispose qu' « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »<sup>1889</sup>. L'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux dont la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire<sup>1890</sup>.

**638.** Toutefois, le prix peut être modique<sup>1891</sup>, sans pour autant être qualifié de vil ou dérisoire. En effet, l'existence d'un prix symbolique ou dérisoire peut ne pas priver une convention de son caractère onéreux et permettre la disqualification de bail. Cette modicité se retrouve plus spécifiquement dans le cadre des baux emphytéotiques de droit privé et de droit public<sup>1892</sup>. La modicité de la redevance associée à la stabilité de l'emphytéose permet au preneur de rentabiliser les investissements qu'il réalise. Cette particularité résulte de l'origine rurale de ce contrat qui a pour objectif d'assurer le développement et l'exploitation de zone agricole non cultivée<sup>1893</sup>. Néanmoins, cette caractéristique perdure, y compris lorsqu'il est fait recours au bail emphytéotique en milieu urbain. Il n'est pas rare que les baux emphytéotiques conclus entre les collectivités territoriales, souhaitant favoriser la réalisation de logements locatifs sociaux sur leur territoire, et les organismes HLM prévoient une redevance modique<sup>1894</sup>. Aussi, s'il est nécessaire que les baux de longue durée revêtent un caractère onéreux, rien dans les textes n'impose aux parties de stipuler un loyer conséquent, et il s'avère qu'en l'occurrence les baux de longue durée autorisent certaines libertés aux parties.

---

<sup>1889</sup> VIAL-PEDROLETTI Béatrice, JCI Bail à loyer, n° 35.

<sup>1890</sup> DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaires des art. 1100 à 1386-1 du c. civ., Dalloz, 2016, ss. art. 1169, p. 65.

<sup>1891</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1973, Bull. civ. III, n° 336 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 juin 2006, n° 05-15.440 : « loyer minoré mais non absent », AJDI 2006. 733 ; AJDI 2007. 888.

<sup>1892</sup> DUTILLEUL COLLART François et DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 396, p. 361 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 593, p. 228 ; C.A.A. Lyon, 6 avril 1998, Cté Urbaine de Lyon, Jurisdata n° 1998-050167.

<sup>1893</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 411 n° 1692.

<sup>1894</sup> USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les Cahiers, n° 158, mars 2014, p. 31 ; 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 51.

## 2- Les modalités de l'obligation

**639.** Parce que les baux de longue durée constituent des contrats spéciaux, l'obligation financière édictée dans le cadre de leur régime est très spécifique et présente une nature protéiforme (a). Néanmoins, les récents bail réel immobilier et bail réel solidaire, baux de longue durée créés pour la réalisation de logements dit intermédiaires pour le premier et sociaux pour le second, sont soumis à une réglementation particulière (b) adaptée à leur objectif de marché<sup>1895</sup>.

### a- Une nature protéiforme

**640.** L'obligation financière déterminée dans les baux de longue durée présente une spécificité importante qui contribue à alimenter leurs distinctions avec le régime locatif tel qu'il est défini par le code civil. Pour prendre en premier lieu le cas particulier de l'emphytéose, en droit privé et droit public, il est admis, alors même qu'aucune disposition ne l'autorise explicitement, que le canon ou loyer versé au propriétaire est, contrairement à un contrat de louage, d'un montant généralement modique en raison, d'une part, de la vocation des constructions et plantations à devenir en fin de bail la propriété du bailleur et, d'autre part, de l'absence de droit au renouvellement pour le preneur<sup>1896</sup>. Il a pu être écrit que « l'esprit du contrat veut » que le montant de cette redevance soit modique afin notamment d'inciter le preneur à investir sur le fonds<sup>1897</sup>. La Cour de cassation a confirmé cette analyse en retenant à plusieurs reprises que le bail emphytéotique est la convention prévoyant une redevance modique au regard de la valeur des plantations et des améliorations destinées à être attribuées au propriétaire en fin de bail, et conférant au preneur un droit réel sur les biens loués<sup>1898</sup>. La haute juridiction rappelle et confirme à nouveau le principe constant selon lequel les règles qui régissent le louage ordinaire ne sont pas applicables à l'emphytéose, « dont la caractéristique est la faible redevance versée au bailleur qui, en compensation, devient propriétaire à l'expiration du bail des constructions édifiées pendant la

---

<sup>1895</sup> KAN-BALIVET Béatrice, Le logement intermédiaire, JCP Adm. et Collect. territ., n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247 ; PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, LPA, 22/11/2016, n° 233, p. 6.

<sup>1896</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, p. 51 ; MAZEAUD Henri et LÉON, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1695, p. 412 ; C.E. 19 juill. 2011, Mme Vayssière c/ Cne de Montreuil, Jurisdata n° 2011-014675, JCP Ed. Adm. et Coll. Terr., n° 39, 26 ept. 2011, 2308.

<sup>1897</sup> BENABENT Alain, Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, 13<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 305, p. 234.

<sup>1898</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 oct. 1994, n° 92-15274 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 5 déc. 2001, Bull. civ. III, n° 142 ; D. 2002. IR 253 ; RD rur. 2002. 3 et 178 et 285, obs. Crevel ; Gaz. Pal. 20-22 janv. 2002. 27 ; JCP N 2002. 1186, p. 409, obs. Grimonprez.

location sans verser aucune indemnité »<sup>1899</sup>. Les parties ont la possibilité, dans le cadre de l'emphytéose, de prévoir le versement d'un loyer ou canon modique, dans la mesure où le bailleur profite de l'accession à la propriété au terme dudit de bail. En pratique, les bailleurs sociaux peuvent en effet témoigner que de nombreux baux emphytéotiques sont conclus pour un loyer dit symbolique<sup>1900</sup>.

**641.** Si cette caractéristique, non systématique, de la redevance du bail emphytéotique, semble généralement admise, il apparaît que la doctrine ne s'accorde pas sur ce point concernant le bail à construction<sup>1901</sup>. M. Stemmer soutient en effet qu'à l'égard du bail à construction le législateur a souhaité qu'au contraire de l'emphytéose, et qu'en plus de l'avantage de recevoir des constructions, en application des articles 1709 et suivants du code civil, un loyer en numéraire soit toujours stipulé à titre de prix du bail<sup>1902</sup>. Toutefois, si les travaux préparatoires de la loi du 16 décembre 1964 révèlent que face au canon généralement « modique » de l'emphytéose<sup>1903</sup>, le législateur a voulu affirmer la possibilité pour le bailleur à construction de percevoir une rémunération substantielle notamment en numéraire, cette faculté ne devient à aucun moment une disposition impérative<sup>1904</sup>. Par ailleurs, une instruction fiscale du 6 avril 1978 est venue confirmer cette analyse en énonçant que le prix du bail peut consister en la seule remise des constructions au bailleur sans indemnité en fin de bail<sup>1905</sup>. En revanche, M. Tixier fait très justement remarquer que cette faculté ne doit pas avoir pour conséquence de perturber l'équilibre du contrat. Pour exemple un bail prévoyant que le bailleur doit recevoir les constructions en fin de bail tout en s'engageant d'autre part à en indemniser le preneur ne respecte pas l'équilibre du contrat, car « l'engagement du preneur à l'acte matériel d'édification ne peut suffire à donner corps à ses engagements »<sup>1906</sup>. A l'appui de cette logique, un extrait du projet de loi démontre que le législateur a entendu préserver l'équilibre contractuel en indiquant que la disposition prévoyant le transfert au bailleur des constructions en fin de bail sans indemnité pour le preneur n'a qu'une valeur supplétive et que

---

<sup>1899</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 avril 1970, n° 67-10232, Bull. civ. III, n° 251.

<sup>1900</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 10.

<sup>1901</sup> Masson, LPA 21 août 1992 ; Stemmer J-Cl. Construction, fasc. 109, et note au JCP N 1997. 95 ; Périnet-Marquet, Rép. Civ. , art. 1708 à 1762, fasc. 640, n° 4.

<sup>1902</sup> STEMMER B., Le bail à construction : aspects juridiques et fiscaux, Bull. Francis Lefebvre n° 4/1983, étude n° 3, p. 117.

<sup>1903</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>1904</sup> V. AN séance du 25 juin 1964, an. 1027, doc. AN, p. 807, avis de la commission des finances, examen titre I (art. 1 à 8) p. 808 – AN 2<sup>ème</sup> séance du 29 juin 1964, p. 2358, avis de M. Carter rapporteur sur l'article 5 ; Sénat rapport de la commission des lois par J. Delalande, doc. n° 9, p. 7 et 19 ; Sénat, avis de la commission des lois par J-E. Bousch, doc. n° 10, p. 3 A.

<sup>1905</sup> Instr. 6 avril 1978, BODGI, 13 avril 1978, Mon. TP 29 mai 1978, suppl. texte off. P. 189.

<sup>1906</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 457, p. 218.

« les parties pourront y déroger librement, pour réaliser un juste équilibre dans leurs prestations réciproques »<sup>1907</sup>.

**642.** Un arrêt du 19 octobre 1989 de la Cour d'appel administrative de Paris a validé cette même analyse relative au respect de l'équilibre économique du contrat qui a été faite par l'administration<sup>1908</sup>. Celle-ci a cherché à vérifier si le loyer d'un franc apparaît normal ou non en fonction de la valeur effective des constructions en fin de bail. En l'occurrence, il s'agit de s'assurer que l'équilibre économique du contrat est préservé et ce afin qu'il puisse échapper ou non à la nullité pour défaut d'un de ces éléments essentiels<sup>1909</sup>. De la même façon, la Cour de cassation a estimé que la remise des constructions à la fin du bail peut constituer la seule et unique contrepartie du bail à condition toutefois que cette contrepartie soit sérieuse, c'est-à-dire qu'elle procure un réel « avantage économique » pour le bailleur<sup>1910</sup>. Les juges ont admis qu'une telle remise constitue une contrepartie financière sérieuse dans la mesure où rien n'interdit au bailleur d'exiger du gestionnaire en place un loyer substantiel lors de la conclusion du bail ultérieur<sup>1911</sup>.

**643.** En conclusion, M. Tixier a très justement écrit que l'obligation de remettre les biens en fin de bail au bailleur peut constituer le prix dudit bail, dont la mesure où la valeur de ces constructions mise en rapport avec la durée du démembrement consenti paraît cohérente. En pratique, le montant du loyer ne différencie plus fondamentalement emphytéose et bail à construction. En effet, le canon emphytéotique ou loyer emphytéotique n'est plus nécessairement modique<sup>1912</sup>, et l'éventuel loyer périodique du bail à construction, fixé en numéraire, peut être modique voire inexistant<sup>1913</sup>. De même, le bail à réhabilitation offre la possibilité d'être consenti en l'absence de tout loyer en cours de bail lorsque le bailleur bénéficie en fin de bail et sans indemnisation de travaux très importants. En effet, l'absence de règle gouvernant le régime du prix permet également d'envisager l'absence de loyer en numéraire et la remise de construction en cours ou en fin de bail<sup>1914</sup>. L'article 2.8 de la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991 relative à la loi n° 90-449

---

<sup>1907</sup> Projet de loi n° 909, Séance AN, 27 mai 1964.

<sup>1908</sup> C.A.A. Paris, 3<sup>ème</sup> ch., 19 déc. 1989, JCP G 1991, II, n° 110, note B. Stemmer.

<sup>1909</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 200, p. 173.

<sup>1910</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 19 déc. 1995, n° 94-11.783, n° 1968 P : Bull. civ. I, n° 481 ; JCP éd. N, 1997, Jurispr., p. 95 et note B. Stemmer).

<sup>1911</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 déc. 1995, n° 94-11.783, n° 1968 P, Bull. civ. I, n° 481.

<sup>1912</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 juin 1986, n° 84-17.222, Bull. civ. III, n° 93 ; RD imm. 1987, p. 324 et note J.-L. Bergel : « La modicité de la redevance est un indice de reconnaissance du bail emphytéotique, pas une condition. ».

<sup>1913</sup> Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 19 déc. 1995, n° 94-11.783 : « N'est pas sans cause le bail à construction par lequel un propriétaire met à la disposition du preneur un terrain sans grande valeur vénale et obtient en contrepartie, en fin de bail, la propriété des bâtiments réalisés, rien ne lui interdisant d'exiger un loyer substantiel du gestionnaire en place auquel, à l'expiration du bail, il s'engageait à louer le bien. ».

<sup>1914</sup> HUGOT Jean, Un nouveau-né : le bail à réhabilitation, JCP N 1990, I, n° 36, p. 217.

du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation laisse une grande marge de liberté aux parties, tout en précisant que « de manière générale, il va de soi que l'importance du prix devrait dépendre de l'état initial de l'immeuble et du montant des travaux à la charge du preneur »<sup>1915</sup>. Il s'agit en l'occurrence de rappeler aux parties que l'équilibre économique du contrat doit être préservé, et que ce principe de bon sens doit gouverner les dispositions financières sur lesquelles les parties s'accordent.

## **b- Les spécificités du bail réel immobilier et du bail réel solidaire**

**644.** Le bail réel immobilier se distingue des baux réels immobiliers de longue durée précédemment énoncés car son dispositif prévoit expressément à l'article L. 254-3 du code de la construction et de l'habitation que le preneur doit s'acquitter du paiement d'une redevance dont le montant tient compte des conditions d'occupation des logements, objet du contrat. Ces contrats prévoient dans leur formulation qu'outre la remise en fin de bail des constructions et améliorations réalisées par le preneur sans indemnité, le bail est consenti et accepté moyennant le versement d'un loyer annuel que le preneur s'oblige à payer au bailleur dans des conditions qui sont prévues<sup>1916</sup>. L'article R. 254-7 du code de précité ajoute que l'inexécution par le preneur de ses obligations contractuelles mentionnées aux articles L. 254-1 à L. 254-3 peut conduire à la résiliation du bail réel immobilier. Le non-paiement de la redevance dans les conditions fixées par l'article précité fait partie des incidents pouvant permettre aux parties de demander la résiliation du contrat. Aucune autre possibilité ou aucun autre aménagement étant énoncé par les textes, il peut en être déduit que le bail réel immobilier fait exception aux autres types de baux de longue durée en imposant le règlement d'une redevance dans les conditions de calcul sont par ailleurs imposées. C'est à tort que certains auteurs ont pu assimiler ce type de bail réel immobilier, sur ce point, aux autres types de baux, en estimant que l'obligation financière dont le preneur à la charge envers le bailleur peut également consister en la remise des constructions ou améliorations en fin de bail<sup>1917</sup>.

**645.** Le bail réel solidaire n'autorise pas le versement d'un loyer symbolique. L'article L. 255-8 du code de la construction et de l'habitation prévoit que le preneur s'acquitte du paiement d'une

---

<sup>1915</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>1916</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, JCl. Contrat de bail réel immobilier. Formule.

<sup>1917</sup> PERINET-MARQUET Hugues, JCl Const. Urb., contrats spécifiques, n° 6, note 14.



redevance dont le montant tient compte des conditions d'acquisition du patrimoine par le bailleur, et le cas échéant des conditions financières et techniques de l'opération immobilière projetée. À défaut de paiement de la redevance, le bail est résilié, après indemnisation de la valeur des droits réels immobiliers tenant compte du manquement ayant entraîné la résiliation du bail. La redevance constitue un impératif de ce type de contrat car elle garantit la faisabilité et l'équilibre de l'opération. Au vu de l'objectif visant à favoriser l'accession sociale à la propriété, celle-ci doit être calculée au plus juste, de sorte que le budget du ménage permette de payer l'échéance de crédit, les impôts locaux, et ladite redevance. Celle-ci permet au bailleur de payer sa dette d'acquisition du foncier et une quote-part de frais fixes calculée au plus juste<sup>1918</sup>.

**646.** Mises à part ces deux derniers contrats, l'obligation financière des baux de longue durée est laissée, dans le cadre du respect de l'équilibre économique du contrat, à l'appréciation des parties puisque la loi ne fixe aucune règle précise pour son calcul. Les parties peuvent prévoir plusieurs possibilités, plusieurs mode d'exécution de l'obligation, tant au sujet de l'organisation d'une obligation financière fixée en numéraire, qu'à l'égard de la remise des biens en fin de bail.

## **B- Les conditions d'exécution de l'obligation**

**647.** L'exécution de l'obligation financière est une obligation essentielle des baux de longue durée qui peut consister soit dans un paiement en numéraire (1), soit dans un paiement en nature (2).

### **1- Le paiement en numéraire**

**648.** Dans le cadre de l'analyse du paiement en numéraire qui peut être prévu et supporté par le preneur au bénéfice du bailleur, il est nécessaire de faire une première analyse des modalités du paiement qui doivent être portées à la connaissance des parties(a), pour ensuite étudier plus spécifiquement les questions relatives à la fixation d'un indice de révision (b).

---

<sup>1918</sup> ROUSSEL Frédéric, Les baux réels solidaires en dix questions, Defrénois 15 sept. 2016, n° 124e6, p. 867 ; VALETTE Charlotte, L'économie des baux réels solidaires, AJDI 2016. 751.

## a- Les modalités

**649.** Il a été démontré que l'exécution de l'obligation financière de l'emphytéose (de droit privé et droit public), du bail à construction et du bail à réhabilitation peut soit être uniquement constituer par l'apport en nature des travaux réalisés par le preneur, soit résulter en sus d'un paiement en numéraire. Plusieurs possibilités sont envisageables par les parties de ces contrats. Il peut être prévu le versement d'une redevance payable en une fois au moment de la signature ou de façon périodique. Les parties sont entièrement libres de convenir à leur guise des modalités du paiement. Pour exemple, l'article L. 251-5 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à construction évoque le cas du prix périodique payable en espèces mais n'impose pas pour autant ce mode de paiement. Il n'existe pas plus d'obstacle de principe à ce que ces deux systèmes soient combinés en prévoyant un versement en capital au moment de la signature, puis des versements périodiques plus modiques. A ce titre il est conseillé aux parties de prévoir la restitution ou non, d'un prorata de ce loyer au cas où le bail n'atteint pas le terme fixé initialement<sup>1919</sup>. Une telle clause permet d'éviter les contestations des parties qui ne peuvent manquer de compliquer une résiliation anticipée du contrat.

**650.** Par ailleurs, il est important de préciser que les sommes versées au tout début du bail de longue durée ne peuvent être qualifiées de « droit d'entrée »<sup>1920</sup> ou encore de « pas de porte » en référence au bail commercial<sup>1921</sup>. Ces dénominations parfois données par les parties ne changent pas pour autant la nature de ces versements, ou encore celle des contrats en cours. Ils restent des loyers ou redevances qualifiés et reconnues comme tels par la jurisprudence<sup>1922</sup> et les services fiscaux<sup>1923</sup>. Enfin, il peut être ajouté qu'en application de l'article 1342-2 du code civil le loyer peut être versé directement au bailleur mais également à un tiers que ce dernier a expressément désigné. Il a été jugé que le paiement fait à un notaire, conformément aux stipulations du bail à

---

<sup>1919</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 463, p. 221.

<sup>1920</sup> USH, *Les outils de production du foncier en faveur de logement social*, Les Cahiers, n° 158, mars 2014, p. 31 : « Ces baux peuvent être gratuits ou à l'euro symbolique : les pratiques sont diverses. Pour reprendre l'exemple du Grand Lyon, le droit d'entrée (dans le bail) est fixé à 50 % minimum du coût d'acquisition. » ; Cahier repères n° 21, Aménagement, Urbanisme, *Les usages des outils de production foncière pour le logement social*, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, USH, août 2016, p. 142 : « Le bailleur retenu devient l'emphytéose pour un bail de 55 ans environ, par un droit d'entrée de +/- 50 % du coût d'acquisition du bien. Le bailleur social réhabilite le bien et loue à ses locataires les logements (PLUS, PLAI). Le bailleur social paie à la collectivité un loyer sur les 15 dernières années, de l'ordre de 17 000 € /an en moyenne. A la fin du bail, le bien est rétrocédé à la collectivité. »

<sup>1921</sup> C.E. 20 oct. 1978, JCP N 1979, I, p. 232.

<sup>1922</sup> Idem.

<sup>1923</sup> C.E., 27 juillet 1979, n° 10775 : Dr. Adm. 10 mars 1999, 5 D-123, n° 11 ; Doc. prat. Francis Lefevre FONC-III-1835.

construction qui prévoient également que le bailleur délègue la totalité des loyers de façon irrévocable au profit des créanciers inscrits, est libératoire<sup>1924</sup>.

**651.** Quant au bail réel immobilier, son dispositif prévoit à l'article R. 254-5 du code de la construction et de l'habitation une méthode de calcul de la valeur des droits réels afférents aux logements, objets du bail. Cette méthode<sup>1925</sup> tient compte du caractère temporaire de la propriété tout en ayant pour objectif de maintenir les logements concernés dans le parc intermédiaire. Elle porte sur les droits réels afférents aux seuls logements objets du bail, et non sur les surfaces accessoires. La solution consiste à appliquer la formule de calcul de la valeur d'un droit réel, appelé méthode de capitalisation à durée limitée de l'économie de loyers. Il s'agit de déterminer un taux de capitalisation fondé sur des données observées sur le marché libre, puis d'appliquer ce taux de capitalisation au loyer plafonné du logement intermédiaire. Ce calcul établit un plafond de prix qui permet au bailleur de calculer un montant de redevance. Par ailleurs celui-ci peut différencier les prix de logement en fonction des étages, exposition, etc.<sup>1926</sup>. Cette méthode de calcul permet de réguler le prix de cession tout en prenant en considération l'évolution des prix du marché. Cette prise en compte atténue l'abaissement du prix par l'effet de l'écoulement du temps de vie du bail mais ce mode de calcul ne peut éviter qu'à l'approche du terme la valeur de cession des droits réels se rapprochent de la valeur locative<sup>1927</sup>. En outre, l'article L. 254-3 alinéa 2 du code précité énonce que le bail réel immobilier peut prévoir l'obligation pour le preneur de se libérer, par avance, du paiement de la redevance, pour tout ou partie de la durée du bail. Le paiement de la redevance de façon capitalisée présente notamment un intérêt dans le cas d'un

<sup>1924</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 avril 2007, n° 06-10.283.

<sup>1925</sup> Formule de calcul de la valeur des droits réels : Lors de la cession l'année N, la valeur du droit réel est calculée selon la formule suivante :

$$V_N = \frac{VL_N * (1 - (1 + t_N)^{-n})}{t_N}$$

Pour l'application de cette formule : VN est le plafond de la valeur des droits réels afférents aux logements l'année N en cours ; VLN est la valeur locative annuelle pour l'année N en cours.

Elle est prise en compte dans la limite du plafond de loyer mensuel fixé pour l'année considérée par l'article 2 terdecies D de l'annexe III au CGI ; n est la durée résiduelle du bail restant à courir exprimée en année. Cette durée est évaluée par le nombre d'années restant à courir jusqu'à la fin du bail, à compter de la prochaine date d'anniversaire du bail suivant la date de la cession ; - tN est le taux de capitalisation annuel défini pour l'année N en cours par la formule suivante :

$$t_N = \frac{(Valeur\ du\ loyer\ annuel\ moyen\ au\ m^2)_N}{(Valeur\ de\ la\ vente\ moyenne\ au\ m^2)_N}$$

Pour l'application de cette formule, on entend par : la valeur du loyer annuel moyen au mètre carré pour l'année N en cours, la dernière valeur disponible auprès des observatoires locaux des loyers définis à l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 pour la zone considérée ; la valeur de la vente moyenne au mètre carré pour l'année N en cours.

<sup>1926</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N.I. n° 27, 8 juillet 2016, act. 827.

<sup>1927</sup> POUmarede Matthieu, Entrée en vigueur du bail réel immobilier, RDI 2016. 546.

« BRILO accession ». En effet, dans cette hypothèse, la redevance est payée intégralement dès la conclusion du bail par le promoteur immobilier, lequel intègre ensuite cette somme dans le prix des logements. De cette façon, l'accédant n'a pas à verser un loyer régulier et se trouve dans la même situation que n'importe quel acquéreur de logement<sup>1928</sup>.

**652.** Le preneur du bail réel solidaire doit s'acquitter du paiement de la redevance fixée au bail. Conformément au dispositif prévu, le montant de la redevance tient compte des conditions d'acquisition du patrimoine par le bailleur, qui a pu par ailleurs profiter d'une décote « logement social »<sup>1929</sup>, des conditions financières et techniques de l'opération et éventuellement des conditions d'occupation des logements objets des baux réels solidaires. L'objectif de ce dernier contrat étant de loger des personnes modestes cette redevance doit être modique. En outre, le bail réel solidaire peut être conclu par l'organisme de foncier solidaire avec un opérateur, par exemple un bailleur social, qui s'engage à céder les droits réels afférents aux logements. Ces derniers deviennent alors les preneurs au bail réel solidaire. Dans cette hypothèse, il est prévu que chacun des cessionnaires signe un nouveau bail réel solidaire avec l'organisme de foncier solidaire. Contrairement au bail réel immobilier qui s'éteint à la date initialement prévue, le bail réel solidaire initial a vocation à disparaître au profit d'une multitude de baux réels solidaires conclus entre le bailleur, organisme de foncier solidaire, et chaque preneur-acquéreur.

**653.** En cas de cession des droits réels afférents au logement par le preneur, le cessionnaire voit la durée de ce nouveau bail prorogée de plein, afin de permettre à tout nouveau preneur de bénéficier de droits réels immobiliers afférents au logement d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial. Ce mécanisme permet de garantir dans le temps la valeur des droits réels immobiliers afférents au logement<sup>1930</sup>. Il s'agit là, selon le compte-rendu du conseil des ministres du 19 juillet 2016 de « l'innovation juridique du bail réel solidaire » qui doit offrir « aux ménages modestes le moyen de se constituer un patrimoine immobilier, même si la valeur de cession est plafonnée afin de permettre à un nouveau ménage modeste de se porter acquéreur ». De plus, la valeur des droits réels cédés est encadrée. Le prix de cession est calculé sur la base du prix d'acquisition qui doit être

---

<sup>1928</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, JCl. Const. Urb., Fasc. 108 : Bail réel immobilier, n° 12.

<sup>1929</sup> Afin de favoriser la vente aux collectivités publiques d'immeubles et terrains appartenant au domaine privé de l'État et de ses établissements publics, y compris les logements soumis à un bail réel solidaire, l'art. 23 de la loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN, révisé la procédure de décote en prévoyant que la vente intervient à l'amiable avec une décote à un prix inférieur à leur valeur vénale pour permettre la réalisation d'opérations d'aménagements, comprenant notamment des logements. Déterminée par le directeur départemental des finances publiques (art. R. 3211-13 du CGPPP), la baisse consentie sur le prix s'applique pour la partie du foncier accueillant du logement social. Elle est encadrée suivant le type de logement social, la zone de tension du logement, et prend aussi en compte le contexte local, dont l'état du marché de l'immobilier.

<sup>1930</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544.

actualisé et majoré de la valorisation des travaux effectués entre l'acquisition et la cession. Le prix convenu, y compris T.V.A. en vigueur au moment de la mutation, ne peut excéder celui fixé par le plafond de prix de cession initial des droits réels<sup>1931</sup>. Cette disposition anti-spéculative constitue un des éléments essentiels du bail réel solidaire car elle permet d'assurer la pérennité du dispositif en faveur des ménages modestes.

## **b- L'indice de révision**

**654.** Les parties, ayant convenu de stipuler un loyer périodique payable en espèces, ont la possibilité d'affecter ledit loyer d'un coefficient révisable. Il a été précisé par la Cour de cassation que les parties doivent, si elles souhaitent une telle indexation, veiller à ce que cette disposition soit intégrée dans l'acte car le notaire ne peut être tenu pour responsable de l'absence de clause d'indexation du loyer d'un bail de longue durée, en l'occurrence un bail à construction, lorsqu'il n'est pas démontré que le locataire aurait accepté une telle clause<sup>1932</sup>. Il est de jurisprudence constante que les tribunaux refusent d'accorder la revalorisation de créances lorsque que celle-ci n'a pas été prévue au contrat<sup>1933</sup>, de sorte que la variation du montant du loyer au cours de bail dépend de la convention des parties, et en conséquence l'augmentation ne peut excéder la variation de l'indice choisi.

**655.** Cependant, les parties ne peuvent prévoir une telle indexation totalement librement. Concernant plus particulièrement le bail emphytéotique, la Cour de cassation a rappelé que les dispositions des articles L. 145-3 et L. 145-33 du code de commerce ne s'appliquent pas au loyer de l'emphytéose prévu à l'article L. 451-3 du code rural au terme duquel le preneur, titulaire d'un droit réel pendant sa durée, ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement ni d'aucune indemnité d'éviction<sup>1934</sup>. En effet, la qualification de bail emphytéotique emporte l'exclusion des règles du bail commercial. En conséquence, le bailleur ne peut demander la révision et la fixation judiciaire de la redevance du bail emphytéotique en se prévalant des articles L. 145-33 et suivants relatifs au loyer des baux commerciaux. Toutefois, il est admis que lorsque le fonds loué comporte des bâtiments, les parties peuvent, par exemple, se référer à l'indice INSEE du coût de la

---

<sup>1931</sup> Art. L. 255-5 al. 1<sup>er</sup> du C.C.H. ; Art. R. 255-3 du C.C.H. créé par le décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017 relatif au bail réel solidaire, JORF du 11 mai 2017.

<sup>1932</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 fév. 2013, Act. imm. Jurid. et fisc. 2013, Lefèvre Pelletier & associés, 15<sup>ème</sup> éd., janv. 2014, p. 10.

<sup>1933</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit Civil : les obligations, SIREY, 17<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 493, p. 187.

<sup>1934</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2014, n° 12-19.270 ; obs. Prigent, Dalloz actualité 18 mars 2014.

construction<sup>1935</sup>. De même, concernant le bail à construction, la Cour de cassation a validé l'indexation à ce même indice, tout en précisant que les parties sont libre d'en fixer un point de départ différent de celui prévu à l'article L. 251-5 alinéa 2 du code de la construction et de l'habitation<sup>1936</sup>. Les dispositions de cet article prévoyant l'application d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux ne sont pas d'ordre public.

**656.** En outre, concernant plus particulièrement le bail à construction, il est par ailleurs possible de noter une évolution de la législation relative à l'indexation. En effet, il a été énoncé que l'actuel article L. 251-5 du code précité prévoit la possibilité de fixer une indexation, mais ce même article a prévu dans sa formulation antérieure à la loi n° 79-17 du 3 janvier 1979 portant diverses dispositions relatives aux loyers et aux sociétés immobilières conventionnées et modifiant le code de la construction et de l'habitation<sup>1937</sup>, une indexation obligatoire qui reste applicable aux baux en cours au 5 janvier 1979. Selon cette ancienne disposition, à chaque période triennale, l'augmentation du loyer ne peut en aucun cas être inférieure à ce qu'elle serait si la variation était basée sur l'indice du coût de la construction. Si par l'effet de dispositions législatives, les revenus du preneur sont limités, le preneur peut demander la révision amiable ou judiciaire du loyer qui porte au plus sur la différence entre le loyer calculé sur la base de l'indice du coût de la construction et ce même loyer calculé en lui appliquant le taux d'augmentation autorisé pour les loyers civils et commerciaux composant le revenu du preneur<sup>1938</sup>.

**657.** Enfin, il faut préciser que la jurisprudence a également admis que les parties d'un bail de longue durée peuvent prévoir une révision automatique du loyer indépendante d'un mécanisme d'indexation<sup>1939</sup>. En l'occurrence, la Cour de cassation a validé dans le cadre d'un bail à construction, une stipulation prévoyant une revalorisation annuelle et automatique à la date anniversaire du bail, en fonction de l'augmentation du coût de l'indice national de la construction publié par l'INSEE, pourvu d'une « garantie » d'augmentation « minimale » de loyer ne pouvant jamais être inférieure à 10 % du loyer de l'année précédente. La clause d'indexation n'est pas la seule mesure possible permettant de faire évoluer le montant du loyer. Aussi, peut-il être imaginé le calcul d'un loyer qui fluctue entre les périodes d'occupation ou de vacance des logements objet du bail de longue durée, ou entre les différentes campagnes de travaux d'entretien et de

---

<sup>1935</sup> JCl. Géomètre-Expert, Fasc. 10, n° 35.

<sup>1936</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1981, n° 79-13960 ; Bull. civ. III, n° 45.

<sup>1937</sup> Loi du 3 janv. 1979, n° 79-17, portant diverses dispositions relatives aux loyers et aux sociétés immobilières conventionnées et modifiant le CCH, JORF du 4 janv. 1979, art. 9, I et II.

<sup>1938</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 471, p. 225.

<sup>1939</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 juillet 2000, n° 98-22127.

réparations qui peuvent être prévues par le preneur. Il est également possible d'envisager un montant de loyer qui évolue au fil de l'amortissement financier du bien. Plusieurs éventualités peuvent être envisagées dans la mesure où l'équilibre économique des contrats et leur qualification ne puissent être remise en question. Par ailleurs, il faut rappeler que concernant le bail réel solidaire et le bail réel immobilier, de telles indexations paraissent également possible mais uniquement dans la mesure où les loyers et prix de cession respectent les plafonds qui leurs sont imposés par les textes.

## **2- Le paiement en nature**

**658.** Le choix de cette nature de règlement peut être laissé à la liberté des parties des baux de longue durée. Aussi, il est nécessaire d'en vérifier la validité avec les dispositions des baux de longue durée (a), pour ensuite analyser sa qualification (b).

### **a- La validité du paiement**

**659.** Dans le cadre du contrat de louage, la jurisprudence<sup>1940</sup> et la doctrine<sup>1941</sup> admettent en application de l'article 1728 du code civil que le prix du bail peut être payé en nature. Le preneur peut s'engager à effectuer des travaux immobiliers sur l'immeuble qu'il occupe ou sur un autre immeuble dont son bailleur est propriétaire. Il est également possible de fixer comme prix du bail des prestations de nature très diverses, tel que des travaux de labourage ou de fumures<sup>1942</sup>. Cependant, les parties doivent veiller à ce que l'ampleur des travaux réalisés ne puisse conférer un caractère prédominant au contrat, sous peine de dénaturer le contrat initial et de risquer sa requalification en contrat de travail, contrat d'entreprise ou vente d'immeuble à construire. C'est ce même écueil que les parties des emphytéoses, baux à construction et baux à réhabilitation doivent éviter<sup>1943</sup>. En effet, l'obligation financière peut consister en un règlement en nature. La doctrine reconnaît qu'en contrepartie de la jouissance de l'immeuble, l'emphytéote paie au

---

<sup>1940</sup> Cass. soc., 6 fév. 1985 ; Bull. civ. V, n° 89.

<sup>1941</sup> J. Cl. Notarial Formulaire, Bail, fasc. 1, n° 6.

<sup>1942</sup> PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 1932, t. X, n° 471.

<sup>1943</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 478, p. 227 ; USH, Solutions de Démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, 3.3, p. 15.

bailleur une redevance, aussi appelée canon emphytéotique, qui peut être fixée en numéraire, en denrées<sup>1944</sup>, ou encore consister en la remise de locaux dans l'immeuble à construire<sup>1945</sup>.

**660.** Quant au bail à construction, l'article L. 251-5 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la construction et de l'habitation dispose expressément que le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles. La liberté des parties est totale à cet égard. Il est possible, à défaut de toute indication dans la loi, de donner à titre de loyer un ou plusieurs lots dépendant de l'immeuble construit par le preneur, ce qui engendre en général une copropriété entre les deux parties<sup>1946</sup>.

**661.** Le régime du bail à réhabilitation présente également, sur ce même sujet, une certaine souplesse<sup>1947</sup>. L'exécution de son obligation financière permet également d'envisager la possibilité d'un paiement en nature puisqu'aucune disposition ne s'y oppose. Pour aller plus loin, il est possible de faire référence au régime fiscal de ce type de bail de longue durée qui prévoit à l'article 33 quinquies du code général des impôts que les loyers et prestations de toute nature qui constituent le prix du bail à réhabilitation ont le caractère de revenus fonciers<sup>1948</sup>.

**662.** Il apparaît que le règlement du loyer de ces baux puisse se présenter sous forme numéraire ou sous la forme de diverses prestations. En effet, il est tout à fait envisageable que le bailleur exprime le souhait de vouloir profiter des travaux entrepris par le preneur afin de faire réaménager, réhabiliter ou construire une autre partie de l'immeuble qui lui appartient et qui ne fait pas l'objet du bail réel immobilier de longue durée ou encore un autre immeuble complètement indépendant de l'objet dudit bail. L'avantage est double car d'une part le bailleur jouit de l'occasion pour faire entreprendre des travaux qu'il n'aurait pas pu ou voulu réaliser, et en conséquence bénéficie du savoir-faire du preneur, et d'autre part, cette opportunité permet au bailleur de préserver ses capacités financières. Cependant, ce mode de réalisation de l'obligation financière semble peu choisi par les bailleurs sociaux preneurs de tels baux. En effet, ces organismes sociaux ne souhaitent pas encourir les responsabilités que peut engendrer un tel

---

<sup>1944</sup> Étude 24 – Gestion de l'immobilier – Magali Serror-Fienberg ; Œuvre collective sous la direction de Philippe-Henri Dutheil – 2016 Actualisation - janv. 2018.

<sup>1945</sup> Dossier 140 – Bail emphytéotique (droit privé) – Corinne Saint-Alary-Houin – Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud – Dalloz.fr, 2013, n° 140.280.

<sup>1946</sup> STEMMER Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, JCl. Const. Urb., Fasc. 110 : Bail à construction, n° 26.

<sup>1947</sup> HUGOT Jean, Un nouveau-né : le bail à réhabilitation, JCP N I n° 24, 15 juin 1990, 100816.

<sup>1948</sup> D-1-99, Bail à réhabilitation, Régime fiscal. Dispositions applicables au terme du bail. Exonération des travaux de construction, de reconstruction ou d'agrandissement réalisés par le preneur. art. 49 de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (loi n° 98-657 du 29 juillet 1998), BO Impôt du 7 janv. 1999, n° 4.



paiement en nature autre que la remise de l'objet du bail à terme. Il peut paraître plus simple et rapide de favoriser un paiement en numéraire. Toutefois, il faut noter qu'au vue des difficultés financières rencontrées par les organismes sociaux pour atteindre l'équilibre économique de leurs opérations de construction ou réhabilitation<sup>1949</sup>, ce type de règlement de leur obligation financière présente un intérêt certain et mérite d'être étudié avec plus d'attentions.

## **b- La nature du paiement**

**663.** Le paiement en nature dans le cadre des baux de longue durée sus-désignés, par exemple par la remise des constructions en fin de bail, peut éteindre l'obligation financière des contrats. Cependant, il reste à déterminer si cette extinction de l'obligation est réalisée par satisfaction directe, c'est-à-dire si elle constitue le véritable mode de paiement ou par satisfaction indirecte avec une dation en paiement. En effet, dans la dation en paiement le créancier, en l'espèce le bailleur, reçoit une satisfaction différente de celle que l'obligation a pour objet<sup>1950</sup>. C'est le fait de donner en paiement au créancier autre chose que ce qui lui est dû<sup>1951</sup>. En l'occurrence, il s'agit de remplacer le paiement d'un loyer ou d'une somme préalablement convenue en numéraire par une remise en nature. Effectivement, la dation est réalisée, avec l'accord du créancier, au moyen de la transmission de la propriété d'un bien mobilier, corporel ou incorporel, ou immobilier<sup>1952</sup>. Cette qualification du paiement en nature est parfois utilisée par les parties au contrat, et ce fut notamment le cas pour le paiement partiel d'un preneur d'un bail à construction s'exécutant par la remise de locaux et de parking<sup>1953</sup>.

**664.** Cependant, M. Tixier énonce que ce mode de règlement de l'obligation financière n'a pas la nature d'une dation en paiement, et la lecture des différentes dispositions relatives aux baux de longue durée sur ce point ne permet aucun doute<sup>1954</sup>. Le prix du bail n'est pas converti en remise d'immeuble mais peut consister en une telle remise convenue dans l'acte. En conséquence, aucune règle relative à la dation n'a vocation à régir la remise consentie. Les dispositions de l'article L. 632-1 du code du commerce qui énoncent que la dation en paiement est nulle lorsqu'elle est réglée

---

<sup>1949</sup> Actualités Habitat n° 1073 du 28 fév. 2018, La maîtrise d'ouvrage sociale, fondement du Mouvement Hlm, p. 10.

<sup>1950</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les Obligations, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 1179, p. 649.

<sup>1951</sup> BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 792, p. 611.

<sup>1952</sup> BOUTTIER François, JCI notarial, Dation en paiement, fasc. 10.

<sup>1953</sup> C.A. de Paris, 25 mars 2016, n° 13/02190.

<sup>1954</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 481, p. 229.

par un débiteur en période suspecte car elle manifeste son intention de procurer un avantage en nature à un créancier qui ne peut plus être payé selon le mode prévu ne peuvent pas être appliquées. Il en est de même pour la nullité de l'article L. 621-107 du code précité applicable en procédures collectives, qui frappant la dation en paiement comme mode anormal de paiement, a pour effet la restitution de la chose au débiteur. Etant établi que le paiement en nature du preneur d'un bail de longue durée n'est pas une dation, il échappe aux effets ci-dessus énoncés.

## Section 2- La déclinaison des obligations

**665.** Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée a des obligations, ou prérogatives, étendues qui peuvent donner à ce contrat l'apparence d'un ersatz de la propriété<sup>1955</sup>. Les droits et obligations de ce dernier sont la démonstration du caractère réel du droit de jouissance qui lui est conféré, et constituent tout l'intérêt et la particularité de ces contrats spéciaux. Malaurie et M. Aynès ont pu écrire à leur sujet que « l'essentiel n'est pas la jouissance de l'immeuble, mais sa mise en valeur ; la jouissance n'est qu'un moyen d'y parvenir »<sup>1956</sup>. Les propriétaires-bailleurs y voient leur intérêt car leur bien est valorisé dans le cadre de ces baux sans pour autant l'aliéner totalement et sans en avoir à assumer les charges<sup>1957</sup>. Les obligations des baux réels immobiliers de longue durée, qui concourent à la valorisation du bien immobilier, sont déclinées en fonction de leurs affectations socio-économiques respectives. Elles sont de deux natures. Il est en effet question de l'obligation d'édifier (§1), et de l'obligation de réhabiliter (§2).

---

<sup>1955</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, [315], p. 479.

<sup>1956</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, Collection Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 620, p. 343.

<sup>1957</sup> FAURE-ABBAD Marianne, *Droit de la Construction*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 600, p. 233.

## **§1- L'obligation d'édifier**

**666.** Obligation principale et essentielle du bail à construction<sup>1958</sup>, l'obligation d'édifier peut également être présente dans le cadre du bail emphytéotique administratif, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, alors qu'il ne peut être question que d'une possibilité laissée à l'emphytéote dans le cadre du bail emphytéotique. Elle constitue par ailleurs, dans la plupart des montages juridiques immobiliers auxquels les bailleurs sociaux ont recours, l'élément central de l'opération, tant au niveau technique que financier. Les parties au contrat doivent prendre pleinement connaissance des spécificités qui contribuent à la détermination de l'obligation (A), pour ensuite se pencher sur les conditions de son exécution étudiées dans le cadre de sa mise en œuvre (B).

### **A- La détermination de l'obligation**

**667.** L'obligation d'édifier est une spécificité des baux de longue durée qui permet notamment de les distinguer du bail classique dans lequel le preneur n'a, en principe, pas le droit de construire. Elle constitue une obligation décisive qui doit être justement qualifiée (1), d'autant plus qu'elle participe, à la lumière des principales caractéristiques de ces contrats spéciaux, à la qualification même du contrat (2).

#### **1- Les enjeux de la qualification de l'obligation**

**668.** Les baux de longue durée sont des contrats spéciaux qui ne peuvent se contenter de répondre aux règles de théorie générale des obligations ou encore se limiter aux dispositions du contrat de louage classique. En l'occurrence, l'obligation d'édifier est caractéristique de ce type de baux, car elle est dans le cadre de l'étude de leur régime, à la fois déterminante (a) et distinctive (b).

---

<sup>1958</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 132.

## a- Une obligation essentielle

**669.** L'objectif de la législation n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation relative au bail à construction est de permettre aux constructeurs de se procurer des terrains à bâtir à une époque où ces biens se font rares<sup>1959</sup>. Ce bail de longue durée a l'intérêt pratique, de permettre, d'une part aux propriétaires de mettre à disposition leurs terrains sans se déposséder et d'autre part aux constructeurs, d'édifier des constructions sans avoir à investir dans le foncier<sup>1960</sup>. En conséquence, il ne peut y avoir de contrat de bail à construction sans engagement du preneur à construire. Cette caractéristique essentielle est affirmée à l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation qui énonce expressément que « le preneur s'engage à titre principal à édifier des constructions sur le terrain du bailleur. » L'obligation de construire est inhérente au bail à construction car elle en est la finalité<sup>1961</sup>.

**670.** Cette obligation qui détermine le champ d'action de ce type de bail de longue durée, permet également de procéder à sa qualification<sup>1962</sup>. Les juges ont en tiré plusieurs conclusions. Si la dénomination donnée au contrat par les parties participe à sa qualification et commande, le cas échéant, son rattachement à un régime juridique spécifique, il doit cependant rester l'expression du contenu du contrat. En application de l'article 12 du code de procédure civile, le juge doit « restituer leur exacte qualification aux ... actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », et la jurisprudence applique fidèlement la règle<sup>1963</sup>. Il a alors été énoncé que peu importe l'intitulé du contrat ou encore l'ambiguïté de sa rédaction<sup>1964</sup>, il appartient aux juges de rechercher si l'engagement d'édifier constitue ou non l'élément essentiel du contrat. Que le contrat soit qualifié par les parties de bail commercial<sup>1965</sup>, de bail emphytéotique<sup>1966</sup> ou de bail d'habitation ordinaire<sup>1967</sup>, l'obligation de construire imposée au preneur fait prévaloir la qualification de bail à construction sur tout autre qualification du contrat<sup>1968</sup>. Les juges ont pu en

---

<sup>1959</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>1960</sup> CHEUVREUX Notaires, Du côté de l'entrepreneur : Le bail à construction, Conseil, 2014.01.01.

<sup>1961</sup> CRUVELIER Emmanuel, JCl Fiscalité immobilière, Fasc. 765 : Bail à construction, n° 3.

<sup>1962</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-21292, R.D.I. 2008. 215, JCP N 2008, n° 15, p. 19, note J.-P. Garçon, RJDA 2008, n° 620 ; TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 13, p. 10 ; FAURE-ABBAD Marianne, Droit de la Construction, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 609, p. 239.

<sup>1963</sup> RAYNARD. J., Technique contractuelle, JCP Entreprise et Affaires n° 12, 25 mars 1993, 231.

<sup>1964</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 oct. 2010, n° 09-16560, Ed. Législ., Etude du Bail à Construction, n° 22.

<sup>1965</sup> C.A. de Paris, 16<sup>ème</sup> ch., 6 sept. 2000, n° 1998/02554, AJOI 2000 p. 9551.

<sup>1966</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 nov. 1991, n° 90-20725.

<sup>1967</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 mai 1992, n° 90-13.598.

<sup>1968</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2010, n° 09-14.387.

conclure que tel n'est pas le cas si le bail laisse penser que la seule obligation du preneur est le paiement des loyers et non celle de construire<sup>1969</sup>. En conséquence, la Cour d'appel d'Aix en Provence a très justement retenu dans un arrêt du 17 janvier 1987 qu'un preneur « n'ayant pas l'obligation de construire, le bail n'est pas à construction »<sup>1970</sup>.

## **b- Une obligation distincte**

**671.** L'introduction au contrat de l'obligation d'édifier permet également de distinguer le bail à construction d'un autre type de bail de longue durée qui offre plus de souplesse d'action au preneur<sup>1971</sup>. En effet l'article L.451-7 du code rural et de la pêche maritime relatif au bail emphytéotique précise simplement que le preneur ne peut opérer sur le fonds aucun changement qui en diminue la valeur, et que si celui-ci fait des constructions qui augmentent la valeur du fonds, il ne peut les détruire, ni réclamer à cet égard aucune indemnité. Ces dispositions font référence à une possibilité dont le preneur peut se saisir mais absolument pas d'une obligation<sup>1972</sup>. C'est en application de ces dispositions que les juges ont déterminé qu'en l'absence d'obligation de construire, le bail doit être qualifié de bail emphytéotique et non de bail à construction<sup>1973</sup>. En conséquence et en application de cette jurisprudence, les juges ont pu décider que « constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail », selon les termes de l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation. Il a été conclu qu'un bail emphytéotique constitue un bail à construction à raison de l'obligation de construire pesant sur les preneurs<sup>1974</sup>.

**672.** Cependant précédemment, la haute juridiction a eu l'occasion d'énoncer que « les obligations souscrites à l'occasion d'un bail emphytéotique peuvent impliquer la charge d'édifier des constructions »<sup>1975</sup>. Il est nécessaire de faire l'analyse de la qualification du bail emphytéotique qui dans son contenu, par l'introduction de clauses spécifiques, donne obligation au preneur de construire. La doctrine ne rend pas un avis unanime sur cette question. En effet, certains auteurs

---

<sup>1969</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 oct. 2010, n° 09-16.560.

<sup>1970</sup> C.A. Aix en Provence, Ch. 11, 17 janv. 1987, n° 1987-047255.

<sup>1971</sup> FAURE-ABBAD Marianne, Droit de la Construction, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 611, p. 239 et 240.

<sup>1972</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2001, n° 99-20.871, Bull. civ III, n° 142, Constr.-urb. 2002, comm. 35.

<sup>1973</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2016, n° 15-21.381 et 15-22.374, Loyers et Copropriété n° 11, nov. 2016, comm. 228, Commentaires par Béatrice VIAL-PEDROLETTI.

<sup>1974</sup> C.A. Paris, 24 fév. 2005, n° 2005-267065, comm. 136 de D. Sizaire, Constr. – Urb. n° 6, juin 2005.

<sup>1975</sup> Cass., 11 nov. 1861, DP 1862 p. 444.

ont pu écrire que l'emphytéote « n'a pas, sauf clauses contraires expresses, l'obligation de construire »<sup>1976</sup>. De même, l'Union sociale pour l'habitat<sup>1977</sup> précise que les parties peuvent convenir de l'engagement de l'emphytéote à construire à condition toutefois que cette obligation ne soit pas déterminante dans le cadre du contrat<sup>1978</sup>. Dans une logique similaire, le congrès des notaires de France ayant admis qu'aucune disposition légale ne tranche directement cette question, énonce qu'en conséquence il semble judicieux d'imposer conventionnellement une obligation d'amélioration au preneur<sup>1979</sup>. Cependant, il est également conseillé au rédacteur d'éviter de stipuler une obligation principale de construction, celle-ci étant qualifiée de « digue » protégeant l'emphytéose d'une requalification en bail à construction. A l'inverse, M. Tixier estime que si un bail de longue durée oblige le preneur à construire, dans la mesure où celui-ci présente les autres caractéristiques essentielles, il ne peut s'agir que d'un bail à construction<sup>1980</sup>. Pour cet auteur, la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation a imposé indirectement une distinction entre le bail à construction et l'emphytéose, et a finalement contribué à en redéfinir les champs d'application<sup>1981</sup>.

**673.** Enfin, si le bail emphytéotique de droit privé ne peut obliger le preneur à construire, le bail emphytéotique administratif peut « imposer au preneur des obligations tenant à l'utilisation qu'il fera du bien mis à sa disposition »<sup>1982</sup>. Le bail emphytéotique administratif se rapproche ainsi du bail à construction de droit privé.

**674.** En définitive, il ne peut être conseillé qu'une grande prudence quant à la rédaction de ces obligations. Il paraît peu évident d'imposer une obligation de construire dans le cadre du bail emphytéotique de droit privé sans la présenter comme une obligation principale. En effet, cette construction constitue bien évidemment l'intérêt central du contrat, tant pour le preneur qui en assure l'exploitation et profite de ces fruits, que pour le bailleur qui bénéficie, à terme, d'une accession en propriété du bien réalisé. Il faut rappeler également que cette opportunité laissée au preneur d'améliorer le fonds dans le cadre de l'emphytéose doit être scrupuleusement respectée. En conséquence, un bailleur ne peut obtenir la résiliation du bail emphytéotique qu'il a concédé

---

<sup>1976</sup> PERINET-MARQUET Hugues, Synthèse - Contrats spécifiques, JCl. Constr. et Urb., 1<sup>er</sup> oct. 2017.

<sup>1977</sup> USH est l'organisation représentative du secteur Hlm qui représente quelque 720 organismes Hlm à travers 5 fédérations.

<sup>1978</sup> USH, Les cahiers, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, n° 151, avril 2013, p. 23.

<sup>1979</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 51.

<sup>1980</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 16, p. 11.

<sup>1981</sup> Loi n° 64-1247 du 16 déc. 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

<sup>1982</sup> C.E. 25 fév. 1994, Sofap-Marignan Immobilier, Jurisdata n° 1994-040511.

sur son terrain, aux seuls motifs que le preneur n'a pas pris le soin d'obtenir son accord pour construire<sup>1983</sup>. Si l'obligation de construire ne peut être imposée, il n'est également pas question d'empêcher le preneur de réaliser tous travaux de construction ou de démolition, et ce quelque soit la dénomination donnée au contrat par les parties. Le contrat ne peut être qualifié de bail emphytéotique<sup>1984</sup>.

**675.** Par ailleurs, il convient de noter le caractère multiforme du bail réel immobilier<sup>1985</sup> et du bail réel solidaire<sup>1986</sup> qui autorise à la fois la construction mais également la réhabilitation<sup>1987</sup>. Les dispositions sont très claires. A ce titre, il est même conseillé, dans le cadre du bail réel immobilier, de bien reproduire les obligations de construction ou de réhabilitation prévus à l'article L. 254-1 du code précité<sup>1988</sup>. Ces baux ont pour point commun avec le bail à construction de pouvoir prévoir la construction de logements et d'en faire, n'en pas une simple faculté, mais une véritable obligation prévue au contrat. Nonobstant, le bail à construction reste le seul bail réel immobilier de longue durée dont la seule et unique finalité est constituée par l'obligation de construire<sup>1989</sup>.

**676.** C'est parce que l'obligation d'édifier est caractéristique du régime des baux de longue durée, et notamment du bail à construction, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, qu'elle constitue un élément essentiel mais pas exclusif de la qualification des contrats.

## **2- Les effets de la qualification de l'obligation**

**677.** Il peut parfois être tentant pour les parties d'un contrat de chercher à s'écarter d'un régime juridique et fiscal jugé peu attractif. Aussi, il appartient aux tribunaux de vérifier la qualification d'un contrat qui n'a finalement que l'apparence d'un bail de longue, notamment par l'introduction d'une obligation d'édifier. Il est nécessaire d'identifier les éléments caractéristiques complémentaires (a) et essentielles (b) à la qualification du contrat.

---

<sup>1983</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 2016, n° 15-22.416, obs. Pelet, Dalloz act.11 janv. 2017.

<sup>1984</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992, n° 89-19227, RJDA 12/92 n° 1113.

<sup>1985</sup> Art. L. 254-1 C.C.H.

<sup>1986</sup> Art. L. 255-1 C.C.H.

<sup>1987</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 1142.

<sup>1988</sup> CHEUVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Fasc. 108 : Bail réel immobilier, JCl. Const. Urb., oct. 2017, n° 50.

<sup>1989</sup> PICARD Josselin, LPA du 22/11/2016, n° 233, p. 6.

## a- Un critère non-exclusif

**678.** La qualification doit traduire la volonté réelle des parties<sup>1990</sup>. Cependant parfois celles-ci n'ont pas pris la peine de qualifier le contrat, ou la qualification est inexacte du fait de l'ignorance des cocontractants ou de leur désir d'échapper à certaines règles impératives, notamment fiscale<sup>1991</sup>. Le bail à construction n'est pas toujours conclu en considération de son mécanisme contractuel et de ces caractéristiques essentielles<sup>1992</sup>. L'attrait fiscal ou encore la volonté d'échapper au droit de préemption suffisent parfois pour convaincre les parties d'intituler un acte « bail à construction » et d'y inclure une obligation de construction alors qu'il n'en est pas un.

**679.** L'obligation d'édifier du bail à construction ne constitue pas le critère exclusif qui emporte la qualification du contrat car les autres critères nécessaires et spécifiques doivent être également cumulés<sup>1993</sup>. Comme le précise également M. Tixier il doit être recherché la présence des principales caractéristiques de ces baux de longue durée et ce afin d'en faire une juste qualification<sup>1994</sup>. Un contrat, qualifié de bail qui octroie expressément un droit réel immobilier, librement cessible et hypothécable, d'une durée supérieure à 18 ans, ne contenant pas de possibilité de congé en faveur du bailleur au cours de la durée dudit bail, peut être qualifié de bail de longue durée comme il est entendu dans cette étude.

**680.** Pour exemple, il résulte de l'article L.451-1 du code rural que le bail emphytéotique confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque. Ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Il doit être consenti pour plus de 18 années, ne peut dépasser 99 ans, et ne peut se prolonger par tacite reconduction. La qualification de bail emphytéotique suppose également la réunion des deux éléments essentiels que sont la durée du bail et la création d'un droit réel librement cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque. C'est à juste titre que la Cour d'appel d'Amiens considérant que le premier juge, ayant constaté qu'un acte prévoyant que le bail peut prendre fin à l'issue des 16 années qui suivent sa conclusion, et qu'il ne constitue pas de droit réel au profit du preneur comme la faculté de constituer hypothèque ou de sous-louer, en a déduit qu'il ne s'agit pas d'une promesse de bail emphytéotique<sup>1995</sup>. En effet, la possibilité laissée

---

<sup>1990</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, Collect. Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 16, p. 14.

<sup>1991</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, Collect. Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 17, p. 14.

<sup>1992</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 201, p. 105.

<sup>1993</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 14, p. 10.

<sup>1994</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 16, p. 11.

<sup>1995</sup> C.A. Amiens, 1<sup>er</sup> Ch. civ., 2 juillet 2015, RG n° 14/00167.



au preneur de réaliser des constructions ou divers aménagements ne suffit pas à emporter la qualification du contrat.

## **b- Des caractéristiques fondamentales**

**681.** Un bail même de longue durée contenant obligation d'édifier n'est pas nécessairement un bail à construction, de même qu'un bail de longue durée qui en laisse la possibilité au preneur n'est pas systématiquement un bail emphytéotique. Cependant, Malaurie et M. Aynes, estiment que « tout se passe comme si les mêmes baux pouvaient, au gré des parties, conférer un droit réel ou seulement un droit personnel, et se trouver soumis ou échapper au statut des baux à loyer »<sup>1996</sup>. Dans la mesure où le statut des baux commerciaux est susceptible de s'appliquer à des terrains sur lesquels des bâtiments sont édifiés par le preneur en vue de l'exercice de ses activités commerciales<sup>1997</sup>, il est inévitable que des conflits surgissent à propos de la qualification du contrat<sup>1998</sup>. Le preneur est tenté de se prévaloir, en cours de bail ou à l'expiration de celui-ci, du droit au renouvellement découlant du statut des baux commerciaux, alors que le caractère de bail de longue durée du bail l'exclut<sup>1999</sup>.

**682.** Pour vérifier la nature de ces contrats, la jurisprudence recherche les signes d'existence d'un droit réel susceptible d'hypothèque, qui permet au preneur de profiter du droit d'accession pendant la durée même du bail qui doit être longue (entre 18 et 99 ans)<sup>2000</sup>. Il peut être alors conseillé aux parties d'un contrat, souhaitant exclure l'application des dispositions relatives au bail commercial de veiller à respecter ces principaux critères. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1991 en est une illustration<sup>2001</sup>. En l'espèce, un acte notarié a été conclu pour quarante ans et porte sur des terrains nus sur lesquels la société preneuse a la faculté de construire et de louer ou encore d'y faire toute autre exploitation commerciale, moyennant un loyer annuel susceptible d'être révisé tous les trois ans. Cependant, il est inclus dans l'acte une clause qui interdit à la société preneuse de céder son droit au bail sans l'autorisation du bailleur. Ce type de clause s'inspire directement

---

<sup>1996</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, Collect. Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 620, p. 344.

<sup>1997</sup> Art. L. 145-2 du c. com.

<sup>1998</sup> JCl. Bail à loyer, Fasc. 215, n° 32 ; ATIAS Christian, Droit civil Les biens, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 415, p. 309.

<sup>1999</sup> BRAULT Philippe-Hubert, Bail commercial ou bail emphytéotique - Les critères d'identification du bail emphytéotique, Loyers et Copropriété n° 6, juin 2009, comm. 149.

<sup>2000</sup> RAYNARD. J., Technique contractuelle, JCP Entreprise et Affaires n° 12, 25 mars 1993, 231.

<sup>2001</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 avril 1991 : D. 1992, p. 375, note Le Masson.

des baux types de locaux à usage commercial relevant du statut des baux commerciaux<sup>2002</sup>. La Cour d'appel a estimé qu'une telle stipulation n'entraîne pas une limitation effective du droit de cession de nature à remettre en cause l'analyse découlant de l'existence d'un droit réel immobilier transféré au bénéficiaire du preneur, la dénomination du bail, l'attention des parties manifestée à son terme, la modicité de la redevance et la longue durée de la location confirmant la qualification emphytéotique du bail. Cependant, l'arrêt a été censuré par la Cour de cassation au motif qu'en présence d'une clause limitant la cession, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations. En effet, la haute juridiction considère que l'emphytéote doit bénéficier d'une totale liberté de cession et qu'il s'agit là d'un critère essentiel du bail emphytéotique. Les clauses accordant au locataire la faculté de céder librement son bail ou de sous-louer<sup>2003</sup>, d'exercer toutes sortes d'activités notamment commerciales<sup>2004</sup> et, naturellement de procéder à tous les aménagements des locaux qu'il juge opportun doivent être précisées pour emporter et confirmer la qualification recherchée par les parties. Cette même logique s'applique concernant la distinction entre un contrat de louage et un bail de longue durée, car ce n'est que si le contrat confère l'ensemble des caractéristiques citées ci-dessus que la qualification de bail à construction ou d'emphytéose peut être retenue. Il a été jugé qu'un contrat de louage ordinaire conserve cette nature même s'il est conclu pour une longue durée et contient une obligation d'édifier<sup>2005</sup>.

**683.** Les baux de longue durée peuvent se définir comme un louage d'immeuble dans lequel le preneur reçoit du bailleur pour une longue durée un droit réel immobilier, qui lui confère un usage et une jouissance plus complets que dans le louage ordinaire, moyennant l'exécution d'une obligation financière. Ce type de contrat se distingue du contrat de louage et les juges doivent de la même façon rechercher les éléments essentiels des baux de longue durée.

**684.** Il apparaît que seule l'analyse précise de l'ensemble des principales caractéristiques du contrat conduit à la qualification de bail réel immobilier de longue durée et que par la suite, l'étude de la rédaction de l'obligation de construire ou encore son absence permet de déterminer s'il s'agit d'un bail à construction, d'une emphytéose, d'un bail réel immobilier ou encore d'un bail réel solidaire<sup>2006</sup>. C'est l'association de l'ensemble de ces critères, et non la seule obligation ou possibilité de construire, qui permet d'aboutir à une juste qualification du contrat.

---

<sup>2002</sup> Art. L. 145-16 c. com.

<sup>2003</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mars 1983, Rev. loyers 1983, p. 260.

<sup>2004</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 1978 : Rev. loyers 1979, p. 150, note Viatte.

<sup>2005</sup> C.A. Paris 1<sup>er</sup> ch, sect, 6 sept. 2000, A 26-9-2000: AJOI 2000, p. 9551.

<sup>2006</sup> Concernant plus spécifiquement le bail réel immobilier, il est également nécessaire de vérifier les autres clauses indispensables à ce type de bail qui sont énoncées aux art. L. 254-1 et svts du C.C.H.

## **B- La mise en œuvre de l'obligation**

**685.** Les conditions d'exécution de l'obligation de construire peuvent être déterminées par les parties ou s'imposées à elles. Dans ces deux circonstances, bailleur et preneur ont tout intérêt à en connaître les modalités afin soit d'en faire une bonne application soit d'en aménager le dispositif lorsque cela est possible et souhaitable. Pour ce faire il est nécessaire d'examiner des conditions de détermination des travaux (1), puis d'identifier leurs limites et effets (2).

### **1- La détermination des travaux**

**686.** Dans le cadre de l'étude de la détermination des conditions d'exécution de l'obligation d'édifier il est indispensable d'envisager dans un premier temps l'importance d'établir une description détaillée de la construction(a), pour ensuite faire le point sur la fixation d'un délai d'exécution (b).

#### **a- Une description détaillée**

**687.** La loi n'impose pas expressément, concernant le bail à construction, le bail emphytéotique administratif, le bail réel immobilier, l'indication dans le contrat de la nature des constructions ou édifications pour lesquelles le preneur s'engage. Il n'existe pas de dispositions imposant de faire référence dans l'acte au devis descriptif ou encore au coût estimatif de la construction à réaliser. En conséquence, il paraît logique qu'à défaut de telles indications ces contrats ne puissent être requalifiés. Malheureusement, il ne peut être tiré de véritable enseignement, en la matière, de l'étude de la jurisprudence puisqu'un arrêt retient que « la qualification de bail à construction ne peut être retenue faute pour l'acte, de préciser la nature et l'importance des constructions à réaliser »<sup>2007</sup>, alors qu'un autre, plus récent, énonce « un manque de précision dans la description des travaux ne permet pas de remettre en cause la qualification de bail à construction »<sup>2008</sup>.

---

<sup>2007</sup> T.G.I. Marseille, 26 mars 1973 : ann. Loyers 1973. 1007.

<sup>2008</sup> C.A. Paris, ch. 5-3, 17 avril 2013, n° 10/14847.

**688.** Cependant, il est évident que dans l'intérêt des parties, une description aussi précise que possible doit être intégrée dans le bail et particulièrement compte tenu de l'accession en propriété du bailleur au terme du contrat<sup>2009</sup>. Le bailleur a en effet tout intérêt à se voir garantir la réalisation des constructions telles qu'elles lui ont été présentées et qu'il les a validées dans le cadre des négociations préalables. De même, les notaires, principaux rédacteurs de ces documents<sup>2010</sup>, conseillent également de procéder à une telle description car celle-ci donne au preneur la qualité pour déposer une demande d'autorisation d'urbanisme<sup>2011</sup>. Il semble que le contenu de l'obligation de construire définit les contours des droits du preneur sur l'ensemble immobilier objet du contrat.

**689.** Enfin, il doit être précisé qu'en pratique les notaires, dans le cadre de la rédaction de ces contrats, demandent de nombreux éléments au preneur d'un bail à construction, et que ceux-ci sont intégrés comme autant de composantes de l'obligation de construire. Il est constaté que sont notamment réclamés et insérés ou annexés à l'acte, les éléments relatifs à la consistance et caractéristiques des constructions projetées, les plans de masse, de coupes et élévations, le programme des travaux comprenant les conditions et caractéristiques techniques de l'opération, le permis de construire ou tout autre autorisation administrative obtenue que les certificats de non recours contentieux, gracieux ou hiérarchique<sup>2012</sup>. Le plus souvent, certains passages des autorisations administratives sont intégralement repris dans l'acte notamment ceux relatifs aux servitudes administratives et renseignements d'urbanismes.

**690.** Le bail réel solidaire présente, sur cette question, une particularité. L'article L. 255-7 du code de la construction et de l'habitation précise que « le preneur ne peut, sauf stipulations contraires ou avenant au bail, exécuter d'autres ouvrages ou travaux que ceux prévus initialement...aux stipulations du bail ». La rédaction de cet article sous-entend que les travaux de construction ou réhabilitation qui doivent être engagés par le preneur du bail doivent faire l'objet d'une certaine description. Se pose alors la question de la précision des détails de l'opération. Le preneur peut souhaiter ne pas donner des indications trop précises afin de conserver une certaine marge de manœuvre sur son projet immobilier. Néanmoins, c'est sans surprise qu'il est constaté que le notariat reprend les mêmes formules déjà appliquées aux autres types de baux. Il conseille de

---

<sup>2009</sup> Rép. min. n° 7451 : JOAN Q, 7 fév. 1970, p. 307.

<sup>2010</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 53.

<sup>2011</sup> C.A. Paris, 12 mars 2009, n° 2009-375905.

<sup>2012</sup> Notamment par l'OPH de la Haute Loire, bailleur social preneur de 65 de baux à construction.

reprendre dans l'acte authentique les éléments relatifs au permis de construire, et pour aller plus loin encore les éléments du programme projeté<sup>2013</sup>.

## **b- Un délai d'exécution**

**691.** Alors que, pour exemple, la définition de la vente d'immeuble à construire énoncée à l'article 1601-1 du code civil impose la détermination d'un délai dans lequel le vendeur a l'obligation d'édifier l'immeuble, il n'est rien prévu de tel dans les dispositions relatives au bail à construction, au bail réel immobilier et au bail réel solidaire. Néanmoins, la fixation d'un tel délai dans ce type de bail est accueillie favorablement par les juges qui ont pu préciser que l'introduction d'un tel engagement imposé au preneur sous peine de résiliation du bail n'enlève pas son caractère librement cessible à la convention<sup>2014</sup>. De plus, M. Tixier remarque que de la fixation d'un terme pour l'achèvement des travaux dépend l'efficacité de la sanction pour défaut ou retard de l'obligation de construction<sup>2015</sup>. L'auteur estime qu'« il faut fixer un délai d'édification ». Il est remarqué par l'OPH de la Haute Loire que dans l'ensemble des baux à construction dans lesquels l'organisme s'est engagé en tant que preneur il lui est effectivement demandé de bien vouloir s'engager sur un délai d'exécution des travaux<sup>2016</sup>. A ce titre il est de l'intérêt du preneur de prévoir que des événements indépendants de sa volonté puissent intervenir et l'empêcher de respecter le délai. Ces événements ayant les caractéristiques de la force majeure ou du cas fortuit découlent en pratique le plus souvent de mouvements de grève, intempéries ou encore des procédures collectives subies par les entreprises qui interviennent sur le chantier de construction.

**692.** Enfin, les conditions de la détermination de l'achèvement des travaux peuvent également être précisées dans le contrat. M. Tixier déplore à ce sujet qu'il ne soit pas couramment prévu au contrat l'obligation pour le preneur de s'engager à prendre une garantie financière de l'achèvement. Elle constitue un élément essentiel au contrat de vente en l'état futur d'achèvement<sup>2017</sup>, mais elle est peu courante dans le cadre du bail à construction. Cependant, il faut noter que le notariat a largement fait usage de la liberté d'aménagement de ce bail de longue

---

<sup>2013</sup> ROUSSEL Frédéric, Bail réel solidaire : première formule de « BRS-Utilisateur », JCP N I, n° 27, 7 juill. 2017, 1219.

<sup>2014</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 déc. 1981, 1982, 261 F 13.

<sup>2015</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 239, p. 124.

<sup>2016</sup> Rép. min. n° 7451 : JOAN Q, 7 fév. 1970, p. 307.

<sup>2017</sup> Art. R. 261-17 et svts du CCH.

durée et que le contenu de l'obligation de construire du preneur est très précisément détaillée, voire peut-être trop. En effet, il faut éviter de tomber dans l'excès qui peut alors conduire le preneur à ne pas pouvoir faire face à certains aléas de chantier qui ne sont résolubles qu'en modifiant, même très légèrement, le projet. Le preneur doit également veiller à se laisser une certaine marge de manœuvre dans l'adaptation de son projet sans être pour autant dans l'obligation d'amender systématiquement le bail de longue durée. Enfin, il est tout à fait probable et souhaitable pour la sécurité des parties, que le notariat recourt aux mêmes pratiques à l'égard du bail réel immobilier et du bai réel solidaire, ceux-ci devant également comporter soit une obligation de construire, soit une obligation de réhabiliter.

**693.** La détermination de l'exécution de l'obligation d'édifier du preneur, dans les conditions qui ont pu être énoncées dans une description détaillée et la fixation d'un délai, ne peut être complète sans en avoir également établie les limites et effets qui s'imposent au preneur.

## **2- Les limites et les effets**

**694.** Pour une analyse complète des conditions d'exécution de l'obligation, il est nécessaire d'établir d'une part les limites à l'action du preneur relatives à l'édification de constructions supplémentaires (a), puis d'autre part d'étudier les effets qui en découlent vis-à-vis du statut du preneur agissant alors en sa qualité de maître d'ouvrage (b).

### **a- L'édification de construction supplémentaire**

**695.** Il est nécessaire de s'interroger sur le fait de savoir si le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée a le droit d'édifier des constructions non prévues initialement lors de la conclusion du contrat. Théoriquement, le preneur d'un bail de longue durée bénéficiant d'un droit réel immobilier a la possibilité d'entreprendre toutes les constructions qui lui semble opportunes<sup>2018</sup>. En effet, le droit immobilier qui est conféré au preneur, tant-il est étendu<sup>2019</sup>, peut lui faire supposer, à tort, qu'il possède les droits similaires à un véritable propriétaire. Cependant, il est

---

<sup>2018</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 54.

<sup>2019</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, [315], p. 479.

essentiel que le preneur s'engage dans ce type de contrat de longue durée en ayant connaissance de l'ampleur de ces droits et en sachant s'il peut à tout moment, et librement, adapter la consistance de l'immeuble afin de satisfaire de nouveaux besoins générés par son activité ou simplement préserver l'équilibre économique de l'ensemble immobilier. Il ne peut être apporté de réponse similaire pour l'ensemble de ces contrats. En effet concernant l'emphytéose, la jurisprudence civile répond de façon constante en disqualifiant le contrat en bail ordinaire lorsqu'il contient une clause limitant le droit de construire octroyé au preneur<sup>2020</sup>. Le Conseil d'Etat a confirmé cette analyse en indiquant que « les clauses qui apportent des limites à la liberté du preneur de construire retirent clairement au bail les caractéristiques essentielles de l'emphytéose »<sup>2021</sup>.

**696.** Sur cette même question, les dispositions du bail à construction ayant, à l'exception de l'article L. 251-8 du code de la construction et de l'habitation<sup>2022</sup>, un caractère supplétif, la Cour de cassation a validé la licéité d'une clause subordonnant l'édification de constructions non prévues au bail initial à l'accord du bailleur<sup>2023</sup>. Cet arrêt constitue un rappel de la liberté de rédaction des clauses du bail à construction dans les parties peuvent faire usage dans une certaine mesure. Cette décision fait d'ailleurs écho à un arrêt antérieur de la haute juridiction daté du 7 avril 2004 qui a énoncé que « les parties peuvent agencer librement le contenu du bail à construction »<sup>2024</sup>.

**697.** Il est évident que cette question relative à l'ampleur des droits du preneur dans son obligation de construire est importante, et il paraît essentiel qu'elle soit abordée par les parties au stade des négociations afin soit d'accorder une liberté totale au preneur, soit pour l'encadrer plus ou moins strictement. Le notariat conseille de sécuriser la convention sur ce point en stipulant une clause résolutoire sanctionnant le fait pour le preneur d'entreprendre de nouvelles constructions sans l'accord du bailleur<sup>2025</sup>. M. Tixier propose également, afin de couper court à d'éventuelles réclamations postérieures du bailleur, d'introduire une clause audit contrat qui confirme que l'édification de constructions supplémentaires par le preneur reste sans incidence sur le loyer

---

<sup>2020</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991, D. 1991, inf. rap., p. 239 ; RJDA nov. 1991, n° 904 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992 : D. 1992, inf. rap., p. 251 ; RJDA déc. 1992, n° 1113.

<sup>2021</sup> C.E., 30 déc. 2002, n° 232584.

<sup>2022</sup> Soit le droit pour le preneur de céder ses droits, de consentir des servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail, ou encore la compétence du TGI pour connaître des contestations relatives à la révision du loyer.

<sup>2023</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2007, n° 2007-041770 ; JCP G 28 mai 2008, n° 22, II 10102, comm. R. Vabres.

<sup>2024</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 avril 2004, n° 02-16.283, R.D.I. 2005. p. 22, AJDI 2004. 450.

<sup>2025</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 2016, p. 54.

prévu initialement, ou encore d'en organiser l'évolution en le fixant en proportion des superficies construites<sup>2026</sup>.

**698.** A ce titre et à propos du bail réel immobilier, l'article L. 254-1 alinéa 7 du code de la construction et de l'habitation énonce un principe de façon explicite et règle cette question. Il précise que sauf stipulations contraires, le preneur ne peut effectuer d'autres ouvrages ou travaux que ceux initialement prévus. Cette disposition est exactement à l'inverse du régime du bail à construction qui autorise la construction de nouvelles constructions sauf clauses limitatives intégrées au bail. Ce positionnement pris par le législateur dans le cadre du bail réel immobilier constitue une démonstration, de l'avis de M.M. Chevreux et Leonetti<sup>2027</sup>, de son statut « hybride et innovant », permettant de concilier les objectifs des preneur et bailleur « en apparence contradictoires ». Cependant, un autre auteur s'étonne des contradictions du régime de ce bail de longue durée qui d'une part énonce que « le preneur jouit librement des constructions de l'immeuble et des installations ou constructions qu'il a édifiées ou rénovées »<sup>2028</sup>, et qui, d'autre part, édicte des limites « considérables » à sa liberté d'action<sup>2029</sup>.

**699.** Ces deux analyses, bien qu'opposées, peuvent paraître justes, car il semble que cette seule clause ne serait faire perdre tout son intérêt au contrat. Elle ne peut qu'attirer l'attention des parties et du notaire en charge de la rédaction de l'acte et en conséquence n'être qu'une source supplémentaire de négociation entre les parties. Cette disposition a le mérite de permettre aux parties de régler la question relative aux éventuelles constructions supplémentaires avant la finalisation du contrat et de limiter les contentieux qui peuvent naître à cette occasion. Il semble, en tout état de cause, que le législateur a été convaincu du bien-fondé de cette formulation car il l'a repris, dans les termes, concernant le bail réel solidaire, à l'article L. 255-7 du code précité.

---

<sup>2026</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, n° 298, p. 149.

<sup>2027</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, « Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes », JCP N. I., juillet 2016, p. 827.

<sup>2028</sup> Art. L. 254-3 al. 4 du CCH.

<sup>2029</sup> POUMAREDE Matthieu, *Le bail réel immobilier logement*, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.



## **b- La qualité de maître de l'ouvrage**

**700.** Il n'existe pas de définition légale du maître de l'ouvrage, cependant la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour considérer qu'il s'agit d'une personne physique ou morale, propriétaire du terrain ou titulaire du droit de construire pour le compte de laquelle l'opération immobilière est réalisée<sup>2030</sup>. Selon les termes de l'article L. 2411-1 du code de la commande publique « les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage »<sup>2031</sup>. Le maître de l'ouvrage est le plus souvent le propriétaire du terrain, mais il est toutefois admis que celui-ci peut être titulaire d'un simple droit réel immobilier lui donnant un droit de construire tel que le preneur d'un bail emphytéotique, d'un bail emphytéotique administratif<sup>2032</sup>, d'un bail à construction<sup>2033</sup> ou encore d'un bail réel immobilier<sup>2034</sup>. Cette qualité de maître de l'ouvrage dont jouit le preneur a plusieurs conséquences qui ont pu être rappelées par les juges. En premier lieu, le preneur d'un tel bail de longue durée bénéficie de l'obligation de garantie décennale assumée par le constructeur d'un ouvrage<sup>2035</sup>. Seul le preneur a alors dans ces circonstances la possibilité d'intenter une action contre un constructeur sur le fondement de l'article 1792 du code civil. Cette action n'est pas ouverte au bailleur et au locataire-occupant<sup>2036</sup>.

**701.** En second lieu, le preneur, comme toute personne physique ou morale agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, en application de l'article L. 242-1 du code de l'assurance et de l'article L. 111-30 du code de la construction et de l'habitation, doit souscrire une assurance

---

<sup>2030</sup> SIZAIRE Christophe, Maître d'ouvrage - Définition du maître de l'ouvrage, *Constr. Urb.* n° 7-8, juillet 2011, comm. 111.

<sup>2031</sup> Ord. n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du code de la commande publique, *JORF* du 5 déc. 2018.

<sup>2032</sup> C.E. 16 fév. 2005, M. et Mme Maurel, *Jurisdata* n° 2005-068018, *Contrats et marchés publics* n° 4, avril 2005, comm. 126.

<sup>2033</sup> SIZAIRE Christophe, Maître d'ouvrage - Définition du maître de l'ouvrage, *Constr. Urb.* n° 7- 8, juill. 2011, comm. 111 ; FAURE-ABBAD Marianne, *Droit de la Construction*, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 612, p. 240.

<sup>2034</sup> ZAVARO Michel, *La responsabilité des constructeurs*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 49, p. 29 ; POURCEL Eric, *Maîtrise d'ouvrage - Effet de loupe sur le partenaire en sa qualité de maître de l'ouvrage*, *Constr.Urb.*, n° 10, oct. 2007, étude 23, n° 19.

<sup>2035</sup> L'assurance de responsabilité professionnelle également appelée garantie décennale garantit la réparation des dommages qui se produisent après la réception des travaux (fin officielle du chantier), sans attendre une décision de justice. Tout constructeur (entrepreneur, promoteur immobilier, lotisseur, maître d'œuvre, architecte, technicien, bureau d'étude, ingénieur-conseil) impliqué dans la construction d'un ouvrage neuf ou existant est soumis au régime de responsabilité décennale de l'article 1792 du c. civ.. La responsabilité décennale concerne les vices ou dommages de construction qui peuvent affecter la solidité de l'ouvrage et de ses équipements indissociables (par exemple, effondrement résultant d'un vice de construction), ou qui le rendent inhabitable ou impropre à l'usage auquel il est destiné (par exemple, défaut d'étanchéité, fissurations importantes). Le professionnel engage sa responsabilité pendant 10 ans, en cas de dommage, à l'égard du maître d'ouvrage mais aussi à l'égard des acquéreurs successifs en cas de revente de l'ouvrage.

<sup>2036</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2014, n° 13-19448, *RDI* 2015. 35, obs. Poumarède ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 janv. 2009, n° 07-20891.

garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux sont responsables les constructeurs au sens des articles 1792 et 1792-2 du code civil<sup>2037</sup>. Cette assurance obligatoire couvre les désordres de nature décennale affectant l'ouvrage après réception et s'applique exclusivement aux dommages matériels. C'est par sa qualité de maître de l'ouvrage que le preneur a l'obligation de s'assurer<sup>2038</sup> dans le cadre de ce que les professionnels appellent une assurance « dommages ouvrage »<sup>2039</sup> qui prend normalement effet après l'expiration du délai de la garantie de parfait achèvement<sup>2040</sup>. Si cette assurance est obligatoire, les textes ne prévoient aucune sanction particulière à l'égard de maître d'ouvrage qui ne l'a pas souscrit.

**702.** Cependant, le défaut d'assurance engendre deux conséquences directes. D'une part il implique que l'indemnisation des éventuelles malfaçons est plus longue et difficile à obtenir car en ce cas le preneur doit tenter d'engager la responsabilité des constructeurs. D'autre part, en application de l'article L. 243-2 alinéa 2 du code des assurances, tout acte authentique, ayant pour effet de transférer la propriété ou la jouissance d'un bien et devant intervenir avant l'expiration du délai de 10 ans prévu à l'article 1792-4-1 du code civil, doit faire mention de l'existence ou de l'absence d'assurance dommages ouvrage<sup>2041</sup>. A défaut d'une telle mention, le notaire est susceptible de voir sa responsabilité délictuelle engagée sur le fondement de l'article 1241 du code civil. La responsabilité du notaire est engagée alors même que celui-ci s'est contenté d'attirer l'attention des parties sur les assurances à souscrire et les conséquences d'un défaut d'assurances<sup>2042</sup>. De plus, il ne suffit pas au notaire de retranscrire dans l'acte les déclarations de son client faisant état de la souscription effective d'une assurance. Il a en effet l'obligation de vérifier si le contrat d'assurance a été réellement souscrit car, en tant que rédacteur de l'acte, il doit en assurer l'efficacité<sup>2043</sup>. Le notaire ne peut se contenter d'une

---

<sup>2037</sup> Ed. légis., Const. Urb., Assurances-construction, n° 45.

<sup>2038</sup> AUBY Jean-Bernard et PERINET-MARQUET Hugues, Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 1445, p. 836 et 837 ; MALINVAUD Philippe, JESTAZ Philippe, JOURDAIN Patrice et TOURNAFOND Olivier, Droit de la promotion immobilière, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 233, p. 266.

<sup>2039</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2007, n° 07-10806, RDGA 2008, 1, p. 142, note M. Périer.

<sup>2040</sup> L'art. 1792-6 du c. civ instaure la garantie de parfait achèvement à laquelle le constructeur ou l'entrepreneur est tenu durant l'année qui suit la réception des travaux. Cela signifie qu'il doit réparer tous les désordres mentionnés par l'intermédiaire de réserves lors de la réception ou par voie de notification écrite pour les dommages intervenus dans l'année suivant la réception, peu importe leur nature et leur importance, et qui ne sont pas dus à l'usure des matériaux.

<sup>2041</sup> A l'exception des contrats de louage classique de type baux d'habitation.

<sup>2042</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 12 juin 2012, n° 11-18. 277, Ed. légis., Etude du Bail à Construction, n° 98, Defrénois RDC 01/10/2012, n° 4, p. 1257, obs. Seube.

<sup>2043</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juillet 1994, n° 92-15.036, Bull. civ. I, n° 237, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1995, n° 93-13.669, n° 481 P : Bull. civ. I, n° 116 ; Resp. civ. et assur. 1995, 346 et note G. Courtieu, C.A. Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 20 sept. 1996, n° 95.002481.

attestation d'assurance indiquant que la police est « en cours d'établissement », sans s'assurer de l'établissement de cette police<sup>2044</sup>. Aussi, en pratique est-il constaté que les notaires, dans le cadre de la préparation de la rédaction de l'acte authentique valant bail réel immobilier de longue durée, exige systématiquement une copie du contrat d'assurance dommages-ouvrage et en fait référence dans le corps document.

Enfin, il faut préciser que le coût de l'assurance dite « dommages ouvrage », calculé en proportion du coût de l'opération, de la superficie du projet immobilier et de ces spécificités techniques, peut être assez important. Il doit être pris en compte dans le cadre du calcul de la faisabilité financière de l'opération. Pour exemple, l'OPH de la Haute Loire a réglé, en 2017, une prime d'assurance dommages ouvrage d'un montant de 57.000,00 € pour la construction de 50 logements collectifs. Le preneur a tout intérêt à prendre la mesure de ce montant au plus tôt dans l'étude du projet, et ce afin de l'intégrer au calcul de l'équilibre financier de l'opération.

**703.** Les autres effets inhérents à la qualité de maître d'ouvrage du preneur sont relatifs aux droits et obligations qui en découlent et en conséquence, à l'égard de ses relations avec ces propres cocontractants. Il peut être énoncé, qu'en application des règles du droit privé, les pouvoirs de maître de l'ouvrage comportent ceux de choisir les architectes, entrepreneurs et autres techniciens, d'arrêter librement les conventions passées avec eux et d'effectuer la réception des travaux qu'ils ont fait ou dirigés, y compris des travaux de reprises des réserves qui peuvent être formulées lors de la réception<sup>2045</sup>. Le preneur d'un bail de longue durée, souhaitant ou ayant l'obligation de réaliser une construction, peut également être soumis aux règles du droit public. Il est en notamment ainsi pour les offices publics de l'habitat, bailleurs sociaux ayant le statut d'établissement public industriel et commercial. Dans ce contexte, ces preneurs doivent agir dans le respect du code de la commande publique qui conditionne et articule toutes ces décisions et actions en tant que maître d'ouvrage. L'article L. 2421-1 du code précité dispose que pour chaque opération envisagée, le maître de l'ouvrage s'assure de sa faisabilité et de son opportunité, élabore son programme, fixe l'enveloppe financière prévisionnelle, en prévoit le financement, choisi le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et procède à la conclusion des marchés publics ayant pour objet les études et l'exécution des travaux de l'opération. En conséquence, le preneur est seul responsable des conditions relatives la mise en œuvre des travaux et à leur suivi. Le bailleur n'a pas la possibilité de s'immiscer dans la gestion du chantier, ou encore d'intervenir directement auprès du maître d'œuvre et des entreprises qui ont été choisis par le preneur. Cependant, il faut

---

<sup>2044</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-15.813 : RDI, juill.-août 2009, p. 433 et note P. Dessuet.

<sup>2045</sup> Art. R. 261-7 du CCH.

noter que les modèles de baux de longue durée, tels qu'ils sont rédigés et proposés par le notariat, prévoient que l'achèvement des travaux doit être constaté contradictoirement entre le bailleur et le preneur<sup>2046</sup>. Cette clause confère au bailleur un rôle qui lui permet de vérifier la qualité de réalisation des travaux et d'émettre le cas échéant des observations. Celles-ci peuvent conduire à constater une mauvaise exécution des obligations du preneur. Le bailleur n'est pas totalement démuné face aux pouvoirs et responsabilité du preneur sur les constructions.

**704.** L'engagement pour le preneur d'édifier dans le cadre du bail à construction, du bail emphytéotique administratif, du bail réel immobilier ou du bail réel solidaire constitue une obligation lourde tant juridiquement, que techniquement et financièrement. Les enjeux sont importants autant pour le preneur, notamment organisme HLM, qui va construire essentiellement des logements pour les proposer ensuite à la location, que pour le bailleur qui profite de l'accession en fin de bail. Les parties sont toutes deux particulièrement attentives et les praticiens rédacteurs des actes doivent veiller à préserver les intérêts de chacun afin d'assurer l'équilibre et la validité du contrat. Cependant, certains baux de longue durée peuvent fixer un autre type d'engagement lui-même essentiel et caractéristique. Il s'agit de l'obligation de réhabiliter qui doit également faire l'objet d'une étude approfondie.

## **§2- L'obligation de réhabiliter**

**705.** Si les dispositifs du bail emphytéotique de droit privé et du bail emphytéotique administratif en laissent simplement la possibilité au preneur<sup>2047</sup>, le bail réel immobilier<sup>2048</sup>, le bail réel solidaire<sup>2049</sup> et surtout le bail à réhabilitation<sup>2050</sup> sont expressément visés par l'obligation de réhabiliter un bien immobilier. Toutefois, la notion de réhabilitation n'est pas précisément définie (A). Si cette détermination ne pose pas de réelle problématique au regard des quatre premiers baux de longue durée cités et pour lesquels le preneur peut aussi bien prétendre réhabiliter que construire, il s'avère que concernant le bail à réhabilitation celle-ci est particulièrement prégnante, et notamment dans le cadre de sa qualification. Tout comme l'obligation de construire, il est

---

<sup>2046</sup> JCl. Const.Urb. Formule du bail à réhabilitation, Fasc. 120-15, formule du bail à construction, JCl. Constr.Urb., Fasc. 111, formule bail réel immobilier, Constr. Urb. n° 9, sept. 2014, form. 7.

<sup>2047</sup> Art. L. 451-7 du c. rur. al. 1.

<sup>2048</sup> Art. L. 254-1 du CCH.

<sup>2049</sup> Art. L. 255-1 du C.C.H.

<sup>2050</sup> Art. L. 252-1 du CCH.

indispensable de faire l'étude des modalités de la mise en œuvre de l'obligation de réhabiliter afin de permettre aux parties, ou du moins essentiellement au preneur, de prendre la juste mesure de son engagement (B).

## **A- La notion de réhabilitation**

**706.** La notion de réhabilitation n'est pas clairement définie par les textes relatifs au bail à réhabilitation alors même que cet outil juridique de maîtrise foncière a été créé spécifiquement à cet effet. Les divers dispositifs tendent à souligner que cette notion paraît être protéiforme (1). Toutefois, il semble qu'une analyse approfondie du contexte juridique puisse conduire à la définir en fixant les contours de travaux qualifiables de « réhabilitation » (2).

### **1- Une notion protéiforme**

**707.** La notion de réhabilitation présente un enjeu certain dans la qualification du bail du même nom qui doit être abordé dans un premier temps (a), pour ensuite envisager dans un second temps les difficultés de la détermination d'une notion qui peut être indifféremment désignée selon les dispositifs réglementaires de réhabilitation ou d'amélioration (b).

#### **a- L'enjeu de la détermination**

**708.** Le dispositif de l'emphytéose précise que le preneur peut faire des améliorations sur le fonds objet du bail. L'emphytéote peut opérer toutes les transformations sur les bâtiments, tous changements de destination, de cultures, à condition toutefois que ces modifications ne diminuent pas la valeur du fonds<sup>2051</sup>. La notion d'amélioration est entendue largement dans le cadre du bail emphytéotique<sup>2052</sup>. Les textes relatifs au bail réel immobilier et au bail réel solidaire indiquent que

---

<sup>2051</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 412 n° 1695.

<sup>2052</sup> PLANIOL et RIPERT, « *Traité élémentaire de droit civil* », t. II, 10<sup>ème</sup> éd. 1926, n° 1760 ; Civ. 26 avr. 1853, D. 1854.1.145 : « qu'ainsi un bail fait, comme dans l'espèce, d'un terrain communal en nature de pâturage, pour une durée de quatre-vingt-six ans, moyennant une redevance modique, en vue et sous la condition d'effectuer des

le preneur à obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes. Le point commun de ces baux réels immobiliers de longue durée est que les preneurs ont la possibilité de réaliser des travaux de construction ou des travaux de réhabilitation, ce qui signifie que ces deux types de baux ne peuvent être qualifiés ou requalifiés en fonction de la nature des travaux projetés ou entrepris. Cependant, l'enjeu de la détermination de cette notion de réhabilitation prend tout son importance dans le cadre du bail de longue durée qui est dédié exclusivement à la réalisation de travaux de réhabilitation. L'obligation de construire est essentielle et déterminante pour le bail à construction, et l'obligation de réhabilitation constitue la principale caractéristique du bail à réhabilitation<sup>2053</sup>.

**709.** Ce contrat vise tout particulièrement les immeubles privés anciens qui sont délaissés par leurs propriétaires et qui sont, de ce fait, vacants ou partiellement occupés. Il participe à la fois au mouvement de restauration urbain et à la compensation de l'insuffisance du parc locatif social<sup>2054</sup>. L'obligation du preneur est extrêmement précise. Il s'engage à réaliser des travaux d'amélioration sur l'immeuble du bailleur<sup>2055</sup>. Par ailleurs, les dispositions de ce type de bail de longue durée codifiées aux articles L. 252-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation sont spécifiques. Sa durée minimale est de douze ans, seuls les organismes sociaux ou assimilés peuvent en être preneurs, et en outre ces derniers doivent finaliser une convention d'aide personnalisée au logement. Il est essentiel d'apporter un regard éclairé sur l'obligation principale qui s'impose au preneur afin de faire une juste qualification du contrat. Cependant reste à définir la notion de réhabilitation. Il faut noter dans un premier temps que cette notion de réhabilitation n'apparaît que dans l'intitulé dudit bail. Le dispositif légal fait uniquement référence, à l'instar de l'emphytéose, aux « travaux d'amélioration ».

---

constructions, des plantations, des clôtures, des défrichements, des nivellements, et autres améliorations qui resteront au bailleur à l'expiration du bail... ».

<sup>2053</sup> MALINVAUD Philippe, *Droit de la construction 2018/2019*, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 151 ; DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 398, p. 363.

<sup>2054</sup> Avis n° 206 (1989-1990) de M. BALARELLO, fait au nom de la commission des aff. Soc., déposé le 2 avril 1990, n° 206, Sénat seconde session ordinaire de 1989 – 1990, p. 36 « ...votre commission approuve le principe d'un tel bail qui devrait faciliter la mise sur le marché de nouveaux logements propres à satisfaire les besoins en logement social pour les personnes les plus défavorisées. Il existe en effet dans notre pays un grand nombre de logements vacants, plus ou moins vétustes, dont l'utilisation sociale doit être valorisée. Ce patrimoine a été trop négligé jusqu'à maintenant. ».

<sup>2055</sup> Art. L. 252-1 du CCH.

## **b- Les difficultés de la détermination**

**710.** La question relative à la détermination de cette notion est d'autant plus délicate qu'il existe plusieurs définitions<sup>2056</sup>. Les travaux d'amélioration réalisés en copropriétés, décidés à la majorité de l'article 25 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis<sup>2057</sup> depuis la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>2058</sup>, sont définis par la doctrine comme des « travaux qui apportent des éléments supplémentaires de confort ou d'habitabilité par rapport aux aménagements existants et procurent une valorisation certaine de l'immeuble »<sup>2059</sup>. Il est également énoncé que la qualification d'amélioration vaut lorsqu'un élément d'équipement existant ne fonctionne plus correctement, et qu'il est décidé d'aller au-delà de la simple réparation ou d'un remplacement pour « bénéficier d'équipements nouveaux aux performances accrues, différentes »<sup>2060</sup>. Plus simplement, un autre auteur écrit que ces travaux entraînent un « changement en mieux »<sup>2061</sup>.

**711.** La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 envisage également les travaux d'amélioration notamment dans ces articles 7e<sup>2062</sup> et 17c<sup>2063</sup>, et là encore aucune définition n'a été donnée<sup>2064</sup>. Seule une réponse ministérielle a tenté d'en déterminer les contours en indiquant que les travaux d'amélioration sont ceux qui apportent un équipement nouveau, un service ou une qualité supérieure au niveau des prestations existantes, ou apportent une qualité permettant de diminuer d'une façon certaine les dépenses d'entretien ou d'exploitation, ou apporte une plus grande sécurité pour les biens comme pour les personnes<sup>2065</sup>. Dans le cadre de l'application de ce dispositif, la Cour d'appel de Paris a rendu plusieurs décisions sur ce sujet et a estimé que certains type de travaux peuvent être qualifiés de travaux d'amélioration. Un certain nombre d'arrêts font

---

<sup>2056</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, *Le bail à réhabilitation*, RDI 1991, p. 19.

<sup>2057</sup> Loi n° 65-557 du 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>2058</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2059</sup> VIGNERON Guy, « *Juris-Classeur Copropriété* », fascicule 94, n° 92.

<sup>2060</sup> ATIAS Christian, *Guide de la copropriété des immeubles bâtis*, Annales des loyers, Edilaix, 2005.

<sup>2061</sup> BOUYEURE Jean-Robert, *Les travaux dans la copropriété*, Sirey 1989, n° 113.

<sup>2062</sup> Art. 7e énonce que le locataire doit laisser exécuter dans les lieux loués les travaux d'amélioration des parties communes ou des parties privatives du même immeuble.

<sup>2063</sup> Art. 17 c organise la majoration de loyer consécutive à la réalisation de travaux d'amélioration que le bailleur fera exécuter dans le logement en vertu d'une clause expresse convenue entre les parties.

<sup>2064</sup> Loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 8 juill. 1989.

<sup>2065</sup> Rép. min. n° 51417 : JOAN, 6 avril 1992, p. 1623 ; Loyers et copr /992, comm. n° 278.

l'application de la précédente définition donnée dans la réponse ministérielle<sup>2066</sup>, d'autres précisent en plus qu'ils peuvent également concerner des travaux de remise aux normes minimales de confort et d'habitabilité<sup>2067</sup> ou des travaux de conservation de l'immeuble<sup>2068</sup>.

**712.** Il est encore possible d'évoquer la notion d'amélioration en se reportant aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 599 du code civil selon lequel « l'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur des choses en fût augmentée. ». La jurisprudence<sup>2069</sup>, dans l'interprétation de ces dispositions, considère comme améliorations soit les constructions nouvelles, soit des constructions ayant pour effet d'achever un bâtiment commencé ou encore d'agrandir un bâtiment préexistant. Bien que critiquée par la doctrine cette définition ne peut être simplement écartée car elle permet d'élargir le périmètre de la notion d'amélioration qui ne se cantonne pas aux ouvrages réparés ou remis à neuf mais semble pouvoir s'étendre aux constructions nouvelles<sup>2070</sup>. Il semble difficile de parvenir à une interprétation cohérente des notions d'amélioration ou de réhabilitation en faisant appel aux différentes législations en vigueur et à leurs interprétations jurisprudentielles. Toutefois, il est possible d'y apporter une définition et de permettre de sécuriser le recours au bail à réhabilitation et d'en éviter la requalification.

## 2- Une notion définissable

**713.** Afin de définir cette notion, et de déterminer le champ d'application du bail à réhabilitation, il est nécessaire de prendre connaissance des travaux doctrinaux (a), pour ensuite examiner l'interprétation qui en est faite par le droit fiscal qui apporte des précisions essentielles (b).

---

<sup>2066</sup> C.A. Paris, 6 ch. C, 13 janv. 1993, n° 020059 ; Loyers et copr 1993, comm. n° 165 ; C.A. Paris, 6, ch. B, 30 septembre. 1994, n° 022608 ; C.A. Paris, 6 ch. C, 29 sept. 1992, n° 022886 ; C.A. Paris, 6, ch. B, 6 mai 1993, n° 021251.

<sup>2067</sup> C.A. Paris, 6 ch. A, 13 fév. 1996, n° 020328.

<sup>2068</sup> C.A. Paris, 6 ch. B, 6 mai 1993, n° 021251.

<sup>2069</sup> Civ. 23 mars 1825, DP 1825.I, p. 249 ; Cass. Req. 4 nov. 1885, DP 1886.I, p. 361 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 sept. 2012, Bull. Civ. III, n° 128, D. 2012. 2871, note Tadros, RTD civ. 2012.751, obs. Revet.

<sup>2070</sup> PLANIOL et RIPERT par RICARD, « Traité pratique de droit civil français », Tome III, p. 858 et s. ; MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, Les biens, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 836, p. 245.



## a- Une définition doctrinale

**714.** Pour déterminer quelle peut être la définition de ces « travaux d'amélioration » la plus en adéquation avec le dispositif du bail à réhabilitation, il est nécessaire de faire une analyse de l'origine du texte et une lecture des travaux parlementaires. Lors des débats parlementaires, M. Besson a indiqué que le législateur souhaite faire simplement référence aux travaux qui améliorent l'immeuble, qu'il s'agisse de « travaux de remise aux normes » ou « d'opérations importantes de rénovation ou de gestion »<sup>2071</sup>.

**715.** Cependant, il n'est pas fait mention d'éventuels travaux de construction tels qu'ils ont pu être énoncés par la jurisprudence en matière d'usufruit. Il semble nécessaire que les travaux d'amélioration du preneur d'un bail à réhabilitation portent sur des immeubles existants et qu'ils ne puissent s'analyser en des constructions entièrement nouvelles. Sont exclus, de l'avis de Mme Saint-Alary-Houin, les travaux d'agrandissement et de surélévation<sup>2072</sup>. En revanche, des reconstructions intérieures peuvent, si elles sont mineures, rentrer dans le champ d'application de ce bail. En outre, il est également remarqué par Mme Bosgiraud-Stephenson que la création de ce contrat a été demandée par les bailleurs sociaux, et que cette notion d'amélioration peut être comprise à la lumière de la réglementation des prêts et aides consentis à ces organismes pour l'amélioration de l'habitat ancien<sup>2073</sup>. La « subvention à l'amélioration des logements locatifs sociaux » accordée par l'Etat aux bailleurs sociaux peut avoir pour objet les travaux ayant pour effet de mettre les logements en conformité avec les normes minimales d'habitabilité, les travaux destinés à économiser l'énergie, les travaux destinés à la réalisation d'économies de charges, au renforcement de la sécurité des biens et des personnes dans les immeubles, ainsi que les travaux destinés à l'amélioration du confort dans les logements<sup>2074</sup>. Viennent s'ajouter à cette liste, les travaux destinés à l'amélioration de la vie quotidienne, y compris les travaux d'accessibilité de l'immeuble et d'adaptation des logements aux besoins des personnes handicapées et des personnes âgées<sup>2075</sup>. Là encore la notion de travaux d'amélioration, bien que comprenant un large panel d'intervention sur l'immeuble, n'inclut absolument pas les travaux de surélévations, d'agrandissement ou de construction.

---

<sup>2071</sup> J.O. Sénat, 5 avril 1990, p. 79 ; JOAN 14 déc. 1989, p. 1477.

<sup>2072</sup> Dalloz Action Droit de la construction, Bail à réhabilitation – Corinne Saint-Alary-Houin – Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud – 2013, 130.110.

<sup>2073</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation, RDI 1991 p. 19.

<sup>2074</sup> Art. R. 323-1 et s. CCH.

<sup>2075</sup> Art. R. 323-3 du CCH.

## **b- Une définition fiscale**

**716.** D'un point de vue fiscal, au sens de l'article 31 du code général des impôts relatif au revenu foncier imposable, il est démontré que lorsque dans le cadre du bail à réhabilitation les travaux d'envergure sont envisagés, l'impôt dû à ce titre en fin de bail s'avère trop lourd pour le propriétaire bailleur<sup>2076</sup>. Lorsque les dépenses de réhabilitation se rapportent à des travaux de construction, de reconstruction ou d'agrandissement au sens de l'article 31-1 du code précité, le prix de revient de ces travaux doit être déclaré en fin de bail par le propriétaire bailleur, sans déduction possible, et soumis à l'impôt sur le revenu. Ce coût fiscal peut s'avérer lourd pour le propriétaire privé. Aussi, lorsque des travaux de réhabilitation d'envergure sont envisagés et que l'impôt prévisionnel dû, à ce titre, en fin de bail s'avère trop lourd pour le propriétaire bailleur, les parties doivent passer non pas un bail à réhabilitation, mais un bail à construction. Cela permet au propriétaire bailleur de bénéficier d'une fiscalité de fin de bail appropriée, c'est-à-dire d'un revenu brut foncier égal au prix de revient des travaux de réhabilitation lourde, sous déduction d'une décote de 8 % par année au-delà de la 18<sup>ème</sup> année de bail, et d'une faculté d'échelonnement de l'impôt sur le revenu pour un bail à construction de trente ans<sup>2077</sup>. Il est conseillé aux parties de conclure non pas un bail à réhabilitation, mais un bail à construction afin de permettre au propriétaire bailleur de bénéficier d'une fiscalité de fin de bail appropriée.

**717.** Le Conseil d'Etat a énoncé, dans un arrêt du 30 mai 2007<sup>2078</sup>, que des travaux de réhabilitation importants ayant permis la transformation de deux maisons vétustes en un seul immeuble, qui a eu pour effet d'accroître la surface habitable des locaux existants et ont apportés des modifications importantes au gros œuvre, ainsi que le percement de nouvelles ouvertures doivent être regardés comme des travaux de reconstruction non déductibles. La direction générale des Finances publiques a également donné sa définition de cette notion de « travaux d'amélioration » en matière de revenus fonciers<sup>2079</sup>. Elle énonce que lorsque les dépenses de réparation et d'entretien s'accompagnent de l'adjonction d'éléments ou d'équipements nouveaux mieux adaptés aux conditions modernes de vie, et ce sans modifier la structure de cet immeuble,

---

<sup>2076</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 103.

<sup>2077</sup> Art. 33 bis et 33 ter du CGI : Revenu brut foncier égal au prix de revient des travaux de réhabilitation lourde, sous déduction d'une décote de 8 % par année au-delà de la 18<sup>ème</sup> année de bail + faculté d'échelonnement de l'impôt sur le revenu pour un bail à construction de trente ans.

<sup>2078</sup> C.E. 30 mai 2007, n° 274477, RJF 2007. 926.

<sup>2079</sup> DGFIP, BOI-RFPI-BASE-20-30-10-20140203, Revenus fonciers - Charges déductibles - Définition des dépenses de travaux, publication : 03/02/2014.

l'ensemble de cette opération présente le caractère de dépenses d'amélioration. Elle énumère par exemple les travaux d'installation du chauffage central, d'une salle d'eau, d'une cuisine, du tout-à-l'égout ou d'un ascenseur. A l'inverse, elle distingue les dépenses de construction, reconstruction ou d'agrandissement qui ont pour effet d'apporter une modification importante au gros-œuvre des locaux existants et les travaux d'aménagement interne qui par leur importance équivalent à une reconstruction ou encore de ceux qui ont pour effet d'accroître le volume ou la surface habitable de locaux existants. Selon son analyse les travaux correspondant à une restructuration complète après démolition intérieure suivie de la création d'aménagements neufs doivent être considérés comme des dépenses de construction, reconstruction et agrandissement.

**718.** Réhabilitation et amélioration sont des concepts qui peuvent sembler équivalents alors que la première opération est en général plus poussée que la seconde<sup>2080</sup>. Il faut en conclure que l'obligation de réhabilitation du preneur est en fait une obligation d'amélioration dont l'étendue est beaucoup plus large que ne le sont de véritables travaux d'amélioration au sens technique du terme<sup>2081</sup>. L'ensemble de ces éléments permettent de considérer que les termes de « travaux d'amélioration » dans le cadre du bail à réhabilitation doivent être entendus dans un sens assez large incluant les définitions données par la direction générale des impôts, par la jurisprudence en matière locative, et par la doctrine au sujet des travaux d'amélioration dans les copropriétés, mais n'incluant pas les travaux de construction, reconstruction et agrandissement. Par ailleurs, il est exigé du preneur qu'il s'engage à réaliser sur l'immeuble du bailleur des travaux d'amélioration dont la nature et les caractéristiques techniques doivent être précisées dans le cadre de leur mise en œuvre.

## **B- La mise en œuvre de la réhabilitation**

**719.** La mise en œuvre de l'obligation de réhabiliter nécessite, dans un premier temps, de procéder à la détermination des travaux qui doivent être entrepris dans cet objectif (1). Dans un second temps, il est nécessaire de faire l'examen de leurs conditions d'exécution (2), et cela que celles-ci s'imposent au preneur ou qu'il puisse les aménager.

---

<sup>2080</sup> HUGOT Jean et LE MARCHAND Claudine, Fasc. 120-10 : Bail à réhabilitation, JCl Const. Urb., n° 10.

<sup>2081</sup> Ensemble des travaux permettant d'améliorer le confort d'un logement. Cela passe généralement par le biais de travaux de décoration, d'agencement et de rénovation.

## 1- La détermination des travaux

**720.** La détermination des travaux dans le cadre de l'obligation de réhabiliter peut sembler similaire sur plusieurs aspects à conditions d'exécution de l'obligation de construire, cependant les textes du dispositif du bail à réhabilitation, du bail réel immobilier et du bail réel solidaire apportent des précisions qui n'existent pas dans le cadre du bail à construction. Il doit être procédé à l'analyse de ces différents éléments tant dans leur rédaction que leur organisation au travers du descriptif des travaux (a), puis de leur délai d'exécution (b).

### a- Le descriptif des travaux

**721.** L'alinéa 2 de l'article L. 252-1 du code de la construction et de l'habitation énonce que le contrat de bail à réhabilitation doit indiquer la nature des travaux et leurs caractéristiques techniques. L'établissement de ce bail suppose que les parties s'accordent sur l'étendue des travaux que le preneur s'engage à effectuer. La circulaire n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation apporte quelques précisions complémentaires<sup>2082</sup>. Elle indique en effet que ces travaux d'amélioration sont détaillés et estimés au moyen de devis descriptifs et de plans précisant les normes et caractéristiques techniques, le genre et la qualité des matériaux. Ces pièces sont signées par les parties et annexées au bail. La circulaire rappelle également au preneur, au titre des travaux qui sont décrits, les recommandations relatives à la sécurité des personnes et à la protection contre l'incendie applicables aux travaux exécutés dans les bâtiments d'habitation existants en cas de travaux de réhabilitation ou d'amélioration des bâtiments<sup>2083</sup>. En pratique, il est remarqué que les informations demandées par les notaires dans le cadre de la préparation de la rédaction d'un bail à réhabilitation, ainsi que les pièces jointes en annexes sont sensiblement les mêmes que celles réclamées pour un bail à construction. Pour exemple, à l'occasion d'un bail à réhabilitation conclu le 6 octobre 2017, le preneur, bailleur social de Haute Loire a pu noter que les travaux de réhabilitation ont été précisés et que les plans et descriptifs établis par l'architecte ont été annexés. Les travaux d'équipements et de finitions ont été définis dans une notice

---

<sup>2082</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>2083</sup> Ces recommandations sont annexées à la circulaire du 13 déc. 1982 relative à la sécurité d'habitations existantes (J.O. 28 janv. 1983).

descriptive visée par les parties et également annexée. Enfin, le contenu du permis de construire a été intégralement rapporté dans l'acte.

**722.** Quant au preneur d'un bail réel immobilier ou d'un bail réel solidaire qui est autorisé par les termes des articles L. 254-1 et L. 255-1 du code de la construction et de l'habitation à réhabiliter des constructions existantes, aucune précision particulière ne viennent indiquer la façon dans les travaux doivent être déterminés dans le contrat. La liberté contractuelle des parties est importante, et il peut paraître alors envisageable que preneur et bailleur conviennent de ne pas apporter de descriptifs ou détails des travaux projetés. Toutefois, il est fort étonnant qu'une telle chose puisse être encouragée par le notariat qui dans sa recherche d'équilibre du contrat et afin de préserver les intérêts des parties ne peut qu'être amené à reproduire les mêmes pratiques que celles qui ont été développées pour le bail à construction et le bail à réhabilitation.

**723.** Concernant l'emphytéose, là encore il est nécessaire de reprendre une logique similaire à celle déjà développée à l'égard de son comparatif avec le bail à construction. En effet, une obligation de réhabilitation ou d'amélioration trop précisément décrite et encadrée peut laisser entendre que les parties ont en fait conclu un bail à réhabilitation<sup>2084</sup>. L'emphytéose n'implique pas à l'inverse du bail à réhabilitation un contrôle du bailleur en cas de cession du contrat par le preneur<sup>2085</sup>, ainsi que l'obligation faite au preneur de reloger les « sous-locataires » à l'issue du bail<sup>2086</sup>. L'enjeu n'est pas sans importance. Les parties et le rédacteur de l'acte doivent porter une attention particulière à la rédaction de la clause ayant pour objet une telle obligation dans le cadre de l'emphytéose, et il semble d'ailleurs tout à fait pertinent de leur être conseiller de s'abstenir d'introduire une telle clause.

## **b- Le délai d'exécution**

**724.** L'alinéa 2 de l'article 252-1 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à réhabilitation énonce que le délai d'exécution des travaux doit être précisé. Celui-ci peut être soit unique, soit fixé graduellement selon la nature des divers travaux d'amélioration précisés au

---

<sup>2084</sup> A condition, bien évidemment que les autres caractéristiques du bail à réhabilitation soient également présentes, notamment que le preneur soit un bailleur social s'étant engagé, dans le cadre de cette opération, à procéder au conventionnement APL des logements concernés et que la durée de vie du bail soit supérieure à 18 ans.

<sup>2085</sup> Art. L. 252-2 al. 2 du CCH.

<sup>2086</sup> Art. L. 252-4 et L. 252-5 du CCH.

contrat et compte tenu de leur urgence respective<sup>2087</sup>. Les parties peuvent également convenir d'intégrer une clause résolutoire relative à la réalisation desdits travaux dans le temps, afin de sécuriser et de garantir le bon déroulement de ces derniers. Dès lors, tout commandement d'exécuter les travaux visant la clause résolutoire doit contenir une mise en demeure indiquant précisément l'obligation dont l'irrespect est invoqué pour résilier le contrat, et mentionnant avec suffisamment de précision les travaux dont il est demandé la réalisation<sup>2088</sup>. Dans ce cas, et de même que pour le bail à construction, le preneur doit veiller à faire intégrer dans l'acte une clause prévoyant que des événements indépendants de sa volonté (cas de force majeure et cas fortuit) puissent intervenir et l'empêchent de respecter le délai.

**725.** Cependant, il doit être ajoutée une particularité à l'égard du bail à réhabilitation, intégrée par la circulaire du 28 janvier 1991<sup>2089</sup>, à l'article 2.3. Il est précisé que « le délai d'exécution des travaux sera précisé étant entendu que ceux-ci devront être réalisés rapidement ... ». Il est rappelé deux choses fondamentales, d'une part, les travaux prévus dans ce bail de longue durée ne peuvent être de grandes envergures, car cela impacte nécessairement leur délai d'exécution, et d'autre part, ce type de bail vise exclusivement des biens qui doivent pouvoir être remis rapidement sur le marché locatif. Cette référence au délai d'exécution veille également à encadrer le recours à ce type de contrat.

**726.** A l'inverse, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, qui envisagent expressément l'obligation de réhabiliter, ne prévoient pas la fixation d'un délai d'exécution. Le notariat, fort de son expérience dans la pratique des baux de longue durée, doit suggérer ou conseiller fortement les parties d'inclure une clause à l'acte authentique par laquelle le preneur s'oblige à réaliser les travaux et à les diriger de telle manière qu'ils puissent totalement être achevés au plus tard à la date fixée<sup>2090</sup>. Il peut paraître regrettable que cette précision ne soit pas prévue initialement dans les règles relatives à ce type de contrat. En effet, l'insertion d'une telle clause a pour mérite de s'imposer aux contractants et de protéger d'un coup les intérêts du bailleur qui sont sécurisés contre un éventuel manquement de la part du preneur. Si le notariat veille à garantir les engagements des parties, cette clause ne devient pas obligatoire pour autant et les parties peuvent faire le choix de s'en passer.

---

<sup>2087</sup> HUGOT Jean et LE MARCHAND Claudine, Fasc. 120-10 : Bail à réhabilitation, JCl Const. Urb., n° 10.

<sup>2088</sup> Art. 1224 à 1228 du c. civ. ; BENABENT Alain, Droit des obligations, Précis Domat – Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 302 et svts.

<sup>2089</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>2090</sup> JCl. Const., Contrat de bail réel immobilier. Formule par Vivien ZALEWSKI-SICARD.

## 2- Les conditions d'exécution des travaux

**727.** Puisque l'obligation de réhabiliter ne peut intervenir que sur un immeuble existant, les conditions d'exécution des travaux ne peuvent qu'être particulières et plus précisément à l'égard des garanties que le preneur doit souscrire (a). En outre, les dispositifs de ce type de baux font références à l'application de certaines règles qui s'imposent au preneur dans le cadre de l'exécution des travaux et qui doivent être analysées (b).

### a- Les garanties

**728.** De même que le preneur du bail à construction, d'un bail réel immobilier, d'un bail réel solidaire ou d'un emphytéote engagé dans une obligation de construire, le preneur du bail à réhabilitation doit également souscrire une assurance dommages ouvrage telle qu'elle est prévue à l'article L. 111-30 du code de la construction et de l'habitation<sup>2091</sup>. Le preneur d'un bail de longue durée entreprenant des travaux d'amélioration d'un bien immobilier se voit conférer la qualité de maître de l'ouvrage<sup>2092</sup>. Le preneur du bail à réhabilitation, d'un bail réel immobilier, d'un bail réel solidaire, ainsi que l'emphytéote engagés dans de tels travaux d'amélioration ont l'obligation de contracter une telle garantie. Il faut toutefois apporter une précision qui vient faire la différence entre une assurance dommages ouvrage prise dans le cadre d'une construction et une garantie similaire prise pour des travaux d'amélioration (ou réhabilitation). Le sort des existants, c'est-à-dire des ouvrages qui sont présents avant même toute intervention du preneur et qui vont faire l'objet de ces travaux, doit être considéré.

**729.** La Cour de cassation<sup>2093</sup>, reprenant la même définition précédemment donnée par le comité<sup>2094</sup>, pour l'application de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction<sup>2095</sup>, a précisé cette notion « d'existants ». Il s'agit des ouvrages ou parties d'ouvrages préexistants à la réalisation des travaux neufs, sur, sous, dans lesquels sont

---

<sup>2091</sup> MALINVAUD Philippe, JESTAZ Philippe, JOURDAIN Patrice et TOURNAFOND Olivier, Droit de la promotion immobilière, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, n° 233, p. 266.

<sup>2092</sup> FAURE-ABBAD Marianne, Droit de la Construction, Gualino, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 649, p. 251.

<sup>2093</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1987, RGAT 88-92, obs. Bigot.

<sup>2094</sup> Com. Copal, 25 nov. 1983, RD Imm. 1984, p. 273.

<sup>2095</sup> Loi n° 78-12 du 4 janv. 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, JORF du 5 janv. 1978.

réalisés les travaux neufs. Un ouvrage ancien destiné à la démolition et réutilisé pour des travaux neufs constitue un existant. Cette notion paraît assez large et il faut que le preneur prenne ces ouvrages en considération car les dommages peuvent dépasser largement le prix des travaux dès lors qu'ils s'étendent à ceux-ci<sup>2096</sup>. L'article L. 243-1-1 du code des assurances délimite le champ de l'assurance construction obligatoire. Le I de cet article énumère les ouvrages qui ne sont pas soumis à l'obligation d'assurance. Le II traite des ouvrages existants avant l'exécution des travaux. Ces existants relèvent de l'assurance construction obligatoire lorsque, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, ils en deviennent techniquement indivisibles. Ils ne relèvent pas de l'assurance construction obligatoire dans tous les autres cas. Sont inclus dans l'obligation d'assurance pour exemple les travaux de surélévation d'un étage, de reconstruction d'un immeuble où seule la façade, l'ossature et les fondations sont conservées, alors qu'en sont exclus l'installation d'une cheminée par réalisation d'un insert, les travaux de réhabilitation de l'électricité etc. En conséquence, considérant l'importance financière et technique de ces dernières catégories d'existants, il est conseillé au preneur de contracter une couverture d'assurance supplémentaire.

**730.** Une convention entre l'Etat, les assureurs et les maîtres d'ouvrage datée du 8 septembre 2005<sup>2097</sup> a formalisé l'engagement de la profession des assureurs à apporter aux maîtres d'ouvrage une garantie dommages aux existants hors du champ de l'assurance obligatoire dans l'objectif d'apporter une sécurité complémentaire. Cette garantie des existants est une garantie autonome, proposée systématiquement au maître de l'ouvrage avec la garantie dommages-ouvrage. Elle porte sur les dommages matériels rendant une partie ancienne impropre à sa destination ou portant atteinte à sa solidité, dans la mesure où ces dommages sont la conséquence des travaux. De même que l'assurance dommages ouvrage, elle couvre les coûts afférents à la remise en état des existants et est souscrite pour une durée minimale de dix ans à compter de la réception des travaux. Enfin, parce que le preneur du bail à réhabilitation est maître de l'ouvrage, il doit également veiller à ce que les intervenants souscrivent l'assurance de responsabilité prévue à l'article L. 111-28 du code de la construction et de l'habitation<sup>2098</sup>.

---

<sup>2096</sup> ZAVARO Michel, La responsabilité des constructeurs, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 176, p. 131.

<sup>2097</sup> Convention entre l'Etat, les assureurs et les maîtres d'ouvrage du 8 sept. 2005, Moniteur n° 5312, pub. le 16/09/2005.

<sup>2098</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 76.



## **b- Le respect des règles applicables**

**731.** Le bail à réhabilitation et le bail réel immobilier présentent quelques particularités dans le domaine des conditions d'exécution des travaux. L'exécution des travaux, leur déroulement, organisation et réception sont spécialement abordés dans le cadre du bail à réhabilitation. Toutefois, ce ne sont pas les dispositions du code de la construction et de l'habitation qui apportent de réelles informations sur ce sujet<sup>2099</sup>. Il faut en effet se référer à la circulaire du 28 janvier 1991 qui énonce que le contrat de bail à réhabilitation confère au preneur le droit d'effectuer l'ensemble des formalités administratives éventuellement nécessaires à l'exécution des travaux (demande de permis de construire, déclaration préalable de travaux, obtention du certificat de conformité)<sup>2100</sup>. Il est ajouté que le preneur est habilité à effectuer la réception des travaux avec les entreprises mais qu'afin d'éviter toute contestation au moment de la restitution de l'immeuble, il est recommandé que le contrat prévoie explicitement la présence du bailleur. La circulaire vient préciser les modalités d'organisation de gestion et de réception des travaux, alors que rien n'est prévu dans ce sens par la réglementation relative au bail à construction. Les modalités énoncées ne font, dans les faits, que réaffirmer le statut de maître d'ouvrage du preneur et d'en déduire les missions qui sont les siennes. Elles reprennent également les dispositions contractuelles auxquelles le notariat a recours depuis de nombreuses années dans le cadre du bail à construction. Cependant, elles ont l'avantage d'être clairement énoncées, ce qui clos tout débat sur le sujet qui peut avoir lieu entre bailleur et preneur. Concernant le bail réel immobilier qui peut également prévoir une obligation de réaliser des travaux de réhabilitation, l'article L. 254-1 alinéa 7 du code de la construction et de l'habitation, dispose que le preneur doit effectuer ces travaux dans le respect des règles applicables à de telles opérations. Il est entendu par ce simple aliéna que le preneur doit s'assurer de l'obtention de toutes les autorisations administratives nécessaires que ce soit de l'obtention d'un permis de construire ou d'une déclaration de travaux<sup>2101</sup>. Il s'agit des obligations du maître d'ouvrage qui s'imposent au preneur de ce type de bail. Sans devoir ajouter plus de précisions, il doit veiller au bon déroulement des travaux, contracter une assurance dommages à l'ouvrage et organiser la réception des travaux. Le notariat propose et conseille fortement aux parties de prendre un certain nombre de dispositions dans ce contrat, de tel sorte que celui-ci devient, dans le cadre de l'organisation de son obligation de réhabilitation, aussi complet et détaillé que le bail à réhabilitation.

---

<sup>2099</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>ère</sup> éd., 2000, p. 67.

<sup>2100</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>2101</sup> Ed. légis., *Bail réel immobilier*, n° 13.

**732.** La déclinaison des obligations des baux réels immobiliers de longue durée a été identifiée et analysée. D'une part, elle marque l'unicité de régime de ces baux spéciaux, et d'autre part, elle caractérise la spécificité de chacun de ces baux de longue durée. Depuis le bail emphytéotique qui laisse de nombreuses prérogatives au preneur, les obligations spécifiques ont été déclinées au travers du bail à construction, bail à réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire. Ces modulations soulignent leur finalité respective et mettent en exergue la technicité de leur création.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**733.** Pour la plupart des bailleurs sociaux, l'intérêt principal du recours aux baux réels immobiliers de longue durée consistent en une maîtrise foncière à un coût très modéré voir quasiment nul. Cette particularité constitue un élément central et particulièrement attractif du régime des baux réels immobiliers de longue durée. En effet, les baux de longue durée dont les bailleurs sociaux sont preneurs sont généralement consentis « à l'euro symbolique » avec retour en propriété à terme du bailleur. Néanmoins, il a été remarqué par plusieurs organismes sociaux une certaine remise en question de cette pratique. On note qu'en marché tendu, certaines collectivités fixent une redevance significative, pouvant faire perdre tout intérêt pour cette formule<sup>2102</sup>. Aussi, les bailleurs sociaux désireux de développer leur offre locative ont tout intérêt à aborder les négociations avec leur partenaire en ayant une bonne connaissance des prix du marché mais également en apportant l'éclairage nécessaire à l'efficience de ces baux de longue durée. L'objectif ambitieux est de trouver des solutions économiquement équilibrées, et de favoriser la production de logements sociaux. En effet, il a été démontré à plusieurs reprises que seule une véritable maîtrise du coût du foncier, aussi bien dans la réalisation initiale de l'ensemble immobilier qu'en cours de vie du contrat, permet d'améliorer et de diversifier l'offre de logements locatifs sociaux<sup>2103</sup>.

**734.** En outre, il faut noter que la déclinaison des obligations proposée par les baux réels immobiliers de longue durée génère une certaine perplexité. La proposition de loi proposée par le club des juristes en septembre 2013 ayant pour objet de fondre le bail à construction et le bail emphytéotique en un seul bail réel immobilier, souligne les inconvénients relatifs aux obligations principales du preneur à construction qui doit édifier, sans toujours pouvoir réellement identifié s'il s'agit d'une construction ou d'une réhabilitation<sup>2104</sup>. M. Tixier précise dans ce même document que « dans nombre de projets, il est souhaité pouvoir imposer au preneur la réalisation de travaux qui ne répondent pas toujours à cette exigeante définition »<sup>2105</sup>. En outre, il est également rappelé que la possibilité d'imposer à l'emphytéote un programme substantiel

<sup>2102</sup> USH et C.D.C., Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p.5.

<sup>2103</sup> Sénat, Rapport d'information fait au nom de la commission des Aff. Eco. sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, MM. Dominique BRAYE et Thierry REPENTIN, Sénateurs, Annexe au p.v. de la séance du 29 juin 2005, p. 19 et svts ; C.E., Droit au logement, droit du logement, Documentation Française, Rapport, 2009, p. 17 ; Conseil général de l'environnement et du développement durable, Mission d'évaluation de la politique de vente de logements sociaux à leurs occupants et à d'autres personnes physiques, Rapport, sept. 2014, p. 12 et svts.

<sup>2104</sup> Le club des juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collec. territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013.

<sup>2105</sup> Le club des juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collec. territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 11.

d'améliorations demeure quant à elle quelque peu incertaine. Les auteurs de cette proposition de loi en tirent la conclusion que les baux réels immobiliers existants ne sont pas satisfaisants à cet égard et qu'ils manquent d'efficacité.

**735.** Ces auteurs suggèrent la création d'un seul bail réel immobilier qui donne au preneur le droit de réaliser des constructions ou améliorations nouvelles, le droit réel portant sur ces constructions nouvelles et améliorations. Il est fait, au travers de cette proposition de loi, le constat de la grande difficulté relative à la détermination précise des obligations caractéristiques du preneur. Il apparaît que cette réflexion a influencé le législateur qui, avec le bail réel immobilier et le bail réel solidaire, a autorisé une certaine souplesse dans la détermination des obligations de construire ou de réhabiliter<sup>2106</sup>. Néanmoins, cette malléabilité démontre que le principal objectif de ces derniers contrats est social. Il ne s'agit plus, comme précédemment avec le bail à construction et le bail à réhabilitation de relancer l'urbanisation ou de favoriser la rénovation des centres urbains. L'urgence actuelle est sociale. Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire sont comme leurs prédécesseurs les fruits des maux de leur époque. La modulation des obligations peut opacifier la lisibilité de ce régime, mais elle contribue à en préserver l'efficacité dans le cadre des missions qui ont été attribuées aux baux réels immobiliers de longue durée par le législateur.

---

<sup>2106</sup> Art. L. 254-1 et L. 255-1 du C.C.H.

## CONCLUSION TITRE 1

**736.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée débute par la vie de ces contrats. Elle se décompose en deux temps, que sont les éléments constitutifs et les effets de ces contrats, présentés au travers des obligations du preneur. Nonobstant cette précision, à l'origine, bailleur et preneur s'obligent l'un envers l'autre. Sont également associés, les parties aux contrats subséquents qui constituent des impératifs aux opérations de réalisation de logements locatifs sociaux. Les parties, bailleur et preneur, outre des qualités spécifiques énoncées par les textes propres à chaque dispositif, doivent avoir la capacité de contracter le bail réel immobilier de longue durée. En raison de leur durée et des droits que les baux de longue durée confèrent aux preneurs, de tels contrats ne peuvent être consentis que par des personnes ayant la capacité et le pouvoir de disposer du foncier<sup>2107</sup>.

**737.** Par ailleurs, il a été également nécessaire de faire l'analyse relative à l'expression de la volonté des parties au bail de longue durée qui constitue une composante indispensable à la formation du contrat. Bien que le consensualisme consacre une certaine liberté d'expression et semble favoriser la conclusion des contrats, les praticiens préfèrent le formalisme qui invite à la réflexion et à la vigilance<sup>2108</sup>. C'est pourquoi, ils font couramment le choix de faire précéder la signature du bail de longue durée par une période de négociation et de finalisation des principaux éléments du contrat définitif par des accords préparatoires. A l'aboutissement de cette période préalable, le bail de longue durée peut être conclu par les parties et constituer le droit réel immobilier qui est octroyé au preneur. L'acte est alors établi par acte authentique afin d'être soumis aux modalités de la publicité foncière sous peine d'inopposabilité aux tiers.

**738.** Cependant, l'accord des parties au bail de longue durée se forme sur la base d'un élément objectif, concret et essentiel. Il s'agit en l'occurrence de la chose, objet du contrat, c'est à dire le bien immeuble qui est désigné dans le contrat, au travers notamment de références cadastrales. La détermination de cet élément objectif est essentielle. Assiette foncière ou terrain bâti, les parties doivent être en mesure d'identifier le bien immobilier qui va supporter l'opération projetée. Au travers des dispositions applicables à l'emphytéose, au bail à construction, au bail à réhabilitation, au bail réel immobilier et au bail réel solidaire, les différentes possibilités qui sont offertes aux

---

<sup>2107</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 932, p. 826.

<sup>2108</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 132, p. 159.

parties ont été relevées, et cette analyse permet de prendre la mesure de toutes les opportunités foncières qui peuvent être saisies.

**739.** Les obligations du preneur constituent la principale démonstration des effets du contrat, c'est-à-dire de l'exécution des baux réels immobiliers de longue durée. Soulignant l'unicité de leur régime, l'ensemble des preneurs de ces baux assument des obligations d'entretien et de réparations plus lourdes que celles de l'usufruitier<sup>2109</sup>. Ils sont tenus d'effectuer toutes les réparations, y compris les grosses réparations, non seulement sur les travaux qu'ils ont eux-mêmes entrepris mais également sur l'immeuble ou la partie de l'immeuble existant à la signature du bail. Ils ne sont dispensés de reconstruire que si la ruine provient d'un cas fortuit, d'un cas de force majeure ou d'un vice de la construction. De plus, ils répondent de l'incendie.

**740.** Autre caractéristique principale commune importante, les baux de longue durée résultent de contrats à titre onéreux. Le preneur doit exécuter son obligation financière soit en s'acquittant d'une redevance qui peut être mensuelle, annuelle ou encore versée dans son intégralité en un ou deux temps, soit en s'engageant à remettre sa réalisation, sans indemnité, au bailleur en fin de contrat, ou encore concernant l'emphytéose, le bail à construction et le bail à réhabilitation, en s'engageant dans un règlement en nature. Les parties peuvent également convenir de compiler ces modalités tout en préservant l'équilibre économique du contrat. Dans ce cadre, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire témoignent d'une certaine spécificité. Ces conventions ont été spécialement dédiées à la production de logements neufs pour la classe intermédiaire dans les villes concernant le bail réel immobilier et pour la classe modeste concernant le bail réel solidaire<sup>2110</sup>. Pour ce faire le prix d'acquisition du droit de propriété temporaire ne peut excéder des plafonds fixés par décret. Ces clauses dites « anti-spéculatives » visent à éviter que les loyers ou les prix de cession des droits réels afférents au logement ne soient au même niveau au ceux du marché immobilier<sup>2111</sup>.

**741.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée autorise la déclinaison d'un certain type d'obligations. L'emphytéote est tenu au minimum d'améliorer le fonds, le bail emphytéotique administratif peut imposer la réalisation de constructions au preneur, le preneur du bail à

---

<sup>2109</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 934, p. 827.

<sup>2110</sup> CHEVREUX Bruno, LEVENEUR Coralie et LEONETTI Raphaël, Le bail réel immobilier dédié au logement, JCP n° 12, 24 mars 2014, 330.

<sup>2111</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265 ; POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016, p. 544.

construction est tenu d'édifier des constructions sur le terrain du bailleur, et c'est là la caractéristique majeure du bail à construction, le preneur du bail à réhabilitation doit réaliser des travaux assez conséquents et les preneurs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire peuvent soit construire, soit réhabiliter l'immeuble visé au contrat.

**742.** Cette analyse a mis en exergue la technicité du régime des baux réels immobiliers de longue durée qui peut pénaliser leur attractivité. Néanmoins, l'examen des baux réels immobiliers de longue durée, tels qu'ils ont été déclinés par le législateur à partir de la formule emphytéotique, permet de faire le constat du grand nombre de possibilités qu'ils offrent. Ce développement relatif à la vie des baux réels immobiliers de longue durée conduit à relever la richesse du régime des baux de longue durée qui permet aux parties de trouver la solution adéquate à leurs identités, leurs projets immobiliers et leurs conditions de financement. Seule une certaine méconnaissance de ces contrats peut amener les praticiens à ne pas étudier très sérieusement les possibilités d'y recourir.

## **Titre 2- La fin des baux réels immobiliers de longue durée**

**743.** Les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats à durée déterminée. Néanmoins, l'emphytéose, premier des baux de longue durée, a été conçu en droit romain comme un droit réel perpétuel et cette caractéristique a subsisté jusqu'à la révolution française<sup>2112</sup>. Depuis lors, la règle de prohibition des engagements perpétuels s'est imposée. Les baux de longue durée cessent lorsque le terme survient et ce sans qu'il soit nécessaire à l'une ou l'autre des parties de donner congé de sorte que, les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement avant l'arrivée du terme, contrairement au contrat à durée indéterminée. Par ailleurs, ces baux de longue durée sont des contrats à durée déterminées, mais leur régime présente la spécificité, reprise par le législateur dans toute leur déclinaison, de voir leur terme fixé à une date ultérieure très éloignée de leur date de formation. En effet, comme il est indiqué dans leur dénomination ces contrats spéciaux n'ont pas une durée classique de trois, six<sup>2113</sup> ou neuf ans<sup>2114</sup>. Ils sont dits de longue durée car leur durée maximum est fixée depuis la révolution française, et y compris pour le bail emphytéotique administratif, à 99 ans<sup>2115</sup>.

**744.** Cette longévité exceptionnelle est la conséquence, le pendant de l'étendue des droits et obligations du preneur qui doit au minimum dans le cas de l'emphytéose améliorer le fonds, et pour les autres types de baux évoqués, construire ou réhabiliter un immeuble<sup>2116</sup>. Certains auteurs ont écrit à ce propos que le régime juridique de la fin de ces baux est « évidemment essentiel » car l'un des objectifs communs de ces contrats est d'associer le propriétaire aux plus-values générées par le preneur<sup>2117</sup>.

---

<sup>2112</sup> OURLIAC Paul et DE MALAFOSSE Jean, Histoire du droit privé : Les Obligations, Paris, P.U.F, Thémis, 1969, p. 290.

<sup>2113</sup> Pour les baux d'habitation : Art. 10 al. 1 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986 : « Le contrat de location est conclu pour une durée au moins égale à trois ans pour les bailleurs personnes physiques ainsi que pour les bailleurs définis à l'article 13 et à six ans pour les bailleurs personnes morales ».

<sup>2114</sup> Pour les baux commerciaux : Article L. 145-4 al. 1 du c. du com. : « La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans ».

<sup>2115</sup> La loi des 18-29 déc. 1790 énonce qu'« il est défendu à l'avenir, de créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rente ou à emphytéose et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits à l'avenir pour 99 ans et au-dessous. »

<sup>2116</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et GAUTIER Pierre-Yves, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 620, p. 343.

<sup>2117</sup> Sous la direction de MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 120.141, p. 144.



**745.** Aussi, si les causes d'extinction de ces contrats obéissent au droit commun, doivent-elles tout de même faire l'objet d'une analyse particulière en raison de leurs caractéristiques. Il doit être fait un premier examen sur la question du terme de ces contrats qui ne s'est pas toujours imposé comme un critère obligatoire. De plus, si le droit français actuel impose des délais minimum et maximum, les parties doivent convenir d'un commun accord, d'une durée maximum ou d'une date du terme à venir en préservant leurs intérêts et en analysant leurs contraintes financières, fiscales et techniques respectives. Par ailleurs, les parties doivent également avoir connaissance des possibilités de report du terme, car en effet la situation des parties, et notamment du preneur et du bien objet du bail de longue durée peut avoir évolué de telle façon que les parties sont en mesure de souhaiter, individuellement ou conjointement, prolonger leurs engagements. Il est essentiel de faire l'analyse des possibilités qui s'offrent alors aux parties au contrat. Les parties peuvent également mettre fin au contrat qui les lie de façon anticipée. Les causes d'extinction des contrats, de la résolution judiciaire et administrative à la résolution conventionnelle, doivent être abordées à la lumière des particularités de ce type de contrats spéciaux.

**746.** Il est également nécessaire de faire l'examen d'une dernière cause d'extinction du contrat avant terme qui constitue un particularisme du milieu HLM, et qui concerne plus particulièrement les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. L'accession sociale à la propriété est en effet une mission d'intérêt général des organismes HLM qui peut tout à fait être mise en œuvre à l'égard de biens dont les bailleurs sociaux ont la maîtrise en étant preneurs de baux de longue durée. Il faut noter à ce sujet que la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique a apporté certaines modifications permettant de faciliter le développement de l'accession sociale à la propriété dans le patrimoine social<sup>2118</sup>. Ce texte vise à multiplier les opportunités d'accession à la propriété des locataires des bailleurs sociaux car ces ventes sont loin d'atteindre les objectifs fixés entre l'Etat et l'Union sociale de l'habitat de 40.000 par an<sup>2119</sup>. Il témoigne de l'intérêt constant du législateur pour ce type de contrat et de l'objectif socio-économique qui a été attribué aux derniers baux créés. L'accession sociale à la propriété est aspect de la mission sociale des bailleurs sociaux qui prend de plus en plus d'ampleur et les baux de longue durée doivent être considérés dans ce contexte.

---

<sup>2118</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>2119</sup> Etude d'impact projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, 3 av. 2018, p. 195.

**747.** Enfin, les conséquences de la fin des baux de longue durée se distinguent du droit commun des contrats<sup>2120</sup>, car elles consistent, à défaut de convention contraire, en un retour des constructions au bailleur par la voie d'une accession à la propriété. Cette notion d'accession différée à la propriété est une constante importante, voir essentielle, des baux réels immobiliers de longue durée, reprise de la formule emphytéotique. Ses nombreux effets tant économiques que civils doivent d'être appréhendés avec une grande application par les praticiens et les rédacteurs de ces actes. Il faut également faire le point sur l'autre issue possible des baux réels immobiliers de longue durée. Hypothèse différente du principe de retour du bien dans le patrimoine du bailleur constituant une opportunité pour le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, les parties peuvent convenir d'un transfert de propriété du bien objet du bail au preneur en fin de bail. Il est alors essentiel que chacune des parties en pèse les modalités et les effets. La propriété du bien en fin de bail n'est pas le seul aspect de la fin des baux de longue durée qui doit être analysée. En effet, la problématique relative à la location du bien objet du bail de longue durée, réalisée par le preneur qui devient bailleur dans le cadre d'un contrat de location régi par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ne doit pas être éludée<sup>2121</sup>. En l'occurrence, il s'agit de se pencher sur le devenir du locataire-occupant du bien et de l'évolution de sa prise en considération dans les dispositifs relatifs à la fin des baux de longue durée.

**748.** Aussi, la fin des baux de longue durée s'organise-t-elle naturellement en deux temps, le premier étant relatif aux causes de fin de ces contrats spéciaux (chapitre 1), et le second ayant pour objet d'en analyser les conséquences (chapitre 2

---

<sup>2120</sup> Sous la direction de MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 120.141, p. 144.

<sup>2121</sup> Loi n° 89-462 du 6 juil. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juillet 1989.



## CHAPITRE 1- LES CAUSES DE FIN DES CONTRATS

**749.** La détermination des causes de fin des baux de longue durée amène à définir les mécanismes qui ont pour conséquence d'engendrer l'extinction du contrat. Les baux réels immobiliers de longue durée sont des contrats à durée déterminée, affectés d'un terme, cause d'extinction des obligations réciproques des parties. Cependant, ce type de baux présente la particularité d'avoir un terme fixé à long terme. Ils sont dits « de longue durée » car ils peuvent avoir une durée maximum légale de 99 ans, et cette exceptionnelle longévité leur confère un statut particulier. A ce titre, l'histoire des baux de longue durée apporte un éclairage particulier à cette notion de terme. L'étude de l'évolution de l'emphytéose, premier des baux de longue durée, au fil des différentes périodes de l'antiquité et de l'histoire démontre que l'exigence d'un terme ne s'est imposée que récemment pour ce type de bail.

**750.** Si ce délai maximum et commun à ce type de contrats, est imposé par les textes, il apparaît également nécessaire d'aborder en sus la question relative au délai minimal qui est également imposé au régime des baux de longue durée. En conséquence, la durée conventionnellement négociée par les parties doit se situer entre délais minimum et maximum prescrits par la loi. Néanmoins, le bail emphytéotique, le bail emphytéotique administratif, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire ne sont pas soumis aux mêmes dispositions, contraintes ou interprétations en la matière. De même, les possibilités de report du terme, c'est-à-dire les modalités permettant de repousser le terme du contrat font également l'objet de lectures différentes en fonction du type de bail de longue durée dont il est alors question.

**751.** Enfin, l'arrivée du terme extinctif des baux de longue durée n'est pas l'unique cause d'extinction envisageable. Ces contrats peuvent également faire l'objet d'une extinction dite anticipée. Les différents modes d'extinction anticipée ont pour conséquence, tout comme le terme, d'engendrer l'extinction du contrat<sup>2122</sup>. Celle-ci peut résulter soit de l'intervention du juge, et il est alors question de résiliation judiciaire ou administrative, soit de la volonté des parties. En effet, si ce type d'engagement pris à long terme par les parties peut, à l'origine du projet, préserver l'équilibre économique de l'opération immobilière ou encore avoir pour finalité de convaincre les bailleurs qui aspirent à retrouver la pleine jouissance de leur bien à terme, les intérêts de chacun peuvent évoluer différemment au cours de ces longues périodes. A moyen terme, c'est-à-dire au

---

<sup>2122</sup> LEQUETTE Yves, TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 481-1, p. 533.

bout de la durée minimale des baux de longue durée, le bailleur social, preneur du bail de longue durée, peut, dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, souhaiter favoriser l'accèsion sociale à la propriété et la collectivité territoriale, bailleur de la même convention, peut être motivée par l'ambition de fixer les ménages sur son territoire. L'extinction anticipée du bail de longue durée est alors envisagée par les deux parties comme un choix de politique sociale de l'habitat favorisant l'accèsion sociale à la propriété.

**752.** Les événements qui conduisent à la fin des baux de longue durée doivent être envisagés dans le cadre de ces deux manifestations juridiques que sont l'extinction à terme (Section 1) et l'extinction anticipée (Section 2).

## **Section 1- L'extinction à terme**

**753.** Le "terme" est défini comme « une modalité, fixée par la loi ou par convention, qui modifie les effets d'une obligation, d'un contrat ou de tout acte juridique »<sup>2123</sup>. Dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée, il est dit « extinctif », car il constitue un événement qui engendre l'extinction des droits et obligations des parties au contrat, et par conséquent la fin du contrat. Sa fixation constitue une notion essentielle des contrats. les parties doivent procéder à l'analyse de plusieurs critères qui aboutissent à la stipulation du terme (§1), ainsi qu'à l'étude des possibilités permettant l'éventuel report du terme (§2).

### **§1- La stipulation du terme**

**754.** Le terme est un événement futur dont la fonction est de limiter dans le temps les effets du bail. Toutefois, il faut reprendre la longue histoire du bail emphytéotique, premier des baux de longue durée, sur la base duquel les autres baux de longue durée ont été plus récemment créés<sup>2124</sup>, afin de constater que le principe relatif à l'exigence d'un terme extinctif est tout à fait récent (A). S'il apparaît que cette obligation est aujourd'hui acquise, c'est un ensemble d'éléments devant être

---

<sup>2123</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collection : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 1299, p. 681.

<sup>2124</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-2, p. 414.

connus et analysés par les parties qui alimente le processus décisionnel leur permettant de se déterminer quant à la fixation du terme extinctif (B).

## **A- L'exigence du terme**

**755.** A l'égard du bail emphytéotique, deux périodes se sont succédées. La première période présente la caractéristique d'envisager le terme comme une exception face aux droits perpétuels (1), alors que la seconde, portée par un nouveau courant de pensée juridique et politique, a imposé le terme comme modalité obligatoire au contrat (2).

### **1- Une exception aux droits perpétuels**

**756.** L'emphytéose, bail de longue durée originel, n'a pas toujours été considérée comme un contrat à durée déterminée. Il s'avère que ce contrat a été essentiellement envisagé en droit romain comme un droit perpétuel<sup>2125</sup> (a). Par la suite et au fil de la construction juridique française, le bail emphytéotique s'est adapté et aisément développé durant une période, également propice aux engagements perpétuels, s'écoulant entre féodalité et ancien droit français (b).

#### **a- En droit romain**

**757.** L'emphytéose est le « modèle » le plus ancien des baux de longue durée. L'institution est d'origine grecque et vient du verbe « emphuteuein », qui signifie « mettre en plantation »<sup>2126</sup>. Ce système juridique génère alors un droit perpétuel d'exploitation d'un bien qui existe dans le droit romain. Ce type de droit semble avoir été peu étudié par les juristes romains pour plusieurs raisons. Ils ont surtout été développés dans le cadre du droit administratif romain, afin d'assurer une meilleure gestion des terres de l'Empire, et sont d'origine pérégrine ou provinciale<sup>2127</sup>. Surtout, comme l'a précisé Troplong « en général, les Romains ne paraissent pas avoir eu pour les

---

<sup>2125</sup> ROBAYE René, *Le droit romain*, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 183.

<sup>2126</sup> LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 387 et svts.

<sup>2127</sup> *Idem*, p. 383 et svts.

baux indéfinis et perpétuels les susceptibilités de notre droit moderne »<sup>2128</sup>. Ce droit existe alors sous diverses formes et diverses dénominations. Il est notamment question de « jus privatum salvo canone » se rapportant au cas de l'aliénation d'un fonds du domaine impérial qui passe dans le domaine privé (jus privatum) d'un particulier et dont les empereurs souhaitent qu'une portion du prix consiste dans une redevance annuelle (salvo canone), ou encore du « jus perpetuum », dans lequel le fonds reste, quant à la propriété, dans le domaine impérial et le concessionnaire et ses ayants causes ont un droit perpétuel à la possession que l'Empereur lui-même s'interdit de troubler. Dans le cadre de l'« ager vectigalis » le concessionnaire fait les fruits siens par leur séparation du sol. Il engage ce fonds, et pour protéger ce droit contre les prétentions de la cité, le concessionnaire d'un « ager vectigalis » a une « actio in rem ». Le concessionnaire transmet à ses héritiers son droit perpétuel. Toutefois, le droit n'existe qu'à la condition de payer une redevance annuelle dite « vectigalis ».

**758.** Il faut également évoquer la location de « l'ager publicus » à laquelle les plébéiens obtiennent le droit d'y participer en louant eux-mêmes des terres du domaine public. C'est à partir de cette époque, évoquée par Hyginus<sup>2129</sup>, que cette location se régularise en prenant un caractère plus fiscal, et que s'introduit l'usage de baux de cents ans<sup>2130</sup>. Ce type de location du domaine public s'est particulièrement développé à l'égard des anciens combattants rendus à la vie civile après plus de 20 années de service. En effet, leur sort a inquiété les politiques qui voient en eux une population difficile qu'il est nécessaire de fixer et d'en assurer la vie. Scipion<sup>2131</sup>, puis Marius<sup>2132</sup> instaurent des colonies en leur faveur. Prises sur l'ager publicus, elles doivent fournir un point d'attache et des terres à cultiver. Scipion leur a attribué deux jugères<sup>2133</sup> par année de campagne<sup>2134</sup>.

---

<sup>2128</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p.12.

<sup>2129</sup> Caius Julius Hyginus (67 av.-17 ap. J.-C.), auteur et grammairien latin de l'époque augustéenne.

<sup>2130</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 25.

<sup>2131</sup> Scipion l'Africain (*Publius Cornelius Scipio Africanus*), général et un homme d'État romain, né v. 236 / 235 av. J.-C., mort en 183 av. J.-C.

<sup>2132</sup> Caius Marius, né en 157 av. J.-C. à Cereatae, près d'Arpinum et mort à Rome en 86 av. J.-C., général et homme d'État romain, élu consul à sept reprises au cours de sa carrière politique (107 av. J.-C. puis de 104 av. J.-C. à 100 av. J.-C. et en 86 av. J.-C.). Sans être né dans une famille de sénateurs, il s'insère dans le monde politique. Il est connu pour avoir drastiquement réformé l'armée romaine, en permettant le recrutement de citoyens qui ne sont pas propriétaires terriens, les *proletarii*, et en restructurant les légions en plusieurs cohortes.

<sup>2133</sup> Le jugerum ou jugère est une ancienne unité de surface agraire, une mesure de la superficie des champs du monde gréco-romain. Il témoigne de l'art commun de l'arpentage antique et de la continuité des pratiques de contrôle foncier. Cette superficie est normalisée à environ 25 ares.

<sup>2134</sup> GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> édit., Montchrestien, 2009, p. 169.

**759.** C'est une constitution de Zénon, empereur romain d'orient ayant régné de 474 à 491, qui introduit l'emphytéose comme une institution « sui generis »<sup>2135</sup>. L'institution nouvelle n'est pas autre chose que l'emprunt d'un moyen de mettre des terres en valeur par des particuliers, et ce dans le cadre de l'administration du domaine public.

**760.** C'est un passage explicite des Institutes, intervenant cinquante ans après Zénon, qui définit l'emphytéose proprement dite, comme étant la concession à perpétuité de la jouissance d'un fonds de terre ou de tout autre immeuble. L'emphytéose romaine est perpétuelle, aucun terme n'est imposé. Seul l'emphytéose des biens ecclésiastiques, comme Justinien l'a envisagée, dans les nouvelles 7 et 120, est soumise à des règles spécifiques<sup>2136</sup>. La nouvelle 7 a pour objet de prévenir les aliénations abusives des biens des églises et des autres établissements de piété ou de charité. Elle étend la prohibition d'aliéner au cas de constitution d'une emphytéose perpétuelle et précise que les emphytéoses temporaires sont seules applicables aux biens de ces établissements. Ces dernières sont ordinairement constituées pour toute la vie de l'emphytéote primitif et, successivement, de deux autres personnes qui doivent être ses descendants. Dans la nouvelle 120, Justinien modifie la rigueur de la prohibition de constituer une emphytéose perpétuelle sur des biens ecclésiastiques et déclare que cette prohibition est désormais restreinte aux seuls biens de l'Eglise de Constantinople<sup>2137</sup>. Le bail emphytéotique est communément perpétuel<sup>2138</sup>, et l'obligation d'y imposer un terme est analysée comme une véritable exception à son régime d'application.

## **b- De la féodalité à l'ancien droit français**

**761.** Pendant les premiers siècles du moyen-âge, les institutions juridiques reproduisent le « phénomène emphytéotique » de manière plus ou moins lisibles<sup>2139</sup>. Néanmoins, elles servent de transition entre l'emphytéose proprement dite et les institutions de même nature présentes au cours de la période féodale. Notamment, l'hospitalitas<sup>2140</sup>, le libellarius contractus<sup>2141</sup> et la précaire<sup>2142</sup>

---

<sup>2135</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 52.

<sup>2136</sup> Idem, p. 150.

<sup>2137</sup> Idem, p. 150 et svts.

<sup>2138</sup> ROBAYE René, Le droit romain, Academia, 5<sup>ème</sup> éd., 2017, p. 182.

<sup>2139</sup> OURLIAC Paul et DE MALAFOSSE Jean, « Histoire du droit privé : Les Obligations », Paris, P.U.F, Thémis, 1969, p. 290 : « L'époque inclinait vers la perpétuité des rapports. »

<sup>2140</sup> Institution d'origine germanique, elle eut pour résultat de soumettre en entier des territoires considérables au régime emphytéotique. Les lombards préférèrent frapper les propriétaires romains d'une redevance égale au tiers du



désignent un mode de mise en valeur du sol, forme de concession héréditaires dont les caractéristiques se rapprochent de l'emphytéose<sup>2143</sup>. La diversité des institutions tend à se simplifier au fil du temps, à la fois sous l'influence du droit romain, qui introduit une sorte d'uniformité dans le régime de ses institutions, et par l'oppression même des seigneurs féodaux qui cessent bientôt de tenir compte de ces nuances. En effet, sur ces vastes territoires, ancien territoire romain occupé par les barbares, la langue s'est uniformisée, les mœurs également, par suite, en particulier des mariages mixtes. Dans ces conditions, l'appartenance à une « nation » devient incertaine. L'unification d'un droit territorial, dans les limites géographiques plus ou moins larges, est réalisée progressivement<sup>2144</sup>. Cette évolution est consacrée officiellement par un capitulaire de Charles le Chauve, appelé édit de Pistres, rendu en 864, qui énonce que « dans la terre où les jugements sont réglés par la loi romaine, que l'on juge selon cette loi ; et dans la terre où les affaires ne sont pas jugées selon la loi romaine, que le faux-monnayeur perde la main droite. ». Se met en place un nouvel état des choses, parfaitement caractérisé par la célèbre distinction du « dominium directum » et du « dominium utile ». L'organisation foncière féodale se traduit alors par une superposition de droits réels, juxtaposition de concessions, qui aboutit à un chevauchement continu des propriétés utile et directe. Ces institutions juridiques correspondent à « la forme médiévale de la propriété foncière »<sup>2145</sup>. Cohabitent à cette période plusieurs types de baux de longue durée, qui dans les provinces méridionales, se rapprochent du bail « emphytéotique » antique<sup>2146</sup>.

**762.** Le bail dénommé « locatairie perpétuelle » est envisagé par les parlements d'Aix et de Toulouse sous des aspects très différents. En Provence on le considère comme un simple bail à rente foncière mais pour le Parlement de Toulouse, le bail à locatairie perpétuelle présente un

---

revenu de leurs terres, que de s'approprier une quotité plus ou moins considérable de ces terres pour les faire valoir eux-mêmes.

<sup>2141</sup> Concession dans laquelle la chose est transférée « jure venditionis », moyennant une somme une fois payée et une redevance annuelle. Seulement la vente n'est faite que pour une période, à l'expiration de laquelle l'acheteur ou ses héritiers, s'ils veulent conserver la chose, règlent un prix déterminé d'avance par le contrat, sinon fixé par le juge.

<sup>2142</sup> Les origines de la precaria remontent à l'Antiquité, mais cette forme de concession a connu, à l'époque franque, une profonde transformation. Dans le droit romain elle ne confère au concessionnaire aucun droit réel ni même aucune certitude de conserver le bien cédé. Dès le VII<sup>e</sup> siècle, cet usage est employé surtout par l'Eglise aux fins d'exploitation de ses domaines. Il s'agit alors d'une véritable tenure, concédée à charge de services ou de redevances. Cette dernière devient durable, viagère, puis finalement héréditaire, transmissible au sein de la famille du tenancier.

<sup>2143</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 165 et svts.

<sup>2144</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle, Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 19.

<sup>2145</sup> PATAULT Anne-Marie, Introduction historique au droit des biens, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1989, p. 23.

<sup>2146</sup> BART Jean, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX<sup>e</sup> siècle, Domat droit privé, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2009, p. 236.

caractère particulier. De même que l'emphytéose perpétuelle fait fonction de bail à cens pour les propriétés allodiales, le bail à locatairie perpétuelle fait fonction d'emphytéose pour les propriétés non allodiales<sup>2147</sup>. Par ailleurs, l'institution dénommée « bail à bourdelage », a pu être considérée, de toutes les institutions coutumières, celle qui se rapproche le plus de l'emphytéose romaine<sup>2148</sup>. Ce bail confère au preneur un droit réel, perpétuel, et qui embrasse toutes les prérogatives, naturellement comprises dans le droit de jouissance<sup>2149</sup>. Le terme « d'emphytéose » est aussi employé au moyen-âge pour désigner des tenures féodales. Le bail consiste dans la remise de terre inculte, en dehors de toute reconnaissance de droits féodo-seigneuriaux au bailleur, sauf les droits de mutation, soit pour 50 ou 99 ans, soit pour une vie ou plusieurs, ou perpétuel. L'emphytéose perpétuelle n'a pour objet que des fonds allodiaux. Elle remplace pour les propriétaires et francs-alléux le bail à cens proprement dit ou le bail à rente seigneuriale<sup>2150</sup>.

**763.** Sous l'ancien régime également, l'emphytéose, en droit français comme en droit romain, peut être perpétuelle. Guyot affirme que l'emphytéose est censée être faite à perpétuité, si, aucune clause n'en a expressément fixé le terme<sup>2151</sup>. Au contraire, Brodeau dit expressément que, si le titre n'a pas déterminé la durée du bail emphytéotique, elle se réduit de plein droit à 99 ans. Pepin Le Halleur écrit plus précisément que « dans les pays de droit écrit, où s'étaient conservées les traditions romaines et où dominaient le principe de l'allodialité, la présomption devait être pour la perpétuité de l'emphytéose. Dans les pays soumis à la maxime « nulle terre sans seigneur » et, sans distinction de contrées, toutes les fois que les parties avaient su qu'elles appliquaient à une censive le bail emphytéotique, on devait présumer qu'elles avaient entendu constituer seulement une emphytéose temporaire, puisqu'il ne leur eût pas été permis de constituer une emphytéose perpétuelle »<sup>2152</sup>. Faisant l'étude de la qualité des droits octroyés, Merlin<sup>2153</sup> estime que

---

<sup>2147</sup> Cependant, selon BOUTARIC François et DE FONMAUR Benoît-Léon, « le bail à locatairie perpétuelle diffère du contrat emphytéotique, en ce que, pour donner un fonds à titre d'emphytéose, il faut en avoir la pleine propriété, c'est à dire la posséder allodialement et indépendamment de toute seigneurie directe, alors que pour bailleur à titre de locatairie perpétuelle, il suffit d'avoir la domanialité utile... », PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 277.

<sup>2148</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 255.

<sup>2149</sup> Le bail à bordelage est usité dans les régions de coutumes Nivernaise (ancienne province dont la majeure partie forme aujourd'hui le département de la Nièvre) et Bourbonnaise (ancienne province dont le territoire correspond approximativement au département de l'Allier, du Puy-de-Dôme et du Cher).

<sup>2150</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 281.

<sup>2151</sup> GUYOT Joseph-Nicolas (1728-1816), juriconsulte français, membre du bureau de consultation et de révision du ministère du Grand Juge.

<sup>2152</sup> PEPIN LE HALLEUR Emile, Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1843, p. 283.

<sup>2153</sup> MERLIN Philippe-Antoine (1754-1838), homme politique et juriconsulte français, qui exerce son activité pendant la Révolution et l'Empire.

l'emphytéose temporaire, comme l'emphytéose perpétuelle, transfère au preneur la propriété utile du fonds. La féodalité a emprunté à la législation romaine quelques-unes des règles relatives à l'emphytéose et les avait intégrés à toutes les institutions de ce type. A l'aube de la révolution, la France, terre de la féodalité, incarne le pays dans lequel la décomposition de la propriété est la plus pratiquée.

## 2- Une modalité des contrats

**764.** Voici que sonne le glas d'une ère ayant duré près de deux millénaires. Les lois révolutionnaires (a) énoncent les principes applicables au droit moderne, puis en application des dispositions du droit contemporain (b), la doctrine et la jurisprudence en précisent les dispositions.

### a- Les lois révolutionnaires

**765.** A l'époque prérévolutionnaire, du point de vue de la pratique et de la vie des institutions, les rapports entre domaine direct et domaine utile ont considérablement évolué. A la fin de l'ancien régime, la propriété est passée du domaine direct du seigneur, où elle semble être encore vers la fin du moyen-âge, au domaine utile du vassal. Cependant, d'un point de vue strictement juridique le vassal n'est pas pleinement propriétaire de son fief<sup>2154</sup>. En conséquence, la suppression de la féodalité est l'un des dogmes politiques fondamentaux de la Révolution. A ce titre, la législation révolutionnaire traduit le souci constant d'éviter la reconstruction des droits de jouissance perpétuels qui limitent la liberté du propriétaire et aboutissent à une nouvelle division de son droit. La législation relative aux baux perpétuels est alors « extrêmement touffue et incohérente »<sup>2155</sup>. Par décret du 4 août 1789, les baux perpétuels dits « irrachetables » sont supprimés<sup>2156</sup>, et il est interdit d'en créer de nouveaux. En d'autres termes, les bailleurs sont dépouillés de leur domaine direct, et les redevances deviennent rachetables à perpétuité. La distinction entre domaine direct et domaine utile se trouve effacée. Concernant plus particulièrement l'emphytéose, c'est la loi des

---

<sup>2154</sup> VEILLON Didier, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVI<sup>ème</sup> au XVIII<sup>ème</sup> siècle », Université de Poitiers, communication prononcée lors des journées d'études sur « Le problème du *numerus clausus* des droits réels », organisées à Rome (Italie) par les Facultés de droit de Roma III et de Poitiers, les 16 et 17 juin 2006, p. 13.

<sup>2155</sup> LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André, Histoire du droit civil, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 463.

<sup>2156</sup> Sont considérés comme rachetables : « les autres droits féodaux ou censuels » (Art. 1<sup>er</sup>), les « autres dîmes » (Art. 5), les rentes foncières perpétuelles et les champarts (Art. 6).

18-29 décembre 1790<sup>2157</sup>, qui énonce qu'« il est défendu à l'avenir, de créer aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rente ou à emphytéose et non perpétuels, qui seront exécutés pour toute leur durée et pourront être faits à l'avenir pour 99 ans et au-dessous. ».

**766.** Cette disposition autorise pour l'avenir la conclusion de baux emphytéotiques temporaires, et est hostile aux baux emphytéotiques perpétuels. Plus précisément, la loi du 18-29 décembre 1790 porte défense de créer à l'avenir des emphytéoses perpétuelles, mais cette sanction n'entraîne pas pour autant la nullité de ces conventions. La Cour de cassation en a précisé le sens dans une décision du 15 décembre 1824 portant cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Colmar<sup>2158</sup>, qui a estimé que l'infraction à la défense de créer des emphytéoses perpétuelles doit être réprimée par la peine de nullité. La haute juridiction a seulement entendu qu'il ne peut plus y avoir d'emphytéose perpétuelle, sans faculté de rachat et a précisé qu'« un bail emphytéotique fait postérieurement au décret du 29 décembre 1790 n'est pas nul, par cela seul, que contre la prohibition de ce décret, il a été consenti à perpétuité ; seulement les bailleurs peuvent, nonobstant cette clause, user de la faculté de rachat »<sup>2159</sup>. Troplong a conclu qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation « un bail emphytéotique perpétuel serait désormais une véritable aliénation de la propriété ; le preneur serait maître de la chose comme un acheteur ; le bailleur n'aurait qu'une créance, sujette à remboursement »<sup>2160</sup>. Cette analyse, relative à l'application de la loi de 1790, tend à détourner le concept juridique dudit bail emphytéotique perpétuel et à entraîner sa chute, ou du moins à favoriser le recours au bail emphytéotique temporaire.

## **b- Le droit contemporain**

**767.** Les auteurs contemporains du code civil se sont également interrogés sur les conséquences que peuvent avoir les dispositions du fameux code, et plus précisément si celui-ci a abrogé l'autorisation accordée par la loi de 1790 de stipuler des emphytéoses de 99 ans et « au-dessus »<sup>2161</sup>. Delvincourt se prononce par l'affirmative, ou, ce qui est la même chose, il pense

---

<sup>2157</sup> Art. 1<sup>er</sup> tit. 1, de la loi du 18-29 déc. 1790, dans sa seconde disposition.

<sup>2158</sup> La C.A. de Colmar a décidé le contraire. La question n'a pas pu s'élever sous le régime de l'art. 530 du c. civ., dont la disposition a servi d'argument à la Cour de cassation pour déterminer le véritable sens de la loi 18-29 déc. 1790.

<sup>2159</sup> Journal du Palais, Jurisprudence française, Tome XVIII, p. 1227 et 1228.

<sup>2160</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 49.

<sup>2161</sup> L'art. 1709 du c. civ. enlèverait au bail tout effet réel, l'art. 2543 dit : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. » L'art. 526 ne classe pas

qu'un bail emphytéotique ne diffère plus en rien d'un simple bail à ferme, et qu'il ne donne pas le jus in re<sup>2162</sup>. Toullier hésite sur la nature de ce genre de contrat, qu'il reconnaît être en usage encore dans plusieurs départements, et dont il lui paraît difficile de déterminer le caractère spécifique. Au contraire<sup>2163</sup>, Duranton s'applique à prouver que l'emphytéose subsiste toujours avec les caractères que l'ancien droit lui attribue. Troplong déclare que cette dernière interprétation est la seule admissible et fait, pour appuyer sa critique, référence à l'article 543 du code civil de 1804 qui énonce que l'« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. » Il s'interroge alors sur le droit de jouissance octroyé par l'emphytéose qu'il juge « plus marqué et plus caractéristique encore que l'usufruit, puisqu'elle ne s'éteint pas par la mort du possesseur »<sup>2164</sup>. Troplong en conclut, à juste titre au regard de la jurisprudence de l'époque<sup>2165</sup>, que le bail emphytéotique subsiste sous l'empire du code civil, « dans toute sa force et avec les caractères distinctifs qu'il avait dans l'ancien droit, sauf la durée »<sup>2166</sup>.

**768.** Tout en confirmant cette analyse, la Cour de cassation la complète et précise, dans un arrêt du 18 juillet 1932<sup>2167</sup>, que si la révolution de 1789 a apporté des modifications aux effets attachés précédemment au bail emphytéotique et que l'article 1 de la loi du 29 décembre 1790 déclare rachetables toutes les rentes et redevances foncières de toute nature, et défend de créer à l'avenir aucune redevance foncière non remboursable, sans préjudice des baux à rente ou emphytéoses non perpétuels qui doivent être exécutés pour toute leur durée, et peuvent être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, le code civil n'a cependant ni changé ni modifié les règles concernant l'emphytéose.

**769.** Cette nouvelle conception des baux de longue durée, ayant une durée maximum limitée à 99 ans, reconnue par la doctrine et la jurisprudence, s'est imposée à l'emphytéose. Pour les mêmes motifs, l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée, largement inspirés des dispositions

---

l'emphytéose parmi les immeubles. (TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 20 et 21.)

<sup>2162</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 49.

<sup>2163</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 22.

<sup>2164</sup> Idem, p. 50.

<sup>2165</sup> Notamment Cour. de cass., 1832, t. 3, p. 1293, « sous le code civil, comme anciennement, l'emphytéose est un droit immobilier susceptible d'hypothèque de la part du preneur. »

<sup>2166</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage, 1841, p. 50.

<sup>2167</sup> Cour de cass., 18 juillet 1832, Journal du Palais, 1832, t. 3, p. 1296.

relatives à l'emphytéose<sup>2168</sup>, ont été soumis aux mêmes contraintes relatives à l'obligation d'un terme extinctif. La fixation de ce terme extinctif constitue une modalité essentielle de ce type de contrat.

## **B- La détermination du terme**

**770.** Les éléments concourant à la fixation de la date du terme extinctif sont nombreux, et sont tous pris en considération par les parties au contrat. Que ces dispositions énoncent un cadre qui s'impose aux parties ou qu'elles guident leur réflexion, elles constituent autant d'impondérables intégrés à la faisabilité même du projet, tant au niveau technique que financier. De plus, elles participent à la sécurisation juridique de l'opération immobilière envisagée et ont pour résultat de définir précisément le type de bail de longue durée auquel les parties ont recours. Les praticiens doivent pouvoir appréhender la durée des contrats en fonction du cadre temporel qui est imposé par les textes (1), et par l'analyse des divers éléments qui permettent de la fixer conventionnellement (2).

### **1- La détermination légale**

**771.** Les durées minimale et maximale légales des contrats, entre 18 et 99 ans pour la majorité des baux de longue durée (a), et de 12 à 99 ans pour le bail à réhabilitation (b), ainsi que les diverses interprétations et applications qui en sont faites par les juges doivent faire l'objet d'une étude éclairée.

#### **a- Un encadrement commun**

**772.** L'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime énonce que le bail emphytéotique « doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans. ».

---

<sup>2168</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-2, p. 414.

contrat ne peut prévoir aucun dénouement avant la dix-huitième année. Cette durée minimum de plus de 18 ans a d'ailleurs été âprement discutée lors des débats relatifs au vote de la loi de 1902<sup>2169</sup>. Bozérian, sénateur, a demandé par voie d'amendement, de décider qu'il n'y aurait de bail présumé emphytéotique que pour des baux de plus de trente ans. Ce texte a été écarté. Cependant, le débat relatif à cette durée minimum repris, et après une discussion très vive, en deuxième délibération, soutenue par Malens, Brunet, Hurabert, Garde des sceaux, et Lenoël, Gazagne, le Sénat a repoussé tout nouveau renvoi à la commission, et adoptant une proposition faite par le sénateur Bernard, a décidé que le minimum de durée du bail emphytéotique ne peut être inférieur à dix-huit ans<sup>2170</sup>. Ce choix a été fait en corrélation avec l'article 2, §4 de la loi du 23 mars 1855 qui soumet les baux de dix-huit au moins à l'obligation de la transcription<sup>2171</sup>. Il s'agit là de préserver l'intérêt des tiers<sup>2172</sup>.

**773.** En application de ces dispositions, il a été notamment jugé par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 février 1982<sup>2173</sup>, qu'une clause donnant une faculté de résiliation triennale au gré du preneur ne s'accorde pas avec ce type de contrat, car un droit de jouissance précaire est incompatible avec la constitution d'un droit réel. En effet, il n'y a pas de bail emphytéotique à défaut de droit réel conféré au preneur. Il a également été jugé, dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1997<sup>2174</sup>, qu'un bail qualifié d'emphytéotique doit être requalifié en bail rural s'il n'a pas une durée supérieure à dix-huit ans. En outre, cette longue durée du bail de 18 ans minimum est nécessaire pour que le preneur à bail ait le temps d'amortir les plantations ou les constructions qu'il a entreprises, mais si elle est exigée pour que le contrat soit qualifié de bail emphytéotique, elle n'est pas pour autant suffisante. Un droit de jouissance de longue durée n'est pas constitutif d'une emphytéose s'il n'institue pas un droit réel immobilier<sup>2175</sup>. Le respect de ces critères relatifs aux durées minimale et maximum ne peut à lui seul entraîner la qualification de bail emphytéotique.

**774.** Il peut être noté par ailleurs, quant aux baux emphytéotiques administratifs, que les articles L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, L. 6148-2 du code la santé publique et L. 2341-1 du code général de la propriété des personnes publiques disposent que le bail

---

<sup>2169</sup> La loi du 25 juin 1902 relative aux baux emphytéotiques, J.O. du 4 juillet 1902.

<sup>2170</sup> Séance du 12 fév. 1882, J.O. du 19.févr. 1882, p. 66 à 69.

<sup>2171</sup> Loi du 23 mars 1855 sur la transcription hypothécaire.

<sup>2172</sup> LAPASSET Léon, Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français, Thèse, Montpellier, 1900, p. 233.

<sup>2173</sup> C.A. de Paris, 25 fév. 1982, Gaz. Pal. 1982. 1. 207, note Viatte.

<sup>2174</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 av. 1997, n° 95-18451.

<sup>2175</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 août 1857, DP 1857. 1. 326.

emphytéotique que les collectivités territoriales, les établissements de santé et l'État peuvent conclure sur leur domaine public est celui « prévu à l'article L. 451-1 du code rural ». Ainsi, le bail emphytéotique administratif doit se conformer à ces mêmes dispositions.

**775.** Concernant le bail à construction, l'article L. 251-1, al. 3 du code de la construction et de l'habitation énonce que ce type de bail peut être conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. A la différence du bail emphytéotique qui doit avoir une durée minimum de plus 18 ans, le bail à construction peut tout à fait porter sur une durée égale à 18 ans<sup>2176</sup>. A l'instar du bail emphytéotique, il apparaît que cette durée minimum de 18 ans (ou plus de 18 ans pour l'emphytéose) est considérée comme une condition essentielle du bail à construction, à défaut de laquelle le contrat est disqualifié. Ceci a été formulé dans une réponse ministérielle publiée le 27 avril 1974<sup>2177</sup>. Celle-ci indique que dans le cadre d'une résiliation d'un bail à construction intervenant cinq ans environ après sa conclusion « ce contrat ne saurait être considéré comme un bail à construction. ».

**776.** Par ailleurs, de même que pour l'emphytéose, les juridictions font une stricte interprétation de cette condition de durée minimale du bail à construction qui ne peut connaître aucun aménagement. Le Tribunal administratif de Dijon énonce dans un arrêt du 9 mars 1999 que « la notion de bail à construction ouvrant droit au bénéfice des dispositions de l'article 33 ter du code général des impôts doit être interprétée strictement »<sup>2178</sup>. Les juges en ont déduit que ne répond pas à cette définition un bail à construction conclu pour une durée de 25 ans mais qui prévoit la possibilité d'une résiliation à l'expiration de chaque période triennale, car celui-ci admet, d'emblée, la possibilité d'une durée inférieure à dix-huit ans contraire aux dispositions de l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation. Il apparaît que cette condition de délai minimum constitue un élément essentiel devant être strictement interprété afin qu'il ne puisse y être dérogé par quelques moyens conventionnels. Dans ces circonstances, il paraît logique d'en tirer les mêmes conclusions que dans le cadre du bail emphytéotique, et d'en déduire que le bail serait requalifié en bail ordinaire. Cependant la Cour de cassation en a décidé autrement en énonçant dans un arrêt du 24 juin 1997 que « la résiliation d'un bail à construction avant son terme n'a pas pour effet de le transformer en un bail ordinaire, mais de créer une situation qu'il convient d'apprécier eu égard aux conditions qu'elle prévoit et à l'ensemble des effets qui s'ensuivent »

---

<sup>2176</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 86.

<sup>2177</sup> Rép. Minist. n° 6220, publiée au JOAN datée du 27 avril 1974.

<sup>2178</sup> T.A. de Dijon, 9 mars 1999 n° 985656, RJF 6/99 n° 722.



<sup>2179</sup>. Ainsi, « par l'effet de la résiliation anticipée du contrat, le preneur perd ce droit de propriété temporaire et permet au bailleur d'accéder à la propriété des immeubles construits avant l'expiration du bail, de sorte qu'entraînant transfert de propriété des immeubles, la résiliation constitue une mutation soumise aux droits d'enregistrement des mutations d'immeubles ». Cette analyse de la chambre commerciale, réitérée à plusieurs reprises<sup>2180</sup>, a été critiquée à juste titre par une partie de la doctrine<sup>2181</sup>, pour avoir omis que l'accession de la propriété des constructions par le bailleur se fait par la voie d'une accession différée et non par celle d'un transfert de propriété. Il faut noter que pour les baux à construction conclus avant le 3 janvier 1976<sup>2182</sup>, la durée initialement prévue par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation s'applique<sup>2183</sup>. Ces baux ont été conclus sur une période comprise entre 18 et 70 ans.

## **b- Un encadrement spécifique**

**777.** Quant au bail à réhabilitation, l'article L. 252-1 alinéa 4 du code de la construction et de l'habitation dispose qu'il est conclu pour une durée minimale de douze ans. Le bail à réhabilitation a été conçu afin de constituer un remède efficace à la vacance et à la vétusté du parc privé ancien. Il doit présenter un profil particulièrement attractif pour les propriétaires privés. Cependant, cette durée minimale fixée à douze ans a été critiquée par un grand nombre de parlementaires qui l'estiment trop longue et décourageante pour les bailleurs privés<sup>2184</sup>. A l'inverse, d'autres parlementaires ont souhaité voir la durée minimale du bail à réhabilitation alignée sur celle du bail à construction<sup>2185</sup>. Néanmoins, ces demandes ont été sévèrement rejetées, notamment sur l'avis du ministère délégué chargé du logement, lequel a rappelé qu'une telle disposition peut avoir pour conséquence de réduire considérablement le nombre des logements concernés par cette nouvelle réglementation<sup>2186</sup>. La durée minimale du bail à réhabilitation est restée fixée à douze ans, et ce

---

<sup>2179</sup> Cass. Com. 24 juin 1997, n° 95-13.038, Bull. civ. IV, n° 202 ; JCP 1998. II. 10059, obs. Gonzales-Gharbi et Cornille ; RDI 1998. 191, obs. Bergel.

<sup>2180</sup> Cass. Com., 23 fév. 1999, n° 96-18.328, AJDI 1999, p. 917 ; Cass. Com., 19 juin 2001, n° 98-14.707, AJDI 2002 p. 240.

<sup>2181</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Dalloz, répertoire de droit immobilier, bail à construction, n° 26.

<sup>2182</sup> Ceux sont les art. 47 et 48 de la loi n° 75-1328 du 31 déc. 1975 qui ont modifié la durée du bail à construction.

<sup>2183</sup> Art. L. 251-9 al. 1<sup>er</sup> partiel du C.C.H., mod. par L. n° 83-440, 2 juin 1983, art. 8 partiel.

<sup>2184</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 26.

<sup>2185</sup> HUGOT Jean, Un nouveau-né : le bail à réhabilitation, JCP N n° 24, 15 juin 1990, n° 25.

<sup>2186</sup> Intervention de BESSON Louis, min. délégué chargé du logement : JO sénat CR 5 av. 1990, p. 80.

même si certains auteurs considèrent que cette durée ne peut satisfaire les bailleurs privés<sup>2187</sup>. Cependant, comme le précise justement M. Rouquette, « on peut estimer ... que cette durée est encore trop longue pour que les particuliers propriétaires d'immeubles intéressés soient nombreux. En revanche, les personnes publiques, hôpitaux et communes en particuliers.....qui n'ont pas véritablement pour vocation de louer des immeubles pourraient être intéressés par cette formule »<sup>2188</sup>. D'ailleurs l'étude-bilan rendue en juin 1994 par la Direction de l'habitat et de la construction, du ministère de l'équipement, du logement, des transports et de la mer, est venue confirmer ses propos en démontrant que cette durée minimale constitue un obstacle pour le preneur qui ne peut alors amortir que très difficilement les travaux entrepris. Certains auteurs ont noté la durée minimale de douze ans limite considérablement les capacités d'investissement des preneurs et qu'en conséquence « le bail à réhabilitation ne peut porter que sur des « petites opérations » de réhabilitation tant à cause de la durée des travaux que de la durée courte du bail »<sup>2189</sup>. La durée maximale du bail à réhabilitation n'a pas été précisée par les textes mais la doctrine estime que celle-ci est, comme pour le bail emphytéotique et le bail à construction, de 99 ans, conformément au principe interdisant les baux perpétuels<sup>2190</sup>.

**778.** Le bail réel solidaire présente sur ce sujet une véritable particularité qui le distingue des autres baux réels immobiliers de longue durée. C'est, sans conteste, l'aspect le plus novateur de ce contrat et sa principale originalité<sup>2191</sup>. L'article L. 255-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que ce contrat est consenti pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, mais ce principe ne s'applique plus en cas de cession des droits réels afférents au logement par le preneur. Pour sécuriser la valeur de ces droits réels et éviter que leur valeur ne s'érode avec le temps, le législateur a conféré un caractère rechargeable au bail réel solidaire. Lors de chaque vente ou transmission à titre gratuit, la durée du bail est de plein droit prorogée afin que le nouveau propriétaire du bien à usage d'habitation bénéficie d'une durée du bail égale à celle du bail réel solidaire initial. Le cessionnaire qui conclut un nouveau bail réel immobilier avec le bailleur, organisme foncier solidaire, voit la durée de ce nouveau bail de plein droit prorogée. Ce point a largement motivé la création de ce nouvel outil au service de la politique de logement des « ménages modestes » car il permet à tout nouveau preneur de bénéficier de droits réels

---

<sup>2187</sup> VIAL-PEDROLETTI Béatrice, Gestion locative par le titulaire du bail à réhabilitation, Loyers et Copropriété n° 5, mai 2006, comm. 95 ; Becquart Alexis, Un outil juridique : le bail à réhabilitation, JA 1996, n° 131, p. 23.

<sup>2188</sup> ROUQUETTE Rémi, Le droit au logement – Commentaire de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 : AJPI 1990, p. 771.

<sup>2189</sup> LOUVEL Marc-Henri et CHAUSSE Hélène, Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ?, JCP N n° 23, 7 juin 2013, 1159.

<sup>2190</sup> Idem, p. 29.

<sup>2191</sup> COUTANT-LAPALUS Christelle, Le bail réel solidaire, JCP N. I., n° 25, 22 juin 2018, 1217.

immobiliers afférents au logement d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial<sup>2192</sup>. Ce mécanisme favorise l'accession à la propriété sociale qui devient alors plus attractive et garantit dans le temps la valeur des droits réels immobiliers afférents au logement.

**779.** Enfin, il doit être ajouté que l'article L. 255-16 prévoit qu'à l'expiration du bail, les droits réels immobiliers du preneur deviennent la propriété de l'organisme de foncier solidaire après indemnisation de la valeur de ses droits réels immobiliers, dans les conditions prévues par le bail et dans la limite de la valeur maximale. Dès lors, l'ensemble de ce dispositif fait du bail réel solidaire une alternative crédible à un achat en pleine propriété, et d'autant plus si l'accédant se trouve en zone dite tendue, dans laquelle la charge foncière constitue une quote-part significative du prix d'achat<sup>2193</sup>.

**780.** En la matière, le régime des baux réels immobiliers de longue durée impose un ensemble de dispositions présentant une grande cohérence. Néanmoins, les nuances édictées par le législateur, notamment entre les durées minimales du bail emphytéotique et du bail à construction, les divergences d'interprétation de la Cour de cassation entre disqualification et requalification en cas de non-respect, ou tout simplement l'absence de disposition sont autant d'éléments qui amènent les praticiens à demeurer pour le moins circonspects. De plus, les nouveautés introduites dans ce domaine par le bail réel solidaire ont redynamisé ce système en proposant une alternative qui a pu être interprétée comme la reconnaissance d'une emphytéose rechargeable<sup>2194</sup>. Cependant, les modalités qui permettent de déterminer conventionnellement la durée de ces contrats, dans le respect des règles précédemment exposées, restent communes. Elles doivent être envisagées comme autant de données déterminantes à partir desquelles les parties conviennent d'un commun accord de la durée du bail réel immobilier de longue durée.

---

<sup>2192</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544.

<sup>2193</sup> ROUSSEL Frédéric, Entrée en vigueur du bail réel solidaire (BRS) : notaires, à vos plumes !, JCP N. I., n° 21, 26 mai 2017, act. 571.

<sup>2194</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, LPA 22 nov. 2016, n° 122a3, p. 6.

## 2- La détermination conventionnelle

**781.** La durée des baux réels immobiliers de longue durée est fixée librement entre les durées minimale et maximale de chacun de ces outils juridiques. Il est important de noter qu'en pratique la durée des baux réels immobiliers de longue durée est le fruit d'une négociation, d'une conciliation entre les parties, où l'équilibre des intérêts de chacun doit être recherché. La détermination conventionnelle de la durée du contrat est fonction de considérations liées à la fois au régime fiscal applicable (a), mais également au dispositif financier (b) auquel le preneur souhaite avoir recours afin de financer cette opération immobilière.

### a- Les impacts du régime fiscal

**782.** L'attribution des constructions au bailleur en fin de bail est considérée comme un revenu imposé comme tel, l'assiette de l'impôt étant constituée par le prix de revient des constructions. Le bail à construction bénéficie d'un régime fiscal de faveur, car ce revenu est affecté d'une décote de 8% par année au-delà de dix-huit ans et il est totalement exonéré de l'impôt sur le revenu foncier si le bail dure plus de trente ans. Il faut ajouter que l'imposition prévue est en principe exigible à la fin de la période pour laquelle le bail à construction a été initialement conclu. Néanmoins, le bailleur peut demander à ce qu'elle soit échelonnée sur quinze ans (article 33 ter du code général des impôts). Il est intéressant pour le bailleur que la durée du bail soit supérieure à trente ans.

**783.** Les juges administratifs considèrent que le retour gratuit des constructions peut avoir lieu au-delà de l'échéance fixée initialement par les parties<sup>2195</sup>. En effet, dès lors que la prorogation du bail à construction ne résulte pas d'une tacite reconduction et qu'elle n'a pas pour effet de porter le terme du bail au-delà du maximum légal (99 ans)<sup>2196</sup>, les parties peuvent décider d'allonger la durée du contrat. Par conséquent, l'avenant qui modifie le terme du bail sans changer les conditions substantielles du contrat a pour effet de reporter la libre disposition des constructions au profit des bailleurs au-delà de l'échéance initialement fixée et, de ce fait, sa taxation. A ce titre, l'exemple donné par l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai, dans son arrêt du 28

---

<sup>2195</sup> T.A. Dijon, 3 fév. 1998, n° 966513 : AJDI 1999, p. 25 ; C.E., n° 271523, 25 janv. 2006.

<sup>2196</sup> Interdit par l'art. L. 251-1 du C.C.H.

septembre 2004 est probant. Les juges, rejetant le recours du Ministre d'Etat, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, ont énoncé que la prorogation du bail d'une durée de 22 ans (soit une durée totale de 40 ans) exonère les bailleurs d'imposition sur les revenus fonciers au titre de l'année du retour gratuit des constructions<sup>2197</sup>. Logiquement, le Conseil d'Etat a précisé que cette solution est applicable uniquement dans le cadre d'une prorogation, et non lors de la conclusion d'un nouveau bail<sup>2198</sup>. Si tel est le cas, l'imposition a lieu alors à la date d'expiration du premier bail conformément à ses stipulations.

**784.** Le bail à construction est le seul bail réel immobilier de longue durée à bénéficier d'un régime spécifique et particulièrement favorable. Monsieur Tixier relève que « la perception du loyer du bail de longue durée et le bénéfice de la remise des constructions et améliorations réalisées par le preneur constituent des revenus fonciers pour le bailleur. Ces revenus sont taxés dans les conditions de droit commun ». Il note que certains baux prévoient, à la charge du preneur, l'obligation de démolir les constructions réalisées. En conséquence, le bailleur n'accède à aucune amélioration, et aucune taxation n'est encourue<sup>2199</sup>. Il faut noter que les personnes publiques bailleurs, tel que les collectivités territoriales, sont exonérées de cette imposition.

**785.** Par ailleurs, en application de l'article 150 VC du code général des impôts, et concernant le bailleur, il échappera à l'impôt sur les plus-values normalement dû à l'issue du bail et lors de l'entrée des constructions dans son patrimoine, si son délai de détention du bien est de trente ans. Dans le cadre de ces conventions, la date de détention est déterminée comme étant la date d'acquisition du bien en pleine propriété<sup>2200</sup>. Pour bénéficier de cette exonération, le bailleur doit conclure un contrat de trente ans minimum, sauf s'il a détenu le bien pendant une certaine durée avant de conclure cet acte.

**786.** Là encore le bail réel solidaire doit être considéré comme un cas particulier. Le bailleur de ce type de bail ne peut être qu'un organisme de foncier solidaire et l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme précise qu'ils sont « des organismes sans but lucratif agréés par le représentant de l'État dans la région, qui, pour tout ou partie de leur activité, ont pour objet d'acquérir et de gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de réaliser des logements et des équipements collectifs. » Le décret n° 2016-1215 du 12 septembre 2016 relatif aux organismes de foncier solidaire précise que

---

<sup>2197</sup> C.A.A. Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 28 sept. 2004, n° 01DA01270.

<sup>2198</sup> C.E., 14 janv. 2008, n° 292536 : RJF n° 4/2008, n° 447, p. 390.

<sup>2199</sup> TIXIER Jean-Luc, Le renouveau de l'emphytéose, Opérations Immobilières n° 22 de fév. 2010.

<sup>2200</sup> BOI-RFPI-PVI-20-20-20150410, DGFIP, 10 av. 2015.

cet organisme peut être une personne morale publique ou privée dont l'objet est « autre que le partage des bénéfices », dont la gouvernance est « définie et organisée par les statuts dans ce but » et dont les bénéfices sont réinvestis dans le maintien et le développement de l'activité de l'organisme<sup>2201</sup>. Compte tenu de ces règles, il peut être conclu que ces organismes remplissent les conditions requises pour bénéficier d'une exonération des impôts commerciaux, à savoir la TVA, l'impôt sur les sociétés et la contribution économique territoriale<sup>2202</sup>. Néanmoins, la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant sur l'évolution du logement, de l'aménagement et du numérique a autorisé les organismes de logement social à être agréés en tant qu'organismes de foncier solidaire, dans les conditions de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme<sup>2203</sup>. Si les offices publics de l'habitat n'ont pas de but lucratif, ce n'est pas le cas pour les sociétés d'HLM et les sociétés d'économie mixte de logement social. Ces organismes ont en effet le droit de distribuer des dividendes à leurs actionnaires. Il paraît alors logique que ces deux dernières sociétés aient à répondre des mêmes dispositifs fiscaux que les bailleurs de l'emphytéose, bail à réhabilitation et bail réel immobilier<sup>2204</sup>.

## **b- Les effets du dispositif financier**

**787.** Les effets ou impacts du dispositif financier sur la détermination de la durée du bail de longue durée peuvent être abordés sous deux aspects, le premier relatif à la durée du prêt sollicité ( $\alpha$ ), le second au type et au montant du financement ( $\beta$ ) que le bailleur social souhaite obtenir.

### **$\alpha$ - La durée du prêt**

**788.** Au préalable il doit être précisé qu'il est nécessaire pour le preneur que le bail soit d'une durée supérieure à celle de l'amortissement du prêt afin que celui-ci ne perde pas les garanties qu'il a prises sur les constructions et particulièrement pour que le gage hypothécaire conserve une valeur de réalisation suffisante en cas de saisie des bâtiments. Il en est de même, lorsque que le

---

<sup>2201</sup> Décret n° 2016-1215 du 12 sept. 2016 relatif aux organismes de foncier solidaire, JORF du 14 sept. 2016.

<sup>2202</sup> LOISEAUX Pascale, Réflexions sur le régime fiscal des organismes fonciers solidaires et des baux réels solidaires, AJDI 2016. 746.

<sup>2203</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>2204</sup> WERTENSCHLAG Bruno, La loi ELAN et le logement social, AJDI 2019. 12.

bail se combine avec un contrat de crédit-bail immobilier. Le Crédit foncier de France a exigé, à une certaine époque, que la durée du bail dépasse de quarante ans la durée du prêt sollicité<sup>2205</sup>. Il s'agit également d'ajuster la sécurité juridique et l'équilibre financière de l'opération projetée afin de vérifier que la durée du bail de longue durée soit conforme à la durée de remboursement de l'emprunt accordé. Le coût des travaux de construction ou de réhabilitation doit être amorti pendant la durée du bail. Le bailleur social tient compte d'une part du montant des revenus qu'il va pouvoir percevoir et d'autre part de la durée pendant laquelle il va les percevoir<sup>2206</sup>. En l'espèce, les organismes HLM ont reçu un certain nombre de « directives ». Une première circulaire du 18 février 1969 organise un examen des baux emphytéotiques préalablement à l'octroi du financement des opérations, et indique dans le cadre de cette procédure que les baux emphytéotiques doivent être consentis pour une durée d'au moins 65 ans<sup>2207</sup>. Une réponse ministérielle du 7 février 1970 indique que l'amortissement financier et technique du bien conduit à prévoir une durée de 50 ans au moins pour les biens immobiliers, allongée d'une période de sécurité pour les difficultés non prévisibles ou des amortissements de durée plus longue pour certains prêts<sup>2208</sup>. Enfin, la circulaire n° 80-121 du 8 septembre 1980 recommande une durée de 55 ans ou de 65 ans selon la nature du cocontractant (personne du secteur non lucratif ou du secteur lucratif)<sup>2209</sup>.

**789.** Cette même circulaire préconise également de prévoir l'impossibilité de résiliation amiable du bail pendant toute la durée du remboursement des prêts contractés. Sans avoir un caractère impératif cette circulaire à l'intérêt d'attirer l'attention sur la nécessité de veiller à l'adéquation entre la durée du bail et celle du prêt principal ayant financé la construction ou les travaux d'amélioration, et également sur l'avantage pour le preneur de pouvoir continuer à disposer du bien, une fois le prêt rembourser<sup>2210</sup>.

---

<sup>2205</sup> Rép. Min. JOAN 7 fév. 1970, p. 307.

<sup>2206</sup> Dans ces circonstances les revenus sont constitués des loyers réglés par les locataires occupants les biens objet du bail de longue durée.

<sup>2207</sup> Circ. n° 69-20 du 18 fév. 1969, relative à la déconcentration des procédures en matière d'H.L.M. (programmation opérationnelle et attribution des prêts).

<sup>2208</sup> Pour exemple l'OPH de la Haute Loire ne s'engage dans des baux de longue durée que dans la mesure où leur délai est au moins égal à celui du prêt le plus long. Enfin, sachant que le remboursement des prêts engagés par l'organisme débute à compter de la fin des travaux, et plus précisément dès lors qu'il est possible d'établir précisément leur coût, il est également nécessaire d'ajouter à cette durée du prêt, celle des travaux, le tout permettant de fixer une durée minimum du bail de longue durée à 52 ou 53 ans.

<sup>2209</sup> Circ. n° 80-121 du 8 sept. 1980 relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives, B.O. environnement n° 39 du 17 oct. 1980.

<sup>2210</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, av. 2013, p. 24.

**790.** La nouveauté du bail réel solidaire par rapport aux autres baux existants est l'encadrement du coût de sortie défini par l'article L. 255-16 du code de la construction et de l'habitation. La prédétermination du coût de sortie modifie l'équilibre de l'opération pour le bailleur, organisme foncier solidaire. En effet, elle revient à introduire dans le montage de l'opération une vente à terme avec toutes ces problématiques. Il convient alors de prendre cet élément en compte et de l'intégrer au calcul de l'équilibre financier de l'opération. Le bailleur doit financer l'acquisition du bien, ses frais de fonctionnement et l'indemnisation du preneur à l'issue du bail<sup>2211</sup>. L'ensemble de ces coûts doit être envisagé par le bailleur et la durée du ou des prêts qu'il a sollicités pour les couvrir doit nécessairement correspondre à la durée du bail. Néanmoins, le preneur-opérateur en charge soit de la commercialisation des logements ou encore de leurs locations fait également face à un certain nombre de contraintes découlant des conditions de financement imposées par les textes.

### **β- Le financement**

**791.** Il s'agit, d'une part, du montant du financement qui est directement lié à la durée du contrat, et d'autre part du type de financement auquel le bailleur social peut, veut prétendre et qui a un impact direct sur le choix de type de bail de longue durée. Le bail réel immobilier présente des caractéristiques financières particulières. La méthode de calcul de la valeur des droits réels afférents aux logements, objets du bail, appliquée à chaque cession de ces droits est déterminée selon une formule fixée à l'article R. 254-5 du code de la construction et de l'habitation. Il s'agit en l'occurrence de tenir compte du caractère temporaire de la propriété tout en permettant de maintenir les logements dans le parc intermédiaire dans le cadre de l'application des dispositions de l'article L. 302-16 du code précité. Cette formule porte sur les droits réels afférents aux seuls logements objets du bail. Son objectif est de définir un prix régulé qui suit, de façon pondérée, les évolutions du marché. La solution consiste à appliquer la formule de calcul de la valeur du droit réel, que l'on appelle « méthode de capitalisation à durée limitée de l'économie de loyers », dans laquelle la durée résiduelle du bail restant à courir exprimée en année doit être prise en compte<sup>2212</sup>. Là encore, la durée du bail réel immobilier influe sur la valeur des droits octroyés au preneur, ce qui impacte nécessairement les calculs d'équilibre financier de l'opération et sa faisabilité.

---

<sup>2211</sup> VALETTE Charlotte, L'économie des baux réels solidaires, AJDI 2016. 751.

<sup>2212</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes, JCP N, juillet 2016, p. 827.



L'encadrement imposé par le dispositif du bail réel solidaire infléchi également sur sa durée. En effet, le preneur-opérateur s'engage soit à vendre les droits réels attachés aux logements à des bénéficiaires sous conditions de ressources et à des prix de cession encadrés. Ces prix de cession sont ceux applicables en matière de PSLA. Le preneur doit assurer l'équilibre de l'opération en comptant sur la fixation d'un prix de vente plutôt modéré sans avoir de marge de manœuvre.

**792.** En outre, la durée d'un bail de longue durée peut être déterminée par le type de financement que l'organisme HLM souhaite obtenir dans le cadre de son opération immobilière. La plupart des projets sont finançables dans le milieu HLM par les prêts de type PLUS<sup>2213</sup>, PLAI<sup>2214</sup> ou PLS<sup>2215</sup>. Quelle que soit la nature juridique de la maîtrise foncière, droit de propriété, baux de longue durée ou convention d'usufruit locatif, les bailleurs sociaux ont normalement accès à ces modes de financement en application de l'article R. 331-1 du code de la construction et de l'habitation. En pratique, il est question d'opération « éligible » à ces types de prêts. Il faut préciser que dans le cadre du bail réel solidaire, permettant de réaliser une opération locative, le montant des loyers ne doit pas excéder les plafonds de loyer applicables au prêt de type PLUS. Le bailleur peut même imposer des seuils inférieurs tels que ceux du PLAI afin de réserver ces logements à des ménages très modestes<sup>2216</sup>. Dans ces deux situations, le preneur se doit, pour assurer l'équilibre financier de son opération, d'adapter la durée du bail réel solidaire. La question se pose différemment à l'égard du bail à réhabilitation. En effet, les opérations d'amélioration portant sur des logements pris à bail à réhabilitation par des organismes d'habilitation à loyer modéré ou des sociétés d'économie mixte ne peuvent bénéficier que d'un financement du type « subvention PALULOS »<sup>2217</sup>. La circulaire du 28 janvier 1991 rappelle que le preneur peut, en fonction de sa qualité (organisme d'HLM, SEM, collectivité territoriale, association agréée, etc....)<sup>2218</sup>, solliciter deux types de financements aidés, à savoir la prime à l'amélioration des logements à usage locatif et occupation

---

<sup>2213</sup> PLUS : Le prêt locatif à usage social (PLUS) est le principal dispositif de financement du logement social. Lancé en 1999, il a remplacé le PLA et le PLA à loyer minoré. Outil de mixité sociale, produit HLM classique, il vise des ménages dont l'amplitude des revenus est large. Ainsi, 75% de la population française peut y accéder.

<sup>2214</sup> PLAI : Le prêt locatif aidé d'intégration (PLA-I) finance le logement des ménages qui rencontrent des difficultés particulières d'insertion. Il est destiné à des ménages présentant une double fragilité financière et sociale, rencontrant des difficultés d'accès au logement par les filières classiques d'attribution.

<sup>2215</sup> PLS : Le prêt locatif social (PLS) constitue un produit intermédiaire entre le PLUS et le prêt locatif intermédiaire (PLI). Ce produit s'adresse aux ménages à revenus moins contraints cherchant à se loger dans les territoires connaissant un marché de l'immobilier tendu, là où les loyers privés sont particulièrement élevés.

<sup>2216</sup> Art. L. 255-4 et R. 255-2 du C.C.H.

<sup>2217</sup> Créée par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, JORF du 18 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, la PALULOS (prime à l'amélioration des logements à usage locatif et occupation sociale) est une subvention attribuée par l'Etat aux propriétaires de logements sociaux (HLM, SEM, collectivités locales) pour des travaux d'amélioration du confort ou de mise en conformité avec les normes minimales d'habitabilité.

<sup>2218</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

sociale (PALULOS) et la subvention de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat. En réalité le seul mode de financement utilisable en matière de bail à réhabilitation est constitué par la prime à l'amélioration des logements à usage locatif et occupation sociale (PALULOS) qui est, en application des termes de l'alinéa 1 de l'article R. 323-4 du code de la construction et de l'habitation, exclusive de celle de l'Agence nationale pour l'amélioration de l'habitat<sup>2219</sup>.

**793.** Pour M. Mahy, « cette exclusion souligne également la nécessité d'une intervention du pouvoir législatif ou réglementaire afin de faciliter le montage de cette opération et de diversifier les sources de financements aidés... »<sup>2220</sup>. Malheureusement, depuis 2009, la question du type de financement des opérations réalisées par bail à réhabilitation a pris une toute autre ampleur. La loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 ne prévoit plus de crédit pour la prime à l'amélioration des logements à usage locatif et occupation sociale (PALULOS)<sup>2221</sup>. En conséquence, depuis la suppression de la PALULOS, aucun financement aidé ne peut être efficacement mobilisé<sup>2222</sup> par les organismes HLM pour les travaux d'amélioration qu'ils exécutent dans le cadre d'un bail à réhabilitation<sup>2223</sup>. L'« étude bilan des baux à réhabilitation », réalisée par la Direction de l'habitat et de la construction en juin 1994, relève qu'une grande partie des travaux d'amélioration du bail à réhabilitation a été principalement financée par cette subvention. La nécessité d'une intervention législative ou réglementaire appelée par M. Mahy s'impose d'autant plus à ce jour que les besoins en logement restent insatisfaits<sup>2224</sup>. Cependant en pratique, il a été constaté que ces contraintes sont en réalité plus ou moins respectées. Certains dossiers de financement PLUS ou PLAI sont accordés, alors que la maîtrise foncière du bien est obtenue dans le cadre d'un bail à réhabilitation. Toutefois, les bailleurs sociaux désireux de sécuriser leur plan de financement préfèrent écarter le bail à réhabilitation et optent pour un bail emphytéotique, ce qui leur permet également de fixer la durée de la convention pour un temps supérieur à 18 ans<sup>2225</sup>.

---

<sup>2219</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 70.

<sup>2220</sup> *Idem*.

<sup>2221</sup> Loi du 27 déc. 2008, n° 2008-1425, de finances pour 2009, JORF n° 0302 du 28 déc. 2008.

<sup>2222</sup> Reste le Prêt dit « PAM » (Prêt à l'amélioration) défini par la circulaire UHC/FB3/17 n° 2004-52 du 17 septembre 2004 relative aux prêts à l'amélioration de la Caisse des dépôts et consignations pour la réhabilitation des logements locatifs sociaux (PAM) modifiée par la circulaire n° 2004-55 UHC/FB3 du 21 octobre 2004, cependant la durée maximum de remboursement du prêt est fixée à 15 ans ce qui est peu cohérent avec le coût des réhabilitations entreprises par les bailleurs sociaux.

<sup>2223</sup> USH, *Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM*, Les Cahiers, n° 151, av. 2013, p. 49.

<sup>2224</sup> Conseil économique, social et environnemental, *Avis sur le rapport présenté par Mme ROUDIL Isabelle, Comment mieux répondre aux besoins en logements dans les territoires ?*, Séance du 14 mars 2017, p. 16 ; GARONNAIRE Jean-Eric et PICOT Florent, *Pour une renaissance du bail à réhabilitation*, *Defrénois* du 15/02/2007, n° 3, p. 185.

<sup>2225</sup> La durée minimum du bail à réhabilitation étant de 12 ans (art. L. 252-1, al. 4 du C.C.H.).

**794.** La durée de ce type de contrat est négociée et fixée d'un commun accord entre les parties, au regard à la fois des dispositions applicables en l'espèce, et des contraintes et intérêts de chacun. Cependant, cette modalité du contrat n'est définitive que si les parties en décident ainsi. Il est en effet admis en droit commun que le terme des contrats à durée déterminée peut être reporté. Il est nécessaire d'en faire l'étude au regard des dispositions particulières applicables aux baux de longue durée.

## **§2- Le report du terme**

**795.** Le report du terme d'un contrat est lié à sa notion de durée. Il constitue un temps supplémentaire accordé à la vie du contrat, applicable à ses obligations. En droit commun, ce report consiste dans la faculté de reconduire des contrats à durée déterminée par volonté expresse ou tacitement. Il est question soit de prorogation du contrat qui consiste à l'allongement conventionnel de la durée d'un contrat à durée déterminée en modifiant le terme initialement convenu pour lui substituer une date ultérieure, soit de renouvellement c'est à dire de la conclusion d'un nouveau contrat dont le contenu peut être différent ou non du contrat initial<sup>2226</sup>. Ce renouvellement peut être tacite ou exprès tant que son principe est prévu par un accord expressément énoncé et validé par les parties, notamment dans le contrat initial.

**796.** La prorogation (A) et le renouvellement (B) des baux réels immobiliers de longue durée, présentent certaines particularités en la matière qui doivent être connues par les parties en préalable à la rédaction de ces contrats.

### **A- La prorogation des contrats**

**797.** L'article 1213 du code civil édicte que « le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers ». La prorogation conduit à reporter le terme extinctif initialement prévu. Les dispositions

---

<sup>2226</sup> LEQUETTE Yves, TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 481-1, p. 533 et svts.

applicables au régime des baux réels immobiliers de longue durée peuvent s'articuler entre l'interdiction de la prorogation par tacite reconduction (1) et l'admission limitée de la prorogation expresse (2).

## **1- L'interdiction de la tacite reconduction**<sup>2227</sup>

**798.** Le principe juridique en la matière (a) s'impose en toute cohérence, toutefois il apparaît qu'une décision jurisprudentielle a tenté d'y déroger (b).

### **a- L'énoncé d'un principe**

**799.** La tacite reconduction implique que l'accord passé entre les parties est reconductible automatiquement d'une période à une autre, si aucune des parties ne manifeste sa volonté de rompre le contrat<sup>2228</sup>. Selon les dispositions du code civil, lorsque les parties d'un contrat conclu à durée déterminée continuent d'en exécuter les obligations à l'expiration du terme, il y a tacite reconduction (article 1215 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil), et « celle-ci produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat » (article 1215 alinéa 2 du même code).

**800.** L'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime énonce que le bail emphytéotique ne peut se prolonger par tacite reconduction. Cet article s'impose au bail emphytéotique administratif. De même, l'article L. 251-1 alinéa 3 du code de la construction et de l'habitation énonce que le bail à construction ne peut être prolongé par tacite reconduction. Il en est de même pour le bail à réhabilitation (article L. 252-1 alinéa 4 du code précité et circulaire du 28 janvier 1991), pour le bail réel immobilier (article L. 254-1 alinéa 6 du même code) et le bail réel solidaire (art. L. 255-6 du code précité). Cette interdiction générale de prolonger ces conventions par tacite reconduction prévient la naissance d'un droit au renouvellement et permet d'éviter les locations perpétuelles. En effet, celles-ci entraînent une superposition de propriétés sans limitation de durée

---

<sup>2227</sup> Etymologie romaine, relocation par le silence.

<sup>2228</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collect. : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 457, p. 232.

à l'instar de l'organisation juridique instituée par le régime féodal qui distingue domaine utile et domaine éminent<sup>2229</sup>.

**801.** Troplong commentant l'article 1709 du code civil de 1804 relatif au louage, indique que « la tacite reconduction n'était pas applicable en matière d'emphytéose. Ce contrat opérant un démembrement trop grave de la propriété pour qu'on étendit jusqu'à lui la rénovation tacite dont le propriétaire n'éprouve dans le simple bail »<sup>2230</sup>. Considérant les baux de longue durée et en application de ce principe prohibant les engagements perpétuels, le juge a eu plusieurs possibilités. Il a pu réduire la durée du bail à son maximum légal à 99 ans ou en énoncer la nullité. Après quelques hésitations, la Cour de cassation se prononce pour la deuxième solution dans un arrêt du 20 mars 1929<sup>2231</sup>. Cette solution perdure dans le temps<sup>2232</sup>, et ce malgré quelques décisions isolées qui ont appliqué la durée maximum légale de 99 ans<sup>2233</sup>. L'arrêt du 15 décembre 1999 rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle, en disposant que le bail qui comporte une clause de tacite de reconduction, est entaché d'une nullité absolue<sup>2234</sup>. En effet, à la fin de ce type de bail, les constructions ou travaux de réhabilitation projetés lors de sa conclusion ont été réalisés depuis un certain temps, et il n'y a plus de raison que les parties continuent, si leurs relations doivent se poursuivre, de demeurer sous l'empire d'un contrat dont l'objet principal a été accompli. Les parties doivent alors faire le choix de conclure un bail ordinaire civil ou commercial. De plus, le bail perpétuel, parce que tendant à décomposer le droit de propriété du bailleur, se heurte à l'ordre public et doit être sanctionné par la nullité absolue. Cette même solution a été également appliquée, par la Haute juridiction<sup>2235</sup>, au bail à construction, et a énoncé qu'« un renouvellement tacite prévu dans le contrat est de nature à exclure la qualification de bail à construction ». Dans un autre arrêt daté du 5 novembre 2008<sup>2236</sup>,

---

<sup>2229</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris, Ed. Montchrestien, T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1694, p. 412, « Ce bail doit avoir une durée de 18 ans au moins, de 99 ans au plus ; il peut être renouvelé, mais non par tacite reconduction. On a craint qu'un bail de durée plus longue, ou renouvelable par tacite reconduction, ne conduise à la reconstitution des deux domaines, utile et éminent. »

<sup>2230</sup> TROPLONG Raymond-Théodore, Droit civil expliqué suivant l'ordre des art. du code, de l'échange et du louage, 1841, p.45.

<sup>2231</sup> Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930.I. 13, note Voirin, « Si le contrat de location-gérance ne permet pas à l'une ou l'autre des parties de le faire cesser, soit après une durée déterminée soit à la suite d'une durée de préavis, le contrat sera considéré comme perpétuel et donc nul ».

<sup>2232</sup> Soc. 29 mai 1954, D. 54, 640, R.T., 55, 129 ; Paris, 23 déc. 1967, R.T., 68, 734, note Cornu.

<sup>2233</sup> À cet égard, un arrêt ancien de la Cour de cass. a décidé que la durée de ce bail devait être ramenée à la limite extrême permise par la loi (Cass. civ., 22 nov. 1932 : DH 1933, 1, p. 51).

<sup>2234</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 1999, n° 98-10.430.

<sup>2235</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juillet 2008, n° 07-16.071.

<sup>2236</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 nov. 2008, n° 07-18.174, « Attendu qu'ayant exactement retenu que, selon l'article L. 251-1 du C.C.H., le bail à construction ne pouvait se prolonger par tacite reconduction, et relevé, répondant aux conclusions, que le bail, consenti pour une durée de trente ans à compter du 1<sup>er</sup> av. 1971, était expiré depuis le 31 mars 2001 et

la Cour de cassation en tire les conséquences relevant que les occupants sont alors « sans droit ni titre » et confirme l'arrêt de la cour d'appel qui avait fixé l'indemnité d'occupation à un montant adapté au préjudice causé.

## **b- Une décision isolée**

**802.** En dépit de la règle interdisant la tacite reconduction des baux de longue durée, une décision isolée rendue par la Cour d'appel de Limoge en date du 26 juin 2003 a reconnu la validité d'une clause contractuelle de tacite reconduction en considérant que « si le bail emphytéotique ne peut se prolonger par tacite reconduction, il n'est pas formellement interdit aux parties, dont la convention est la loi, de stipuler le contraire et de prévoir expressément sa reconduction dans certaines conditions »<sup>2237</sup>. En l'espèce, la contestation a essentiellement porté sur « le devenir du bail emphytéotique ». En effet, le contrat conclu pour 30 ans prévoit expressément que le bail emphytéotique est « renouvelable par tacite reconduction à condition expresse d'y maintenir des activités commerciales ou industrielles ». Cette décision n'a pas été reçue positivement par la doctrine. M. Tixier n'est guère convaincu par les motifs de cet arrêt<sup>2238</sup>. Par ailleurs, il envisage favorablement le recours à une clause de reconduction qui soumet celle-ci à la manifestation expresse de volonté de l'une ou l'autre des parties, ou des deux, et ce, en référence aux termes de l'article L. 451-1, alinéa 2 du code rural et de la pêche maritime qui n'y font pas obstacle. Pour M.M. Terré et Simler si rien ne s'oppose à ce qu'un bail emphytéotique puisse être renouvelé, ils ajoutent également que le bail emphytéotique ne peut être tacitement reconduit<sup>2239</sup>. Ces auteurs tirent les mêmes conséquences de cet arrêt et s'opposent à la tacite reconduction dans le cadre du bail emphytéotique.

**803.** Enfin, il faut préciser que cette décision reste isolée car dans un arrêt du 19 février 2014<sup>2240</sup>, la troisième chambre civile a considéré que « les dispositions des articles L. 145-3 et L. 145-33 du code du commerce ne s'appliquent pas au loyer du bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1

---

n'avait pu être prolongé par tacite reconduction, la cour d'appel, qui en a justement déduit que les consorts X... étaient occupants sans droit ni titre depuis le 1<sup>er</sup> av. 2001 a, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à la faute des occupants, souverainement fixé l'indemnité d'occupation à un montant adapté au préjudice causé au département ».

<sup>2237</sup> C.A. Limoges, 26 juin 2003, JurisData n° 2003-230078, Constr.-urb., mai 2004, comm. 106, note Sizaire p. 15.

<sup>2238</sup> TIXIER Jean-Luc, Bail emphytéotique, n° 14, Répertoire de droit civil Dalloz.

<sup>2239</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 932, p. 820.

<sup>2240</sup> Civ. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2014, n° 12-19.270.

du code rural et de la pêche maritime au terme duquel le preneur, titulaire d'un droit réel pendant sa durée, ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement ni à indemnité d'éviction ».

## **2- L'admission de la prorogation expresse**

**804.** Si le législateur prohibe la prorogation des baux de longue durée par tacite reconduction, il ne fait pas état de la prorogation expresse. Cette abstention a induit des solutions jurisprudentielles différentes, tendant une fois encore à brouiller la lecture et l'interprétation des dispositions applicables à ce type de contrat. En effet, s'il apparaît possible d'énoncer des règles communes aux baux de longue durée (a), les cas du bail à construction et bail réel solidaire, dernier né des baux de longue durée, doivent faire l'objet d'une analyse particulière (b).

### **a- Des règles communes**

**805.** Le principe paraît clair : les baux de longue durée peuvent être prorogés par avenant, sans pour autant pouvoir dépasser le délai maximum de 99 ans. Dans le respect de cette condition, le report du terme est licite<sup>2241</sup>. La Cour administrative d'appel de Douai a, dans un arrêt du 28 septembre 2004<sup>2242</sup>, apporté une précision sur la question relative à la durée du bail en énonçant que « dès lors que la prorogation du bail à construction ne résulte pas d'une tacite reconduction et qu'elle n'a pas pour effet de porter le terme du bail au-delà du maximum légal, les parties peuvent décider d'allonger la durée du contrat, que cette décision intervienne avant ou après l'achèvement des constructions en cause ». Dans le cadre du bail emphytéotique, une clause de reconduction soumettant celle-ci à la manifestation expresse de volonté de l'une ou l'autre des parties, ou des deux, peut également être admise, les termes de l'article L. 451-1 alinéa 2 du code rural et de la pêche maritime n'y faisant pas obstacle. Il en est de même pour le bail emphytéotique administratif. Quant au bail à réhabilitation, il convient que les deux parties qui souhaitent prolonger le bail en reportant son terme manifestent expressément leur volonté en signant un avenant au bail initial. La circulaire du 28 janvier 1991 recommande à cet effet de constater la

---

<sup>2241</sup> BLOUD-REY Céline, Le terme dans le contrat, P.U. d'Aix-Marseille, 2003, n° 355 et n° 356, p. 305 et 306.

<sup>2242</sup> C.A.A. de Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 28 sept. 2004, n° 01DA01270.

volonté expresse des parties de proroger le bail dans la signature d'un avenant au bail initial<sup>2243</sup>. Par ailleurs, la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové a introduit une nouvelle donnée dans le cas du bailleur-occupant<sup>2244</sup>. Conformément à l'article L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation, six mois avant l'expiration du bail, le bailleur peut « informer le preneur de son intention de prolonger le bail à réhabilitation. ».

**806.** Quelque soit les circonstances de la prolongation du bail, les conditions de fond du contrat doivent être respectées, et la convention de l'article L. 352-1 du code précité, dite « convention APL », conclue entre le preneur et l'Etat doit être prorogée, à défaut d'en conclure une autre<sup>2245</sup>. Si ce rappel est propre au statut social du bail à réhabilitation, puisque la prise d'effet du bail à réhabilitation est soumise à la conclusion par le preneur d'une convention prévue à l'article L. 351-2 du même code, il apparaît en pratique que ce point concerne tous les contrats de maîtrise foncière des bailleurs sociaux. En effet, une des principales clefs du logement social français est relative à son mode financement. Les prêts PLUS, PLA-I et PLS sont les principaux produits financiers du secteur<sup>2246</sup>. L'octroi de ces prêts implique obligatoirement, pour chaque opération immobilière financée, la finalisation d'un conventionnement prévu à l'article L. 351-2 du code de la construction et de l'habitation, dit conventionnement APL. L'Etat finance les constructions HLM, et en retour les bailleurs sociaux s'engagent par ce conventionnement à louer en respectant des prix plafonds, à des personnes dont les revenus doivent également être plafonnés. La jurisprudence précise que le régime juridique HLM s'applique « dès l'entrée en vigueur de la convention signée avec l'Etat »<sup>2247</sup>. Le conventionnement avec l'Etat emporte l'application des règles dites « Hlm ». L'ensemble des contrats prorogés doivent provoquer la prorogation de ladite convention. Toutefois, il apparaît que selon l'article R. 353-4 du code de la construction et de

---

<sup>117</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991, B. O. des ministères chargés de l'aménagement du territoire, de l'équipement et des transports, n° 5, 20 fév. 1991 - p. 20 ; Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, JORF n° 0127 du 2 juin 1990.

<sup>2244</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2245</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991, B.O. des ministères chargés de l'aménagement du territoire, de l'équipement et des transports, n° 5, 20 fév. 1991 - p. 20 ; Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, JORF du 2 juin 1990.

<sup>2246</sup> PLUS : Le prêt locatif à usage social (PLUS) est le principal dispositif de financement du logement social. Lancé en 1999, il a remplacé le PLA et le PLA à loyer minoré. Outil de mixité sociale, produit HLM classique, il vise des ménages dont l'amplitude des revenus est large. Ainsi, 75% de la population française peut y accéder.

PLAI : Le prêt locatif aidé d'intégration (PLA-I) finance le logement des ménages qui rencontrent des difficultés particulières d'insertion. Il est destiné à des ménages présentant une double fragilité financière et sociale, rencontrant des difficultés d'accès au logement par les filières classiques d'attribution.

PLS : Le prêt locatif social (PLS) constitue un produit intermédiaire entre le PLUS et le prêt locatif intermédiaire (PLI). Ce produit s'adresse aux ménages à revenus moins contraints cherchant à se loger dans les territoires connaissant un marché de l'immobilier tendu, là où les loyers privés sont particulièrement élevés.

<sup>2247</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 janv. 1996, n° 94-21992 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 juillet 2013, n° 12-18918, Actualités habitat n° 977 du 15 oct. 2013, p. 30.



l'habitation les conventions APL « sont renouvelées par tacite reconduction par périodes triennales ». Il n'y a pas de démarches particulières à engager, à l'inverse de ce qui énoncé par la circulaire du 28 janvier 1991.

**807.** Enfin, il faut ajouter que la conclusion d'un avenant prorogeant le contrat initial, ou encore de l'insertion d'une clause de prorogation dans le contrat initial, peut également avoir pour objectif de poursuivre les relations contractuelles durant un temps qui pourra être consacré sa renégociation. Cette clause de prorogation créée, à la charge des partenaires, l'obligation de négocier sur le devenir de leur relation contractuelle. Les pourparlers conduisent alors les parties à procéder à l'analyse de leurs propres contraintes (financières et fiscales) et de leurs éventuelles nouvelles obligations<sup>2248</sup>, mais également de faire le point leur vision du contrat afin de définir si elles ont ou non intérêt à pérenniser leurs relations. A ce propos, M. Dross précise que cette clause « est alors stipulée à l'appui d'une clause de renouvellement »<sup>2249</sup>. En pratique, il doit être conseillé de prévoir dans la clause de prorogation le délai dans lequel les parties doivent décider de la modification du terme. A ce propos il peut être pris exemple sur le droit des affaires et plus précisément sur l'article 1844-6 alinéa 2 du code civil qui énonce qu'un an au moins avant la date d'expiration d'une société, les associés sont consultés à l'effet de décider si la société doit être prorogée<sup>2250</sup>. Les parties ont également la possibilité de convenir de se répartir les coûts des études qui s'avèrent être utile à la prise de décision, ou encore des documents qui doivent être échangés entre les parties à cet occasion<sup>2251</sup>.

## **b- Des cas particuliers**

**808.** La situation du bail à construction est appréciée dans le cadre d'un report conventionnel au regard de son obligation principale de construction. Certains auteurs ont en effet estimé que la prolongation ne se conçoit pas pour un contrat dont l'élément essentiel (obligation de construire) a été réalisé à son expiration<sup>2252</sup>. D'autres encore ont estimé qu'au regard de l'esprit de la

---

<sup>2248</sup> L'évolution des réglementations relatives à l'accessibilité, la sécurité et l'entretien des ascenseurs, les économies d'énergie peuvent impliquer, notamment pour les établissements recevant du public tel que les foyers pour personnes âgées ou personnes handicapées, la réalisation de travaux particulièrement onéreux.

<sup>2249</sup> DROSS William, Clausier, LexisNexis, LITEC, 3<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 559.

<sup>2250</sup> BLOUD-REY Céline, Le terme dans le contrat, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, n° 343, p. 294.

<sup>2251</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 27 et 28.

<sup>2252</sup> SAINT ALARY Robert: JCP G 1966, I, 1976.

convention, la remise finale des constructions ne peut être repoussée<sup>2253</sup>. Cependant, à ce jour la plus grande majorité de la doctrine valide la solution, précédemment évoquée<sup>2254</sup>, énoncée par la Cour d'appel de Douai dans son arrêt du 28 septembre 2004<sup>2255</sup>. Dès lors que la prorogation du bail à construction ne résulte pas d'une tacite reconduction et qu'elle n'a pas pour effet de porter le terme du bail au-delà du maximum légal, les parties peuvent décider d'allonger la durée du contrat, que cette décision intervienne avant ou après l'achèvement des constructions en cause. Cependant dans le cas du bail à construction une double réserve doit être introduite. Sa prorogation est admissible dans la limite de quatre-vingt-dix-neuf ans à partir de la conclusion du contrat, mais uniquement dans deux situations : soit les parties ont commis une erreur dans leurs prévisions et les constructions ne sont pas terminées lorsque le bail arrive à expiration, soit elles décident de l'édification d'autres constructions sur le même terrain, dans la mesure où il peut en supporter de nouvelles et de retarder, jusqu'à ce que celles-ci soient édifiées, le retour de leur propriété dans le patrimoine du bailleur. Ces réserves paraissent avoir la faveur de la doctrine et ont trouvé un écho en jurisprudence à propos du régime fiscal applicable<sup>2256</sup>. L'administration fiscale prétend que la prorogation équivaut à un renouvellement du bail permettant d'imposer le bailleur comme s'il a reçu les constructions. Cette analyse a été rejetée par le Tribunal administratif de Dijon qui a jugé le 3 février 1998 que le retour des constructions dans le patrimoine du bailleur est reporté à la fin du bail prorogé, ce qui retarde d'autant l'imposition de leur transmission<sup>2257</sup>. Cette décision n'a pas été remise en question par le Conseil d'État<sup>2258</sup>. Elle a été par la suite approuvée par la doctrine fiscaliste au motif qu'elle est imposée par la nature de la prorogation du bail, laquelle ne peut être assimilée à la conclusion d'un nouveau bail<sup>2259</sup>. Toutefois, l'administration fiscale n'admet ce report d'imposition que si la prorogation du bail est justifiée « par des raisons économiques » tenant, par exemple, à des aléas exigeant des constructions supplémentaires par rapport aux prévisions initiales<sup>2260</sup>. Il appartient aux parties du contrat, prorogant le bail à construction par avenant, d'en soigner tout particulièrement le contenu devant porter justification au regard des services fiscaux.

---

<sup>2253</sup> PERINET-MARQUET Hugues, J. Cl, Notarial Répertoire, V° Bail à construction, fasc. 640, n° 10.

<sup>2254</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, utilité et utilisation, RJDA 1995/2. 262 s ; SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz Action Droit de la construction, Dossier 120. 137 – Bail à construction (droit privé).

<sup>2255</sup> C.A.A. de Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 28 sept. 2004, n° 01DA01270.

<sup>2256</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 90 et svts.

<sup>2257</sup> T.A. Dijon, 3 fév. 1998, n° 966513, Juris-Data, n° 913226; RJF 6/1998, n° 683.

<sup>2258</sup> C.E. 25 janv. 2006, n° 271523 ; C.A.A. Douai, 28 sept. 2004, n° 00DA01270 - C.A.A. Marseille, 29 mars 2005, n° 03MA02008.

<sup>2259</sup> SCHMITT Thierry, Convergences et divergences, Le bail à construction à l'épreuve du droit fiscal, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, 2009, Dalloz, p. 737.

<sup>2260</sup> Compte rendu du comité fiscal de la Mission d'organisation administrative [MOA] du 30 juin 1999.

**809.** Le dispositif du nouveau bail réel solidaire est, en ce domaine, totalement novateur<sup>2261</sup>. En effet, si l'article L. 225-6 du code de la construction et de l'habitation prévoit qu'il ne peut faire l'objet d'une tacite reconduction, l'article L. 225-12 du même code précise que la durée du bail est prorogée de plein droit au bénéfice de tout nouveau preneur, et ce pour une durée égale à celle initialement prévue par le contrat initial. Il s'agit d'un mécanisme dit de « rechargement » qui s'instaure à chaque nouvelle cession des droits réels immobiliers relatif à ce type de bail de longue durée<sup>2262</sup>. Aussi, et alors même que la recharge des droits du nouveau preneur à bail reste conditionnée à l'obtention d'un agrément du bailleur, organisme de foncier solidaire, les droits réels acquis ou reçus demeurent identiques à ceux du preneur précédant, sans que la durée du premier bail puisse affecter celle du nouveau bail. Le nouveau preneur acquiert un droit réel dont la durée lui est propre et non un délai restant à courir sur un droit réel déjà constitué à la différence des autres types de baux de longue durée. L'article L. 255-11 du code de la construction et de l'habitation énonce que « la durée du bail est de plein droit prorogée afin de permettre à tout nouveau preneur de bénéficier d'un droit réel d'une durée égale à celle du prévue dans le contrat initial ». A ce titre, certains auteurs estiment que le bail réel immobilier est une « modernisation de la conception napoléonienne de la propriété »<sup>2263</sup>.

**810.** La reconduction tacite doit être exclue du cadre des baux de longue durée et les conditions d'une reconduction expresse doivent être étudiées par les parties qui, mis à part le cas particulier du bail réel solidaire, doivent alors en valider la teneur par la rédaction d'un avenant au contrat. En outre, il est nécessaire d'étudier l'autre possibilité laissée aux parties, envisageable en droit commun, permettant le report du terme.

## **B- Le renouvellement des contrats**

**811.** Le renouvellement du contrat n'est pas un droit mais une faculté. L'article 1212 alinéa 2 du code civil dispose que « nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ». Le statut des baux de longue durée implique l'absence d'un droit implicite et automatique au renouvellement du contrat

---

<sup>2261</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juill. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juill. 2016.

<sup>2262</sup> LECOUEDIC Gaëlle, Le bail réel solidaire et l'accession à la propriété, Actualité Habitat, n° 1060, 15 juill. 2017, p. 22.

<sup>2263</sup> PICARD Josselin, Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable, P.A., 22/11/2016, n° 233, p. 6

(1). Néanmoins, s'il ne peut être question de droit au renouvellement, les parties peuvent s'accorder sur un renouvellement dit « conventionnel » (2).

## **1- L'absence du droit au renouvellement**

**812.** La règle relative au défaut du droit au renouvellement des baux de longue durée est inhérente au grand principe juridique énoncé depuis la révolution française (a). Les conséquences (b) qui en découlent s'opposent parfois aux réalités économiques qui s'imposent à la pratique.

### **a- L'exposé du principe**

**813.** La nature des baux réels immobiliers de longue durée impose qu'ils soient temporaires, et ce depuis les lois révolutionnaires. Le renouvellement de tels baux de longue durée reproduirait une situation juridique semblable à celle déjà connue pendant l'époque féodale et la distinction entre domaine utile et domaine éminent, et sous l'ancien régime qui connaît alors plusieurs types de baux perpétuels<sup>2264</sup>. Depuis la révolution française, il est interdit de convenir que le preneur puisse avoir un droit de jouissance pour une durée supérieure à 99 ans. A l'exception des servitudes<sup>2265</sup>, les droits réels immobiliers ne peuvent être perpétuels. En conséquence, les preneurs de baux de longue durée ne bénéficient pas d'un droit au renouvellement.

**814.** M.M. Zenati-Castaing et Revet ajoutent que « le caractère nécessairement temporaire des droits réels s'impose à raison du caractère fondamental du droit de propriété, dont il participe »<sup>2266</sup>. Cependant, M. Dross note à juste titre, que si les droits réels sont présentés comme ayant vocation à durer, en opposition au droit personnel, il apparaît que la pérennité des droits réels « n'est certainement pas plus grande que celle des droits personnels et même, depuis les lois offrant un droit au renouvellement aux preneurs (de droits personnels) l'est-elle souvent bien moins »<sup>2267</sup>.

---

<sup>2264</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, Les contrats spéciaux, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 668, p. 368.

<sup>2265</sup> « Liée au fonds dominant, faite pour son utilité, la servitude est en principe perpétuelle comme la propriété elle-même », TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Droit Privé, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 767.

<sup>2266</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, Collection droit fondamental, PUF Droit, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 465.

<sup>2267</sup> DROSS William, Droit des biens, Domat droit privé, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 123.

**815.** Néanmoins, le principe de l'absence de tout droit tacite ou automatique au renouvellement des baux de longue durée reste appliqué par les juges et reconnu par la doctrine<sup>2268</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation daté du 19 février 2014 devant trancher la délicate question de la révision des loyers commerciaux à l'encontre d'un bail emphytéotique, a permis de rappeler que non seulement les dispositions des articles L. 145-3 et L. 145-33 du code de commerce ne s'appliquent pas au loyer du bail emphytéotique, mais également, que le preneur titulaire d'un droit réel pendant sa durée, ne bénéficie d'aucun droit à renouvellement ni à une indemnité d'éviction<sup>2269</sup>. Cet arrêt consacre en l'espèce la spécificité juridique du bail emphytéotique, conséquence de la qualité du droit réel octroyé au preneur. La Cour de cassation a appliqué la même théorie au bail à construction en énonçant qu'un renouvellement tacite prévu dans le contrat est de nature à exclure la qualification de bail à construction<sup>2270</sup>. Plus récemment encore, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 25 mars 2015<sup>2271</sup>, a rejeté l'argument d'une des parties qui a fait valoir « qu'il existe dans le bail à construction un droit à renouvellement du bail, comme dans tout bail commercial usuel ».

## **b- Les conséquences**

**816.** En droit commun et s'agissant du terme extinctif d'un contrat, lorsque aucune clause de renouvellement n'a été prévue, l'échéance entraîne la disparition de la convention et les parties ne sont pas tenues de la reconduire<sup>2272</sup>. Le non-renouvellement du contrat est alors analysé comme l'exercice d'une liberté individuelle et comme un aléa accepté par les parties<sup>2273</sup>. Plus spécifiquement, les règles relatives au droit au renouvellement concernant les baux ruraux, commerciaux et d'habitation ont pour objectif essentiel de renforcer la stabilité du droit du preneur à bail. Le droit au renouvellement est confondu avec un droit au maintien dans les lieux<sup>2274</sup>. Il s'agit de protéger les droits du preneur qui possède un statut tout à fait différent du preneur du bail emphytéotique, à construction, à réhabilitation ou encore du bail réel immobilier. En effet, le preneur d'un bail rural, commercial ou d'habitation n'est investi que d'un droit personnel. Les

---

<sup>2268</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1694, p. 412.

<sup>2269</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2014, n° 12-19.270.

<sup>2270</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juillet 2008, n° 07-16.071.

<sup>2271</sup> C.A. de Versailles, 12<sup>ème</sup> ch., 2<sup>ème</sup> sect., 24 mars 2015, n° 14/04473.

<sup>2272</sup> Cass. com. 9 déc. 1986, D. 1988, somm. 19, obs. D. Ferrier.

<sup>2273</sup> Cass. com. 9 juillet 1952, RTD com. 1953. 720, obs. J. Hémar ; 2 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 113.

<sup>2274</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 674, p. 375.

baux de longue durée ci-dessus énumérés octroient un droit réel immobilier au preneur. Il est admis que la situation du preneur du bail classique est moins « sécurisée » que ne l'est celle de l'emphytéote<sup>2275</sup>. La Cour de cassation en a conclu, dans un arrêt du 15 mai 1991<sup>2276</sup>, que la précarité d'un bail tenant en l'occurrence à la faculté de résiliation que les bailleurs se sont réservés, exclut le caractère emphytéotique du bail. En conséquence, l'emphytéote ne bénéficie d'aucun droit à renouvellement ou à indemnité du fait de sa cessation d'activité dans les lieux, quelle que soit la nature de celle-ci. Il ne bénéficie d'aucun droit au maintien dans les lieux. Il en résulte que le locataire du preneur ne peut bénéficier d'un droit direct au renouvellement à l'encontre du propriétaire comme peut le faire le sous-locataire d'un preneur à bail commercial dans certains cas (article L. 145-32 du code du commerce).

**817.** La jurisprudence a rappelé que le sous-locataire d'un bail emphytéotique n'a aucun droit au renouvellement vis-à-vis du propriétaire<sup>2277</sup>. La haute juridiction a précisé, dans un arrêt du 9 février 2005<sup>2278</sup>, que la durée du bail consenti par un emphytéote ne pouvant excéder celle du bail emphytéotique, le sous-locataire ne peut prétendre à l'expiration de celui-ci à aucun droit au renouvellement et, partant, au paiement d'une indemnité d'éviction. Dans cette décision, la Cour de cassation a réaffirmé le classique principe romain « Nemo plus juris quam ipse habet »<sup>2279</sup>.

**818.** De même, en application de l'article L. 145-3 du code de commerce, l'emphytéote peut consentir des locations commerciales, sans solliciter l'autorisation du bailleur, ni l'appeler à concourir à l'acte. Alors même que pendant la durée de l'emphytéose, les locataires bénéficient, le cas échéant, de la propriété commerciale, à l'expiration de l'emphytéose, le droit réel de l'emphytéote disparaît et la règle de droit commun « nemo plus juris » s'impose. Cette logique est également transposable à tous les types de baux de longue durée. Les baux commerciaux exploités dans les lieux construits dans le cadre du régime des baux à construction se trouvent révoqués par l'effet de la loi à la date d'expiration du bail à construction. La Cour de cassation a en effet précisé dans un arrêt du 14 novembre 2007<sup>2280</sup>, qu'en acceptant en les stipulations de l'acte que ces commerçants ont signé, selon lesquelles l'expiration de leur bail commercial coïncide avec la fin

---

<sup>2275</sup> Les textes fixant les conditions de renouvellement des baux classiques ont alors pour objectif de compenser une inégalité excessive des parties, v. AUBERT Jean-Luc, DUTILLEUL et COLLART François, *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, Collection : Connaissance du droit, mars 2017, p. 104 et 105.

<sup>2276</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1991, n° 89-20008, Bull. civ. III, n° 140.

<sup>2277</sup> Com. 6 av. 1965 : Gaz.Pal. 1965. 2. 85; AJPI 1966. 224 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 déc. 1980, Juris-Data n° 035314 : Ann. loyers 1982. 118.

<sup>2278</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, n° 03-17.065, Bull. civ. III, n° 34 ; D. 2005. AJ 713, obs. Rouquet, AJDI 2005. 655, note Dumont ; Loyers et copr. 2005, n° 73, obs. Brault.; JCP E 2005. 826, n° 15, obs. Monéger.

<sup>2279</sup> Personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même.

<sup>2280</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, pourvoi n° 06-18133, BICC n° 678 du 15 mars 2008.

du bail à construction, ils ont accepté implicitement de ne pas disposer pas du droit au renouvellement de leur bail. De ce fait, ils ont également renoncé à bénéficier du droit au paiement d'une indemnité d'éviction. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 novembre 2008<sup>2281</sup>, en a conclu que les preneurs du bail à construction restés en place après la date d'expiration du bail, peuvent être qualifiés d'occupants sans droit ni titre redevables d'une indemnité d'occupation à un montant adapté au préjudice causé au bailleur. Enfin, une réponse ministérielle du 23 avril 2001 a également confirmé cette analyse en précisant qu'à la fin du bail de longue durée, les contrats de sous-location conclus par le preneur prennent fin comme toutes les locations conclues par lui<sup>2282</sup>, le preneur secondaire ne pouvant se prévaloir de droits plus étendus que ceux du preneur principal<sup>2283</sup>.

## 2- Le renouvellement conventionnel

**819.** S'il n'existe pas de droit au renouvellement des baux de longue durée, il apparaît qu'une autre possibilité de reporter le terme des contrats doit être étudiée. En droit commun, un contrat à durée déterminée peut être renouvelé par avenant sous certaines conditions. Néanmoins, renouveler un contrat à durée déterminée, qui plus est un bail de longue durée n'est pas anodin. Le renouvellement conventionnel peut être organisé mais plusieurs règles doivent être respectées (a). De plus, le renouvellement conventionnel des baux à construction et à réhabilitation, et par extension du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, présente un certain nombre de particularités dont il est nécessaire de faire l'analyse (b).

### a- Un principe général

**820.** La doctrine<sup>2284</sup> et la jurisprudence<sup>2285</sup> reconnaissent que rien ne s'oppose à ce qu'un bail de longue durée puisse être renouvelé non tacitement. Tout au plus, la limite résulte dans la durée

---

<sup>2281</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ, 5 nov. 2008, n° 07-18.174.

<sup>2282</sup> Question écrite avec réponse n° 57189, 29 janv. 2001 de M. Cuq Henri au Ministère du Logement, JOAN 23 av. 2001, p. 2486.

<sup>2283</sup> Exception faite à ce jour des droits du preneur d'un bail d'habitation qui bénéficie depuis la loi ALUR du 24 mars 2014, n° 2014-366, de dispositions protectrices qui seront étudiées ultérieurement.

<sup>2284</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, Les biens, Droit Privé, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 932, p. 806 ; MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Les biens par P. Jourdain, Persée, 2<sup>ème</sup> éd., 1981, 195, n° 174, p. 321, spéc. p. 232, 2e § ; 109<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ?, 2013, n° 3302, p. 690.

maximale des 99 ans<sup>2286</sup>, et ce toujours au regard de l'interdiction, datant de la période révolutionnaire, de créer des droit perpétuels. Dans le cadre des baux de longue durée, le renouvellement du contrat est le produit d'un nouvel accord des parties qui intervient avant l'arrivée du terme. Le renouvellement doit être le fruit d'une négociation, de la volonté des parties, et pour le bail emphytéotique administratif du respect des règles de la commande publiques. Il peut être conseillé aux parties soit d'interdire expressément le renouvellement du contrat, soit au contraire de l'autoriser par une clause intégrée dans l'acte initial ou par avenant. Les parties peuvent alors user de leur faculté octroyée par la liberté contractuelle pour préciser les conditions de ce renouvellement. Il est nécessaire de préciser s'il s'agit alors d'un nouveau contrat, ce en quoi le renouvellement se différencie de la prorogation, dont la durée est par exemple identique au précédent, voire, en tous points semblable au précédent<sup>2287</sup>. Cette clause doit être rédigée avec prudence car il a été jugé qu'une promesse de renouvellement ne peut s'induire de la simple proposition de conclure un contrat sur des bases nouvelles et qu'il en résulte que le non-renouvellement du contrat n'a pas à être justifié, et ne peut donner lieu à paiement d'une indemnité<sup>2288</sup>.

## **b- Des tempéraments**

**821.** Les « cas » des baux à construction et à réhabilitation font débat. Il est en effet admis que le renouvellement des contrats entraîne la naissance d'un nouveau contrat. Ces deux types de baux se distinguent par les obligations de construire et réhabiliter qu'ils impliquent à l'égard du preneur. Il est souhaitable pour les parties de considérer au préalable la teneur, l'objectif du renouvellement. Considérant le bail à construction, il doit être vérifié s'il est question, dans ce nouvel engagement, de réaliser un projet supplémentaire, représentant uniquement l'adjonction de bâtiments d'importance relativement réduite, qui en raison de leur ampleur limitée relèvent effectivement d'un avenant, ou encore d'un engagement visant à l'amélioration des constructions déjà édifiées.

---

<sup>2285</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2009, n° 08-14.962 : « le renouvellement du bail emphytéotique ayant conduit à la conclusion d'un nouveau bail, l'hypothèque des preneurs était éteinte. » ; C.A.A de Bordeaux, 23 mai 2006, n° 03BX00062 : « qu'à l'expiration du bail, si la collectivité souhaite renouveler le contrat, l'ancien titulaire (preneur du bail) pouvait se porter candidat, sous réserve que les conditions de reprise ne conduisent pas à fausser le principe de libre concurrence. »

<sup>2286</sup> Jcl - Bail emphytéotique, commentaires de Jean-Pierre Moreau, actualisé par Franck Roussel.

<sup>2287</sup> AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-CAUSSON B., Droit des contrats, oct. 2005/sept. 2006, D. 2006. 2638.

<sup>2288</sup> Cass. com. 17 av. 1980, Bull. civ. IV, n° 152.



**822.** Toutefois, s'il s'agit au contraire de l'édification de nouveaux bâtiments substantiels, en raison de la profonde modification faite au contrat initial, M. Tixier estime que « la solution la plus adaptée sera la résiliation du bail initial à concurrence de l'assiette foncière nécessaire pour leur édification »<sup>2289</sup>. Il peut également être procédé à la réduction de l'emprise foncière du premier bail à construction par avenant. Le premier bail à construction continue alors à poursuivre ses effets sur les constructions initialement projetées jusqu'à son terme, alors qu'un nouveau bail ayant pour objet l'emprise foncière libérée est conclu. Dans le cadre du renouvellement du bail à réhabilitation, il s'agit d'identifier s'il est effectivement question de réaliser de nouveaux travaux d'amélioration sur l'immeuble, ou d'autres ouvrages complétant ceux exécutés précédemment. Toutefois, ce mécanisme d'allongement semble peu probable dans la mesure où un grand nombre des conditions essentielles au contrat initial doivent être modifiées après la réalisation des travaux d'amélioration. Dans la situation où un propriétaire décide, après l'exécution satisfaisante d'un premier bail à réhabilitation n'ayant pas abouti à la réhabilitation suffisante de son bien, de réitérer l'expérience, il est alors souhaitable de ne pas renouveler le premier contrat, mais de conclure un nouveau bail à réhabilitation portant obligation de réaliser de nouveaux travaux<sup>2290</sup>. Ces analyses relatives au renouvellement du bail à construction et du bail à réhabilitation trouvent également à s'appliquer envers le bail réel immobilier et le bail réel solidaire dont la mesure où ces deux contrats permettent la construction et la réhabilitation de logements. Les mêmes logiques leur sont opposables et doivent être considérées par les parties.

**823.** Entre durées minimales et durées maximales, les parties des baux réels immobiliers de longue durée peuvent déterminer leur durée et fixer la date précise du terme de façon conventionnelle. Les nombreux éléments permettant d'aboutir à cette prise de décision sont aussi bien fonction des dispositions légales, des contraintes fiscales et financières ou encore de la liberté contractuelle qui est laissée aux parties. Chaque modalité doit faire l'objet d'une étude attentive afin de permettre aux parties d'assurer la sécurité juridique de leurs engagements et de préserver la faisabilité du projet immobilier en découlant. Néanmoins, la longue durée de ces baux spéciaux, prévue initialement au contrat ou à l'avenant nouvellement signé, peut se voir écourtée. La durée de vie de ces contrats devant s'écouler jusqu'à l'arrivée de leur terme n'est pas garantie. Il peut être mis fin aux obligations réciproques des parties avant le terme identifié dans l'acte. Les causes d'extinction anticipée de ces contrats doivent être envisagées.

---

<sup>2289</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 90 et svts.

<sup>2290</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 31.

## **Section 2- L'extinction anticipée**

**824.** L'extinction des obligations des baux réels immobiliers de longue durée peut intervenir de façon anticipée et résulter de plusieurs causes. Elle est soit imposée aux parties, soit convenue d'un commun accord entre elles. Classiquement, il s'agit soit de l'issue d'une demande introduite par l'une des parties qui a pour conséquence d'aboutir à une sanction prononcée par le juge, et en ce cas il est question d'une résiliation judiciaire, soit, dans le cadre du bail emphytéotique administrative, la résiliation est unilatérale, soit les parties se sont mises d'accord pour mettre fin à leurs relations conventionnelles en anticipation du terme fixé (§1). Plus spécifiquement, la pratique des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé dans le milieu HLM permet de mettre en avant une autre cause d'extinction anticipée du bail. Celle-ci est particulière car elle poursuit un objectif social encouragé dans le milieu HLM. Il s'agit de l'accession sociale à la propriété qui a été mise en œuvre et développée à travers, notamment, de l'extinction anticipée des baux de longue durée (§2).

### **§1- Les causes d'extinction de droit commun**

**825.** Les deux causes d'extinction classique énoncées par l'article 1224 du code civil doivent être analysées. La première cause d'extinction, soumise à une condition de gravité suffisante, résulte d'une décision de justice (A), alors que la clause résolutoire, seconde cause d'extinction qui doit être étudiée, a un effet automatique dès lors que les conditions prévues sont réunies (B).

#### **A- La résolution judiciaire**

**826.** La résolution du contrat pour inexécution de l'obligation du débiteur est exercée ou contrôlée par décision judiciaire<sup>2291</sup>. Les baux de longue durée ne font pas exception en la matière (1). La résolution judiciaire intervient également, dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, dans le cadre d'une expropriation (2).

---

<sup>2291</sup> Art. 1226 al. 4 du c. civ. : « Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

## 1- L'inexécution des obligations contractuelles

**827.** La résolution du contrat peut intervenir par décision de justice au cas d'inexécution par les parties de leurs obligations. La résolution est judiciaire que ce soit le bailleur qui assigne le preneur en justice, ou que ce dernier conteste devant les juges la résolution unilatérale du bailleur. Pour être prononcée, elle doit porter sur une inexécution grave des obligations imputables au preneur<sup>2292</sup>. Il est nécessaire d'examiner, dans le cadre des baux de longue durée, les deux catégories d'obligations qui s'imposent au preneur et qui entraînent, dans le cas d'inexécution grave, la résolution judiciaire du contrat. La première est relative à l'obligation de paiement de la redevance (a), et la seconde au respect des obligations de réalisation des ouvrages et travaux prévues au contrat (b).

### a- L'inexécution du paiement de la redevance

**828.** Considérant le bail emphytéotique, le bailleur n'est pas en mesure d'anticiper le risque du défaut de paiement de la redevance par le preneur. En application de l'article L. 451-5 du code rural et de la pêche maritime, le bailleur doit faire le constat d'une défaillance sur deux années consécutives pour pouvoir faire prononcer la résolution du bail. Cependant, en application du troisième alinéa de ce même article, le tribunal a toute latitude pour accorder un délai à l'emphytéote « selon les circonstances ». De plus, la haute juridiction a précisé les modalités de mise en œuvre de cette procédure, ainsi que les limites qui en résultent. La Cour de cassation a rappelé que la résiliation de l'emphytéose dans le cadre d'un défaut de paiement de la redevance est soumise aux dispositions particulières de l'article 941 du code précité<sup>2293</sup>, qui n'imposent pas de double sommation<sup>2294</sup>. La haute juridiction a logiquement conclu qu'une obligation de double sommation de payer ne peut s'imposer au bailleur. En conséquence, à défaut de paiement de deux années consécutives, le bailleur a la possibilité, après sommation restée sans effet, d'obtenir cette résolution<sup>2295</sup>. Elle a également indiqué dans ce même arrêt de 1970 que l'offre de payer les redevances échues, faite à la barre, est sans aucun effet sur la résiliation d'un contrat

---

<sup>2292</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collect. : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 877, p. 447 et 448.

<sup>2293</sup> Actuel art. L. 451-5 du c. rur.

<sup>2294</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 av. 1970, n° 69-10.269.

<sup>2295</sup> 105<sup>ème</sup> Congrès des notaires, Propriétés incorporelles Quelle convention pour la mise à disposition du foncier agricole ? Du côté du propriétaire - Etude rédigée par : Emmanuel Clerget et Colette Gasselien, JCP N n° 12, 20 mars 2009, p. 1120.

d'emphytéose, acquise à la demande de la bailleuse, faute de paiement intégral de la redevance pendant quatre années consécutives. Concernant plus spécifiquement le bail emphytéotique administratif, l'article L. 1311-3 du code général des collectivités territoriales dispose que les litiges relatifs à ces baux sont de la compétence des tribunaux administratifs.

**829.** Le bail réel immobilier présente un dispositif assez similaire. Le bailleur dispose, en effet, d'une faculté de demander en justice la résolution du bail pour inexécution de ses obligations par le preneur, et notamment pour non-paiement des redevances. L'article L. 254-3 du code de la construction et de l'habitation dispose explicitement qu'« à défaut pour le preneur d'exécuter ses obligations contractuelles, notamment en cas de défaut de paiement de la redevance non régularisé six mois après une mise en demeure signifiée par acte extrajudiciaire, le bailleur peut demander la résiliation par le juge du bail réel immobilier ». L'article L. 255-8 alinéa 2 du code précité relatif au bail réel solidaire présente une rédaction légèrement différente. Il énonce que le bail est résilié lorsque le preneur n'exécute pas ses obligations contractuelles, notamment quand il ne paye pas la redevance. Cette résiliation est effective selon les modalités prévues au contrat, après indemnisation de la valeur des droits réels immobiliers du preneur laquelle tient compte du manquement reproché. Dans ce contexte, la résiliation est judiciaire si la saisie du juge est prévue, ou si les parties n'ont pas apporté d'autres précisions au contrat.

**830.** Il est bien évident que cette résiliation pour inexécution du paiement de la redevance peut également intervenir par décision de justice dans le cas du bail à construction et du bail à réhabilitation, en application du droit commun, alors même qu'aucune disposition particulière n'y fait explicitement référence dans leur dispositif. L'article 1224 du code civil indique que « la résolution résulte .... en cas d'inexécution suffisamment grave, ... d'une décision de justice ». Le bailleur doit faire la preuve que cette inexécution de paiement constitue effectivement une inexécution suffisamment grave qui autorise le prononcé de la résolution<sup>2296</sup>. A ce titre, il peut être précisé qu'un simple retard dans le règlement d'un paiement ne constitue pas un manquement suffisamment grave<sup>2297</sup>, mais que la jurisprudence déduit généralement la gravité du manquement du caractère répété et persistant du refus de procéder au règlement<sup>2298</sup>.

---

<sup>2296</sup> BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, Droit civil. Les obligations, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020, p. 583.

<sup>2297</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 sept. 2015, n° 13-24.726 et 13-25.229.

<sup>2298</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juillet. 2002, n° 99-21.350.

## **b- L'inexécution des obligations de faire**

**831.** Les baux réels immobiliers de longue durée contiennent pour leur grande majorité des obligations relatives à la réalisation de travaux de construction ou de réhabilitation qui viennent en sus de l'obligation d'entretien. Ces obligations constituent bien souvent tout l'intérêt de l'engagement du bailleur. Ce dernier ayant été principalement motivé par le droit de devenir, à terme, pleinement propriétaire d'un bien parfaitement réalisé et entretenu. C'est dire toute l'importance pour le bailleur des prérogatives permettant la résolution du contrat pour inexécution des obligations relatives à la réalisation de ces travaux ( $\alpha$ ).

**832.** L'exécution de travaux relatifs soit à la réalisation d'une nouvelle construction, soit à l'amélioration d'une construction existante, nécessite l'obtention d'une autorisation administrative telle qu'un permis de construire. L'objet même du contrat, à savoir l'immeuble à réhabiliter ou devant être construit, dépend de cette autorisation administrative. Il est également nécessaire d'envisager le cas de la résolution judiciaire du bail de longue durée en cas de retrait d'une telle autorisation administrative ( $\beta$ ).

## **$\alpha$ - L'inexécution des obligations**

**833.** Dans le cadre de l'emphytéose, la résolution peut être demandée par le bailleur en cas d'inexécution des conditions du contrat ou si le preneur a commis sur le fonds des détériorations graves. Néanmoins, les tribunaux ont toute latitude pour accorder un délai suivant les circonstances<sup>2299</sup>. De plus, il a été jugé qu'en présence d'une clause stipulant que le preneur doit jouir des lieux en bon père de famille, celui-ci encourt la résiliation de son bail pour inexécution des conditions conformément à l'article L. 451-5 du code rural et de la pêche maritime<sup>2300</sup>. La résolution judiciaire pour inexécution des obligations de faire des travaux de construction ou de réhabilitation touche, bien évidemment, plus particulièrement les baux de longue durée dont il découle ce type d'engagement. Plusieurs cas de résiliation sont prévus en faveur du bailleur d'un bail à construction. Si le preneur n'a pas édifié les constructions dans les délais prévus au contrat, ou si les constructions sont détruites par cas fortuit ou de force majeure pendant la durée du bail, la résiliation judiciaire peut être demandée par l'une ou l'autre des parties, le juge statuant également

---

<sup>2299</sup> Art. L. 451-5 du c. rur.

<sup>2300</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1970, Bull. civ. 1970, III, n° 318.

sur les indemnités pouvant être dues<sup>2301</sup>. En conséquence, la Cour de cassation a énoncé que « le preneur qui ne réalise pas les constructions objet du contrat encourt la résolution du bail à construction à ses torts »<sup>2302</sup>. Dans des circonstances similaires, les juges ont validé la résiliation pour faute d'un bail emphytéotique administratif<sup>2303</sup>. De même, le preneur d'un bail à réhabilitation est tenu de réaliser des travaux d'amélioration dont la nature, les caractéristiques techniques et le délai d'exécution sont précisés dans le contrat<sup>2304</sup>. L'article L. 254-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que « le bail réel immobilier oblige le preneur à effectuer les travaux ... sur l'immeuble objet du bail, dans le respect des règles applicables à de telles opérations », et l'article L. 255-4 du même code énonce que le bail réel solidaire peut-être consenti à un opérateur qui, le cas échéant, construit ou réhabilite... ». Il est certain que la résolution judiciaire du bail de longue durée peut être prononcée pour l'inexécution des obligations de construire, réhabiliter, ou encore d'exécuter un certain nombre de travaux préalablement définis dans le contrat.

## **β- Le retrait du permis de construire**

**834.** L'engagement contractuel du preneur d'édifier des constructions constitue l'élément principal du bail à construction, mais peut également constituer une obligation importante dans le cadre des autres baux réels immobiliers de longue durée. A ce titre, concernant le bail à réhabilitation, la circulaire du 28 janvier 1991 rappelle explicitement qu'en vertu du droit réel immobilier dont il est titulaire sur l'immeuble, le preneur est habilité à « passer les contrats nécessaires au financement et à l'exécution des travaux prévus par le bail », mais aussi à « effectuer l'ensemble des formalités administratives éventuellement nécessaires à l'exécution des travaux »<sup>2305</sup>. De plus, l'article L. 421-1 du code de l'urbanisme dispose que « les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire. » Le preneur d'un bail de longue durée qui a une telle obligation, définie dans le cadre du contrat, doit obtenir et conserver l'autorisation administrative, permis de construire ou déclaration de travaux, qui lui permettra de pouvoir réaliser les constructions ou réhabilitations

---

<sup>2301</sup> Art. L. 251-7 du C.C.H.

<sup>2302</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 nov. 2008, n° 07-18.174.

<sup>2303</sup> C.A.A. Paris, 13 nov. 2007, Sté Trois moulins Habitat, n° 05PA01822.

<sup>2304</sup> Art. L. 252-1 du C.C.H.

<sup>2305</sup> Demande de permis de construire, déclaration préalable de travaux, obtention du certificat de conformité.

prévues. Une véritable problématique prend forme lorsqu'il apparaît impossible pour le preneur d'édifier les constructions prévues par le contrat, et qui constituent pour lui tout l'intérêt du projet.

**835.** La Cour de cassation s'est prononcée dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2011<sup>2306</sup>. En l'espèce, l'autorité administrative ayant délivré le permis de construire a, dans un premier temps, ordonné l'interruption des travaux 9 mois après la délivrance de l'autorisation d'édifier, puis retiré cette dernière presque un an après. En conséquence, le preneur a alors demandé la résolution judiciaire du bail à construction. Cette question opposant les juridictions judiciaire et administrative a nécessité l'intervention du Tribunal des conflits pour trancher le litige. Pour la Cour de cassation, la demande du preneur peut être accueillie favorablement. Selon les juges, les décisions de l'autorité administrative, lesquelles ne résultent en rien d'agissements fautifs du preneur, procèdent d'un revirement, tel le fait du prince, imprévisible lors de la formation et au cours du bail à construction. Par ailleurs, l'interruption des travaux puis le retrait du permis de construire constituent des événements insurmontables dès lors que ces décisions s'imposent immédiatement, même si des recours sont possibles. Ces éléments (imprévisibles, irrésistibles et extérieurs) rendant impossible l'exécution du contrat caractérisent alors un cas de force majeure au titre duquel la résiliation du bail à construction peut être prononcée à compter de la date de l'arrêt d'annulation du permis de construire. La Cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>2307</sup>, saisie par les deux parties au contrat, bailleur et preneur, en vue de faire condamner la commune à les indemniser de leur préjudice résultant des décisions du maire, a rejeté leur demande en se fondant sur le fait que le preneur s'est abstenu d'exercer toutes les voies de recours dont il dispose pour solliciter la suspension et l'annulation de la décision de retrait du permis de construire, alors qu'il aurait pu obtenir satisfaction compte tenu de l'illégalité de cette décision. Selon les juges administratifs, au vu de cette circonstance qui retire à la décision du maire son caractère irrésistible constitutif de la force majeure, il est impossible d'établir un lien direct entre le préjudice invoqué par le bailleur et l'illégalité du retrait du permis de construire.

**836.** La solution des juges administratifs va être celle retenue par le Tribunal des conflits<sup>2308</sup>. Ce dernier estime que, même si elles impliquent l'interruption des travaux, ces décisions ne constituent en rien un cas de force majeure permettant au preneur de cesser d'exécuter le contrat de bail à construction (en l'occurrence verser les loyers) sans engager sa responsabilité

---

<sup>2306</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-70.502.

<sup>2307</sup> C.A.A. Bordeaux, 1<sup>er</sup> ch., 16 mai 2013, n° 12BX02550.

<sup>2308</sup> T. C., 16 juin 2014, n° 3941 P.

contractuelle, puisqu'il a des possibilités de recours. Ce qui est reproché au preneur, comme le précise la même Cour dans son autre décision rendue dans cette affaire, c'est bien le fait qu'il n'a présenté aucun recours contre les arrêtés municipaux<sup>2309</sup>. Ne pas contester les décisions du maire équivaut à un abandon pur et simple du projet par le preneur. En l'absence de cas de force majeure, le preneur a par conséquent manqué aux obligations du contrat en ne versant pas les loyers au bailleur. Ce manquement grave justifie, pour le Tribunal des conflits, une résolution du bail à construction à ses torts exclusifs et le bailleur a pu prétendre à une indemnisation de son préjudice<sup>2310</sup>.

**837.** En conclusion d'une telle procédure, il paraît nécessaire pour tout preneur de bail de longue durée se trouvant dans cette situation de procéder, en préalable, à une contestation en justice du retrait ou du recours visant l'autorisation administrative<sup>2311</sup>. L'objectif d'une telle démarche étant au minimum d'éviter une résolution judiciaire à ses torts exclusifs, c'est-à-dire de se voir condamner à indemniser le bailleur par exemple de l'immobilisation du bien ou de pertes d'exploitation, et au mieux d'obtenir l'annulation du retrait du permis de construire relatif au projet.

## **2- La procédure d'expropriation**

**838.** L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme dispose que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » En application de ces règles, le législateur a mis en place une procédure spécifique d'expropriation décrite dans le code d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le domaine d'application de cette procédure ne vise pas exclusivement le droit de propriété mais également les autres droits réels immobiliers dont ceux octroyés dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé (a), ce qui implique nécessairement, dans le cadre d'une telle procédure d'expropriation, l'indemnisation des titulaires de ses droits réels (b).

---

<sup>2309</sup> C.A.A. Bordeaux, 1<sup>er</sup> ch., 16 mai 2013, n° 11BX01823.

<sup>2310</sup> En l'espèce cette indemnisation a été calculée en tenant compte des travaux de remise en état des lieux réalisés par le preneur et du fait que la société bailleuse a été en mesure de relouer son terrain peu de temps après.

<sup>2311</sup> Edit. législat., Dict. permanent Const. et urb., commentaire Pérot, Bulletin sept. 2014, p. 15.



## a- L'objet de l'expropriation

**839.** L'expropriation pour cause d'utilité publique a été définie dans le cadre d'une réponse ministérielle comme étant « une procédure administrative et judiciaire par laquelle l'administration utilise son pouvoir de contrainte pour obtenir la propriété d'un bien en vue de la réalisation d'un objet d'intérêt général »<sup>2312</sup>. L'expropriation est une procédure qui permet à une personne publique (Etat, collectivités territoriales...) de contraindre un particulier ou une personne morale à céder la propriété de son bien, moyennant le paiement d'une indemnité. Cette procédure contribue notamment à la réalisation d'ouvrages publics (équipements sociaux, réseaux d'assainissement...) et d'aménagements urbains.

**840.** En principe, tous les immeubles par nature sont susceptibles d'être expropriés, les terrains nus, comme les immeubles bâtis. Il est également possible d'exproprier des droits immobiliers<sup>2313</sup> tels que sont le droit d'usufruit lorsqu'il porte sur un bien immobilier, le droit d'emphytéose et le droit du bénéficiaire d'un bail à construction<sup>2314</sup>. En application de l'article R. 11-31 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, ces droits réels immobiliers peuvent également faire l'objet d'une telle procédure sans qu'il soit besoin de saisir le fonds dominant ou le fond servant. Seuls le preneur du bail de longue durée et l'usufruitier peuvent être expropriés de leurs droits réels immobiliers. Le bailleur et le nu-propiétaire conservent alors leur statut. Cependant, il a été jugé que l'expropriation d'un fonds immobilier entraîne celle des droits réels immobiliers qui s'y rattachent<sup>2315</sup>. L'expropriation d'un bien exercé auprès du propriétaire-bailleur et du nu-propiétaire entraîne l'expropriation des droits du preneur et de l'usufruitier.

**841.** Au cours de la phase judiciaire de la procédure d'expropriation, en vertu de l'article L. 15-2 du code précité, le juge de l'expropriation prend une ordonnance qui porte transfert de propriété. Le droit à indemnité du propriétaire ne prend naissance qu'à partir de l'ordonnance d'expropriation qui entraîne transfert de propriété de l'immeuble. Les auteurs M.M. Ferbos et Bernard rappellent « qu'à dater du jour de l'ordonnance d'expropriation, les droits réels ou personnels existant sur l'immeuble se trouvent résolus et transformés en droit à indemnités »<sup>2316</sup>.

---

<sup>2312</sup> Rép. Min. à M. Collin, JO sénat 19 mars 1992 ; MTP 8 mai 1992, STO p. 282.

<sup>2313</sup> Art. L. 11-1 du c. de l'expro.

<sup>2314</sup> FERBOS Jacques et BERNARD Antoine, Expropriation des biens, Collec. Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 23.

<sup>2315</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 fév. 1985, n° 83-70.248, AJPI 1985, p. 529 ; Bull. civ. III, n.24, p. 17 ; D.S. 1986, IR 76, obs. Carrias.

<sup>2316</sup> FERBOS Jacques, BERNARD Antoine, Expropriation des biens, Collec. Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 378

L'article L. 13-2 du même code impose la notification de cette ordonnance d'expropriation, mais celle-ci est sans influence sur le transfert de propriété, de sorte que l'expropriant doit être regardé comme étant propriétaire de l'immeuble du seul fait de l'intervention de l'ordonnance. En conséquence, le propriétaire est tenu, dans le délai de huitaine, de faire connaître à l'expropriant les titulaires des droits réels ou personnels. La Cour de cassation précise que « si l'article 10, paragraphe 2, de l'ordonnance du 23 octobre 1958<sup>2317</sup>, fait obligation aux propriétaires de dénoncer à l'autorité expropriante, dans le délai de huitaine de la notification prévue au paragraphe premier du même texte, les fermiers locataires, les titulaires de droits d'emphytéose, d'habitation et d'usage ainsi que les bénéficiaires de servitudes, cette obligation ne saurait viser que ceux de ces ayants-droits connus du propriétaire mais ignorés de l'expropriant »<sup>2318</sup>. L'absence de notification prive les titulaires de droits réels immobiliers de tout droit à indemnité à l'égard de l'expropriant<sup>2319</sup>. En cas de non dénonciation dans le délai requis, ils peuvent seulement intenter devant le juge de droit commun une action en dommages et intérêts contre le propriétaire négligeant.

**842.** Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de cassation<sup>2320</sup>, s'est prononcé sur la conformité de l'article L. 12-2 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique qui dispose que « l'ordonnance d'expropriation éteint, par elle-même et à sa date, tous droits réels ou personnels existants sur les immeubles expropriés »<sup>2321</sup>. En l'espèce un emphytéote et un sous-emphytéote expropriés, n'ont pas obtenu d'indemnisation de l'autorité expropriante. Les deux sociétés requérantes estiment l'article L. 12-2 du code précité contraire notamment à l'article 17 de la déclaration de 1789 garantissant le droit de propriété, car ce texte prive le preneur du bail emphytéotique de ses droits sur le bien « ... sans une indemnisation préalable et certaine... ». Bien qu'il existe un véritable déséquilibre entre les droits du propriétaire et ceux des titulaires des autres droits réels qui dépendent du respect, par le propriétaire, de la procédure de notification de l'ordonnance, le Conseil constitutionnel a jugé que « l'extinction des droits réels ou personnels existant sur ces biens...est la conséquence de l'expropriation et ne méconnaît pas, par elle-même, les exigences de l'article 17 de la déclaration de 1789. ».

---

<sup>2317</sup> Ord. n° 58-997 du 23 oct. 1958 portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique, JORF du 24 oct. 1958.

<sup>2318</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1977, n°76-70.188, Bull. civ. III, n. 233, p. 178.

<sup>2319</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1977, n°76-70.188, Bull. civ. III, n° 233, p. 178 « L'arrêt rejetant la demande d'indemnité d'éviction formée par un commerçant, qui exploite son fonds dans un bâtiment exproprié, se trouve justifié par la seule constatation que ce commerçant n'a pas été déclaré à l'autorité expropriante par le propriétaire. »

<sup>2320</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 juillet 2013, n° 13-11.884.

<sup>2321</sup> Conseil const., n° 2013-342 QPC du 20 sept. 2013.

**843.** Enfin, l'ordonnance d'expropriation ne peut être attaquée que par la voie d'un pourvoi formé dans les quinze jours à compter de la notification de cette ordonnance, pour incompétence, vice de forme ou excès de pouvoir. La Cour de cassation a énoncé que le pourvoi formé par le titulaire d'un bail emphytéotique est recevable dès lors que l'ordonnance vise un ensemble d'immeubles et de droits réels se rattachant à ce contrat<sup>2322</sup>. La Haute juridiction a également précisé que seul le titulaire du bail emphytéotique, lorsque l'expropriation porte uniquement sur ce droit, a qualité pour former un pourvoi en cassation contre une ordonnance portant transfert de droits<sup>2323</sup>.

**844.** Les droits réels immobiliers octroyés par les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé peuvent faire l'objet d'une expropriation. Cette procédure entraînant le transfert des droits à l'expropriant, ce qui implique un droit à la notification de l'ordonnance d'expropriation, une possibilité de recours et donne également droit au versement d'une indemnité par l'expropriant.

## **b- L'indemnisation et autres conséquences**

**845.** L'ordonnance d'expropriation éteint « par elle-même et à sa date tous droits réel ou personnels existant sur les immeubles expropriés »<sup>2324</sup>. Elle éteint le droit réel immobilier et le transforme<sup>2325</sup> par un droit à indemnité au profit de chaque titulaire du droit réel éteint<sup>2326</sup>. L'indemnité est fixée en fonction d'une évaluation du bien ou du droit à la date du jugement. Néanmoins, elle présente quelques caractéristiques particulières à l'égard des baux de longue durée. A propos des droits du preneur de baux de longue durée, il est nécessaire de préciser au préalable qu'il bénéficie d'une indemnité représentative de la perte des constructions en cas d'expropriation du terrain<sup>2327</sup>, et ce, en raison du différé de l'accession qui résulte de ce type d'outils de maîtrise foncière<sup>2328</sup>. Au regard du bail à construction, le preneur bénéficie, en sus, d'une indemnité représentative de la perte du droit de construire<sup>2329</sup>. Cette logique est applicable, assez logiquement, au preneur du bail réel immobilier, du bail réel solidaire et du bail à

<sup>2322</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 1988, n° 87-70.062.

<sup>2323</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-19731.

<sup>2324</sup> Art. L. 12-2 du Code de l'expro.

<sup>2325</sup> FERBOS Jacques, BERNARD Antoine, Expropriation des biens, Collec. Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 378.

<sup>2326</sup> FERBOS Jacques, BERNARD Antoine, Expropriation des biens, Collec. Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 134.

<sup>2327</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 janv. 2012, n° 10-26.965, Ed. Législ., Etude du Bail à Construction, n° 35.

<sup>2328</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 av. 2002, n° 01-70.061, Bull civ. III, n° 82, D. 2002 ; somm 2508 obs. Mallet-Bricout ; JCPE 2002. 1843, note Keita ; RTD civ. 2003. 114, obs. Revet.

<sup>2329</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2001, n° 98-70.142, Ed. Législ., Etude du Bail à Construction, n° 35.

réhabilitation qui perdent soit un droit de construire, soit un droit de réhabiliter. La Cour de cassation va plus loin dans la détermination de la valeur de l'indemnisation. Elle a précisé que « ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article L. 13-13 du code de l'expropriation la Cour d'appel qui, pour fixer à une certaine somme le montant de l'indemnité due par l'expropriant au preneur à bail à construction retient que la valeur du droit réel immobilier conféré au preneur par ce bail correspond à la valeur de l'utilisation du terrain faisant l'objet du bail, c'est-à-dire à la valeur des constructions édifiées sur ce terrain, sans rechercher si ce droit n'avait pas une valeur propre distincte de la seule valeur des constructions édifiées sur le terrain en vertu de ce bail »<sup>2330</sup>. La haute juridiction décide que l'évaluation de l'indemnité doit se faire sur un rapport « arithmétique », entre la valeur des droits du bailleur et ceux du preneur au moment de l'expropriation. En effet, l'indemnisation du preneur n'exclut pas l'indemnisation du bailleur. La Cour de cassation précise que l'indemnisation du preneur d'un bail à construction, n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ces biens lui revenant en fin de bail<sup>2331</sup>. La valeur des droits respectifs du bailleur et du preneur doit normalement tenir compte des perspectives de dénouement du bail de longue durée.

**846.** Ce raisonnement est repris dans le Guide de l'évaluation publié par la Direction Générale des Impôts et énonce que dans le cadre de « construction édifiée par un locataire avec clause d'accession au profit du propriétaire en fin de bail, en cours de bail, au fur et à mesure que l'on se rapproche de l'échéance du contrat, les constructions perdent de leur valeur dans le patrimoine du locataire et apportent une plus-value croissante au terrain d'assiette appartenant au bailleur »<sup>2332</sup>. S'agissant de ce dernier, l'évaluation porte sur un terrain valorisé par l'approche de la réalisation de la clause d'accession concernant les constructions, ces mêmes constructions n'ayant qu'une valeur résiduelle décroissante dans le patrimoine du preneur. Puisqu'au terme du bail, les constructions doivent en principe revenir au bailleur, il est logique de considérer que la valeur des droits du bailleur augmente au fur et à mesure qu'on approche de la fin du bail, tandis que la valeur des droits du preneur s'amoindrit, et inversement vis-à-vis du bailleur, dont l'indemnisation doit être calculée « par comparaison » à celle du preneur. Il a été énoncé dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris daté du 18 novembre 1982<sup>2333</sup>, que « pour un immeuble faisant l'objet d'un bail

---

<sup>2330</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 juillet 1997, n° 95-70038, Defrénois 1997, art 56703 p. 1418 n° 152.

<sup>2331</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2004 n° 02-15754.

<sup>2332</sup> Guide de l'Evaluation publié par la DGI, 1989, p. 93.

<sup>2333</sup> C.A. Paris expro. 18 nov. 1982, JCP 1983. IV. 132.

emphytéotique et dont il reste de nombreuses années à courir, la moins-value pour occupation est fort importante ». Il est question d'une méthode d'évaluation par comparaison<sup>2334</sup>.

**847.** Enfin, il faut noter que l'expropriation peut concerner une parcelle touchée par l'emprise du projet sur une portion seulement de sa surface. Si cette parcelle est bâtie, la construction est éventuellement incluse dans l'emprise en totalité ou pour une partie seulement de son volume. De même, un immeuble en copropriété est susceptible de faire l'objet d'une expropriation pour le tout ou seulement en ce qui concerne quelques lots ou certaines fractions des parties communes<sup>2335</sup>. La propriété du sol emportant la propriété du dessous et du dessus, l'expropriation peut affecter seulement soit une partie du tréfonds<sup>2336</sup>, soit une partie de l'espace en sursol<sup>2337</sup>. A ce titre, la Cour de cassation a considéré que le fait que le terrain fasse l'objet d'une expropriation partielle ne remet pas en cause l'obligation du preneur d'édifier les constructions<sup>2338</sup>.

**848.** La résiliation judiciaire met fin aux baux de longue durée de manière anticipée. Il est également établi en droit commun que les parties peuvent faire le choix de convenir de certaines clauses définissant par avance les conditions de résiliation en cas de manquement à l'un ou plusieurs de leurs engagements. Il s'agit en l'occurrence d'avoir recours aux clauses résolutoires.

## **B- La résolution conventionnelle**

**849.** La clause résolutoire précise les engagements, définis en amont par les cocontractants, dont l'inexécution entraîne la résolution du contrat (article 1225 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil). Si ces clauses sont très fréquemment utilisées en pratique, car elles tendent à affranchir le créancier de la voie judiciaire, il semble que les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé fassent exception au droit commun (1). La résolution n'est pas automatique. Le créancier doit mettre le débiteur en demeure (sauf s'il a été convenu que celle-ci découle du seul fait de l'inexécution) et mentionner expressément la clause résolutoire. Cependant, antérieurement à cet article, la

---

<sup>2334</sup> FERBOS Jacques, BERNARD Antoine, Evaluation des biens, Collec. Actualité Juridique, Le Moniteur, 10<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 316 et 317.

<sup>2335</sup> C.E. 18 janv. 1963, Lebon, p. 32.

<sup>2336</sup> C.E. 17 déc. 1971, Lebon p. 782 ; AJDA 1972, p. 97 – Cass. civ. 1<sup>er</sup> avr. 1866, D ; 1866, 1, 1308 – C.E. 22 juillet 1994, AJPI 1995, p. 317.

<sup>2337</sup> FERBOS Jacques, BERNARD Antoine, Expropriation des biens, Collec. Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 22 et p. 23.

<sup>2338</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 déc. 2007, n° 06-19.455, Ed. Législ., Etude du Bail à Construction, n° 23.

jurisprudence a énoncé les mesures relatives à la procédure de mise en œuvre des clauses résolutoires dans le cadre des baux de longue durée qui restent toujours applicables (2).

## 1- Un domaine d'application dual

**850.** L'intérêt de la clause résolutoire n'est pas à démontrer<sup>2339</sup>. Elle constitue une sanction rapide et efficace de la non-exécution par le débiteur d'une obligation. En pratique, plus de la moitié des contrats comportent une clause résolutoire<sup>2340</sup>. Elles sont efficaces car elles simplifient la résolution et incitent à l'exécution des obligations du contrat. En l'occurrence, le régime applicable aux baux de longue durée n'est pas cohérent. Si l'incompatibilité de la clause résolutoire de plein droit semble s'imposer (a), le législateur concernant le bail réel solidaire, et concernant le bail à construction et le bail emphytéotique administratif, la pratique et la jurisprudence tendent à les valider (b).

### a- Un domaine d'exclusion

**851.** Dans le cadre du bail emphytéotique, les parties ne peuvent intégrer de clause résolutoire au contenu du bail. En l'espèce, la jurisprudence considère qu'une clause de résiliation stipulée en faveur du bailleur, en cas de manquement à une obligation contractuelle du preneur, est incompatible avec la constitution du droit réel qui fonde le bail emphytéotique<sup>2341</sup>. L'introduction d'une telle clause entraîne une disqualification en bail ordinaire. De ce fait, le bailleur ne peut pas anticiper le risque du défaut de paiement de la redevance par le preneur. Cependant certains auteurs ont exprimé des réserves à ce sujet. Pour M. Revet<sup>2342</sup>, il apparaît dans un premier temps singulier de conférer à l'article L. 451-5 du code rural et de la pêche maritime un caractère impératif alors qu'à l'évidence, cette disposition a un caractère supplétif puisque l'article L. 451-3

---

<sup>2339</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean et CHABAS François, T. II, 1<sup>er</sup> Vol., Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 1133.

<sup>2340</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collec. : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 457.

<sup>2341</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 juin 1991, n° 89-21.747 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 nov. 2002, n° 01-13904, Bull. civ. III, n° 223 ; AJDI 2003. 433, obs. Blazy ; Defrénois 2003, art. 37676, n° 10, obs. Libhaber ; JCP, éd. N, 2003. 1310, note Grimonprez ; RDC 2003, p. 122, obs. Lardeux ; RJDA 2/2003, n° 124 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 juillet 2007, n° 06-14.214, RJDA 11/07, n° 1072, p.1049 ; AJDI 2007. IR. 833.

<sup>2342</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2002, n° 01-13.904, RTD civ. 2003. 527, obs. Revet.

alinéa 2 du même code énonce que les dispositions relatives au régime de cette convention la régissent « à défaut de conventions contraires ». Il « dénonce » également dans un second temps la liaison de « cause à effet » établit par la Cour de cassation entre l'introduction d'une faculté de résiliation et le caractère précaire du droit de jouissance du preneur. En effet, pour cet auteur « la situation du titulaire de droit réel par rapport au propriétaire se traduit, notamment, par le caractère nécessairement temporaire des droits sur la chose d'autrui ».

**852.** M.M. Terré et Simler<sup>2343</sup>, estiment à leur tour que la solution de la Cour de cassation est excessive car la résolution judiciaire reste toujours possible. M.M. Zenati-Castaing et Revet, dans leur ouvrage relatif aux biens<sup>2344</sup>, observent que « le droit réel ayant créé une relation d'interdépendance personnelle qui s'exprime dans la relation d'obligation établie entre le propriétaire et le concessionnaire.....ces sanctions ordinairement applicables en cas de manquement aux obligations devraient être mises en œuvre sans restriction de principe. » Ainsi, s'étonnent-ils de la décision de la Cour de cassation. Néanmoins, la haute juridiction a réaffirmé son analyse dans un arrêt daté du 20 avril 2013<sup>2345</sup>, en énonçant une nouvelle fois « qu'est incompatible avec la qualification de bail emphytéotique toute clause de résolution ou de résiliation de plein droit du contrat. ».

**853.** M. Rapp en a tiré la conclusion, au regard notamment de la multiplication des baux emphytéotiques dans le cadre du développement des énergies renouvelables, éoliennes, photovoltaïques et hydrauliques, qui contiennent très régulièrement des clauses de résiliation unilatérales au bénéfice du preneur, qu'il est impératif « de chasser les clauses de résiliation unilatérales des baux emphytéotiques. » En effet, celles-ci concourent « à fragiliser sinon réduire à néant, la validité des sûretés qu'ils autorisent »<sup>2346</sup>. Le texte de l'ordonnance<sup>2347</sup> créatrice du bail réel immobilier interdit toutes clauses de résiliation unilatérale, ce qui signifie que le bailleur ne peut résilier le bail de sa propre initiative. La stabilité du bail est assurée par cette prohibition (article L. 254-1 alinéa 6 du code de la construction et de l'habitation). Toutefois, M. Poumarède estime qu'il s'agit également de prohiber les clauses résolutoires de plein droit en cas d'inexécution par le preneur de ses obligations<sup>2348</sup>. L'exclusion des clauses résolutoires de plein droit est confirmée par l'article L. 254-3 alinéa 3 du code précité qui n'ouvre au bailleur que la

---

<sup>2343</sup> TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz-Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, §935, p. 822.

<sup>2344</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd, 2008, p. 477, n° 313c.

<sup>2345</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 av. 2013, n° 11-21947.

<sup>2346</sup> RAPP Lucien, *Energies renouvelables et baux emphytéotiques : à propos des clauses de résiliation unilatérales*, RDI 2010, p. 539.

<sup>2347</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF n° 0044 du 21 fév. 2014.

<sup>2348</sup> POUMAREDE Matthieu, *Le bail réel immobilier logement*, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.

possibilité de demander la résiliation du bail au juge à défaut pour le preneur d'exécuter ses obligations contractuelles, notamment en cas de défaut de paiement de la redevance non régularisé six mois après une mise en demeure signifiée par acte extrajudiciaire. Le texte est explicite, et seules sont ouvertes la résiliation judiciaire ou éventuellement amiable du bail réel immobilier qui, au surplus, conduisent à ce que « les baux d'habitation conclus par le preneur sont transférés de plein droit au bailleur » (article L. 254-3 alinéa 3 du même code).

## **b- Un domaine d'admission**

**854.** Le bail réel solidaire introduit une nouvelle disposition qui n'a jusqu'alors pas été reprise par les dispositifs des autres baux réels immobiliers de longue durée. L'article L. 255-8 du code de la construction et de l'habitation prévoit la résiliation du bail « selon les modalités prévues au contrat ». Marque de souplesse et de modernisme de cette formule, cette rédaction encourage la résolution conventionnelle du contrat conformément à l'évolution des relations contractuelles. Le notariat propose alors l'introduction d'une clause prévoyant que le bail « pourra être résilié de plein droit pour défaut de paiement de la redevance ou défaut d'exécution de l'une ou l'autre des charges et conditions du bail, conventionnelles ou légales, si bon semble au bailleur ... mois après un simple commandement de payer ou mise en demeure d'exécuter demeurés infructueux »<sup>2349</sup>.

**855.** Concernant le bail à construction, les auteurs ont tiré des conclusions différentes de la décision de la Cour de cassation du 14 novembre 2002<sup>2350</sup>, précédemment citée. Pour M.M Terré et Simler, cette décision est d'autant plus excessive car cette même clause est admise dans le cadre du bail à construction. A l'inverse M. Tixier énonce que la solution énoncée par la Cour de cassation à l'égard du bail emphytéotique est « transposable sans réserve au bail à construction »<sup>2351</sup>. Conformément à ce qui a été énoncé par M.M Terré et Simler, la jurisprudence de la Cour de cassation admet l'introduction de clause résolutoire de plein droit dans le cadre du bail à construction. Ces clauses peuvent être rédigées en faveur du preneur et prévoir en cas d'impossibilité de construire la résiliation de plein droit du contrat sur simple signification extra judiciaire<sup>2352</sup>. Elles peuvent également être aménagées en faveur du bailleur et subordonner à l'autorisation du bailleur l'édification par le preneur de constructions nouvelles en cours de bail ou

---

<sup>2349</sup> ROUSSEL Frédéric, Bail réel solidaire : première formule de « BRS-Utilisateur », JCP N. I. n° 27, 7 juill. 2017, 1219.

<sup>2350</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2002, n° 01-13.904.

<sup>2351</sup> TIXIER Jean-luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 86.

<sup>2352</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-21.292.



encore<sup>2353</sup>, plus classiquement, prévoir la résiliation du bail en cas de manquement du preneur à son obligation de règlement de ses loyers<sup>2354</sup>.

**856.** Une décision récente de la Cour d'appel d'Aix en Provence apporte de nouvelles précisions à cette question<sup>2355</sup>. La juridiction retient en effet, par une interprétation stricte des dispositions des articles L. 251-1 et suivants du code de construction et de l'habitation qui ne posent aucun principe d'interdiction, la validité des clauses résolutoires sanctionnant l'inexécution d'obligations stipulées au bail à construction. Toutefois, si l'interprétation des juges d'appel d'Aix en Provence paraît fidèle aux textes, elle n'en demeure pas moins en incohérence avec la solution retenue en matière de bail emphytéotique. Toutefois, grâce à l'évolution engendrée en la matière par le dispositif du bail réel solidaire il semble que la question relative à la précarisation du droit réel de jouissance du preneur peut être écartée. La résolution conventionnelle constitue un affaiblissement des prérogatives du preneur, mais celles-ci ne remettent pas en cause le caractère réel du droit qui lui est octroyé. Quoiqu'il en soit, en pratique c'est aux parties, dans le cadre de leur négociation, de trouver l'équilibre entre le souci légitime de garantir les droits du bailleur et l'usage strictement circonscrit de clauses résolutoires minutieusement rédigées.

**857.** Le législateur de 1988 instituant le bail emphytéotique administratif<sup>2356</sup>, s'est fortement inspiré des règles applicables au bail emphytéotique de droit commun néanmoins, contrairement à son modèle de droit privé, le Conseil d'Etat a validé la clause d'un bail emphytéotique administratif qui permet une résiliation unilatérale. Le juge précise que « si, contrairement aux dispositions de l'article L. 451-5 du code rural de la pêche maritime, le bailleur a en l'espèce le droit de résilier unilatéralement la convention dans certaines hypothèses, une telle stipulation, exorbitante du droit commun, peut être insérée dans un bail souscrit en application des dispositions précitées de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988, sans que le contrat ainsi passé perde sa qualité de bail emphytéotique »<sup>2357</sup>. Cette spécificité souligne la nature administrative du droit réel octroyé au preneur qui est soumis aux pouvoirs particuliers du bailleur, personne morale de droit public.

---

<sup>2353</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 nov. 2007, n° 06-19728.

<sup>2354</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 janv. 2004, n° 01-00893.

<sup>2355</sup> C.A. Aix-en-Provence, 5 fév. 2013, n° 10/13039 : JurisData n° 2013-002926 ; RD imm. 2013, p. 322, obs. Poumarède ; CP N 13 juin 2014, n° 24-25, 1229, note Durand-Pasquier.

<sup>2356</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

<sup>2357</sup> C.E. 25 fév. 1994, Sofap-Marignan Immobilier, JurisData n° 1994-040511, D. 1994. 536, note LOMBARD, AJDA 1994, p. 550, note PERINET-MARQUET, CJEG, p. 569, note FATOME et TERNEYRE.

## 2- La mise en œuvre

**858.** La mise en œuvre des clauses résolutoires soulève les problématiques relatives à leur application. En effet, les juges interprètent la mise en œuvre de ces clauses (a), et ont en précisé la procédure d'exécution, qui a été globalement reprise dans les nouvelles dispositions du code civil (b).

### a- L'interprétation jurisprudentielle

**859.** L'objet de la clause résolutoire est d'apporter une sanction quasi automatique en réponse à un manquement à une obligation contractuelle. Cependant, il est inexact d'en tirer la conclusion que les juges n'ont aucun pouvoir sur la mise en œuvre de ces clauses résolutoires. Si les parties se bornent à stipuler la résolution à défaut d'exécution, il ne s'agit que d'un simple rappel de la faculté donnée par la loi de demander l'exécution. Il faut alors une demande en justice et le juge dispose en l'occurrence des pouvoirs découlant de l'article 1227 du code civil. A contrario, si une clause prévoit la résolution de manière non équivoque et qu'elle sanctionne un manquement à des engagements précisément énumérés, stipulés au contrat, la résolution opère de plein droit. Cependant avant la réforme du code civil de 2016<sup>2358</sup>, la jurisprudence a établi une certaine procédure relative à la mise en œuvre de la résiliation vis-à-vis du débiteur défaillant<sup>2359</sup>.

**860.** En effet, Malaurie, M.M. Aynès et Stoffel-Munck ont énoncé que les clauses résolutoires sont « dangereuses parce qu'elles sont dures »<sup>2360</sup>. Aussi, la jurisprudence a tempéré leur mise en œuvre. Carbonnier écrit à ce propos que « les tribunaux paralysent l'application de la clause résolutoire »<sup>2361</sup>. Les juges, s'appuyant sur l'alinéa 3 de l'ancien article 1134, estiment que le créancier manque à la bonne foi contractuelle s'il poursuit de façon stricte, rigoureusement l'application de la clause. Les juges se sont attribués un pouvoir important en la matière puisqu'ils apprécient l'importance du manquement constaté, mais vérifient également la conduite respective des parties au contrat. De plus, les textes issus du code de procédure civile permettent au juge

---

<sup>2358</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 fév. 2016.

<sup>2359</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil : Les obligations, Précis Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, § 664, p. 717.

<sup>2360</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, LGDJ, Collection : Droit civil, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 457.

<sup>2361</sup> CARBONNIER Jean, Droit civil, Les Biens, Les obligations, Quadriga, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, § 1104, p. 2236.

d'accorder des délais de grâce à la réalisation de l'obligation, et ce même si une telle clause a été stipulée dans l'acte<sup>2362</sup>. Cependant, si toutes les conditions sont réunies, la clause résolutoire entraîne la résolution du contrat.

## **b- Les conditions d'efficacité**

**861.** Malgré le désaccord des auteurs sur ce sujet, il s'avère que les parties usant de la liberté contractuelle qui leur est offerte, ou tout du moins de l'absence d'interdiction expresse, prévoient, très souvent, que la résiliation du bail à construction peut avoir lieu de plein droit par l'effet d'une clause résolutoire<sup>2363</sup>. Dans ce dernier cas, le contrat n'est résilié que si les conditions d'efficacité de la clause ont été respectées. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2011<sup>2364</sup>, la Cour de cassation a précisé qu'« en cas d'inexécution des conditions et charges du bail par l'une des parties, la clause résolutoire prévue aux termes du bail à construction n'est acquise que si l'autre partie s'en prévaut expressément. Il ne suffit pas pour cette dernière d'adresser une simple mise en demeure. Elle doit encore manifester son intention de mettre en jeu la clause résolutoire en cas de mise en demeure restée infructueuse ».

**862.** Plus récemment la Cour d'appel d'Aix en Provence, s'est prononcée dans un arrêt du 5 février 2013<sup>2365</sup>, sur une clause résolutoire qui ne porte pas d'indication relative à sa mise en œuvre. Les juges ont alors encadré les conditions d'efficacité d'une telle clause en posant que la résolution « implique un manquement aux obligations expressément visées par le bail » et que « ces manquements doivent avoir été envisagés et prévus comme une condition de résiliation automatique du contrat. » Les juges du fonds ne visent pas uniquement la mise en œuvre de la résiliation, mais posent également des exigences qui doivent être prises en compte préalablement, dès la rédaction du contrat, afin que ladite clause résolutoire puisse ensuite être efficace. La sécurité des engagements des parties suppose que soient identifiés avec précision ceux qu'elles jugent déterminants.

**863.** Selon le congrès des notaires de France de 2016<sup>2366</sup>, la bonne rédaction de ce type de clause implique de respecter un processus particulier : le recensement des obligations dont le

---

<sup>2362</sup> Art. 1343-5 du c. civ., ancien art. 1244-3 du même code.

<sup>2363</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 86.

<sup>2364</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-70.502, RDI 2011. 447, obs. Poumarède.

<sup>2365</sup> C.A. d'Aix en Provence, 5 fév. 2013, n° 10/13039, RDI juin 2013. 322, obs. Poumarède.

<sup>2366</sup> 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, *La propriété immobilière entre liberté et contraintes*, 2016, p. 57.

manquement déclenche la mise en œuvre d'une telle clause, que les manquements incriminés soient envisagés et prévus comme une condition de résiliation automatique du contrat, et que soit stipulées les modalités de mise en œuvre de la clause par référence à la délivrance d'un commandement visant le manquement reproché. La jurisprudence exige que lorsque le contrat prévoit que le bail peut être résilié de plein droit pour défaut de paiement du prix, si bon semble au bailleur, un mois après un simple commandement de payer, demeuré infructueux, celui-ci doit faire référence à la clause résolutoire et au délai imparti<sup>2367</sup>. A défaut, la mise en demeure ne peut pas constituer une interpellation suffisante. La mise en œuvre de la résiliation ne se réalise que s'il est fait explicitement référence à la volonté du bailleur de recourir à cette clause. La Cour de cassation rappelle que la clause résolutoire n'est acquise que si son bénéficiaire a manifesté l'intention de s'en prévaloir<sup>2368</sup>. Cette information du débiteur défaillant est nécessaire quelles que soient les conditions stipulées dans le contrat. Il est nécessaire d'assurer la sécurisation des clauses résolutoires dans le cadre du bail à construction.

**864.** Il est important de noter que le bien fondé des dispositions relatives à la procédure de mise en œuvre des clauses résolutoires énoncées par la jurisprudence a été reconnu par le législateur, et que celles-ci ont été intégrées dans le nouveau code civil<sup>2369</sup>. L'article 1225 édicte que « la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. ». La réforme dudit code a également, dans le nouvel article 1228, confirmé les pouvoirs du juge qui peut « constater ou prononcer ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai... »

**865.** La résolution judiciaire et les clauses résolutoires sont autant de causes de résiliation anticipée des baux de longue durée qui, si elles répondent en l'occurrence à des dispositions particulières, peuvent être qualifiées de classiques au regard du droit commun des contrats. Par ailleurs, dans le milieu dit « HLM », le législateur et les bailleurs sociaux ont aménagé une cause d'extinction très particulière des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. En effet, la fin anticipée d'un bail de longue durée peut être souhaitée et provoquée par les bailleurs sociaux. Il s'agit alors de valoriser et de mettre en œuvre une procédure d'accession sociale à la propriété.

---

<sup>2367</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-70.502, Dalloz Actualité, 16 juin 2011, note Devreau.

<sup>2368</sup> Com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 168.

<sup>2369</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 fév. 2016.

## **§2- Une cause d'extinction spéciale : L'accession sociale à la propriété**

**866.** Conformément à l'article L. 443-7 alinéa 1<sup>er</sup> du code de la construction et de l'habitation, peuvent être vendus par un organisme Hlm, les logements construits ou acquis depuis au moins dix ans. Il est, en l'espèce, question d'accession « sociale » à la propriété car aucun texte n'autorise les organismes Hlm à réaliser et à commercialiser des logements en « accession libre » à la propriété. Cependant, préalablement à la vente de logements locatifs construits sur un terrain dont les droits ont été octroyés au bailleur social par un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, ce dernier doit organiser la résiliation anticipée de ce contrat. Cette procédure est envisagée à l'article L. 443-15-4 du code précité. Il est précisé que « dans le cas où le terrain sur lequel un immeuble ou un groupe d'immeubles est édifié a été donné à bail à construction à un organisme d'habitations à loyer modéré par une collectivité publique, le bailleur et le preneur peuvent, préalablement à toute cession de logements prévue à l'article L. 443-7 du présent code, convenir d'une vente du terrain d'assiette au profit de ce dernier... ».

**867.** L'accession sociale à la propriété représente une part non négligeable de l'objet social des bailleurs sociaux puisqu'elle constitue notamment le cœur de métier des coopératives d'Hlm<sup>2370</sup>. La formulation « accession à la propriété » est d'importance. Il ne s'agit pas en l'occurrence de devenir classiquement propriétaire ou encore d'acquérir un bien immobilier, mais bien d'accéder à la propriété. La démarche est évidemment différente. L'accession est définie comme le fait d'accéder, de parvenir à une situation meilleure. Elle sous-entend une évolution positive, mais également un processus plus délicat, plus ardue, et dont l'issue est plus fragilisée qu'à l'ordinaire. L'accession sociale à la propriété constitue aujourd'hui l'accès à la propriété des ménages à ressources modestes<sup>2371</sup>.

**868.** Cette notion n'est pas récente. Elle est le fruit d'une philosophie qui a favorisé l'avènement de la propriété fonction sociale (A), et qui a conduit les gouvernements et législateurs contemporains à développer les dispositifs relatifs à l'accession sociale à la propriété (B).

---

<sup>2370</sup> Page d'accueil du Site internet de la Fédération des coopératives d'HLM.

<sup>2371</sup> USH, Fiche thématique « Accession à la propriété », 15 août 2016 ; ARKEA, Regards sur l'accession sociale à la propriété, 2015, p. 18 : « Il s'agit principalement d'un public issu du parc social locatif. Il y a aussi les personnes qui sont dans le parc privé et qui attendent depuis un certain temps un logement locatif social. Les revenus des familles se situent aux alentours de deux ou trois SMIC. »

## **A - L'avènement de la propriété fonction sociale**

**869.** La propriété est un élément qui structure et caractérise toutes les évolutions sociales. L'analyse de cette institution dépasse la seule vision juridique, et ce alors même qu'elle suscite à cet égard de nombreux questionnements. Son appréciation peut être opérée sous plusieurs aspects : théologique, philosophique, économique, politique, historique, géographique ou encore morale<sup>2372</sup>. Dans le cadre de l'accession à la propriété, et d'autant plus lorsqu'elle est dite « sociale », il paraît nécessaire d'en étudier les fondements philosophiques et économiques. Il est alors question de l'épanouissement de l'individu, du développement économique et du maintien de la paix sociale<sup>2373</sup>. Le concept de l'accession à la propriété rejoint l'analyse qui est faite de la notion même de « propriété ». Les courants doctrinaux qui se sont succédés se sont emparés du sujet en faisant une notion fondamentale (1). Les dernières décennies ont ensuite démontré que l'accession sociale à la propriété a su s'adapter et se renouveler face aux conséquences et contraintes résultantes des événements socio-économiques modernes (2).

### **1- Une notion fondamentale**

**870.** L'accession sociale à la propriété a fait l'objet, depuis les temps les plus anciens, de réflexions socio-économiques et philosophiques (a), qui ont conduit à l'émergence de la notion de propriété fonction sociale (b).

---

<sup>2372</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1304, p. 17 : « ...la propriété individuelle est la condition de l'indépendance et de la liberté de l'homme ; elle prolonge en quelque sorte la personnalité ; elle est l'affirmation d'un instinct dont l'homme, dans ses premiers gestes d'enfant, traduit l'existence. »

<sup>2373</sup> *Idem*, p. 2 : « En effet, la propriété individuelle est un droit naturel, droit légitime, qui répond aux efforts de l'homme pour l'amélioration de son sort et du sort de sa famille, qui assure sa liberté, et constitue la condition du meilleur rendement économique, ainsi que le gage de la paix sociale. », et n° 1304, p. 17.

## a- Les origines de la notion

**871.** Lycurgue<sup>2374</sup>, législateur mythique de Sparte, est le premier homme à avoir compris l'utilité sociale de la propriété immobilière et en avoir tiré toutes les conséquences pratiques. Selon Plutarque, et comme il le rapporte dans son ouvrage « Vies parallèles », après avoir établi d'abord un Sénat pour affermir l'autorité souveraine, Lycurgue décide de procéder à la redistribution des terres. L'auteur écrit que ce second acte est plus difficile encore. Lycurgue procède au partage des terres qui se trouvent toutes entre les mains d'un petit nombre de particuliers, persuade tous les citoyens de remettre leurs propriétés en commun et d'en faire un égal partage. Les terres sont alors divisées en parts et données aux citoyens. Première démonstration de la mise en œuvre d'une politique d'accession à la propriété. Lycurgue semble avoir compris, bien avant tout autre, quelle importance et quel impact, ce processus peut avoir sur la vie économique et sociale de Sparte. Mesure sociale certes ambitieuse mais risquée, car Lycurgue devient borgne des suites d'une altercation avec de nobles citoyens, indignés par les mesures édictées contre leur richesse. En occident, au fil de l'histoire, l'analyse de la fonction sociale de la propriété s'est inscrite dans des mouvements philosophiques différents, mais qui ont cependant tous marqués un réel intérêt pour cette question.

**872.** Saint-Thomas d'Aquin, philosophe et théologien chrétien du moyen-âge, l'envisage car il y a « plus d'ordre dans l'administration des biens quand le soin de chaque chose est confié à une personne, tandis que ce serait la confusion si tout le monde s'occupait indistinctement de tout ». Il ajoute également que « la paix entre les hommes est mieux garantie si chacun est satisfait de ce qui lui appartient »<sup>2375</sup>. La propriété est alors appréhendée comme un moyen d'assurer une certaine paix sociale entre les hommes. Cependant, si l'auteur reconnaît l'utilité de la propriété, il y appose certaines limites chrétiennes et sociales<sup>2376</sup>. Thomas d'Aquin affirme dans son œuvre « Somme théologique » que l'homme a l'obligation de donner le surplus de ses biens à ceux qui en ont besoin. La propriété du « droit humain », c'est à dire celle du droit positif, doit obéir à l'autorité d'un principe supérieur, un principe de charité chrétienne qui se rapproche

---

<sup>2374</sup> Plutarque, dans ses « Vies parallèles », consacre une Vie à Lycurgue, mis en parallèle avec le roi romain Numa Pompilius. Il situe son existence au IX<sup>ème</sup> siècle av. J.-C. ou au tout début du VIII<sup>ème</sup> siècle.

<sup>2375</sup> THOMAS D'AQUIN, somme théologique, II-II, Q. 66, Les éditions du cerf, 1996, vol. 3 p. 438.

<sup>2376</sup> « ...rien de ce qui est de droit humain ne saurait déroger à ce qui est de droit naturel ou de droit divin. Or selon l'ordre naturel institué par la divine providence, les réalités inférieures sont subordonnées à l'homme, afin qu'il les utilise pour subvenir à ses besoins. Il en résulte que le partage des biens et leur appropriation selon le droit humain *ne suppriment pas la nécessité* pour les hommes d'user de ces biens en vue des besoins de tous ».

incontestablement d'une vision « sociale » de la propriété et qui doit pouvoir bénéficier au plus grand nombre.

**873.** On constate ensuite, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, une grande remise en cause de la propriété privée dans ce qu'elle a de plus absolu. L'œuvre de Jean-Jacques Rousseau témoigne de ce mouvement critique. Dans « son discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes » il expose sa conception de l'état de nature, de la perfectibilité humaine et y présente la propriété privée comme source de toutes les inégalités<sup>2377</sup>. Il se montre farouchement hostile à la notion même de propriété. Dans son ouvrage « Du contrat social ou principes du droit politique » publié en 1762, Rousseau établit qu'une organisation sociale « juste » repose sur un pacte garantissant l'égalité et la liberté entre tous les citoyens. Ce traité de philosophie politique présente comment l'homme, passé de l'état de nature à l'état de société, peut instituer un ordre social au service de l'intérêt général<sup>2378</sup>. Par la suite, Rousseau s'évertue, plus modestement que dans son ouvrage précédemment nommé, à limiter les excès de la propriété et à encadrer l'exercice dans l'intérêt public. Il indique que dans le cadre du contrat social chacun se donne, ainsi que tous ses biens, au souverain, qui les restitue en garantissant le droit<sup>2379</sup>.

**874.** Le droit de propriété est un des effets du pacte social, qui n'existe que grâce à la sécurité de la communauté. Il énonce que le droit de premier occupant sur un terrain, qui n'est un droit qu'après création du droit de propriété, dépend de plusieurs conditions : que personne n'y habite précédemment, qu'on occupe seulement la quantité de terrain nécessaire, et qu'on y travaille. La propriété est alors limitée, et le pacte social permet une égalité morale et légitime entre les hommes<sup>2380</sup>. Le droit de propriété est envisagé, dans le contrat social, uniquement comme un outil favorisant l'égalité entre les hommes, chacun ne devant posséder que la quantité nécessaire. La formule « d'accession sociale à la propriété » n'est pas employée par l'auteur, pour autant c'est bien l'esprit de cette notion juridique qui transparait entre ces lignes. Rousseau a également transposé une vision dite « naturelle », et quelque peu utopique de la propriété privée immobilière.

---

<sup>2377</sup> Le discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, publié en 1755 : « « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire « Ceci est à moi », et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. ».

<sup>2378</sup> « Les clauses [du pacte social] se réduisent toutes à une seule : l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté : car premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous ; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. » (Livre I, Chapitre 6)

<sup>2379</sup> Rousseau Jean-Jacques, Le contrat social, Livre I, Chap. IX. Du domaine réel.

<sup>2380</sup> Rousseau Jean-Jacques, Le contrat social, Livre I, Chap. IX : Du domaine réel, « le pacte fondamental substitue [...] une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit ».



Comme nous le rappelle Carbonnier<sup>2381</sup>, l'auteur en a également fait « un idéal de petite propriété » qui a son fondement philosophique dans « cette proximité de la nature ». Il dépeint une vision nostalgique de la propriété, qui au-delà même de l'idéal moral décrit dans son contrat social, transcende cette conception juridique dans une sphère plus « sentimentale ».

**875.** Léon Duguit, constitutionnaliste, premier représentant de ce qu'on a appelé « l'école du service public » et théoricien de l'école sociologique, a marqué la pensée juridique du XX<sup>ème</sup> siècle. Il emprunte à Durkheim sa méthodologie sociologique, à Auguste Comte le positivisme et propose une vision de la propriété dans laquelle les règles de droit énoncent les conditions fondamentales de la solidarité sociale<sup>2382</sup>. Il relève en 1911, parmi les transformations du droit privé napoléonien le passage de la propriété, droit subjectif à la propriété-fonction sociale<sup>2383</sup>. La propriété est une institution juridique, écrit-il, qui s'est formé pour répondre à un besoin économique. Il est normal qu'elle évolue avec lui. Cette évolution, pour Duguit, se fait « dans le sens socialiste », ce qui signifie que la propriété individuelle « cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale »<sup>2384</sup>. Pour lui, le propriétaire est investi d'une fonction sociale déterminée : « Son droit de propriété, je le nie, son devoir social, je l'affirme »<sup>2385</sup>. Il pose l'impérative nécessité de l'utilité sociale du droit de propriété, du devoir de solidarité qu'il en résulte. Il écrit, dans son ouvrage « Manuel de droit constitutionnel » que la richesse implique pour son détenteur de l'employer à accroître la richesse sociale et par là l'interdépendance sociale<sup>2386</sup>. Plus loin il ajoute qu'« au moment où le propriétaire cesse de remplir sa fonction sociale la collectivité est naturellement amenée à intervenir légitimement, pour assurer par la contrainte, une exploitation indispensable à la vie sociale. » La propriété immobilière implique un devoir social de redistribution des richesses, qui en cas de défaillance du particulier, doit être imposée par la collectivité. Le concept d'accession sociale à la propriété s'inscrit certainement dans cette analyse de la propriété-fonction. Ces doctrines et philosophies juridiques ont influencés

---

<sup>2381</sup> CARBONNIER Jean, Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 348.

<sup>2382</sup> ROUBIER Paul, Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 159.

<sup>2383</sup> CARBONNIER Jean, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 352.

<sup>2384</sup> DUGUIT Louis, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, Ed. La mémoire du droit, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 148-149.

<sup>2385</sup> Idem, p.157. « La classe capitaliste a elle aussi son rôle social à remplir : elle comprend tous ceux dont la mission est de réunir des capitaux et de les mettre à la disposition des entreprises. Le propriétaire capitaliste est investi d'une fonction sociale déterminée. Son droit subjectif de propriété, je le nie; son devoir social, je l'affirme. Tant que la classe capitaliste remplira la mission qui lui est assignée, elle vivra. Du jour où elle la négligerait, elle disparaîtrait, comme ont disparu en 1789 la noblesse et le clergé. »

<sup>2386</sup> DUGUIT Léon, Manuel de droit constitutionnel, 1923, Editeur E. de Boccard, 4<sup>ème</sup> éd., p. 295 et svts.

les législateurs et initiés les mouvements juridiques qui ont permis d'aboutir à l'émergence de l'accession sociale à la propriété.

## **b- L'émergence de la notion**

**876.** Alors que le système féodal se prolonge au-delà du moyen-âge par la survivance des droits et privilèges attachés à l'église et à la noblesse, il faut attendre la révolution pour qu'il soit mis fin à cette situation et que soit abolie la société d'ordres. Une des idées fortes de la Révolution française est de construire la propriété comme une garantie des libertés, et plus précisément de construire la propriété individuelle comme une garantie de la liberté individuelle. Cependant, le processus permettant de libérer la France du système féodal et favorisant l'accession à la propriété du peuple, n'a pas été immédiat. Tout commence en effet lorsque les états généraux se transforment en Assemblée nationale constituante au début de l'été 1789, et votent au cours de la nuit du 4 au 5 août 1789 la disposition célèbre selon laquelle « l'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal ». L'abolition des droits féodaux est alors vécue comme une libération des hommes, la libération des paysans<sup>2387</sup>, et calme provisoirement les émeutes rurales.

**877.** Le 26 août 1789, l'Assemblée constituante votant la déclaration des droits de l'homme et du citoyen suggère l'existence d'un lien entre la liberté et la propriété : toutes deux viennent en tête de la litanie des droits naturels et imprescriptibles de l'homme<sup>2388</sup>. Le célèbre article 17 déclare la propriété comme étant « un droit inviolable et sacré. ». Cependant, le décret général du 15 mars 1790 limite considérablement la portée de l'abolition du régime féodal et l'esprit de la déclaration des droits<sup>2389</sup>. Il dresse en effet la liste des pouvoirs ou monopoles seigneuriaux abolis sans indemnité, avec parmi eux la justice seigneuriale, les servitudes personnelles, les droits exclusifs

---

<sup>2387</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J, 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 347.

<sup>2388</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

<sup>2389</sup> Le 15 mars 1790, l'Assemblée nationale prend un décret général relatif aux droits féodaux. Sanctionné par lettre-patente, le 28 mars 1790, le décret du 15 mars 1790 devint la loi des 15 et 28 mars 1790, « relative aux droits féodaux ». Son préambule résume ainsi les décrets des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789 : « aux termes de l'article 1<sup>er</sup> [des] décrets des 4, 6, 7, 8 et 11 août 1789, le régime féodal est entièrement détruit ; [...] à l'égard des droits et devoirs féodaux ou censuels, ceux qui dépendaient ou étaient représentatifs, soit de la mainmorte personnelle ou réelle, soit de la servitude personnelle, sont abolis sans indemnité ; [...] en même temps, tous les autres droits sont maintenus jusqu'au rachat par lequel il a été permis aux personnes qui en sont grevées de s'en affranchir, et qu'il a été réservé de développer par une loi particulière les effets de la destruction du régime féodal, ainsi que la distinction des droits abolis d'avec les droits rachetables ».

de pêche, de chasse, les dîmes, mais considère que les autres droits, plus profitables, sont rachetables. En outre, il organise des conditions du rachat extrêmement rigoureux. C'est finalement la loi dite « de la colère » votée par la Convention le 17 juillet 1793, sous la pression populaire, qui s'insérant dans la politique d'économie morale menée par les Montagnards en l'été 93<sup>2390</sup>, rejette enfin la distinction de la féodalité dominante et de la féodalité contractante ainsi que la notion de concession primitive. La Convention décide alors que « toutes les redevances ci-devant seigneuriales, droit féodaux, censuels, fixes et casuels, même ceux conservés par le décret du 25 août dernier, sont supprimés sans indemnité. ». C'est là le véritable acte de naissance d'une propriété rendue juridiquement accessible au peuple français.

**878.** Deuxième acte dans le processus d'émergence de la propriété en tant de fonction-sociale, la Troisième République est le premier régime français à s'imposer dans la durée depuis 1789. C'est également une période marquée par toute une série de réformes sociales auxquelles la société aspire, notamment par l'adoption d'une législation plus favorable pour les salariés. L'exaltation de la petite propriété envahit le discours politique. En 1870, Thiers, chef du pouvoir exécutif de la république française, énonce dans son programme rendu public le 19 février : « Pacifier, réorganiser, relever le crédit, ranimer le travail. ». Tout un mouvement législatif se développe<sup>2391</sup>, favorisant par une protection juridique et une aide financière, au moins en crédit, l'acquisition d'un minimum de propriété, et spécialement de propriété immobilière. Durant toute la période 1920-1940, davantage de logements ont été produits en accession sociale qu'en locatif social (à l'exception de la région parisienne). En 1939, la France aura réalisé 300 000 habitations à bon marché dont la moitié en accession à la petite propriété.

**879.** Dernier volet de ce processus, la seconde guerre mondiale laisse une partie du monde en ruine. C'est dans ce contexte critique de crise humanitaire et sociale, que le 10 décembre 1948, les 58 États Membres qui constituent alors l'Assemblée générale des Nations unies ont adopté la Déclaration universelle des droits de l'homme qui proclame dans son article 17 que « toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. » Comme l'indique Carbonnier « en 1789, c'étaient les propriétés existantes qui avaient été garanties. En 1948, ce qui est

---

<sup>2390</sup> Le 3 juin 1793, la Convention décrète que les ventes aux enchères des biens fonciers doivent se faire par petits lots, payables en dix annuités ; La loi du 10 juin 1793 organise ensuite le partage des biens communaux en autorisant la vente de ces biens communs à des propriétaires individuels.

<sup>2391</sup> La loi Siegfried, promulguée le 30 nov. 1894, prévoit la possibilité pour la Caisse des dépôts et consignations (CDC) et les Caisses d'épargne de prêter des fonds aux organismes d'HBM. Elle constitue une base législative sur laquelle se construit une politique du logement social. Elle est complétée par la loi du 12 av. 1906 qui dispose que les communes et les départements peuvent venir en aide aux HBM par apports de terrains, de prêts, souscriptions d'obligations et d'actions. La Loi Ribot du 10 av. 1908 facilite l'accession à la petite propriété en créant un nouvel opérateur HBM.

proclamé, c'est que toute personne a droit à la propriété, parce que chacun a faim et soif de propriété comme de justice..... Une mission autrement dynamique autrement vivante, s'offrirait au droit, qui serait de faire accéder à ce minimum de propriété ceux qui ne l'ont pas encore »<sup>2392</sup>. Après avoir cheminé laborieusement, la notion d'accession sociale à la propriété, motivée dans des contextes modernes socio-économiques difficiles, va se renouveler devenant l'une des principales missions des bailleurs sociaux.

## 2- Une notion renouvelée

**880.** Selon les époques et les rôles successivement dévolus aux opérateurs sociaux, la production de logements destinés à l'accession des ménages modestes à la propriété a connu d'importantes fluctuations. Les premières étant liées à la forte croissance économique des trente glorieuses (a), les secondes aux conséquences de l'enchaînement des différentes crises économiques (b).

### a- Les trente glorieuses

**881.** A la fin des années 1950, l'industrialisation de la construction permet un accroissement considérable de la production, une baisse des coûts et une réduction des délais d'exécution. Dans les années 1950-1970, la production persiste, notamment grâce au dispositif de la location-attribution<sup>2393</sup>, et également à la loi n° 65-556 du 10 juillet 1965 relative à l'acquisition d'habitations à loyer modéré à usage locatif par les locataires consacrée à l'accession à la propriété et instaurant l'obligation de vendre à un locataire qui en fait la demande<sup>2394</sup>. Dans le même temps ces années la France atteint 50 millions d'habitants. Le pouvoir d'achat des ménages augmente et le recours au crédit pour accéder à la propriété explose. Par la suite la réforme de 1977<sup>2395</sup>, qui

---

<sup>2392</sup> CARBONNIER Jean, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 382.

<sup>2393</sup> Les sociétés anonymes coopératives d'habitations à loyer modéré de location-attribution, alors définies aux articles R. 422-18 et svts du CCH, ont pour objet de procurer à leurs membres un logement en location avec promesse d'attribution de ce logement en propriété. Le contrat de location-attribution confère le droit à la jouissance d'un logement et le droit à son attribution ultérieure en toute propriété après paiement intégral du prix de revient définitif de ce logement, ces deux droits étant indissolublement liés. Le régime de la location-attribution a été supprimé par la loi n° 71-580 du 16 juill. 1971.

<sup>2394</sup> Loi du 10 juill. 1965, n° 65-556, relative à l'acquisition d'habitations à loyer modéré à usage locatif par les locataires, JORF du 11 juill. 1965.

<sup>2395</sup> Loi du 3 janv. 1977, n° 77-1, « Maintien des aides publiques à l'investissement malgré l'institution de l'aide personnalisée au logement », JORF du 4 janv. 1977. Cette loi réforme le financement du logement. Elle a « pour objet

visé à mieux préserver la solvabilité des ménages et à favoriser l'accèsion à la propriété, créée l'aide personnalisée au logement (APL) et le prêt locatif aidé (PLA). Ces aides permettent de soutenir l'effort des ménages. Dans la même logique, le prêt aidé à l'accèsion à la propriété (PAP) est créé pour l'accèsion à la propriété sociale.

## **b- Les crises économiques**

**882.** A partir des années 1980, les politiques sociales du logement se développent. Sur la période 1980-1990, la production d'accèsion sociale par les opérateurs hlm, soutenue par les prêts d'accèsion à la propriété, dépasse les 20 000 logements par an. Face à l'intensification de la crise du logement, les interventions législatives favorables à l'accèsion sociale à la propriété se multiplient. Sont promulguées, la loi n° 83-953 du 2 novembre 1983 sur la vente des logements appartenant à des organismes d'habitation à loyer modéré<sup>2396</sup> et la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accèsion à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière<sup>2397</sup>. Néanmoins, la suppression des prêts d'accèsion à la propriété a eu des conséquences immédiates sur la production Hlm d'accèsion sociale : cette dernière est passée de plus de 20 000 logements en 1988 à moins de 10 000 en 1996 (de 15000 à 4000 pour la production en « groupé »)<sup>2398</sup>.

**883.** Dans le même temps, en 1995, Pierre-André Perissol, Ministre du logement de M. Juppé, définit trois axes d'intervention : la réponse à l'urgence, l'accèsion à la propriété et la relance de l'investissement privé. Il déclare que « les Hlm sont au cœur de la chaîne du logement, car ils doivent à la fois insérer les plus défavorisés et permettre aux classes moyennes de se préparer à l'accèsion à la propriété ». En décembre 2004 un accord est signé entre l'Etat et l'Union social pour l'habitat dont l'objet est de favoriser la mise en œuvre du volet logement du plan de cohésion

---

de favoriser la satisfaction des besoins en logements et en particulier de faciliter l'accèsion à la propriété, de promouvoir la qualité de l'habitat, d'améliorer l'habitat existant et d'adapter les dépenses de logements à la situation de famille et aux ressources des occupants, tout en laissant subsister un effort de leur part ».

<sup>2396</sup> Loi du 2 nov. 1983, n° 83-953, sur la vente des logements appartenant à des organismes d'habitation à loyer modéré (HLM), JORF du 3 nov. 1983.

<sup>2397</sup> Loi du 23 déc. 1986, n° 86-1290, tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accèsion à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, JORF du 24 déc. 1986.

<sup>2398</sup> Le décret du 29 sept. 1995, n° 95-1064, modifiant le C.C.H. et portant création d'une aide de l'Etat à l'accèsion à la propriété pour l'acquisition d'une résidence principale a supprimé le Prêt Aidé pour l'Accèsion à la Propriété et a instauré le Prêt à taux 0% (PTZ).

sociale<sup>2399</sup>. Cet accord souligne l'intérêt d'un accroissement des ventes aux locataires, lesquelles demeurent encore trop modestes. La prise de conscience relative à l'importance de l'accession sociale à la propriété se fait de plus en plus prégnante. Pour exemple, l'exposé des motifs de la proposition de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement<sup>2400</sup>, dont le chapitre 1<sup>er</sup> du Titre II s'intitule « Favoriser l'accession à la propriété », et dispose que « l'accession à la propriété de la résidence principale est un enjeu essentiel de politique sociale. Elle est un facteur de promotion et d'intégration sociale. Il convient de faire de l'accession sociale à la propriété une mission essentielle des organismes HLM. » Les dispositions qui en sont issues ont été complétées ou modifiées au fil des ans par d'autres lois<sup>2401</sup>. En sus, la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion a institué les conventions d'utilité sociale (CUS) au titre desquelles a été exigée, sous une forme contractuelle, la détermination d'engagements de la part des organismes sur la mise en vente de logements<sup>2402</sup>.

**884.** Enfin, la loi n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite « Alur ») adoptée le 20 février 2014 porte plusieurs mesures<sup>2403</sup>, dont notamment la création des organismes fonciers solidaires dont l'objet est de mettre à disposition du foncier, pour la production de logements abordables, en location ou en accession à la propriété. Elle donne également la possibilité pour les bailleurs sociaux de revendre des logements dans le cadre de la garantie de rachat proposée en accession sociale sécurisée. En 2008, suite à un nouvel accord passé entre l'Union sociale pour l'habitat et l'État en 2007 qui affiche un objectif de 40 000 mises en vente par an, l'offre faite par les organismes bailleurs à leurs locataires a augmenté fortement, avec près de 25 000 offres additionnelles suite aux délibérations autorisant la mise en vente. Au terme de cet accord de décembre 2010, ce sont 120 000 logements pour lesquels des délibérations ont été prises et près de 70 000 logements ont été mis en vente. L'accession sociale à la propriété constitue un enjeu important<sup>2404</sup>.

---

<sup>2399</sup> L'USH est l'organisation représentative du secteur Hlm qui représente quelque 740 organismes Hlm à travers 5 fédérations.

<sup>2400</sup> Loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872, portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juill. 2006.

<sup>2401</sup> Il s'agit notamment des articles suivants : Art. 54 de la loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872 ; Art. 12 et 14 de la loi du 25 mars 2009, n° 2009-323, de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion ; Loi du 17 mai 2011, n° 2011-525, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ; Loi du 22 mars 2012, n° 2012-387, relatif à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ; Loi du 18 janv. 2013, n° 2013-61, relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production du logement social ; Art. 33, 55 et 114 de la loi du 24 mars 2014, n° 2014-36, pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové.

<sup>2402</sup> Loi du 25 mars 2009, n° 2009-323, de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, JORF du 27 mars 2009.

<sup>2403</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2404</sup> USH, Fiche thématique « Vente hlm et accession très sociale à la propriété », 15 août 2016.

**885.** Les praticiens notent qu'à la faveur des réformes législatives successives, s'est dessiné, un droit à l'accès à la propriété : « L'Etat ne serait plus seulement tenu de garantir le droit de propriété, droit qui reste fondamental aussi bien dans le cadre national qu'euro péen, mais il lui appartiendrait, désormais, de favoriser l'accès à la propriété »<sup>2405</sup>. Sans être pleinement reconnu, contrairement au droit au logement, le droit à l'accès à la propriété, répondant à une aspiration ancienne, et se concrétise, principalement, par l'action des bailleurs sociaux et par le financement de l'accession à la propriété. Les dispositifs juridiques mis à la disposition des bailleurs sociaux dans le cadre de l'organisation de l'accession sociale à la propriété, notamment dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, présentent un intérêt particulier.

## **B- Les dispositifs d'application**

**886.** L'accession sociale constitue une valeur forte, inscrite depuis toujours au premier rang des missions du mouvement HLM. Les baux réels immobiliers de longue durée sont, quant à eux, des techniques juridiques particulièrement adaptées pour les propriétaires (bailleurs) désireux de récupérer, à terme, un bien en bon état d'entretien. Le retour du bien en pleine propriété constitue pour ce dernier un levier décisionnel important dans le choix du recours aux baux de longue durée. De ce fait, ces montages juridiques paraissent, dans leur principe initial, être peu favorables à l'accession sociale à la propriété. Néanmoins, la résiliation anticipée des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé peut être envisagée, dans cet objectif, par les parties. En effet, afin de participer à l'ambition légitime des foyers modestes de devenir propriétaire, et également de favoriser, par ces ventes, le financement de nouvelles opérations de construction de logements locatifs sociaux<sup>2406</sup>, l'accession sociale à la propriété dans le cadre des baux de longue durée de droit privé doit être étudiée et valorisée. Si l'accession sociale à la propriété dans le cadre des baux de longue durée est possible, elle implique un certain nombre d'aménagements contractuels. En l'occurrence deux situations juridiques peuvent être envisagées. Soit le bailleur HLM est preneur d'un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, et envisage de réaliser la cession de ses

---

<sup>2405</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, p. 288.

<sup>2406</sup> Rapport de sept. 2014 du Conseil Général de l'Environnement et du Développement durable : Mission d'évaluation de la politique de vente de logements sociaux à leurs occupants et à d'autres personnes physiques, « Recommandation n° 43 : favoriser la vente de logements sociaux lorsqu'elle contribue de manière très significative à l'autofinancement des organismes, et accroît la capacité de production, de réhabilitation et d'amélioration de l'attractivité du patrimoine existant. »

logements, aux locataires qui en ont fait la demande, et l'accèsion sociale à la propriété s'intègre alors dans le champ d'application de la « vente HLM » (1) ; Soit le bailleur HLM organise lui-même une opération d'accèsion à la propriété dans le cadre de dispositifs initiés dans cette seule perspective (2).

## **1- La « vente HLM »**

**887.** Les dispositions et procédures relatives à la mise en œuvre de l'accèsion sociale à la propriété par le milieu HLM relèvent à la fois des conditions liées au statut de logement locatif social (a) et des conditions liées au mode de maîtrise foncière du bailleur social (b).

### **a- Les conditions liées au statut « social »**

**888.** Dans cette première hypothèse, le bailleur social est preneur d'un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, et a construit ou réhabilité un bien immobilier qu'il loue, comme tout autre bien de son patrimoine, et auquel s'applique la réglementation dite « HLM ». Le bien immobilier, intégré au patrimoine du bailleur social, peut faire l'objet des mêmes procédures de vente que tout autre bien acquis et gérés par ce dernier. L'article L. 443-7 du code de la construction et de l'habitation indique que les organismes HLM peuvent aliéner, aux bénéficiaires prévus à l'article L. 443-1 du même code, des logements construits ou acquis depuis plus de dix ans. Rien ne distingue, dans cette autorisation faite aux bailleurs sociaux, les biens acquis, des biens « issus » de baux de longue durée. La seule contrainte, dans ce cadre spécifique dit de « vente HLM » est l'ancienneté du bien, puisque celui-ci doit avoir été intégré dans le parc immobilier du bailleur social depuis plus de 10 ans<sup>2407</sup>. L'initiative du processus d'accèsion sociale à la propriété peut être prise soit par le locataire résidant dans le logement depuis au moins deux ans en application de l'article L. 443-11 du code de la construction et de l'habitation<sup>2408</sup>, soit par l'organisme HLM qui souhaite promouvoir cette démarche dans le cadre de l'article L. 443-7

---

<sup>2407</sup> La vente des logements de moins de 10 ans subordonnée à une autorisation motivée du Préfet ou du Président du conseil de la métropole en cas de circonstances économiques ou sociales particulières (art. L. 443 -8 du C.C.H.). Le délai est porté à 20 ans pour les logements édifiés sur un terrain ayant donné lieu à une décote en application de l'art. L. 3211 -7 du CGPPP.

<sup>2408</sup> Un locataire d'un logement HLM est en droit d'adresser une demande d'acquisition de son logement. L'organisme HLM doit rendre une réponse motivée dans un délai de deux mois (art. L. 443-11 du C.C.H.).



du même code<sup>2409</sup>. Il est important de noter que le locataire conserve toujours le choix de devenir propriétaire ou de rester locataire. L'accession sociale à la propriété constitue pour eux une opportunité et jamais une obligation. Il doit bénéficier dans les deux cas de garanties propres à son statut, locataire du logement social ou accédant social à la propriété, que celles-ci soient édictées par la loi ou qu'elles procèdent de la libre initiative de l'organisme.

**889.** En outre, pour être vendu le logement doit satisfaire à un certain nombre d'obligations relatives au respect de normes minimales d'habitabilité (article R. 443-11 du code précité) et de normes de performance énergétique<sup>2410</sup>. Il est également important de faire le rappel d'une contrainte réglementaire qui n'est pas propre aux ventes réalisées dans le cadre des baux de longue durée, mais qui concerne l'ensemble des opérations d'accession sociale à la propriété<sup>2411</sup>. En effet, tout bailleur social doit obtenir l'accord du représentant de l'Etat de son intention d'aliéner. A ce niveau de la procédure la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a instauré de nouvelles dispositions<sup>2412</sup>. Précédemment, ledit représentant de l'Etat doit consulter la commune d'implantation du bien et les organismes HLM font alors le constat d'« un ralentissement des autorisations de vente dans les communes concernées par le relèvement des quotas de logements sociaux (passant de 20 % à 25 %) du fait de la loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public »<sup>2413 2414</sup>. En effet, les maires de ces communes ont été réticents à réaliser ces opérations de vente, entraînant alors la diminution du nombre de logements sociaux recensés dans le cadre de ces quotas<sup>2415</sup>.

**890.** A présent, loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique<sup>2416</sup> prévoit que la signature de la convention d'utilité sociale (CUS) vaut autorisation de vente des logements mentionnés au plan de mise en vente qui y est

---

<sup>2409</sup> Les organismes HLM peuvent prendre l'initiative de la vente des logements qu'ils gèrent. Ils peuvent les céder à leurs locataires, à d'autres personnes physiques ou morales sous certaines conditions, ou à d'autres organismes HLM (art. L. 443-7 du C.C.H.).

<sup>2410</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janv. 2015 : les logements doivent avoir une consommation d'énergie correspondant au maximum à l'étiquette E, sauf pour les logements pour lesquels un agrément d'aliénation a été délivré avant cette date.

<sup>2411</sup> L'agrément d'aliénation (du représentant de l'Etat ou du ministre) est prévu par l'art. L. 443-7 du C.C.H.

<sup>2412</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF du 28 janv. 2017.

<sup>2413</sup> Loi du 18 janv. 2013, n° 2013-61, relative à la mobilisation du foncier public, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>2414</sup> Conseil Général de l'environnement et du développement durable, Mission d'évaluation de la politique de vente de logements sociaux à leurs occupants et à d'autres personnes physiques, Rapport, sept. 2014, p. 18.

<sup>2415</sup> STEBE Jean-Marc, MARCHAL Hervé, BERTIER Marc, Idées reçues sur le logement social, Le cavalier Bleu Editions, 2016, p. 104.

<sup>2416</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

annexé<sup>2417</sup>. Dans le cadre de la préparation de cette CUS, les bailleurs sociaux doivent consulter la commune d'implantation qui a deux mois, pour donner son avis. Seules les communes déficitaires au titre du quota SRU ont un droit de veto. Concernant les logements hors plan de mise en vente de la CUS, l'organisme doit suivre la précédente procédure d'autorisation en formulant une demande d'autorisation au représentant de l'État dans le département qui consulte à son tour la commune d'implantation. Là encore, seules les communes déficitaires au regard l'article 55 de la loi SRU ou susceptibles de le devenir en cas de vente des logements, peuvent bloquer le projet de mise en vente. A ce titre il peut être espérer que les modifications introduites la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté et les décrets du 5 mai 2017<sup>2418</sup> visant à redéfinir le champ d'application territoriale de ces quotas donnent un peu plus de liberté d'action aux élus locaux<sup>2419</sup>. Il faut également noter une évolution positive introduite par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique qui permet aux logements vendus à leurs locataires de conserver le statut de logements sociaux<sup>2420</sup>, au sens de l'article 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains<sup>2421</sup>, pendant dix ans à compter de leur aliénation, au lieu des cinq ans précédemment fixés.

**891.** En outre, si les logements construits ou réhabilités par les bailleurs sociaux sont soumis à la réglementation relative à la vente HLM comme tout bien immobilier du parc social locatif, se pose

---

<sup>2417</sup> Les CUS ont été introduites à l'art. 63 de la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion. Leur conclusion est obligatoire pour tous les organismes d'habitations à loyer modéré et les sociétés d'économie mixte (SEM) de construction et de gestion de logements sociaux. Elles visent à repenser de le projet d'entreprise de l'organisme pour passer à une logique globale de gestion patrimoniale et sociale, en tenant compte des capacités réelles de l'organisme. Elles doivent permettre une déclinaison patrimoniale et sociale des objectifs de la politique nationale du logement, notamment en matière de droit au logement opposable et d'attribution, de vente ainsi qu'en matière d'adaptation de l'offre de logements sociaux ou de places d'hébergement aux besoins locaux.

<sup>2418</sup> Décret n° 2017-835 du 5 mai 2017 relatif aux dispositions particulières à certaines agglomérations en matière de réalisation de logements locatifs sociaux et pris pour l'application de la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; Décret n° 2017-840 du 5 mai 2017 fixant les valeurs des ratios permettant de déterminer la liste des agglomérations et des établissements publics de coopération intercommunale et la liste des communes mentionnés, respectivement aux premier et troisième alinéas du II de l'art. L. 302-5 du C.C.H. ainsi que de définir les agglomérations de plus de 30 000 habitants sur le territoire desquelles les communes sont susceptibles d'être exemptées de l'application des dispositions de l'art. L. 302-5 et suivants en application du III du même article.

<sup>2419</sup> Les décrets publiés redéfinissent le champ d'application territoriale de l'art. 55 de la loi SRU en instaurant un indicateur unique, taux de pression sur la demande de logements sociaux, mesuré à partir du système national d'enregistrement de la demande de logement social. Ce ratio entre nombre de demandes et nombre d'attributions permet de déterminer les obligations SRU des communes. De plus, l'exemption est désormais déterminée sur proposition de l'intercommunalité d'appartenance, et après avis du préfet de région et de la commission nationale SRU, en raison soit de la faiblesse de l'indicateur de pression de la demande de logement social pour les communes appartenant à une agglomération de plus de 30 000 habitants, de l'insuffisance de desserte de la commune par les transports en commun, de contraintes d'inconstructibilité grevant plus de la moitié du territoire urbanisé.

<sup>2420</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>2421</sup> Loi 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF du 14 déc. 2000.

encore la question de la faisabilité juridique de leur cession dans le cadre d'un tel processus. En effet dans ce contexte juridique, la cession en pleine propriété du bien au locataire accédant n'est pas possible car le bailleur social n'est pas en mesure de céder plus de droits qu'il n'en a lui-même<sup>2422</sup>.

## **b- Les conditions liées au mode de maîtrise foncière**

**892.** Si le bailleur social souhaite vendre le bien immobilier, soit qu'il accède à la demande du locataire, soit qu'il en soit à l'origine<sup>2423</sup>, les parties, bailleur et preneur du bail de longue durée, doivent décider d'un commun accord de mettre fin au bail emphytéotique, à construction ou à réhabilitation, avant l'arrivée du terme prévu dans le bail. Les parties peuvent faire le choix d'anticiper cette possibilité en l'envisageant dès l'origine ou en cours de vie du contrat ( $\alpha$ ). En effet, préalablement à la cession des logements aux accédants, l'organisme HLM preneur, doit rassembler par devers lui l'ensemble des droits réels du bien immobilier, et ce afin de devenir pleinement propriétaire. La résiliation du bail de longue durée peut être immédiatement suivie d'une cession de droits au profit du bailleur social ( $\beta$ ).

### **$\alpha$ - Prévision de l'extinction anticipée**

**893.** En prévision d'une telle résiliation anticipée, il est recommandé aux bailleurs sociaux d'organiser cette possibilité par la signature d'un pacte de préférence en leur faveur<sup>2424</sup>. Le pacte de préférence constitue un engagement pour le propriétaire du bien, dans le cas où il souhaite vendre ce bien, à donner sa préférence au bénéficiaire du pacte. Le débiteur du pacte ne s'engage pas à vendre mais seulement à préférer son cocontractant s'il décide de vendre. Celui-ci s'oblige essentiellement à ne pas vendre le bien à un tiers sans l'avoir préalablement proposé au bénéficiaire. Cette obligation de ne pas faire se traduit chez le bénéficiaire par un simple droit de créance exclusif de tout droit réel. Dans le cadre des baux de longue durée, il faut bien avoir à

---

<sup>2422</sup> Conformément à l'adage latin : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

<sup>2423</sup> Selon l'accord signé en déc. 2004 entre l'Etat et l'USH pour la mise en œuvre du volet logement du plan de cohésion sociale, la politique de vente de chaque organisme doit être une composante de son plan stratégique de patrimoine et du conventionnement global en étroite concertation avec les collectivités territoriales et les services de l'Etat et en cohérence avec les programmes locaux de l'habitat.

<sup>2424</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, av. 2013.

l'esprit que les collectivités territoriales, principaux bailleurs des organismes HLM, sont principalement motivées par l'ambition de pouvoir profiter à terme d'un retour en pleine propriété d'un bien en parfait état d'entretien. Il est assez délicat de convenir dès la signature du bail, d'une cession « directe » du bien immobilier au preneur. Le pacte de préférence apparaît comme étant l'outil permettant d'organiser l'avenir de l'accession sociale à la propriété, tout en ménageant les desideratas du bailleur. Cette convention peut être réalisée sous deux formes. Soit elle est intégrée sous la forme d'une clause, intégrée au corps de l'acte authentique constitutif du bail de longue durée, soit elle constitue un acte indépendant faisant référence audit bail. En ce dernier cas, il est bien évidemment préférable de procéder à la conclusion de ces deux actes dans le même temps.

**894.** Se pose alors la question de l'indivisibilité de ces deux conventions. La reconnaissance d'un lien d'indivisibilité entre deux conventions emporte d'innombrables conséquences. Si l'anéantissement en cascade des conventions indivisibles est la plus fréquente, d'autres manifestations, plus modestes, n'en sont pas moins importantes. Tel est par exemple le cas de la lésion immobilière. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 2010<sup>2425</sup>, les juges se prononcent afin de déterminer, en l'espèce, si le bail à construction et la promesse de vente participent d'un ensemble indivisible. En effet, il est prévu que le prix de vente de l'immeuble, si la vente intervient, doit être calculé sur la base des loyers payés. La juridiction a alors considéré que la vente n'est pas lésionnaire. L'arrêt de la Cour d'appel est cassé car les motifs ne suffisent pas à caractériser l'indivisibilité entre le bail à construction et la vente. Si la lésion est finalement rejetée, ce n'est pas parce que la Cour refuse par principe de prendre en considération les autres conventions, mais simplement parce que l'indivisibilité entre ces conventions n'est pas caractérisée. A ce propos, M. Seube, écrit alors qu'« à moins de vouloir s'exposer à la recherche toujours aléatoire de l'indivisibilité des conventions, les parties ont grand intérêt à stipuler ou à écarter cette indivisibilité ». Il apparaît que la haute juridiction en a décidé autrement dans son arrêt du 4 avril 2013<sup>2426</sup>, en énonçant que « même si l'acte prévoit expressément une indivisibilité entre le bail à construction et le pacte de préférence, les parties n'ont en fait conclu qu'un bail à construction assorti d'une promesse unilatérale de vente conférant au preneur une option. Ces deux conventions ne sont pas indivisibles et peuvent être exécutées indépendamment l'une de l'autre. »

---

<sup>2425</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 juillet 2010, n° 09-14579, RDC 2011.176, obs. Seube.

<sup>2426</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 av. 2013, n° 12-14.134.

## **β- Résiliation et cession de droits**

**895.** Afin de permettre au bailleur social de céder un logement, construit dans le cadre d'un bail de longue durée, l'accession sociale à la propriété doit s'articuler en deux temps juridiques. Il s'agit dans un premier temps de procéder à la résiliation du bail, pour ensuite réaliser la cession entre le propriétaire bailleur et le preneur (organisme HLM). Il est important de préciser que la résiliation du bail de longue durée ne doit intervenir que passé sa durée de vie minimum, à savoir douze pour le bail à réhabilitation, dix-huit ans pour le bail à construction et plus de dix-huit pour l'emphytéose. Par la suite une fois cet élément vérifié, il peut être prévu que ces deux opérations juridiques interviennent, le plus souvent simultanément et dans le même acte authentique. Cependant, l'administration fiscale et les civilistes n'en tirent pas les mêmes conclusions. En effet, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 30 mai 2012 que « dans le cas de vente par le bailleur au bénéfice du preneur du terrain faisant l'objet du bail à construction, le contrat de cession produit, au regard de la loi fiscale, les mêmes effets qu'une résiliation tacite du bail et doit être regardé comme impliquant la remise des immeubles au bailleur préalablement à la vente »<sup>2427</sup>. Elle considère que l'acquisition du terrain par le preneur est un fait générateur de plus-values pour le bailleur imposable dans les conditions prévues aux articles 35, 150 U, 244 bis et 244 bis A du code général des impôts. Le Conseil d'État estime également que ce procédé juridique équivaut à « une résiliation amiable du bail impliquant la remise des immeubles au bailleur »<sup>2428</sup>. Ce dernier est censé revendre ensuite au preneur le terrain et les constructions, ce qui génère une double mutation de propriété.

**896.** La doctrine civiliste, quant à elle, énonce que « la vente par le bailleur au preneur du terrain d'assiette des constructions que ce dernier a édifiées entraîne, sur le plan civil, une confusion des qualités de bailleur et de preneur en vertu de l'article 1300 du code civil. Il en résulte juridiquement une extinction du bail à construction »<sup>2429</sup>. L'acquisition du sol par le preneur entraîne une confusion des qualités de preneur et de bailleur sur la tête du premier, ce qui met fin au bail à construction. Cette confusion crée un état dans lequel les qualités du bailleur et du preneur du bail de longue durée se confondent sur la tête d'une même personne, en l'occurrence du preneur, de telle manière que le bailleur devient son propre preneur et le preneur son propre bailleur<sup>2430</sup>. L'analyse fiscale qui est faite de ce processus de fin des baux de longue durée,

---

<sup>2427</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mai 2012, n° 11-12.301, JurisData n° 2012-033977, Ed. légis., Etude du Bail à const., n° 98.

<sup>2428</sup> C.E. 5 déc. 2005, n° 256916, Recueil Lebon 2005 ; C.E. 21 déc. 2007, n° 289807.

<sup>2429</sup> Cass. Com, 12 juin 2012, n° 11-18.978, Ed. légis., Etude du Bail à Construction, n° 98.

<sup>2430</sup> Art. 1349 du c. civ. (ancien art. 1300).

s'appuie sur « l'autonomie de son droit ». Cependant, elle est très critiquée par la doctrine<sup>2431</sup>. Elle révèle, pour le moins, de la fragilité des avantages fiscaux attachés aux baux de longue durée et témoigne de l'inadaptabilité fiscale de la question. Le risque est que ces baux puissent être abandonnés en raison des aléas qu'ils comportent au plan fiscal dans le cadre d'un tel processus visant à l'accession sociale à la propriété.

**897.** La résiliation du bail de longue durée et la cession des biens entraînent, le plus souvent, le paiement d'une indemnité de résiliation mais qui est en réalité envisagée par les parties comme un prix de vente. Il est bien évidemment que celui-ci découle des termes d'une négociation qui doit avoir lieu entre les parties. Son montant peut, soit correspondre à la valeur des biens immobiliers concernés, être proportionnel aux montants des loyers de locations reçus par le preneur dans le cadre de l'exploitation de ce bien, ou encore être équivalent à la valeur du foncier, c'est à dire du terrain d'assise du bail, qui a été mis à disposition du preneur<sup>2432</sup>.

**898.** Les collectivités territoriales agissant sur leur domaine privé, qui sont les principaux bailleurs dans le cadre HLM, peuvent également accepter de ne recevoir qu'un moindre « dédommagement ». Certaines d'entre elles souhaitent favoriser l'accession sociale à la propriété qui est alors envisagée comme un élément de stabilité sociale, et comme le moyen d'une plus forte implication des habitants dans la vie du quartier, voire de la cité. L'accession sociale, par le biais de la vente HLM aux occupants concernant d'abord les quartiers les plus urbains, peut concourir à enrayer le phénomène de « fuite forcée » des ménages vers la périphérie que l'on observe dans bon nombre d'agglomérations. Le maintien de ménages devenus accédants dans les centres villes permet à la fois d'en maintenir l'attractivité urbaine (commerces et équipements) et d'y conserver les ressources fiscales générées par la TFPB et la taxe d'habitation<sup>2433</sup>. Enfin, à ce titre et dans le cadre du bail à construction, l'article L. 443-15-4 du code de la construction et de l'habitation précise que l'organisme HLM peut, en accord avec le vendeur, se libérer d'une partie du prix de vente, par des versements échelonnés sur plusieurs années. Si cette prérogative a été spécifiquement prévue dans le cadre du bail à construction, rien n'interdit aux parties, dans le

---

<sup>2431</sup> GARÇON Jean-Pierre, Les limites de la fiction dans le traitement fiscal de l'extinction du bail à construction par confusion, JCP N 2009, n° 1228 ; POUMAREDE Matthieu, Cession du terrain au preneur avant l'expiration du bail à construction : encore et toujours (plus) d'autonomie de la loi fiscale RDI 2013, n° 5, p. 271.

<sup>2432</sup> C'est d'ailleurs cette dernière possibilité qui a été privilégiée par l'OPH de la Haute Loire qui, dans cette perspective, fait évaluer au préalable la valeur vénale du terrain et uniquement du terrain (nu) par le service d'évaluation domaniale de la direction départementale des finances publiques de la Loire, et qui ensuite en fait la proposition à la collectivité territoriale.

<sup>2433</sup> USH, Accession sociale, vente HLM, copropriétés : Vente des logements locatifs des organismes HLM à personne physique : points-clés et recommandations, Les Cahiers, n° 118, déc. 2007.

cadre des autres types de baux de longue durée, de prévoir un règlement similaire dans le corps de l'acte valant résiliation du bail.

**899.** Il a été établi que les baux de longue durée peuvent s'inscrire dans une démarche d'accession à la propriété. Ils doivent pour cela respecter les conditions légales similaires à toutes ventes dites « HLM » et les bailleurs sociaux doivent aménager certaines de leurs modalités. Certains dispositifs juridiques ont été spécifiquement créés pour favoriser ce mode d'acquisition de propriété, et permettent d'ouvrir de nouvelles perspectives au recours aux baux de longue durée dans le cadre de l'accession sociale à la propriété.

## **2- Les dispositifs spécifiques**

**900.** Le bailleur social désireux de réaliser une opération de construction ayant pour objet l'accession sociale à la propriété, peut avoir recours à un dispositif spécifique. Il est en effet envisageable d'organiser dans le cadre dit du « bail à construction à l'envers » dissociant l'acquisition de la construction de celle du terrain. Pour en comprendre la portée, il est nécessaire de faire l'étude dans un premier temps de ce dispositif (a), pour faire ensuite, dans un deuxième temps, l'analyse des deux derniers type de baux de longue durée, bail réel immobilier et bail réel solidaire, qui proposent des mécanismes novateurs en la matière (b).

### **a- Le bail à construction à l'envers**

**901.** Cet outil juridique est dénommé par les praticiens du droit « bail à construction à l'envers » car il prévoit dès l'origine, et au contraire de son issu classique, qu'il prend fin par l'acquisition définitive de la propriété du terrain par le preneur. Ce procédé juridique a été prévu dans la loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964 instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation dans le cadre de son dispositif fiscal (article 26 II de la loi du 26 décembre 1964 devenu article 151 quater du code général des impôts)<sup>2434</sup>. Ce type de bail réel immobilier de longue durée prévoit le transfert de propriété du terrain au preneur moyennant un supplément de

---

<sup>2434</sup> Loi du 16 déc. 1964, n° 64-1247, instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JORF du 18 déc. 1964.

loyer échelonné sur la durée du bail. Ce supplément de loyer est fiscalement considéré comme le prix de cession du terrain et non pas comme un loyer imposable en tant que revenu foncier.

**902.** Si ce montage n'a pas éveillé d'intérêts lors de sa création, il a néanmoins été pratiqué dans le cadre d'opérations immobilières du type « maisons à 100.000 € » ou « maisons à 15 euros par jour »<sup>2435</sup>. C'est dans le cadre du Pass-Foncier qu'il a rencontré le plus de succès. Ce dispositif d'aide à l'accession à la propriété de logements neufs a été mis en place par convention du 20 décembre 2006 signée entre l'Etat<sup>2436</sup>, l'Union des entreprises et des salariés pour le logement et la Caisse des dépôts et consignations, et a pris fin le 31 décembre 2010. Il a alors pour objet de permettre à des ménages primo-accédants sous plafonds de ressources, (plafonds PSLA)<sup>2437</sup> l'acquisition de leur résidence principale individuelle en dissociant l'achat du foncier de celle du bâti au moyen d'un bail à construction<sup>2438</sup>. Après avoir remboursé l'emprunt contracté pour le financement du logement édifié sur le terrain objet du bail de longue durée, l'accédant se porte acquéreur du foncier. L'opération d'accession se fait en deux temps. La convention du 20 décembre 2006 prévoit dans son article 6 que, soit une entité désignée par un comité interprofessionnel du logement (CIL), soit une chambre de commerce et d'industrie (CCI), peut se porter acquéreur des terrains pour les donner à bail à construction aux primo-accédants. Cependant, dans les faits, les organismes HLM se sont rapidement emparés du dispositif, et ce sont eux qui pour l'essentiel ont investi ce programme. En effet, il est difficile d'envisager que des opérateurs privés puissent assurer un tel portage dans des conditions raisonnablement rentables<sup>2439</sup>.

---

<sup>2435</sup> La maison à 100 000 € a été un échec désormais reconnu. Seules 500 maisons ont été construites, malgré le battage médiatique. Le ministre du logement a ensuite proposé une maison à 15 euros par jour. Les praticiens (réf. Fédération des coopératives d'Hlm, communiqué de presse du 16 janv. 2008) ont déclaré que « sous une étiquette nouvelle, on nous vend le même produit ». 15 euros par jour, correspond à 450 euros par mois, soit un prix de revient de l'ordre de 110 000 euros avec un emprunt sur 20 ans. Ce prix (devant être de plus obtenu sans aide particulière de l'Etat) n'est donc pas particulièrement économique. A ce titre, ces mêmes praticiens ont demandé « à la ministre un véritable plan de relance de l'accession sociale qui ne saurait se réduire à la vente du parc locatif social ou à des opérations plus qu'hypothétiques comme la maison à 15 Euros ».

<sup>2436</sup> Convention entre l'Etat, l'UESL et la CDC, du 20 déc. 2006 sur le développement de l'accession sociale par partage financier.

<sup>2437</sup> Le prêt social location-accession (PSLA) est un dispositif d'accession à la propriété mis en place par les pouvoirs publics en 2004. Il s'adresse à des ménages sous plafonds de ressources qui achètent leur logement neuf situé dans une opération agréée par l'Etat pour être éligible aux financements PSLA.

<sup>2438</sup> L'utilisation de cette technique dans le cadre d'immeuble collectifs dans lesquels auraient coexisté des accédants classiques et des primo-accédants s'est avérée une source potentielle de trop de complexité dans la structure et la gestion des ensembles immobiliers (qu'il aurait fallu diviser en volume) ce qui a conduit à ne pas retenir cette technique dans ce cadre.

<sup>2439</sup> TIXIER Jean-Luc, ROBINE Benjamin, Zoom sur le bail à construction à l'envers, Etudes Foncières, Dossier, n° 143, janv.-fév. 2010.



**903.** D'une durée de 18 ans minimum à 25 ans maximum<sup>2440</sup>, ce bail est assorti d'une promesse par le bailleur d'une cession du foncier au preneur accédant, sous condition suspensive du paiement du prix du terrain. L'accédant lève l'option d'acquisition du terrain par anticipation ou au terme du bail en versant au bailleur le prix du terrain indexé. Le terrain est « porté » par le bailleur durant toute la période pendant laquelle le primo-accédant rembourse l'emprunt relatif à la construction de sa maison, qu'il s'agisse de l'emprunt ayant financé le prix de son contrat de construction de maison individuelle ou encore le prix de son contrat de vente en l'état futur d'achèvement. A l'issue de cette première phase, le primo-accédant dispose aussi de la possibilité de demander la prorogation du bail. Un supplément de loyer est alors payé pendant toute la durée de cette dernière, le preneur devenant propriétaire du terrain à l'issue de cette prorogation. Le paiement du prix du terrain est transformé en un versement de loyer complémentaire, qui est versé annuellement. L'intérêt principal pour le primo-accédant est de pouvoir, à la fin de la durée initiale du bail, avoir un accès au crédit pour payer le prix de l'achat du terrain, alors qu'il ne l'aurait pu dans un contexte d'achat classique, ou seulement dans des conditions peu favorables. L'autre avantage pour le preneur est de pouvoir bénéficier à l'issue de la première phase d'une facilité de financement de la part de son bailleur à construction.

**904.** Par ailleurs, concernant les modes de financement auquel le preneur prétend et des sûretés immobilières dont celui-ci peut bénéficier, il est important de noter que les inscriptions hypothécaires prises dans le cadre du Pass-Foncier conservent leurs effets sur l'immeuble devenu la propriété du constituant jusqu'à leur date d'extinction. Aujourd'hui encore, il est prévu que ces inscriptions s'étendent de plein droit au terrain et peuvent garantir les prêts consentis pour son acquisition (article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation)<sup>2441</sup>. Enfin, ce dispositif est assorti d'avantages fiscaux et financiers tels que l'exonération de la taxe foncière pendant quinze ans, une TVA réduite et l'obtention d'un prêt à taux zéro. Tous ces éléments permettent d'alléger d'autant la charge du coût d'une telle opération immobilière pour l'accédant à la propriété.

---

<sup>2440</sup> Art. 7 de la convention précitée.

<sup>2441</sup> Afin de faciliter le transfert des privilèges et hypothèques sur la totalité de l'opération de portage foncier, la loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872, portant engagement national pour le logement dite « ENL », avait reporté l'extinction des garanties inscrites avant la levée d'option à la date initialement convenue pour l'expiration du bail à construction lorsque le preneur levait l'option avant la fin du contrat. Cet aménagement, si intéressant qu'il eût été pour les créanciers hypothécaires, se révélait très contraignant en cas de cession du bien en cours de bail. En effet, ces opérations n'auraient pu être financées que pour la durée résiduelle du bail. La loi du 5 mars 2007, n° 2007-290, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, publiée au J.O. du 6 mars 2007, instituant le droit au logement opposable, dite loi « DALO », a modifié cette disposition en reportant les effets des inscriptions hypothécaires à leur date d'extinction.

**905.** Cependant, cette convention a pris fin au 31 décembre 2010, et n'a pas été reconduite alors même que l'activité d'accession sociale à la propriété a connu un pic en 2010 grâce au Pass Foncier. Les années 2012 et 2013 ont été marquées par un ralentissement aux alentours de 11.000 à 12.000 logements (soit une baisse de 30 % par rapport à 2011) et un peu moins de 10 000 logements en 2014<sup>2442</sup>. Certains organismes HLM réfléchissent à la solution d'un tiers qui porte le terrain cédé à bail à construction à un organisme HLM réalisant dessus des logements qu'il céderait en accession à la propriété<sup>2443</sup>. Pour exemple, certains bailleurs sociaux, tel que Partenord Habitat titulaire d'un bail emphytéotique, construit des maisons en vente en l'état futur d'achèvement, pour ensuite « céder » le logement à un accédant en lui transférant les droits de l'emphytéose<sup>2444</sup>. A l'issue de la 18<sup>ème</sup> année du bail, l'accédant lève auprès de la commune, bailleur du contrat, la promesse de vente du terrain dont il est le bénéficiaire et paie alors le terrain<sup>2445</sup>.

**906.** Néanmoins, il doit être précisé que pour une meilleure efficacité de cet outil d'accession sociale à la propriété, certaines des caractéristiques des baux de longue durée doivent être modifiées. En effet, le rapport d'information réalisé par une commission sénatoriale, daté du 29 juin 2005<sup>2446</sup>, constate notamment que ce système reste trop peu utilisé. Le problème est que le bail à construction a une durée minimale de 18 ans difficilement compatible avec la volonté de donner à l'accédant la liberté de lever l'option à tout moment en cours de bail. Le groupe en charge du rapport propose alors de modifier la législation pour aménager ce délai minimum. L'objectif étant de permettre au preneur de pouvoir acheter le terrain et de convenir de la résiliation du bail de longue durée avec le bailleur, sans préjudice de la disposition relative à la durée de 18 ans. De manière plus générale, ce même rapport indique qu'il est nécessaire d'inciter les collectivités à recourir aux baux de longue durée dans le cadre de l'accession sociale à la propriété, et ce « notamment en clarifiant leur régime juridique. »

---

<sup>2442</sup> USH, Fiche thématique « Accession à la propriété », 15 août 2016.

<sup>2443</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, av. 2013.

<sup>2444</sup> Partenord Habitat est l'Office Public de l'Habitat (OPH) du Département du Nord dont le siège est à Lille, gère près de 44 527 logements et garages.

<sup>2445</sup> USH, L'accès au foncier : comprendre, proposer, agir, Les cahiers, n° 105, juill. 2006, p. 38.

<sup>2446</sup> Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement – Sénat n° 442 – Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005.

## **b- Des mécanismes novateurs**

**907.** Le bail réel immobilier a été introduit aux articles L. 254-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire afin de remédier à l'augmentation du coût du logement dans le budget des classes intermédiaires<sup>2447</sup>. Ce contrat a pour objectif de produire des logements locatifs ou en accession à la propriété, destinés à cette catégorie de foyers intermédiaires. Dans le cadre d'un « bail réel immobilier – accession », le preneur, revend le droit de propriété temporaire des logements à des accédants à la propriété. Le prix de vente est déterminé par une méthode de calcul précisée à l'article R. 254-5 du code précité. Celle-ci tient compte du caractère temporaire de la propriété tout en permettant de maintenir les logements en cause dans le parc intermédiaire. Pour assurer le maintien dans le parc intermédiaire des logements, le décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier prévoit qu'une copie de l'avis d'imposition ou de non-imposition des occupants établi au titre de l'avant-dernière année précédant celle de la signature du contrat est annexée au contrat de cession<sup>2448</sup>.

**908.** Le bail réel solidaire mis en place par l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire<sup>2449</sup>, et codifié aux articles L. 255-1 à L. 255-19 du code de la construction et de l'habitation. Par le recours à cet outil, le preneur se voit consentir des droits réels « en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements »<sup>2450</sup>. L'objectif du bail réel solidaire est de mettre sur le marché de la location ou de l'accession des logements abordables destinés à des personnes modestes<sup>2451</sup> dont les ressources ne dépassent pas les plafonds fixés par le décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017 relatif au bail réel solidaire<sup>2452</sup>. Cependant, il est constaté que les premiers projets immobiliers à l'occasion desquels les organismes de foncier solidaire ont eu recours à ce nouveau type de bail de longue durée visent principalement l'accession à la propriété<sup>2453</sup>. En effet, faisant suite, pour les praticiens, au Pass Foncier s'appuyant sur le bail à construction entre les années 2007 et 2010, le bail réel immobilier constitue une nouvelle opportunité de favoriser l'accession sociale à la propriété<sup>2454</sup>. Dans ce cadre, deux montages

---

<sup>2447</sup> Ord. n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

<sup>2448</sup> Décret n° 2016-855 du 27 juin 2016 relatif au bail réel immobilier, JORF du 29 juin 2016.

<sup>2449</sup> Ord. n° 2016-985 du 20 juil. 2016 relative au bail réel solidaire, JORF du 21 juil. 2016.

<sup>2450</sup> Art. L. 255-1 du CCH.

<sup>2451</sup> Compte rendu du Conseil des ministres du 19 juillet 2016.

<sup>2452</sup> Décret n° 2017-1038 du 10 mai 2017 relatif au bail réel solidaire, JORF du 11 mai 2017.

<sup>2453</sup> Le bail réel solidaire, Ed. législat., Construction et urbanisme, n° 1.

<sup>2454</sup> LECOUEDIC Gaëlle, Le bail réel solidaire et l'accession à la propriété, Actualité Habitat, n° 1060, 15 juillet 2017, p. 22.

peuvent être envisagés. Dans le premier, le preneur, respectant les plafonds de ressources, acquière les droits réels immobiliers à un prix plafonné et occupe le logement au titre de résidence principal. Dans le second, prévu à l'article L. 255-3 du code de la construction et de l'habitation le preneur peut être un opérateur, notamment un organisme HLM, chargé par le bailleur de la construction ou de la réhabilitation des logements, pour ensuite commercialiser les droits réels immobiliers afférents au bail réel solidaire. A chaque cession, l'acquéreur de droits réels doit être agréé par l'organisme foncier solidaire, et doit signer un nouveau bail avec cet organisme. Ce processus permet le contrôle de l'affectation sociale des logements. En conséquence, lorsque le preneur initial a cédé l'ensemble des droits réels, son bail s'éteint.

**909.** En outre, le bail réel solidaire présente plusieurs particularités qui témoignent de la volonté de l'Etat de pérenniser l'accession sociale à la propriété en sécurisant la valeur des droits réels afférents au logement au profit des acquéreurs successifs<sup>2455</sup>. Il est prévu un mécanisme de « rechargement » qui permet de proroger la durée du bail, en faveur de tout nouveau preneur, d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial<sup>2456</sup>. Le prix de vente de ces droits est limité à la valeur initiale actualisée par application d'un indice choisi par le bailleur majoré, le cas échéant, par les travaux effectués entre l'acquisition et la cession. Le prix convenu ne peut excéder celui prévu pour les opérations de location-accession en prêt social location accession dit PSLA.

**910.** Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire constituent de nouveaux outils pour le développement de l'offre de logements en accession sociale à la propriété<sup>2457</sup>. Ces mécanismes tendent à réconcilier solidarité et loi du marché<sup>2458</sup>. Néanmoins, certains auteurs s'interrogent sur l'utilité de ces contrats à une époque où les taux d'intérêt ont chuté<sup>2459</sup>. Il est possible de répondre à cela en arguant des difficultés rencontrés par les ménages modestes, voir de catégories intermédiaires, à obtenir des prêts sans avoir de fonds propres. Aussi, il semble que le succès de ces nouveaux contrats dépend de l'usage que les acteurs de l'immobilier social voudront bien en faire, et de l'acceptation des ménages à devenir acquéreur des droits réels immobiliers et non du classique droit de propriété.

---

<sup>2455</sup> POUMAREDE Matthieu, La bail réel immobilier, RDI, oct. 2016, p. 544.

<sup>2456</sup> Art. L. 255-12 du CCH.

<sup>2457</sup> Dict. permanent, Gestion imm., Elan : un tremplin pour le logement, bull. n° 520-1, Ed. législat., fév. 2019, p. 27.

<sup>2458</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>2459</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Constr. – Urb. n° 10 oct. 2016, étude 12.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**911.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée présente une unicité certaine à l'égard des causes de fin. Néanmoins, face à certaines incertitudes et aux interprétations jurisprudentielles divergentes en fonction du type de bail envisagé, le club des juristes a proposé un unique « bail réel immobilier » dont les causes de fin sont strictement définies et précisées sans laisser de « zone d'ombres » susceptibles de faire l'objet d'interprétations contradictoires<sup>2460</sup>. Cette proposition énonce également explicitement qu'elles sont les possibilités et limites à la liberté contractuelle des parties. L'objectif est de privilégier la sécurité des situations juridiques des parties au contrat. Pour ces auteurs, le bail réel immobilier doit être conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut prévoir aucune faculté de résiliation unilatérale. La prolongation par tacite reconduction est expressément exclue. La possibilité de stipulation d'une prorogation expresse est prévue mais cette dernière ne peut pas avoir pour effet de porter la durée totale du bail réel immobilier à plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. Aucune condition n'est posée à une telle prorogation du bail réel immobilier. Elle ne suppose pas la création de nouvelle obligation pour le preneur visant l'édification de nouvelles constructions ou l'amélioration des constructions initiales. Concernant la stipulation d'une clause de résiliation, ces mêmes auteurs énoncent qu'elle confère à la jouissance du locataire une précarité incompatible avec la constitution d'un droit réel. En conséquence et afin d'assurer une stabilité d'occupation au preneur, la stipulation d'une clause de résiliation de plein droit du bail réel immobilier en faveur du bailleur en cas de non-paiement du loyer ne peut être prévue. En revanche, et certainement pour conserver l'attractivité de cet outil juridique à l'égard des bailleurs, les possibilités de demande de résiliation judiciaire sont assouplies. Souhaitant également adapter les procédures pour des redevances de sites urbains, commerciaux ou industriels aux montants le plus souvent substantiels, le club des juristes indique qu'en matière de bail réel immobilier, c'est dès six mois écoulés après une mise en demeure de payer le loyer que le bailleur pourrait demander la résiliation judiciaire du contrat.

**912.** Cette proposition de texte témoigne des difficultés de compréhension qu'il peut résulter de la multiplicité des baux réels immobiliers de longue durée. La lecture de ces dispositions et leur

---

<sup>2460</sup> Le club des juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Terr., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 21 et 22.

interprétation jurisprudentielle ne concourent malheureusement pas à promouvoir l'image des baux réels immobiliers de longue durée vis-à-vis des praticiens. Aussi, il appartient à l'ensemble des praticiens ayant recours aux baux réels immobiliers de longue durée de prendre la mesure des différents dispositifs relatifs aux causes de fin de ces contrats afin d'en faire une application des plus rigoureuses et de préserver la sécurité juridique de leurs opérations immobilières.



## CHAPITRE 2- LES CONSEQUENCES DE LA FIN DES CONTRATS

**913.** Durant la vie des baux réels immobiliers de longue durée, qu'ils soient de droit privé ou de droit public, les logements locatifs sociaux exploités par l'organisme HLM sont intégrés dans son patrimoine pendant une durée comprise en moyenne entre quarante et soixante ans (conformément à la durée du prêt contracté dans le cadre du financement de l'opération)<sup>2461</sup>. Pendant cette même période le bailleur n'a pas à assurer la gestion de l'immeuble et à se préoccuper de son entretien car ces tâches sont dévolues au preneur pour toute la durée du bail. Par ailleurs le bien, étant incorporé au parc locatif de l'organisme HLM, jouit du statut de « logement locatif social » et, est proposé, dans le cadre de cette vocation sociale, à la location. Les locataires occupent alors ces logements et bénéficient de la situation de l'immeuble et du plafonnement des loyers. Aussi, l'arrivée du terme des baux de longue durée, à l'issue de la durée pour laquelle ils sont conclus initialement ou à l'issue de la période expressément prolongée par les parties, ne peut avoir que d'importantes conséquences. Le bailleur, le preneur, ainsi que les locataires-occupants sont impactés. Alors que chacun des intéressés peut avoir des avantages à s'engager dans ces contrats, il est important d'étudier les effets de l'arrivée du terme afin d'en vérifier les conséquences et impacts pour chaque partie.

**914.** Ces conséquences portent, dans un premier temps, sur la propriété du bien immobilier (I). En effet, il est d'usage de présenter l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée comme une dépossession temporaire, bien que longue, du bailleur. Cet aspect constitue bien souvent l'élément qui influence le choix du bailleur vers ce type de contrat. La perspective de retrouver la pleine propriété d'un bien valorisé, et ce sans avoir eût à en supporter le coût financier, constitue l'un des fondements communs de ces contrats qui encourage les partenaires à faire ce choix<sup>2462</sup>. Toutefois, les conséquences de la fin de cette dépossession ne doivent pas être occultées, et ce notamment afin de permettre aux parties d'envisager l'aménagement, uniquement pour les baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, d'une autre option de sortie en fin de bail qui consiste à transférer la propriété du bien au preneur. Dans un second temps, et concernant

---

<sup>2461</sup> Circ. n° 80-121 du 8 sept. 1980 relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives, B.O. environnement n° 39 du 17 oct. 1980, recommande aux organismes HLM une durée de 55 ans ou de 65 ans selon la nature du cocontractant.

<sup>2462</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 21.



l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée, c'est bien évidemment la location du bien immobilier qui doit être considérée (II). Cette location est relative au bail d'habitation qui lie l'organisme HLM, alors preneur du bail de longue durée, au locataire-occupant bénéficiant d'un logement locatif social<sup>2463</sup>. A travers cette location, il s'agit de faire l'étude de l'accompagnement des locataires-occupants et de la gestion de la libération des logements qui sont, alors que la France traverse à la fois une période de crise du logement et connaît des difficultés dans la mise en œuvre du droit au logement<sup>2464</sup>, particulièrement sensibles. Enfin, il est intéressant de pouvoir juger, tout au long de ce chapitre, de l'adaptabilité de ces contrats face à un contexte économique, social et politique en mutation.

## Section 1- La propriété du bien immobilier

**915.** La caractéristique de ces contrats de longue durée réside dans la mise à disposition d'un bien immobilier à titre temporaire. C'est en considération de cette remise du bien au terme du contrat que le bailleur a donné son accord<sup>2465</sup>. Le sort du bien immobilier en fin de bail, de part ce qu'il implique vis à vis du bien lui-même et des droits que le preneur a pu consentir, doit faire l'objet d'une analyse approfondie afin d'en identifier les fondements et les conséquences. Il est, en effet, essentiel à l'égard de ce processus juridique de déterminer dans quelle mesure intervient le transfert en propriété du bien et les conséquences qui en découlent, et ce en envisageant tant le cas ordinaire où les constructions deviennent à l'extinction du bail de longue durée la propriété du

---

<sup>2463</sup> Le logement social est un logement dont la construction bénéficie de soutiens publics et destiné à loger des personnes à faibles ressources. Il est réglementé, tant au niveau de son financement, que de son attribution et de sa gestion par les organismes HLM.

<sup>2464</sup> Fondation Abbé Pierre pour le logement des défavorisés, l'état du mal logement en France, 20<sup>ème</sup> Rapport annuel, 2015, p. 18 : « La mise en œuvre du Droit au logement opposable reste toujours très insuffisante dans certains territoires sept ans après son adoption : sur plus de 459 000 recours logement déposés auprès des commissions de médiation entre 2008 et fin juin 2014, près de 147 000 ont été reconnus prioritaires et urgents, mais seulement 75 000 ont donné lieu à un relogement dans le cadre du DALO. Plus de 55 000 ménages prioritaires doivent encore être relogés aujourd'hui par les préfets (dont près de 41 900 pour la seule région Ile-de-France) sachant que, parmi eux, 49 800 ménages ont d'ores et déjà dépassé les délais d'attente réglementaires sans avoir obtenu de proposition (dont 38 000 en Ile-de-France). »

<sup>2465</sup> FOULQUIER Norbert, « La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol », La Gazette, mars 2012, p. 13 ; Rapport d'information fait au nom du groupe de travail de la commission des finances et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur les outils fonciers à disposition des élus locaux, par MM. François Pillet, René Vandierendonck, Yvon Collin et Philippe Dallier, Sénateurs, 1<sup>er</sup> oct. 2013, p. 52 et 53 ; Rapport d'information déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, le 16 fév. 2016, p. 82 et 83.

bailleur (§1), que le cas plus particulier, relatif aux baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, où les parties conviennent du transfert de propriété en faveur du preneur (§2).

## **§1- La propriété du bailleur**

**916.** Le transfert, à terme, au bailleur, en propriété du bien immobilier dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée constitue un élément essentiel et commun, qui les distingue du classique droit de propriété. Il doit être procédé à l'analyse de cette notion (A). L'accession à la propriété du bailleur représente à la fois un atout du point de vue du bailleur, mais également un désagrément important pour le preneur<sup>2466</sup>, devant en conséquence faire l'objet d'une juste analyse préalable à son engagement. En effet, les effets de l'accession différée en propriété du bailleur sont lourds, et doivent être pleinement considérés, envisagés et organisés dans le temps par le preneur qui « perd » un bien inclus d'un point de vue technique et locatif dans son patrimoine (B).

### **A- La notion d'accession différée à la propriété**

**917.** Au regard des baux réels immobiliers de longue durée, la notion de l'accession en propriété du bailleur se présente sous deux aspects. Dans un premier temps, il s'agit de définir quel principe est mise en œuvre en fin de bail (1) car cette notion conduit à l'extinction des droits de jouissance du preneur, et évite que se reconduise pour une durée indéfinie la fameuse division entre domaine utile et domaine direct. Dans un second temps, les conditions matérielles relatives à l'état matériel du bien lui-même doivent être envisagées (2), car elles constituent pour le bailleur un élément qui concentre tout l'intérêt du contrat.

#### **1- Le principe**

**918.** L'accession à la propriété du bailleur relatif au bien objet du bail de longue durée découle de l'application d'un principe de droit civil dont il faut analyser les fondements (a), pour ensuite en apprécier l'application dans le cadre de ces contrats spéciaux (b).

---

<sup>2466</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 20, 21 et 22.

## a- Les fondements

**919.** En droit commun et en application de l'article 555 du code civil, lorsqu'une personne effectue des constructions, ouvrages ou plantations sur le sol d'autrui, elle ne peut en principe en acquérir la propriété. Il s'agit du principe de l'accession immobilière selon lequel l'accessoire suit le principal (*accessorium sequitur principale*). Le propriétaire du sol acquiert de plein droit la propriété des constructions réalisées par un tiers sur son terrain sauf convention ou dispositions légales contraires<sup>2467</sup>. En effet, la règle de l'accession n'a pas un caractère d'ordre public et peut être écartée par les parties ou par la loi. Elle peut être aménagée par certains contrats dans lesquels le sort des travaux effectués par la partie non propriétaire est réglé d'une manière incompatible avec l'article 555 du code civil<sup>2468</sup>. Il s'avère également que si le code civil ne fait référence qu'au principe d'une accession immédiate par laquelle le propriétaire foncier devient maître des incorporations successives de biens dans son fonds, par élargissement de l'assiette de son droit, les juges et la doctrine ont soutenu que cette accession peut être différée<sup>2469</sup>. L'accession se produit alors lorsque le fond, objet du droit de jouissance d'un tiers, est restitué au propriétaire. Cette thèse tend à démontrer que l'accession est un véritable mode d'accession de la propriété, et non un simple attribut de la propriété<sup>2470</sup>. La Cour de cassation a fait démonstration de cette logique dans un arrêt daté du 1<sup>er</sup> décembre 1964<sup>2471</sup>. Les juges ont énoncé qu'« en l'absence d'accord des parties, le sort des constructions élevées par le preneur est réglé à l'expiration du bail par l'article 555, alinéa 1 et 2, le preneur reste propriétaire, pendant la durée de la location, des constructions qu'il a édifiées sur le terrain du bailleur ».

**920.** Toutefois la jurisprudence de la haute juridiction n'est pas constante car depuis plusieurs arrêts ont été pris en faveur de l'accession immédiate à défaut de convention contraire<sup>2472</sup>. En conséquence, certains auteurs conseillent aux parties d'un bail de prévoir expressément une accession différée, lorsque le bailleur autorise le preneur à réaliser des travaux ou aménagement sur

---

<sup>2467</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1592-2, p. 326 et 327.

<sup>2468</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n° 145, p. 223.

<sup>2469</sup> DROSS William, *Le mécanisme de l'accession*, *Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, Thèse, Nancy II, 2000, n° 139 et svts, p. 140 et svts.

<sup>2470</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 192, p. 229 et 230.

<sup>2471</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1964, GAJC, 12<sup>ème</sup> éd., n° 72 ; JCP 1965. II. 14213, note Esmein ; RTD civ. 1965. 373, obs. Bredin.

<sup>2472</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 mars 1999, Bull. civ. III, n° 77 ; D. 2000, II, p. 139, obs. Weber, note Agostini ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 nov. 1999, Bull. civ. n° 212 ; JCP 2000. II. 10328, note Roussel.

le bien loué<sup>2473</sup>. Sans cela, en effet, le bailleur, en application du principe de l'accession immédiate, acquière automatiquement les droits de propriété sur ces améliorations, ne permettant pas au preneur d'en tirer profit le temps de son bail. Dans ces circonstances, il est évident que le locataire n'a plus d'intérêt à investir dans le bien loué, et le bailleur peut s'en trouver finalement pénalisé.

## **b- L'application**

**921.** Dans le cadre très particulier des baux réels immobiliers de longue durée, s'applique le principe de l'accession différée à la propriété immobilière. Le législateur a en effet, très justement permis au preneur à bail de jouir du bien objet du bail en écartant le principe de l'accession immédiate et en prenant les dispositions adéquates<sup>2474</sup>. Selon les termes de l'article L. 251-2 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à construction, les parties peuvent aménager le sort des constructions à l'expiration du contrat. Cependant, à défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire et profite des améliorations. Cela est rappelé par le Tribunal de grande instance d'Arras dans un arrêt du 20 avril 1988<sup>2475</sup>, qui énonce en sus que ce principe est totalement prohibé dans un contrat de bail classique, et que celui-ci oppose radicalement le bail à construction d'un bail traditionnel. Par ailleurs, ce même principe reste applicable lorsque la résiliation du bail intervient avant le terme prévu, comme l'a précisé la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juin 1997<sup>2476</sup>, en affirmant que « par l'effet de la résiliation anticipé le preneur perd ce droit de propriété temporaire et permet au bailleur d'accéder à la propriété des immeubles construits avant l'expiration du bail. ».

**922.** Néanmoins, il est important de rappeler que conformément aux termes de l'article précité, ce principe n'est nullement impératif, et que les parties peuvent en décider autrement. La liberté contractuelle des parties est clairement énoncée en la matière. Les dispositions qui s'appliquent au bail emphytéotique sont moins explicites. L'article L. 451-10 du code rural et de la pêche maritime dispose simplement que « l'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de

---

<sup>2473</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 192, p. 230.

<sup>2474</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1695, p. 412 et n° 1697-5, p. 415 ; DROSS William, *Droit des biens*, LGDJ, Collection : *Domat droit privé*, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 338.

<sup>2475</sup> T.G.I. d'ARRAS, 1<sup>er</sup> ch., 20 av. 1988, *RD imm.*, 1989, note Bergel, p. 338.

<sup>2476</sup> Cass. Ch. Com., 24 juin 1997, n° 95-13038, *Bull.civ IV*, n° 202; *JCPG 1998. II. 10059* note Gonzalez et Cornille ; *RD. Imm.* 1998, p. 191.

l'emphytéose ». Il en est déduit que les termes de l'article 555 du code civil relatifs au principe d'accession à la propriété sont temporairement écartés, et qu'à l'issue dudit bail emphytéotique celui-ci trouve à nouveau à s'appliquer, le bailleur devenant propriétaire de l'ensemble immobilier. Il est précisé à l'article L. 451-7 du même code que le preneur ne peut détruire les améliorations ou constructions réalisées, ni réclamer une indemnisation du fait de la cessation du bail. Le bailleur bénéficie des améliorations réalisées sur le bien par le preneur<sup>2477</sup>. À l'expiration du contrat, le bailleur devient également propriétaire des améliorations ou des constructions effectuées sur son terrain pendant la location. Ce dispositif s'applique également au bail emphytéotique administratif conformément aux termes de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation<sup>2478</sup>.

**923.** En outre, parce qu'il n'existe pas de disposition particulière en la matière, la doctrine<sup>2479</sup>, la jurisprudence<sup>2480</sup> et les praticiens<sup>2481</sup> estiment que, de même que le bail à construction, les parties peuvent convenir de tempérer ce principe. Le même principe s'applique eu égard au bail à réhabilitation, expressément édicté, aux termes de l'article L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation, qui dispose qu'« au terme du bail à réhabilitation, le preneur est tenu de restituer au bailleur l'immeuble.... ». Le propriétaire bailleur bénéficie en conséquence de toutes les améliorations réalisées par le preneur<sup>2482</sup>. Quant au bail réel immobilier, les termes de l'article L. 254-1 du code précité sont limpides et ne peuvent susciter aucune interrogation. Il indique que « les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail de deviennent la propriété du bailleur à son expiration ». Le dispositif du bail réel solidaire reprend ce même principe et dispose à l'article L. 255-7 du code de la construction et de l'habitation que les constructions et améliorations deviennent la propriété du bailleur à l'expiration du bail.

**924.** L'accession différée, prévue au régime des baux réels immobiliers de longue durée, conduit à un transfert de propriété en fin de contrat, entre le preneur, qui en est propriétaire pendant la durée

---

<sup>2477</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 av. 1970, Bull. civ. 1970, III, n° 251.

<sup>2478</sup> Loi n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation, JORF du 6 janv. 1988.

<sup>2479</sup> SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Œuvre collective sous la direction de Philippe Malinvaud, Dalloz Action Droit de la construction, Dossier 140 Bail emphytéotique (droit privé), n° 140. 390 ; DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, [411], p. 339.

<sup>2480</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 av. 1970, n° 67-10232 ; Bull. civ. III n° 251.

<sup>2481</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 26 ; USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 11.

<sup>2482</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991, loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, art.1.1 alinéa 2.

du contrat, et le bailleur. Ce transfert n'a pas qu'un effet civil immatériel, car il conduit également à une dépossession matérielle du preneur en faveur du nouveau propriétaire qui bénéficie de prérogatives importantes relatives aux conditions de la transmission.

## 2- Les conditions

**925.** Le transfert du bien dans le patrimoine du bailleur, devenu propriétaire, est conditionné par des éléments matériels relatifs à l'état physique du bien. En effet, celui-ci doit être rendu en bon état d'entretien (a), mais il peut également à l'inverse, dans le cadre de certains baux de longue durée, être demandé au preneur de procéder à la démolition de ces constructions. Il s'agit alors de rendre un bien à l'état de terrain nu (b).

### a- La remise en bon état d'entretien

**926.** Les textes relatifs aux baux de longue durée ne rappellent pas expressément que le preneur doit rendre, en fin de contrat, un bien en bon état d'entretien. Cependant, praticiens<sup>2483</sup> et doctrine<sup>2484</sup> s'accordent sur ce point : le bien doit, comme les constructions et améliorations dont le bailleur devient propriétaire, être en bon état de réparations de toutes natures<sup>2485</sup>. Cette obligation de résultat<sup>2486</sup> découle directement de l'obligation d'entretien et de réparations de toute nature qui incombe au preneur<sup>2487</sup> et ce pendant toute la durée du contrat<sup>2488</sup>. Dans le cadre de leur rédaction et afin de sécuriser les conditions de remise du bien au terme du contrat, les baux de longue durée comportent le plus souvent une clause relative à la remise en état du bien, le preneur s'engageant à remettre le logement en bon état au bailleur à l'issue du contrat. Cette clause constitue une garantie importante pour ce dernier, et un engagement pour le preneur qu'il convient de prévoir, tant financièrement que techniquement, afin d'en assurer le respect et la mise en

---

<sup>2483</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 18.

<sup>2484</sup> Commentaires sous art. L. 252-1-1 du C.C.H. 2016, Codes Dalloz Professionnels, p. 286 ; Bosgiraud-Stephenson Catherine, Le bail à réhabilitation, RDI 1991 p. 19.

<sup>2485</sup> Encyclopédie Dalloz, Bail emphytéotique, Jean-Luc TIXIER.

<sup>2486</sup> MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 136.

<sup>2487</sup> Bail emphytéotique : art. L. 451-8 du c.rur. ; bail à construction : art. L. 251-1 du C.C.H. ; bail à réhabilitation : art. L. 252-1 du code précité ; bail réel immobilier : art. L. 254-2 du même code ; bail réel solidaire : art. L. 255-7 du même code.

<sup>2488</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, Bull. civ. III, n° 14 ; D. 2008. AJ 548 ; RDI 2008. 215, obs. Saint-Alary- Houin.

œuvre. Il est conseillé à ce dernier de réaliser le provisionnement des sommes à la hauteur de ce risque. Si certains organismes HLM n'ont pas modifié leurs conditions de provisionnement, pour un certain nombre d'entre eux, le montant de la provision est sensiblement augmenté, de l'ordre de 20% à 30%, par rapport à ce qui est traditionnellement fait pour les logements « ordinaires »<sup>2489</sup>.

## **b- La remise en état du terrain nu**

**927.** Au vu des précédents développements il apparaît que seuls le bail emphytéotique et le bail à construction puissent autoriser, de par le champ de liberté contractuel laissé aux parties, le bailleur à demander une remise en état du terrain nu en fin de bail. Pour autant qu'une telle possibilité paraît surprenante, elle doit être envisagée, et notamment, dans le cadre des baux de longue durée accordés aux organismes HLM par les collectivités territoriales. Il a en effet été identifié que ces dernières peuvent souhaiter ne pas se lier au-delà du contrat. Ces contrats sont d'une longue durée, néanmoins en recourant à ces outils juridiques, les collectivités territoriales, et notamment les communes, peuvent avoir l'ambition de ne pas se « condamner » à accepter les logements de façon définitive. Bien que les élus locaux puissent encourir quelques complications politiques en cas de destruction de logements<sup>2490</sup>, cette possibilité peut rassurer une certaine population sur le caractère temporaire de cette réalisation immobilière et participer à son acceptation<sup>2491</sup>. Par ailleurs, nul ne peut garantir la pérennité d'un bassin d'emplois ou l'attractivité d'un quartier, et des besoins en logements qu'il peut en résulter. Les collectivités peuvent s'autoriser à projeter un autre usage du terrain objet du bail de longue durée, et éviter d'accéder à la propriété de logements vacants situés dans un secteur devenu peu attractif.

**928.** La compatibilité d'une clause dite de nivellement avec la nature spécifique des baux réels immobilier de longue durée suscite quelques discussions. Certains auteurs s'opposent à la possibilité d'intégrer une telle clause au bail emphytéotique en arguant que la contrepartie au

---

<sup>2489</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 34.

<sup>2490</sup> FOULQUIER Norbert, La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol, La Gazette, mars 2012, p. 13.

<sup>2491</sup> Rapport Ass. Nat., Rapport d'info. déposé par la commission des aff. éco. sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, enregistré à la Présidence de l'Ass. nat. le 16 fév. 2016, extrait p. 40 « Un discours hostile aux nouvelles constructions se développe dans certains territoires...Il est devenu courant que les habitants d'un quartier manifestent de l'hostilité face à des programmes de logements nouveaux, quels que soient leur taille, leur forme ou leur mode d'occupation. Ce sentiment peut recouper des raisons compréhensibles comme la nécessité de lier des constructions supplémentaires à de nouveaux équipements publics ou à une refonte de la voirie et des plans de circulation. D'autres réticences, moins directement avouables quoique davantage revendiquées comme telles ces derniers temps, visent en réalité à empêcher l'arrivée de nouveaux habitants dans un quartier qui se vit comme « protégé ». »

caractère modeste du loyer réside essentiellement dans la règle posée par l'article L. 451-7 du code rural et de la pêche maritime selon laquelle à l'expiration du bail, les améliorations et les constructions deviennent la propriété du bailleur qui peut les conserver sans devoir aucune indemnité. L'insertion d'une clause de nivellement obligeant le preneur à une remise en état du site à l'expiration du bail vient faire échec à cette règle. L'équilibre du contrat est alors rompu et la remise d'un terrain démunie des améliorations apportées en cours de contrat est considérée comme incompatible avec les caractéristiques d'un bail emphytéotique, qui tend selon une vieille tradition à l'amélioration du fonds, bénéficiant du propriétaire<sup>2492</sup>. Une autre partie de la doctrine remarque à juste titre qu'aucune disposition n'interdit de stipuler, par exemple, que le bailleur peut en fin de location soit conserver les améliorations apportées au fonds à charge d'indemniser l'emphytéote, soit demander la restitution du terrain nu<sup>2493</sup>. C'est le sens de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 mars 1969<sup>2494</sup>. Dans cette affaire, il a été admis que le juge du fond peut, par une interprétation souveraine de la convention, décider que le preneur n'a pas droit à une indemnité dès lors que le propriétaire a fait connaître son intention de reprendre les lieux libres sans user de la faculté de conserver les constructions. Cette conclusion semble vouloir imposer un certain équilibre au contrat permettant de valider la remise d'un terrain nu au bailleur. De plus, une partie de la doctrine estime simplement que la stipulation d'une clause de nivellement est compatible avec l'emphytéose, qui dans sa construction classique n'impose pas la réalisation de construction<sup>2495</sup>.

**929.** Le bail à construction, quant à lui, laisse une grande liberté contractuelle aux parties, tout en imposant une obligation de construction au preneur. La compatibilité d'une clause de nivellement, en opposition à cette obligation de construire, dans le cadre d'un tel contrat peut paraître discutable. C'est ce qu'on a conclu la Cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 20 novembre 1986 en relevant que « la possibilité laissée au bailleur en fin de bail de faire détruire les constructions est peu compatible avec la finalité du bail à construction »<sup>2496</sup>. Cependant, cet arrêt n'a pas convaincu M. Tixier qui, en se référant à la liberté contractuelle du bail, énonce que « le bailleur, qui a droit à la remise des constructions édifiées, possède la faculté d'y renoncer, s'il y a intérêt... »<sup>2497</sup>. L'auteur rappelle également que l'obligation principale de réaliser des constructions édictée par l'article L. 251-1 du code de la construction et de l'habitation, « n'exclut

---

<sup>2492</sup> VIATTE Jean, Du bail emphytéotique, Revue des loyers 1973, p. 304.

<sup>2493</sup> JCl. Const. Urb., Bail Emphytéotique, Moreau et Roussel, n° 37.

<sup>2494</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 1969 : Bull. civ. 1969, III, n° 780.

<sup>2495</sup> JCl Not. Formulaire, Bail à construction, Masson, n° 88.

<sup>2496</sup> C.A. de Lyon, 20 nov. 1986, Rev. loyers 1987, p. 55.

<sup>2497</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 244.



pas celle, à titre accessoire, de les démolir en fin de bail »<sup>2498</sup>. La clause de nivellement semble tout à fait compatible avec la nature du bail à construction, et la Cour de cassation en a également convenu dans un arrêt du 30 janvier 2008<sup>2499</sup>. La haute juridiction a énoncé qu'il est possible d'obliger le preneur, à l'expiration du bail à construction, à remettre le terrain dans l'état où il l'a trouvé au moment de la prise de possession, même si cela implique la démolition d'une construction qu'il a édifié en application du contrat.

**930.** Le retour en propriété du bailleur, de droit privé ou de droit public, repose sur la notion de l'accession différée à la propriété, principe de droit mis en œuvre en l'occurrence, conduisant à la remise matérielle du bien, laquelle doit répondre à certaines conditions relatives à son état. Ce retour en propriété du bien engendre des effets importants qui ne doivent pas être ignorés par les parties.

## **B- Les effets de l'accession différée à la propriété**

**931.** L'accession différée à la propriété du bailleur ne peut se faire sans produire d'effets. Les parties doivent avoir une lecture économique de ce transfert de propriété (1) afin d'en étudier les intérêts financiers et fiscaux, et de vérifier si ceux-ci ne pèsent pas plus lourd que l'économie du foncier réalisée à l'origine de l'opération immobilière. Enfin, l'étendue du droit conféré au preneur lui permettant de disposer durant de longues années du plein exercice de l'usage et de l'exploitation des constructions réalisées ou prises à bail, il est essentiel pour les parties de mesurer les effets juridiques de ce transfert de propriété (2).

---

<sup>2498</sup> *Idem*, p. 245.

<sup>2499</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-21.292, Bull. civ. 2008, III, n° 14, JCP N 2008, n° 15, p. 19, note Garçon.

## 1- Les effets économiques

**932.** Le transfert du bien dans le patrimoine du bailleur a des effets économiques vis-à-vis des parties, preneur et bailleur. Ces effets impactent l'équilibre budgétaire de l'opération immobilière réalisée par le preneur, et pèsent dans la détermination des parties à préférer ce type de montage juridique. Les effets financiers (a) et fiscaux (b) doivent être évalués au plus tôt dans le cadre de la faisabilité économique du projet.

### a- Les effets financiers

**933.** En droit commun, lorsque le propriétaire d'un fonds souhaite conserver la propriété des constructions réalisées par un tiers, celui-ci doit, en application des termes de l'article 555 alinéa 3 du code civil, le rembourser soit d'une somme équivalente à l'augmentation de la valeur du fonds, soit rembourser le coût des matériaux. Cependant, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque les travaux ont été effectués en vertu d'une convention<sup>2500</sup> ou dans le cadre de rapports entre usufruitier et nu-propiétaire<sup>2501</sup>. Plus largement, le troisième alinéa de l'article 555 du code précité est écarté au profit de ces règles spéciales toutes les fois qu'une relation juridique préexistante à l'édification des constructions règle les intérêts financiers des parties<sup>2502</sup>. Aussi les baux de longue durée ne sont pas régis par cette règle, mais par des dispositions propres à leur nature. Les dispositions relatives au bail emphytéotique sont claires et énoncent expressément que le preneur ne peut réclamer « aucune indemnité »<sup>2503</sup>. Ce point constitue, au regard de la jurisprudence, une spécificité essentielle de l'emphytéose. La Cour de cassation l'a notamment rappelé dans un arrêt du 16 avril 1970 en disposant qu'à l'égard de ce contrat « dont la caractéristique est la faible redevance versée au bailleur qui, en compensation, devient propriétaire à l'expiration du bail des constructions édifiées pendant la location sans verser aucune indemnité »<sup>2504</sup>. Cependant, les parties ont semble-t-il la faculté de modifier la règle posée à l'article L. 451-7 alinéa 2 du code rural. Il ne paraît pas interdit de stipuler, par exemple, que le

<sup>2500</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 nov. 1970, D. 1971. 395 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 juin 1975, Bull. civ. III, n° 215.

<sup>2501</sup> Req. 4 nov. 1885, DP 1886. 1. 361, Rapport Alméras-Latour, « L'article 555 est sans application en cas d'améliorations apportées par l'usufruitier au fonds sous forme de constructions nouvelles, l'usufruitier ne pouvant être assimilé, sous aucun rapport, à un tiers possesseur évincé. »

<sup>2502</sup> DROSS William, Droit des biens, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 411, p. 339.

<sup>2503</sup> Art. L. 451-7 al. 2 du c. rur.

<sup>2504</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 avril 1970 : Bull.civ. III, n° 251.

bailleur peut en fin de location conserver les améliorations apportées au fonds à charge d'indemniser l'emphytéote<sup>2505</sup>.

**934.** Concernant le bail à construction, c'est la lecture de deux articles du code précité qui permet d'en conclure le même principe de retour « gratuit » en propriété du bailleur, à défaut de précisions contractuelles différentes<sup>2506</sup>. Ce principe a été posé, bien qu'indirectement, par le législateur, certainement dans la perspective que l'acquisition des constructions par les propriétaires de terrains puisse les inciter à conclure ce type de baux<sup>2507</sup>. Une disposition différente aurait pu avoir pour résultat de faire perdre toute attractivité au bail à construction. Ce principe a été rappelé par la jurisprudence à plusieurs occasions, et notamment par la Cour d'appel de Nîmes dans un arrêt du 3 octobre 1984 qui rappelle le principe applicable quelque soit la situation juridique ou économique du preneur<sup>2508</sup>. Elle énonce qu'en cas d'accession différée des constructions en faveur du bailleur en fin de bail, le locataire en liquidation de biens n'a droit à aucune indemnisation à raison des constructions édifiées en cours de bail.

**935.** Dans ces circonstances également, ce type de bail de longue durée assure une grande liberté contractuelle aux parties en application du premier alinéa de l'article L. 251-2 du code de la construction et de l'habitation disposant que « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. » Il peut être prévu que le bailleur soit redevable, à l'issue du bail, du paiement de tout ou partie des constructions<sup>2509</sup>. En conséquence, il a pu être conclu par la haute juridiction qu'en cas de clause prévoyant un retour des immeubles au bailleur en fin de bail moyennant indemnité, la liquidation judiciaire du preneur oblige le bailleur à payer le prix de ces immeubles fixé à dire d'expert<sup>2510</sup>. Le bail réel immobilier rejoint l'esprit du bail à construction. L'article L. 254-1 alinéa 8 du code de la construction et de l'habitation stipule qu'à l'issue du bail, le preneur ne peut réclamer, sauf stipulations contraires, d'indemnité au regard des améliorations qu'il a effectuées.

---

<sup>2505</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 1969 : Bull. civ. 1969, III, n° 780.

<sup>2506</sup> Art. L. 251-2 du C.C.H. qui énonce que « ...le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations » et l'art. L. 251-5 du même code qui précise que « le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles. »

<sup>2507</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1601, p. 334.

<sup>2508</sup> C.A. Nîmes, 3 oct. 1984 ; JurisData n° 1984-600613.

<sup>2509</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, avril 2013, n° 151, p. 41.

<sup>2510</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 nov. 1994, n° 91-21056 : Rev. huissiers 1995, p. 223.

**936.** Il semble que l'accession différée en propriété du bailleur, sans versement d'indemnité, s'impose comme une caractéristique essentielle de ce type d'outil juridique. Le bail à réhabilitation ne fait pas exception, car en application de l'article L. 252-1, al. 3 du code de la construction et de l'habitation, le bailleur profite gratuitement, à l'expiration du contrat, des travaux d'amélioration qui sont réalisés et financés par le preneur et qui s'entendent non seulement de certains travaux d'entretien et de réparation ou d'amélioration, mais également de ceux de construction ou de reconstruction<sup>2511</sup>. M.M. Boule et Guibert ont pu s'en étonner et ce jusqu'à employer le terme de « remarquable » car ces dispositions sont<sup>2512</sup>, à l'inverse des autres types de baux de longue durée énoncés, d'ordre public<sup>2513</sup>, et ne laissent pas de liberté d'aménagement aux parties. Il s'agit en l'espèce pour ces auteurs de souligner la persistance du principe, et ces conséquences. En effet, lors de la discussion du texte de loi, l'amendement tendant à préciser que les améliorations apportées par le preneur sont la compensation du prix du loyer n'a pas été adopté. Ses auteurs ont voulu, par cette précision, éviter que le bailleur ne puisse réaliser une plus-value grâce aux travaux. Cette disposition aurait été bien trop restrictive et certainement dissuasive pour les bailleurs. Par ailleurs, ces auteurs admettent qu'« il apparaît que la variété des situations possibles ne permet pas, ..., de poser le principe d'un loyer uniquement payé sous forme de travaux. ». Il est important de souligner qu'au contraire du bail emphytéotique, du bail à construction et du bail réel immobilier, aucune latitude n'est laissée aux parties. Celles-ci doivent se conformer aux dispositions du code, et en prendre acte dans le cadre du calcul de l'équilibre financier de l'opération et ce dès les études de faisabilité.

**937.** Le bail réel solidaire fait exception à ce qui semble être jusqu'alors un principe général applicable à l'ensemble des baux réels immobiliers de longue durée. En effet, à l'expiration du bail, les droits réels immobiliers du preneur deviennent propriété de l'organisme de foncier solidaire après indemnisation de la valeur de ses droits réels immobiliers dans les conditions prévues au bail et dans la limite de la valeur maximale applicable en cas de mutation<sup>2514</sup>. Cette disposition, très spécifique au bail réel solidaire, permet de sécuriser la valeur des droits réels afférents au logement et participe à l'objectif qui a conduit à la création de ce nouveau bail réel immobilier de longue durée. Cette innovation concourt, selon le compte-rendu du conseil des ministres du 19 juillet 2016, à offrir « aux ménages modestes le moyen de se constituer un

---

<sup>2511</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 136.

<sup>2512</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, *Le bail à réhabilitation*, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 90.

<sup>2513</sup> Art. L. 252-6 du C.C.H.

<sup>2514</sup> Art. L. 255-16 al. 2 et 3 du C.C.H.

patrimoine immobilier »<sup>2515</sup>. La situation du preneur-accédant est dans ce cadre, et en comparaison des autres baux de longue durée, particulièrement avantageuse. Elle témoigne de la bonne adaptation de la formule, initialement créée par l'emphytéose, aux enjeux socio-économiques de l'époque<sup>2516</sup>.

## **b- Les effets fiscaux**

**938.** L'accession différée à la propriété du bailleur réalisée sans contrepartie financière en fin de bail constitue, pour ce dernier, un avantage en nature imposable dans la catégorie des revenus fonciers<sup>2517</sup>. Il faut cependant ajouter qu'au regard des dispositions relatives à l'impôt sur la fortune, si le bailleur est une personne morale soumise à celui-ci, cette accession différée sans contrepartie financière entraîne la taxation immédiate d'un profit égal à la valeur vénale des biens concernés au jour du transfert car, en application de l'article 38 quinquies de l'annexe III du code général des impôts, ceux-ci doivent être inscrits, pour cette valeur, à l'actif. Quant au preneur soumis à cet impôt, cette accession génère une perte déductible égale à la valeur nette comptable des biens transférés. En outre, dès le 1<sup>er</sup> janvier suivant l'année du transfert, la taxe foncière sur les propriétés bâties est établie au nom du propriétaire (ex bailleur) alors que, pendant le bail, elle est émise au nom du preneur.

**939.** Enfin, il doit être précisé que ce transfert de propriété en faveur du bailleur s'effectue en application de la théorie juridique de l'accession et non en vertu d'une mutation. En conséquence, il n'entraîne pas le paiement des droits de mutation<sup>2518</sup>. La solution est différente lorsqu'un acte est rédigé pour mettre fin au bail, cet acte ayant pour effet de transférer au bailleur, par anticipation par rapport à la date initialement prévue, la propriété des constructions édifiées par le preneur. Dans ce cas, le droit de mutation immobilière est perçu sur le montant de l'indemnité due

---

<sup>2515</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel solidaire, RDI 2016. 544.

<sup>2516</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

<sup>2517</sup> Cette règle ne s'applique pas au bail à construction.

<sup>2518</sup> Les droits de mutation (aussi appelés droits d'enregistrement) correspondent à tous les droits et taxes perçus par le notaire pour le compte de l'État et des collectivités à chaque changement de propriétaire. Leur montant varie selon que l'acquisition porte sur un logement neuf ou sur un logement ancien. Les droits de mutation concernent tous types de mutation à titre onéreux (ventes, viager, adjudications...) concernant des immeubles situés en France. Leur calcul se base sur le prix de vente. Ils représentent une charge non négligeable pour l'acquéreur.

par le bailleur<sup>2519</sup> ou sur l'évaluation de la valeur de l'ensemble immobilier qui est obligatoirement précisée dans l'acte<sup>2520</sup>.

**940.** Outre, les effets économiques qui ne peuvent être occultés, le transfert de propriété du bien a également des effets civils. En effet, le preneur qui a construit, réhabilité, aménagé, exploité et jouit du bien pendant une longue durée s'est conduit comme un véritable propriétaire à son égard, l'incluant dans son patrimoine immobilier de la même façon que tout autre bien. Durant ce temps de vie du bien, le preneur a créé des droits, a pris des engagements et l'a soumis à une réglementation particulière dans le cadre de son exploitation. La remise du bien au propriétaire, ancien bailleur, provoque nécessairement des effets civils importants, tant à l'égard du bien, du preneur lui-même ou encore des tiers au contrat.

## **2- Les effets juridiques**

**941.** Il est en l'occurrence question des effets de l'application du grand principe juridique, « Nemo dat quod non habet », nul ne peut transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même. Cette formule, qui constitue un gage de sécurité juridique qualifiée de « statique » par le juriste Demogue<sup>2521</sup>, est pleinement mise en application dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée. Cependant, le législateur en a parfois ménagé le principe, avec plus ou moins de réussite, en accordant une certaine liberté contractuelle en faveur des parties. En l'occurrence, les effets juridiques du transfert de propriété doivent être étudiés à l'égard des droits réels et charges nés pendant le bail (a), et plus spécifiquement, considérant les bailleurs sociaux, preneurs de ces contrats, vis-à-vis de l'affectation « sociale » du logement (b).

### **a- Les droits réels et charges nés pendant le bail**

**942.** Si l'article L. 451-1 du code rural autorise le preneur à hypothéquer le droit réel octroyé, la jurisprudence a clairement précisé que l'hypothèque inscrite sur le bail emphytéotique disparaît à

---

<sup>2519</sup> Cass. com. 24 juin 1997, n° 95-13038, BC IV, n° 202, BOI-ENR-JOMI-30-20120912 §240 : RJF 11/97, n° 1064 ; Cass. com. 19 juin 2001, n° 98-14707.

<sup>2520</sup> BOI-ENR-DMTOI-10-20-20170308 du 08/03/2017.

<sup>2521</sup> DEMOGUE René, Les notions fondamentales du droit privé, Ed. La Mémoire du Droit, 1911, p. 72.

l'expiration de celui-ci<sup>2522</sup>. La Cour de cassation apporte cette précision en s'appuyant sur les dispositions de l'article 2488 du code civil qui prévoit que les « hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale ». Suivant cette même logique, l'article L. 451-9 du code rural permet à l'emphytéote d'acquérir des servitudes actives, et de grever le fonds de servitudes passives, « pour un temps qui n'excédera pas la durée du bail et à charge d'avertir le propriétaire ». A défaut de conventions contraires convenues entre les parties, toutes les servitudes consenties par le preneur expirent en même temps que l'emphytéose. Les droits réels et charges nés pendant le bail emphytéotique administratif, du fait de l'exercice de son droit de propriété par le preneur, et sauf dispositions contraires insérées dans le contenu du contrat, obéissent aux mêmes règles.

**943.** Dans le cadre du bail à construction, la date d'extinction des servitudes et hypothèques consenties est fixée par l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'urbanisme. Il est énoncé que les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L. 251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail. En outre, l'article ajoute que si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au premier alinéa, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail. Cette disposition s'explique par la volonté du législateur de faire en sorte que la propriété des constructions soit acquise au bailleur libérée de tous droits constitués pour le preneur à l'exception des seules servitudes dont la constitution est indispensable à la réalisation des constructions.

**944.** Quant au bail à réhabilitation, l'article L. 252-2 du code de la construction et de l'habitation indique, sans plus de précision, que le preneur est titulaire d'un droit réel, et que ce droit peut être hypothéqué. Aucune disposition n'aborde le sujet de l'extinction des droits consentis par le preneur. Les parties doivent dans ces conditions étudier avec une attention particulière la situation hypothécaire de l'immeuble au moment de la conclusion de la convention et vérifier le jeu des sûretés en cours et en fin de bail. Cette précaution semble d'autant plus importante qu'« à la différence du bail à construction le législateur n'a prévu aucune disposition précisant que lorsque le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques inscrits avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue par

---

<sup>2522</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2009, n° 08-14962 : D. 2009. 684 ; AJDI 2010.236, obs. Prigent.

l'expiration du bail »<sup>2523</sup>. De même, la question de la constitution de servitudes par le preneur n'est pas évoquée par les textes relatifs à ce type de bail de longue durée<sup>2524</sup>. Toutefois, le droit réel immobilier octroyé suffit à attribuer à son titulaire la possibilité de constituer des servitudes, mais ne règle pas la problématique de leur survie ou de leur extinction en fin de bail. A charge pour le rédacteur d'en prévoir l'aménagement. Il ne peut qu'être conseillé, à ce titre, que les servitudes passives indispensables à la réhabilitation puissent s'imposer au bailleur et ce autant dans son propre intérêt, que dans celui de la pérennité du bien.

**945.** Concernant le bail réel immobilier, l'article L. 254-2 alinéa 4 du code de la construction et de l'habitation prévoit que, sauf accord du bailleur, le preneur ne peut constituer des servitudes passives au-delà de la durée du bail. Ici, la solution choisie constitue un mélange malheureux entre les dispositions de l'emphytéose qui conditionnent la validité des servitudes à l'accord du bailleur (pendant la durée du bail) et celles du bail à construction qui imposent au bailleur les servitudes passives indispensables à la construction à l'issue dudit bail. Il semble que ce choix a été fait par les auteurs de l'ordonnance au motif que la plupart du temps les servitudes sont réciproques<sup>2525</sup>, ce qui implique l'impossibilité « quand les constructions seront rétrocédées au propriétaire, à l'expiration du bail, de supprimer ces servitudes »<sup>2526</sup>. L'article L. 255-7 du code précité, relatif au bail réel solidaire, reprend la même rédaction. Deux solutions s'offrent aux parties de ces deux derniers baux, soit, le preneur sollicite, au moment de la conclusion du bail ou en cours de bail, l'accord du bailleur lorsqu'il entend constituer des servitudes passives au-delà de la durée du bail, soit les dispositions précitées n'étant pas d'ordre public, les parties s'accordent dans l'acte, lors de sa rédaction, sur le fait que toutes les servitudes indispensables à la construction constituées par le preneur s'imposent au bailleur au retour du bien dans son patrimoine. En outre, le droit réel issu du bail réel immobilier peut être hypothéqué, et en l'espèce les dispositions de l'article L. 254-3 du même code laissent une grande liberté aux parties qui peuvent convenir de sa d'échéance, et c'est seulement « à défaut » que l'hypothèque prendra fin au moment de la résiliation du contrat de bail. L'article L. 255-9 du code précité reprend également la même formule concernant le bail réel solidaire.

---

<sup>2523</sup> BOSGIRAUD-STEPHENSON Catherine, Le bail à réhabilitation : RD imm. 1991, p. 26.

<sup>2524</sup> Art. L. 252-1 à L. 252-6 du C.C.H. et circulaire du 28 janv. 1991, n° 91-09, relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation.

<sup>2525</sup> Ord. du 20 fév. 2014, n° 2014-159 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014, art. 4.

<sup>2526</sup> POUMAREDE Matthieu, Le bail réel immobilier logement, RDI n° 5, mai 2014, p. 265.



## **b- L'affectation sociale du bien**

**946.** L'ensemble des logements dont les bailleurs sociaux sont preneurs dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée sont mis à la location dans le respect des règles spécifiques à leur statut. En application de l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ces biens, logements locatifs à loyers plafonnés, sont destinés à des personnes dont les revenus sont inférieurs aux plafonds maximum fixés par l'autorité administrative, dont l'attribution est réalisée dans les conditions définies à l'article L. 351-2 du même code et dont l'accès est soumis à des conditions de ressources. Se posent alors les questions, propres aux statuts particuliers des bailleurs sociaux, relatives au transfert de propriété en faveur des propriétaires-bailleurs. L'article L. 411-3 du code précité pose le principe de l'exonération des règles de pérennité du statut social pour ces logements qui, quittant le patrimoine des bailleurs sociaux, reviennent dans celui de leur nouveau propriétaire. Ce retour en propriété implique la fin du statut HLM des logements.

**947.** Pour de nombreux bailleurs, ce principe exonératoire constitue une remise en cause des fondements du logement social inhérents à leur activité<sup>2527</sup>. Cependant, cette exonération a pour but d'éviter l'effet dissuasif que n'aurait pas manqué de produire la continuité des règles relatives au statut social sur les propriétaires de ces logements qui ont été détenus temporairement par les organismes d'habitations à loyer modéré<sup>2528</sup>. Il a été constaté par l'office public de la Haute Loire que cette exonération peut également constituer une opportunité pour le bailleur, collectivité territoriale, qui, accédant à la propriété d'un tel bien, peut alors le transformer en local commercial, professionnel ou encore médical, et permettre de répondre à un nouveau besoin. Il faut ajouter que la fin du statut social des logements revenus dans le patrimoine du bailleur a également des effets négatifs à l'encontre de ces mêmes collectivités territoriales. En effet, jusqu'alors ces logements sont inclus dans le quota des 20 % ou 25 %<sup>2529</sup> de production de logements sociaux imposé aux communes visées par les textes<sup>2530</sup>, ce qui n'est plus le cas du bien sorti du patrimoine de l'organisme HLM<sup>2531</sup>.

---

<sup>2527</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 34.

<sup>2528</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013.

<sup>2529</sup> L'art. 10 de la loi du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, a porté le quota de 20 % à 25% pour un certain nombre de communes.

<sup>2530</sup> Le décret n° 2017-835 du 5 mai 2017 relatif aux dispositions particulières à certaines agglomérations en matière de réalisation de logements locatifs sociaux et pris pour l'application de la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté et le décret n° 2017-840 du 5 mai 2017 fixant les valeurs des ratios permettant de déterminer la liste des agglomérations et des établissements publics de coopération intercommunale et la liste des communes mentionnés, respectivement aux premier et troisième alinéas du II de l'art. L. 302-5 du C.C.H. ainsi que de

**948.** Le transfert de la propriété du bien immobilier entre le preneur et le bailleur en fin de contrat constitue l'issue dite classique de ces outils juridiques. En effet, sans autre précision dans le cadre de la rédaction des actes authentiques, le bien construit, réhabilité ou tout simplement exploité et entretenu revient dans le patrimoine du bailleur. Il a été démontré que la mise en œuvre de ce principe, application de la notion de l'accession différée à la propriété, engendre d'importants effets économiques et civils. Néanmoins, la fin de ces contrats peut être différente car une autre option peut être envisagée par les parties. En effet, si chacune y trouve un intérêt et qu'elles s'accordent sur les modalités, le bien peut être transféré dans le patrimoine du preneur.

## §2- La propriété du preneur

**949.** La notion de domaine public excluant cette possibilité à l'égard du bail emphytéotique administratif, l'un des atouts des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé est de pouvoir aménager une option différée à l'arrivée de leur terme<sup>2532</sup>. Cette possibilité est envisagée expressément par les textes ou par les parties. Il peut être convenu d'un transfert de propriété du bien au profit du preneur<sup>2533</sup> (A). Le démembrement temporaire organisé par ces contrats prend fin au profit d'une propriété pleine et entière du preneur s'exerçant tant sur le sol que sur les constructions ou réhabilitations réalisées. Cependant en préalable à toute décision en la

---

définir les agglomérations de plus de 30 000 habitants sur le territoire desquelles les communes sont susceptibles d'être exemptées de l'application des dispositions de l'art. L. 302-5 et suivants en application du III du même article. Ces deux textes redéfinissent le champ d'application territoriale de l'art. 55 de la loi SRU en instaurant un indicateur unique, taux de pression sur la demande de logements sociaux, mesuré à partir du système national d'enregistrement de la demande de logement social. Ce ratio entre nombre de demandes et nombre d'attributions permet de déterminer les obligations SRU des communes. De plus, l'exemption est désormais déterminée sur proposition de l'intercommunalité d'appartenance, et après avis du préfet de région et de la commission nationale SRU, en raison soit de la faiblesse de l'indicateur de pression de la demande de logement social pour les communes appartenant à une agglomération de plus de 30 000 habitants, de l'insuffisance de desserte de la commune par les transports en commun, de contraintes d'inconstructibilité grevant plus de la moitié du territoire urbanisé.

<sup>2531</sup> La loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique permet aux logements vendus à leurs locataires de conserver le statut de logements sociaux, au sens de l'art. 55 de la loi SRU, pendant dix ans à compter de leur aliénation, au lieu des cinq ans précédemment fixés.

<sup>2532</sup> Concernant les baux réels administratifs, seul l'art. L. 6148-2 du C. de la santé pub. prévoit que les baux emphytéotique hospitaliers « peuvent comporter une clause permettant à l'établissement public de santé ou, le cas échéant, la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique d'acquérir, avant le terme fixé par le bail, les installations rénovées ou édifiées par le titulaire. ».

<sup>2533</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>er</sup> éd., 2006, n° 493, p. 236 : « ...l'issue des issues particulières les plus pratiquées est le transfert de propriété du terrain au preneur en fin de bail. ».

matière, preneur et bailleur doivent avoir pris connaissance des effets de ce transfert (B), dans ces différents aspects.

## **A- Les conditions du transfert de propriété**

**950.** Les parties analysent plusieurs facteurs qui peuvent les conduire à la détermination du transfert de propriété en faveur du preneur (1). Après avoir fait l'étude de cette faculté, les parties doivent envisager les différentes modalités de mise en œuvre de ce transfert (2) afin que celui-ci se réalise dans les meilleures conditions et dans le respect de leurs intérêts respectifs.

### **1- La détermination du transfert de propriété**

**951.** Mise à part le bail réel solidaire dont il est expressément prévu que les droits réels reviennent au bailleur moyennant le versement d'une indemnité<sup>2534</sup>, les parties, bailleur et preneur, des baux réels immobiliers de longue durée peuvent envisager d'opter pour une issue différente du contrat. Alors même que ce choix peut sembler étonnant dans le cadre de ce type d'outil juridique, les parties ont la faculté d'opter pour le transfert du bien dans le patrimoine du preneur (a), dans la mesure où leurs intérêts respectifs convergent dans ce sens (b).

#### **a- La faculté de déterminer un propriétaire différent**

**952.** Les acteurs du mouvement HLM, en tant que preneurs, ont recours aux baux réels immobiliers de longue durée comme autant d'outils juridiques favorisant une maîtrise du coût de production, dans l'objectif de renforcer la dynamique de construction permettant de répondre à la demande croissante de logements<sup>2535</sup>. Nonobstant, les motivations des bailleurs sont différentes mais tout aussi légitimes.

---

<sup>2534</sup> Art. L. 255-16 du C.C.H.

<sup>2535</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 7.

**953.** L'accession en propriété à l'issue du bail de longue durée, d'un bien valorisé car construit, amélioré et entretenu, ainsi que le bénéfice de certains avantages fiscaux sont pour le bailleur autant d'arguments motivant sa prise de décision<sup>2536</sup>. Ce processus représente un profit car ce bien rénové, dans un état satisfaisant d'entretien, engendre une plus-value intéressante. Enfin, ce transfert de propriété d'un bien rénové, rendu à la vie par les travaux réalisés par le preneur, constitue pour le bailleur, collectivité territoriale ou particulier, un atout important voir décisif. Les membres d'un conseil municipal peuvent envisager l'outil juridique comme un « faire-valoir » du patrimoine communal, et le particulier à l'assurance que ce bien, auquel il peut attacher de vifs sentiments personnels et familiaux, revient dans son patrimoine ou dans celui de sa succession. Ce dispositif qui a été qualifié de « très défavorable » pour le preneur par Mazeaud et Chabas<sup>2537</sup>, a été néanmoins favorisé par le législateur qui y a vu une méthode efficace permettant de motiver l'intérêt des propriétaires de biens immobiliers pour ce type d'opération. Le transfert de propriété du bien permettant au preneur de le conserver apparaît de prime abord comme insolite et contradictoire à la notion même de baux réels immobiliers de longue durée, cependant il n'en est rien en réalité. La longue durée des baux donne une tout autre perception de la temporalité de la mise à disposition et le preneur, de part ce long temps de jouissance, est amené à se comporter comme le propriétaire réel de l'ouvrage<sup>2538</sup>. Même si l'obligation de restitution demeure comme étant la sortie classique du bail, les parties peuvent être particulièrement intéressées par la possibilité d'envisager une autre option.

**954.** Le législateur n'a pas traité cette possibilité de la même façon pour l'ensemble des baux de longue durée. Concernant le bail emphytéotique le sujet n'est ni abordé, ni expressément interdit. Dans le cadre du bail à construction, celui-ci est envisagé au travers de la liberté contractuelle laissée aux parties à la lecture de l'article L. 251-2 du code de la construction et de l'habitation. Néanmoins, la doctrine<sup>2539</sup> en tire la même conclusion pour ces deux types de baux, et s'accorde sur la possibilité pour les parties d'envisager une autre issue à ses contrats qu'un classique transfert de propriété en faveur du bailleur.

---

<sup>2536</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 7.

<sup>2537</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1601, p. 334.

<sup>2538</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste Droit civil, contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 274, p. 236.

<sup>2539</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien, T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1601, p. 334 ; TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [940], p. 825 ;

**955.** Le régime du bail à réhabilitation pose plus de difficultés. Selon la majorité de la doctrine<sup>2540</sup>, les dispositions relatives au bail à réhabilitation ne prévoyant pas la possibilité pour les parties de décider conventionnellement du sort des améliorations, le propriétaire doit retrouver, au terme du contrat, la libre et pleine gestion de son immeuble<sup>2541</sup>. L'article L. 252-6 du code précité précisant que ces précédentes dispositions sont d'ordre public, les parties semblent être alors dans l'impossibilité de déroger à ce principe. M. Hugo et Mme Le Marchand observent quant à eux qu'il peut difficilement en être autrement dès lors que les travaux de réhabilitation s'incorporent, de par leur nature, aux constructions qui sont la propriété du bailleur<sup>2542</sup>. Cependant, M. Boule et Guibert envisagent l'acquisition de l'immeuble par le preneur sans plus de questionnement sur les particularités du régime du bail à réhabilitation<sup>2543</sup>. Il faut ajouter par ailleurs que les praticiens abordent le dénouement de ces trois baux de longue durée sans faire de distinction quant aux particularités de leurs différents régimes. L'issue du bail à réhabilitation, comme du bail à construction et du bail emphytéotique posant les mêmes problématiques, les bailleurs sociaux s'interrogent de la même façon sur l'opportunité de devenir à terme propriétaire des biens objets de ces contrats<sup>2544</sup>. Cependant, il semble pertinent de conseiller aux parties de faire preuve d'une certaine prudence en la matière, car si l'absence de jurisprudence ne permet ni de confirmer, ni d'invalidité ces pratiques, ce type d'accord favorise l'insécurité juridique du contrat. D'autres issues, tel qu'un avenant prolongeant la durée du bail à réhabilitation, sont à privilégier. Les parties peuvent encore préférer contracter un bail emphytéotique, au lieu et place du bail à réhabilitation initialement envisagé, afin de leur permettre d'en agencer l'issue avec plus de liberté.

**956.** Enfin, le bail réel immobilier, introduit aux articles L. 254-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>2545</sup>, pose la même problématique que le bail à réhabilitation. En effet, ce contrat prend fin à la date prévue de son terme, et il est précisé dans l'article L. 254-1 alinéa 8 du

---

<sup>2540</sup> Bail à réhabilitation, DALLOZ répertoire immobilier, Georges VERMELLE, actualisation par Marianne FAURE-ABBAD ; MAHY Christophe, Le bail à réhabilitation, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 135 et 136 ; GARONNAIRE Jean-Eric et PICOT Florent, « Pour une renaissance du bail à réhabilitation », Defrénois du 15/02/2007, n° 3, p. 185 ; JCP N n° 10, 8 mars 1991, act. 1773 ; HUGOT Jean, Un nouveau-né : le bail à réhabilitation, JCP N n° 24, 15 juin 1990, 100816.

<sup>2541</sup> La circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation énonce simplement qu'« à l'issue du bail il (le bailleur) retrouve l'entière propriété de son bien.. ».

<sup>2542</sup> JCI. Const. Urb., Fasc. 120-10 : Bail à réhabilitation, Jean Hugot et Claudine Le Marchand, n° 23.

<sup>2543</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 91.

<sup>2544</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 21 et 22.

<sup>2545</sup> Ordonnance n° 2014-159 du 20 fév. 2014 relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.

code précité que toutes les constructions et améliorations réalisées par le preneur deviennent alors la propriété du bailleur. Selon les termes de l'article L. 254-8 du même code, ce texte est d'ordre public. De même que pour le bail à réhabilitation, les parties doivent prendre toute la mesure de cette contrainte avant de s'engager.

## **b- L'intérêt de déterminer un propriétaire différent**

**957.** Pour le bailleur, collectivité territoriale, ce type de bail de longue durée définit le cadre de l'action de son cocontractant et assure la garantie de la réalisation du programme immobilier projeté. Il peut avoir sur cette opération immobilière un poids supérieur à celui que peut lui donner la simple application des règles d'urbanismes et du P.L.U.<sup>2546</sup> applicable au site de l'opération<sup>2547</sup>. Si une collectivité territoriale peut souhaiter exercer un contrôle particulier sur la réalisation des opérations de construction ou de réhabilitation, elle peut également ne pas vouloir en avoir la charge en fin de bail. La gestion de tel bien immobilier donné en location peut s'avérer délicate pour les petites et moyennes collectivités territoriales qui n'ont pas les compétences requises en interne. En effet, les problématiques locatives relatives aux impayés de loyers, à l'établissement des états des lieux d'entrée et de sortie, au contentieux locatif et tout simplement à la vacance éventuelle représentent une charge importante qu'elles ne peuvent pas et ne veulent pas supporter.

**958.** En outre, l'article 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite loi S.R.U.)<sup>2548</sup>, modifié par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté<sup>2549</sup>, a institué une obligation, à la charge de certaines communes de disposer d'un quota de 20 % ou 25 % de logements locatifs sociaux rapportés au

---

<sup>2546</sup> Art. L. 153-1 du c. urb. : « Le plan local d'urbanisme couvre l'intégralité du territoire, 1° De l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme, de document d'urbanisme en tenant lieu et de carte communale, 2° De la commune, lorsqu'il est élaboré par une commune non membre d'un tel établissement public... ».

<sup>2547</sup> FOULQUIER Norbert, Foncier public et production de logements : quelles alternatives ? La Gazette, 26 mars 2012, p. 14.

<sup>2548</sup> La loi du 13 déc. 2000, n° 2000-1208, relative à la solidarité et au renouvellement urbains, dite loi SRU, impose dans son art. 55, aux communes importantes (plus de 1 500 habitants en Île-de-France, et plus de 3 500 hab. pour les autres régions), qui sont comprises dans une agglomération de plus de 50 000 hab. comprenant au moins une commune de plus de 15 000 hab., de disposer d'au moins 20 % de logements sociaux. L'article 10 de la loi dite « Duflot I » du 18 janv. 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social porte le taux minimum de logements locatifs sociaux de 20 % à 25 %. D'après le bilan annuel de 2016 de la loi SRU qui a été publié par le Ministère du logement, 1 218 communes ne respectent pas leurs obligations en matière de logement social. Si elles sont en majorité engagées, sous l'effet de la loi SRU, dans un rattrapage de leur retard, 615 d'entre elles sont soumises à prélèvement pour un montant total de 51 millions d'euros.

<sup>2549</sup> Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF du 28 janv. 2017.

nombre total de résidences principales. En conséquence de nombreuses communes sont amenées à solliciter l'intervention des bailleurs sociaux sur leur territoire afin de se lancer dans un programme de rattrapage de construction sociale. Il est encore plus difficile de devoir palier, dans le même temps, à la disparition dans ce comptage des logements sociaux réalisés dans le cadre des baux de longue durée qui sont entrés dans leur patrimoine et qui se trouvent exclus de ce quota, de sorte que certaines communes devenues propriétaires à l'issue du bail de longue durée, proposent à l'organisme preneur de procéder à ce rachat<sup>2550</sup>. Enfin, un bailleur de droit privé peut également souhaiter céder ses droits soit pour faire face à un besoin de trésorerie, soit pour échapper à une fiscalité trop lourde.

**959.** Par ailleurs, les organismes HLM qui ont une proportion importante de baux à long terme dans leur patrimoine souhaitent pouvoir les conserver en gestion à l'échéance du bail<sup>2551</sup>. En effet, l'organisme ayant beaucoup de biens en baux à long terme risque une perte sèche de patrimoine et une perte financière importante. En outre, dans un contexte où les bailleurs sociaux doivent répondre à une demande de plus en plus importante de logements alors que l'accès au foncier se fait de plus en plus ardu, rien ne semble plus opportun que de pouvoir conserver un tel effectif de logements locatifs sociaux.

**960.** Adoptant une position médiane, le bailleur et le preneur peuvent également décider qu'à l'expiration du bail, terrain et constructions soient placés sous le régime de la copropriété des immeubles bâtis. La première hypothèse est celle où le bailleur détient, au titre du loyer stipulé payable en nature dans la convention, des lots dans la copropriété instituée par le preneur, titulaire du bail, sur les constructions qu'il a édifiées. En cours de vie du contrat, les parties se sont trouvées dans une situation où les qualités de bailleur et preneur se cumulent avec celles de copropriétaires. Cette circonstance peut inciter les parties à pérenniser cette copropriété qui, sauf volonté contraire explicitement exprimée, disparaît lors du retour des constructions dans le patrimoine du bailleur. Cette association peut avoir certes des motivations financières, mais contribue également au respect d'un certain équilibre social et économique qui a pu s'instaurer pendant la vie du contrat. Il s'agit, pour les collectivités et bailleurs sociaux se considérant comme partenaires d'aménagement urbain, de marquer une volonté locale de mixité sociale.

---

<sup>2550</sup> USH et CDC, Solutions de Démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 20.

<sup>2551</sup> USH, Les Outils de production du foncier en faveur de logement social, Les cahiers, n° 158, mars 2014, p. 31, « Le taux relativement important de mobilisation des baux de longue durée indiqué par les organismes HLM est notable (44 %) et indique qu'il s'agit d'un outil relativement répandu... »

**961.** Les parties peuvent aboutir à la même conclusion, alors même qu'elles ont des motivations différentes, et souhaiter que le preneur devienne pleinement propriétaire de l'ensemble immobilier au terme de ces conventions. Néanmoins, bailleur et preneur doivent en préalable à toute prise de décision définitive, prendre connaissance des modalités relatives à ce transfert de propriété en faveur du preneur.

## **2- Les modalités du transfert de propriété**

**962.** L'étude des modalités du transfert de propriété du bailleur au preneur permet aux parties d'optimiser son organisation, et ce tant au regard des modalités juridiques qu'il convient de connaître et d'aménager (a), que des modalités financières (b) qui constituent certainement le point qui suscite le plus de négociations.

### **a- Les modalités juridiques**

**963.** En règle générale, et en application de la disposition de l'article L. 251-2 du code de la construction et de l'habitation relatif au bail à construction, les constructions édifiées par le preneur deviennent en fin de bail la propriété du bailleur par l'effet du principe de l'accession différée. Néanmoins, cette règle n'est pas impérative, puisqu'il est précisé qu'elle ne s'applique qu'« à défaut » d'une convention. La loi autorise les parties à en décider autrement, de sorte que la propriété du terrain et des constructions peut se trouver reconstituée sur la tête du preneur. L'hypothèse a été prévue dans l'article 26, II de la loi du 16 décembre 1964, dans sa partie aujourd'hui abrogée<sup>2552</sup>. Ce dispositif prévoit que le bail à construction peut être assorti d'une clause de transfert de propriété du terrain moyennant le versement d'un « supplément de loyer ». Il reste toujours présent dans le code général des impôts<sup>2553</sup>. Cependant, un auteur a énoncé que l'insertion d'une promesse de vente porte atteinte à la nature du bail à construction, par disparition

---

<sup>2552</sup> Extrait art. 26, II, de la loi du 16 déc. 1964 « Lorsque le bail est assorti d'une clause prévoyant le transfert de la propriété du terrain au preneur moyennant le versement d'un supplément de loyer, les sommes et prestations de toutes natures reçues par le bailleur en paiement du prix de cession du terrain ne sont pas soumises au régime défini... »

<sup>2553</sup> Art. 151 quater du C.G.I. : « Lorsque le bail à construction prévu par les articles L. 251-1 à L. 251-8 du C.C.H. est assorti d'une clause prévoyant le transfert de la propriété du terrain au preneur moyennant le versement d'un supplément de loyer, la plus-value dégagée à l'occasion de la cession du terrain est imposée dans les conditions prévues aux articles 35, 150 U, 244 bis et 244 bis A.... »



de l'accession du bailleur<sup>2554</sup>. Cette analyse n'a pas été retenue. Il a été confirmé à plusieurs reprises par réponses ministérielles qu'en pareil cas la qualification du contrat en bail à construction, et ces avantages fiscaux qui lui sont reconnus peuvent être maintenus<sup>2555</sup>. C'est à juste titre, que M. Tixier l'a également rejetée en écrivant que « cette objection ne convainc pas, et aucune critique de principe ne semble pouvoir être élevée à l'encontre de cette stipulation »<sup>2556</sup>. Les dispositions relatives au bail emphytéotique n'envisagent pas expressément la possibilité d'aménager un sort différent du bien autre que son retour dans le patrimoine du bailleur. Cependant, dans le cadre de cet outil juridique le bailleur reste libre de céder ses droits de propriété sur l'immeuble dans des conditions librement convenues entre les parties.

**964.** A l'égard le bail à construction et l'emphytéose, les parties peuvent convenir d'intégrer une promesse unilatérale de vente, ou encore d'inclure dans le contrat un pacte de préférence. Rien n'empêche bien entendu d'assortir le contrat initial de conventions relatives non seulement au sort des travaux d'amélioration ou de construction réalisés mais également au sort du terrain ou de l'immeuble lui-même<sup>2557</sup>. Les organismes HLM ont une certaine expérience en la matière, et usent de ces différentes options en fonction des « sensibilités » en présence<sup>2558</sup>.

**965.** La promesse unilatérale de vente par le bailleur au preneur, adjointe au contrat, n'engage pas le preneur à acquérir. Par cette clause, le promettant (bailleur) s'engage envers le bénéficiaire (preneur) qui l'accepte, à conclure une vente dont des conditions qui sont déjà déterminées. Le bailleur (ou nu-propriétaire) s'engage auprès du bénéficiaire à conclure la vente si ce dernier lève l'option. Le preneur a toute latitude pour acquérir ou non le bien, et en conséquence le bail de longue durée peut arriver à son terme sans que rien ne soit enclenché<sup>2559</sup>. Nouvellement défini par l'article 1124 du code civil, il est également précisé que les éléments essentiels doivent être déterminés. Les parties doivent convenir du prix de vente ou tout du moins des éléments qui permettent au moment de la levée d'option d'en rendre le prix déterminable. A ce titre, la circulaire n° 80-121 du 8 septembre 1980 relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à

---

<sup>2554</sup> DAGOT Michel, Le pacte de préférence, Litec, 1988, n° 76.

<sup>2555</sup> Rép. Minist., JOAN du 25 nov. 1970, p. 5893 ; 23 janv. 1971, p. 216 et 21 août 1971, p. 3942.

<sup>2556</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 271.

<sup>2557</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, PONSART Jean-Claude, Le bail à réhabilitation, Masson, Collec. : Pratique de l'immobilier, 1<sup>er</sup> éd., 1995, p. 67 et svts.

<sup>2558</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 11 ; Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 12 ; Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, août 2016, p. 142.

<sup>2559</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats spéciaux, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, p. 56 et svts.

la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives<sup>2560</sup> conseille aux bailleurs sociaux de s'en remettre à l'évaluation du service France Domaine<sup>2561</sup>.

**966.** Le pacte de préférence semble constituer « un compromis judicieux entre la rigueur de l'issue classique et l'extrême sécurité obtenue en associant la promesse de vente »<sup>2562</sup>. Cette formule qui engage le bailleur envers le preneur à ne pas conclure avec un tiers la cession du bien avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions, a été judicieusement conseillée aux organismes HLM dans le cadre des baux emphytéotiques qui leur ont été consentis<sup>2563</sup>. Le nouvel article 1123 du code civil relatif au pacte de préférence ne remet pas en cause, dans sa rédaction, la jurisprudence antérieure qui énonce qu'il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé<sup>2564</sup>. Les parties n'ont pas à le préciser dans le cadre de sa rédaction. Cependant, il peut être conseillé aux parties de prévoir la procédure d'information du preneur à l'occasion de l'offre du bailleur<sup>2565</sup>. Les formalités relatives à la forme de cette offre (ex : lettre recommandée avec accusé de réception) et le délai octroyé au preneur pour répondre au bailleur doivent être précisées dans le cadre de la rédaction des dispositions du pacte de préférence. Enfin, il faut également préciser que cette acquisition du bien par le preneur peut également résulter d'un commun accord des parties intervenant à l'issue du bail.

## **b- Les modalités financières**

**967.** Les contrats qui organisent un transfert de propriété du terrain au profit du preneur à leur terme doivent prévoir, à la différence des contrats à l'issue desquels le bien revient dans le patrimoine du bailleur, le versement d'une somme supplémentaire. Le règlement de cette somme supplémentaire peut être organisé par le versement d'un « surloyer » ou « d'acomptes » révisables ou non selon les variations d'un indice (le plus souvent l'indice de la construction publié par

---

<sup>2560</sup> Circ. n° 80-121 du 8 sept. 1980 relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives, BO environnement n° 39 du 17 oct. 1980.

<sup>2561</sup> Actuel pôle d'évaluation domaniale de la direction générale des impôts.

<sup>2562</sup> TIXIER Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 272.

<sup>2563</sup> Circ. du 8 sept. 1980, n° 80-121, relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives, B.O. environnement n° 39 du 17 oct. 1980.

<sup>2564</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juin 2001, Bull.civ. I, n° 166; JCP 2002.I.134, n° 1 svts, obs. Labarthe.

<sup>2565</sup> RAYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste *Droit civil, contrats spéciaux*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 29, p. 31.

l'INSEE) pendant la durée du bail et calculé de manière que le prix soit payé totalement au plus tard lorsque le contrat aura pris fin. Le règlement de cette somme supplémentaire peut être envisagé par le versement au terme du bail, d'un montant fixé par les parties. Les parties peuvent également envisager de cumuler les deux options, à charge pour elles de préserver l'équilibre économique du contrat. La difficulté est de convenir d'un prix de vente du bien objet de la promesse. Celui-ci dépend à la fois de la durée du bail, la valeur du bien restant inversement proportionnelle à la longueur de son immobilisation, et de l'état initial du bien. En effet, le preneur ne peut supporter à la fois la charge des travaux de construction ou de rénovation qu'il a entrepris durant la vie du contrat, et avoir à terme, à en supporter la plus-value. Une problématique de financement s'impose également aux bailleurs sociaux car la réglementation n'autorise pas l'octroi d'aides de l'Etat deux fois pour la même opération immobilière<sup>2566</sup>. Les marges financières des bailleurs sociaux en sont d'autant réduites.

**968.** Par ailleurs, le risque de ces formules, promesse unilatérale ou pacte de préférence, réside dans l'équilibre à établir entre la vente qui est organisée, et le bail de longue durée. M. Tixier s'interroge sur ce qu'il reste de la notion de bail de longue durée<sup>2567</sup>. Ce type d'opération peut être requalifié de vente à terme du bien conditionnée par le règlement de la totalité du prix de vente qui est échelonné sur plusieurs années. Il est pareillement possible de faire un parallèle avec la location-accession qui implique le règlement d'un loyer composé d'une part acquisitive, fraction du prix de vente qui est déduite du prix versé lors du transfert de propriété, et d'une part correspondant à la contrepartie de la jouissance du bien<sup>2568</sup>. Afin d'éviter tout risque de requalification, les parties et le rédacteur de ces baux de longue durée doivent s'assurer que leurs caractéristiques essentielles soient préservées et que leurs engagements principaux (construction, réhabilitation, mise en location, durée...) demeurent ceux de ce type de convention. Elles ne doivent pas avoir pour principal objet d'aménager la vente du bien. Le tribunal administratif de Lyon a pu faire la démonstration de cette analyse dans un arrêt du 18 décembre 2001<sup>2569</sup>. Dans cette affaire, le preneur d'un bail à construction a conclu un avenant qui reporte de trois ans le terme du bail et qui quadruple le montant du loyer annuel initial. Il est convenu entre les parties de transférer la propriété du terrain au terme du bail sans aucun versement supplémentaire. Les juges concluent que les parties ont modifié la nature du bail à construction, et ont en réalité convenu d'une vente à tempérament avec réserve de propriété jusqu'à achèvement du règlement. En

---

<sup>2566</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 20 et 21.

<sup>2567</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction : de la théorie à la pratique, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, p. 262.

<sup>2568</sup> Loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété, JORF du 13 juillet 1984.

<sup>2569</sup> T.A. de Lyon, 18 déc. 2001, n° 97-4891, S.A. hospitalière du Tonkin : RJF 1/2003, n° 47.

conséquence, les montants versés par le preneur et que celui-ci a comptabilisé en charges d'exploitation, ont été finalement réintégrés dans ses bénéfices.

**969.** Enfin, il faut noter que si les parties peuvent convenir ensemble, en respectant un certain cadre, des modalités juridiques et financières du transfert de propriété en faveur du preneur, les effets qui en découlent s'imposent à eux et notamment au regard du rôle social des organismes HLM.

## **B- Les effets du transfert de propriété**

**970.** Le transfert de propriété en faveur du preneur doit également être envisagé au travers des effets qui impactent les parties. Ces effets sont deux ordres. Il s'agit pour les premiers des effets civils et fiscaux (1), et sont, pour les seconds, spécifiques au mouvement HLM puisqu'il est question des effets relatifs à vocation sociale du bien objet du bail de longue durée (2).

### **1- Les effets civils et fiscaux**

**971.** Le transfert de propriété entre bailleur et preneur constitue un mode d'extinction particulier de ces conventions. En effet, ce transfert conduit à la réunion sur une même tête de droits qui ont été jusqu'alors décomposés. La confusion des droits (a) en est la conséquence civile. Ce transfert de droit, normalement établi par acte authentique et publié au service de la publicité foncière, ne reste pas inconnu des services fiscaux. Ce qui doit conduire les parties à s'interroger sur ses conséquences fiscales (b).

#### **a- La confusion des droits**

**972.** Le transfert de droit en fin de bail entraîne une confusion entre les qualités de preneur et de bailleur, tel que ce phénomène juridique est à présent défini à l'article 1349 du code civil. Cet article énonce dans son premier alinéa que « la confusion résulte de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne. ». Sur ce point, et comme

sur l'interprétation de la résiliation anticipée, administration fiscale et analyse civiliste s'opposent. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation daté du 12 juin 2012 en est une manifestation<sup>2570</sup>. En l'espèce un bail à construction a été conclu pour une durée de trente ans, et une semaine avant l'expiration du bail, le bailleur vend le terrain au preneur. En conséquence, l'administration fiscale procède à un redressement considérant que la valeur des constructions aurait dû être incluse dans l'assiette des droits d'enregistrements dus par la cession. Elle considère en effet, que la cession du terrain au locataire avant le terme du bail avait nécessairement entraîné sa résiliation amiable et le retour des constructions dans le patrimoine du bailleur. Elle argumente dans le sens de l'autonomie du droit fiscal qui justifie que les dispositions relatives à la confusion<sup>2571</sup> ne puissent faire obstacle à l'application de l'article 683 I du code général des impôts<sup>2572</sup>. Cependant la Cour de cassation rejette ces arguments et énonce que « la confusion en la personne du locataire des qualités de preneur et de bailleur qui en résulte n'a pas entraîné la résiliation anticipée du bail mais son extinction par confusion des droits...de sorte qu'aucun transfert de la propriété des constructions ne s'est produit entre le patrimoine du preneur et celui du bailleur... ». L'autonomie du droit fiscal est une fois de plus rejetée par la haute juridiction qui rappelle la nature extinctive de la confusion. La chambre commerciale a eu l'occasion de réitérer cette jurisprudence peu de temps après, dans un arrêt du 4 décembre 2012 en affirmant que « ...la confusion des droits locatifs et de propriété éteint le droit au bail sur le bien immobilier..., les travaux et améliorations réalisés par le preneur...ne peuvent entrer dans l'assiette des droits d'enregistrement faute d'avoir transité par le patrimoine du bailleur avant la vente...»<sup>2573</sup>. Il faut en retenir que la confusion ne suppose par la résiliation préalable du bail, le contrat de bail s'éteignant en même temps que les obligations qu'il contient.

**973.** L'étendue de cette extinction par confusion doit être précisée. Une première thèse estime que la confusion a un effet extinctif absolu, éteignant définitivement l'obligation qui existe entre le créancier et le débiteur. La Cour de cassation en a fait l'application dans un arrêt du 19 avril 1848<sup>2574</sup>. Toutefois, assez rapidement les juges consacrent la thèse d'une extinction relative, en précisant dans un arrêt du 4 février 1901 que le titulaire d'un droit confondu peut opposer sa

---

<sup>2570</sup> Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-18978, Defrénois RDC 01/10/2012, n° 4, p. 1257, obs. Seube.

<sup>2571</sup> Ancien art. 1300 du c. civ. : « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances. »

<sup>2572</sup> Art. 683, I du C.G.I. : « Les actes civils et judiciaires translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles à titre onéreux sont assujettis à une taxe de publicité foncière ou à un droit d'enregistrement au taux prévu à l'article 1594 D. La taxe ou le droit sont liquidés sur le prix exprimé, en y ajoutant toutes les charges en capital ainsi que toutes les indemnités stipulées au profit du cédant, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, ou sur une estimation d'experts... »

<sup>2573</sup> Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-25958, Defrénois, RDC 01/04/2013, obs. SEUBE, n° 2, p. 629.

<sup>2574</sup> Cass. civ., 19 av. 1848 : DP 1848. 1. 87.

créance, laquelle constitue pour lui un droit acquis avant la confusion, à l'encontre des tiers<sup>2575</sup>. La doctrine<sup>2576</sup> soutenant cette analyse, estime que puisque l'extinction a lieu par confusion, il faut considérer que le preneur reste tenu vis-à-vis du prêteur, car la personne sur la tête de laquelle s'opère la réunion de qualités contraires continue de devoir respecter les droits qu'elle a consentis à des tiers. Suivant la même logique, la Cour de cassation en a conclu dans un arrêt du 2 octobre 2002 que la réunion sur une seule tête des qualités de propriétaire et de locataire principal entraîne effectivement l'extinction du bail par confusion, mais reste sans effet à l'égard du sous-locataire<sup>2577</sup>. En conséquence, les baux d'habitation conclus entre les bailleurs sociaux et leurs locataires ne sont pas atteints par les effets de cette confusion, et peuvent perdurer sans que rien n'y soit changé. Il n'est pas nécessaire de conclure un avenant ou encore un nouveau bail, car les dispositions des baux en cours sont nullement affectées. Enfin, il faut noter que la réforme du droit des contrats a apporté un changement positif dans l'appréciation des conséquences de la confusion puisque juste après l'avoir défini, l'article 1349 du code civil ménage les droits des tiers. Il est à présent précisé que la confusion « éteint la créance et ses accessoires, sous réserve des droits acquis par ou contre les tiers. » Le texte conforte le principe d'une extinction relative retenue précédemment par la doctrine et la jurisprudence<sup>2578</sup>.

**974.** Enfin l'article 705 du code civil édicte que toute servitude s'éteint « lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main. » Lorsque bailleur et preneur ont convenu de certaines servitudes obligatoires à la réalisation du projet immobilier, tel que les servitudes de surplombs, d'appui ou encore de passage (autorisant le passage par le terrain du bailleur afin que le preneur accède à sa construction), s'opère lors du transfert de propriété au preneur leur extinction par « confusion ». Ce terme, emprunté à la terminologie du droit des obligations, est communément employé par la doctrine dans le cadre de l'extinction des servitudes qui procède de la réunion du fonds dominant et du fonds servant en de mêmes mains<sup>2579</sup>. En l'occurrence, il s'agit de l'application du principe énonçant que l'on ne peut avoir de servitudes sur son propre fonds, conformément à l'adage hérité du droit romain *nemini res sua servit*.

---

<sup>2575</sup> Req. 4 fév. 1901 : DP 1901. 1. 329.

<sup>2576</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 1416, p. 1395 et 1396.

<sup>2577</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 oct. 2002, n° 00-16.867 : Bull.civ. III, n° 188 ; D. 2003. 937, note Dagorne-Labbe ; AJDJ 2003. 27, note Blatter.

<sup>2578</sup> Commentaires de l'art. 1349 du c. civ., Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016), Dissaux et Jamin, Dalloz, 2016, p. 224 et 225.

<sup>2579</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 353, p. 402.

**975.** Enfin, il est important de préciser que l’extinction des servitudes par confusion n’est pas définitive. En effet, la confusion cesse rétroactivement en cas d’annulation ou de résolution de la transmission qui a provoqué l’extinction de la servitude. En revanche, la servitude ne revit pas lors d’une nouvelle séparation (ex : vente du bien par le preneur à un accédant). Il est alors nécessaire de les réorganiser dans l’acte qui engendre une nouvelle séparation des fonds.

## **b- La taxation**

**976.** D’un point de vue fiscal, a contrario de la jurisprudence de la Cour de cassation, le transfert du bien au preneur en fin de bail constitue une mutation, c’est à dire un changement de propriétaire, soumise aux droits d’enregistrement pour l’acquéreur et génératrice d’une plus-value taxable (sauf exonération) au nom du vendeur<sup>2580</sup>. A ce titre, la cession de l’immeuble au preneur entraîne l’assujettissement aux droits d’enregistrement<sup>2581</sup>, selon le tarif applicable aux immeubles à usage d’habitation en application de l’article 1378 bis du code général des impôts qui vise expressément le bail emphytéotique et de l’article 1378 ter du même code qui, reprenant la même formulation, vise le bail à construction<sup>2582</sup>. Cependant, les collectivités territoriales et les offices publics de l’habitat bénéficient d’une exonération avantageuse au titre de l’article 1042 du Code général des impôts. En outre, en application de l’article 150A du code précité, le bailleur, cédant ces droits, lorsqu’il s’agit d’une personne physique voit la vente soumise au régime fiscal des plus-values immobilière des particuliers lorsque l’immeuble est détenu depuis moins de 22 ans par le cédant.

**977.** Il faut également remarquer que de façon désavantageuse, lorsque la cession intervient après l’expiration du bail, les travaux d’amélioration ou de construction aboutissent à une double imposition, à la fois au titre des revenus fonciers et en matière de plus-values. En revanche, si l’immeuble vient à être cédé avant l’expiration du bail, cette double taxation est évitée. Les parties en tout intérêt à respecter une certaine chronologie dans l’organisation de la cession afin d’éviter de dépasser la date du terme du bail. Quant au bailleur vendeur, personne morale, s’il est soumis à l’impôt sur les sociétés au taux ordinaire, le régime des plus et moins-values professionnelles

---

<sup>2580</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, Le bail à réhabilitation, Collection « Pratique de l’immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 91.

<sup>2581</sup> Droit fixe ou proportionnel perçu par l’État lors de l’inscription d’un acte ou d’un fait auprès des services de publicité foncières (ex. conservation des hypothèques).

<sup>2582</sup> Art. 1378 bis du C.G.I. : « Les mutations de toute nature ayant pour objet, en matière de bail emphytéotique, soit le droit du bailleur, soit le droit du preneur, sont soumises aux dispositions du présent code concernant les transmissions de propriétés d’immeubles. »

s'applique dans les conditions de droit commun. S'il est soumis à l'impôt sur les sociétés au taux réduit de 24 %, la plus-value est exonérée et s'il est exonéré de cet impôt, la plus-value est exonérée<sup>2583</sup>. Précisons à ce titre que le montant de la plus-value nette est déterminé au moment de la signature du bail d'après la valeur du bien à cette date<sup>2584</sup>. En ce qui concerne le paiement d'une somme supplémentaire, si le bailleur est une personne morale, et lorsque le bail de longue durée est assorti d'une clause spéciale prévoyant le transfert de la propriété du terrain au preneur moyennant le versement d'un supplément de loyer, les sommes et prestations de toute nature reçues par lui en paiement du prix de cession du terrain ne peuvent pas être considérées comme des loyers, et ne peuvent être imposables comme tels (article 151 quater du code général des impôts). Enfin, pendant la durée du bail, la taxe foncière sur les propriétés bâties (article 1380 et suivants du code général des impôts), a été établie au nom du preneur. Après transfert des droits de l'immeuble, elle demeure à son nom mais, cette fois en sa qualité de propriétaire.

**978.** L'étude des effets civils et fiscaux du transfert de propriété en faveur du preneur permettent d'en considérer l'importance. Si ces effets concernent tous types de bailleur et preneur de baux réels immobiliers de longue durée de droit privé, certains d'entre eux ne visent que les bailleurs sociaux. Ils dépassent le seul intérêt de la personne morale désignée comme preneur du bail. Ces effets ont un impact sur la mise en œuvre de la mission d'intérêt général qui est confiée aux bailleurs sociaux et ne peuvent être occultés dans la réflexion qui doit être menée par les parties<sup>2585</sup>.

## **2- Les effets sociaux**

**979.** Les bailleurs sociaux peuvent avoir réalisé et exploité une proportion importante de leur patrimoine dans le cadre de baux de longue durée. Ils sont particulièrement attentifs au devenir de ces logements à l'issue de ce type de contrat tant à l'égard de leurs locataires et de la conservation de la vocation sociale desdits logements (a), qu'à l'égard de la pérennisation de leur patrimoine (b).

---

<sup>2583</sup> Le bénéfice imposable est en principe taxé au taux forfaitaire de 33,1/3%. Les petites et moyennes entreprises bénéficient d'un régime de faveur, réservé aux sociétés qui répondent aux conditions suivantes : Elles doivent être imposées à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, leur chiffre d'affaires hors taxes doit être inférieur à 7. 630. 000 euros, et leur capital doit être détenu à plus de 75% par des personnes physiques. Le bénéfice est taxé au taux de 15%, dans la limite de 38.120 euros par période de douze mois, la fraction excédentaire du bénéfice étant imposée à 33,1/3% (valeurs données 29/03/2017).

<sup>2584</sup> BOI-BIC-PDSTK-10-10-20-20130109, § 380.

<sup>2585</sup> Art. L. 411-2 du CCH.



## **a- La conservation de la vocation sociale des logements**

**980.** D'un point de vue pratique, concrètement, les biens sont en fait conservés dans le patrimoine de l'organisme de logements sociaux. Les logements réalisés ou réhabilités dans le cadre de ces conventions ont été intégrés dans les programmes de gestion technique et locative de son parc immobilier au même titre que n'importe quel autre bien. La mise en location de ces logements a été réalisée en application des règles relatives aux logements locatifs sociaux. Leurs loyers ont été plafonnés<sup>2586</sup>, ils ont été conventionnés (dans le cadre d'une convention APL relative au mode de financement octroyé)<sup>2587</sup> et les personnes ne peuvent en bénéficier que sous réserve de respect de conditions de plafonnement de ressources<sup>2588</sup>.

**981.** En conséquence du respect de ces dispositions, les logements exploités sont comptabilisés dans les quotas édictés par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains<sup>2589</sup>. Le transfert de propriété de ces biens dans le patrimoine du bailleur en fin de bail met un terme à la vocation sociale dont ces logements bénéficient, alors que le transfert de propriété des logements au bénéfice du preneur permet une conservation de ce statut. Ces logements sont alors exploités de la même façon par les bailleurs sociaux, les dispositions réglementaires propres à leur mise en location leur sont toujours applicables et ce sans interruption. De même, ils demeurent comptabilisés dans les quotas de logements sociaux. Les locataires en place dans les logements ne subissent aucun changement de statut et leurs conditions de location sont préservées.

---

<sup>2586</sup> Art. L. 442-1 et svts du C.C.H.

<sup>2587</sup> Art. L. 441-1 du C.C.H.

<sup>2588</sup> Art. L. 441-1 du C.C.H.

<sup>2589</sup> L'art. 55 de la loi du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, n° 2000-1208, dite SRU enjoignait les « grandes » communes d'accueillir au moins 20 % de logements sociaux sur leur territoire à l'horizon de 2022. La loi du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, n° 2000-1208, dite ALUR, impose aux communes de plus de 3500 hab. hors Ile-de-France (et plus de 1500 hab. en Ile-de-France) comprises dans une agglomération ou un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre de plus de 50000 hab. comprenant au moins une commune de plus de 15000 hab., d'avoir un nombre total de logements locatifs sociaux représentant au moins 25 % des résidences principales et rend possible un quintuplement des pénalités.

## **b- La pérennisation du patrimoine à vocation sociale**

**982.** L'accès à la maîtrise foncière est très délicat pour les bailleurs sociaux tant à l'égard du marché immobilier<sup>2590</sup>, du foncier disponible que des volontés locales<sup>2591</sup>. La réunion de toutes les conditions de faisabilité foncière et financière ne suffit pas à pouvoir donner vie à une opération de logements locatifs sociaux. Les bailleurs sociaux rencontrent régulièrement des difficultés relatives à l'acceptation de la création de logements sociaux tant par le voisinage que par les élus locaux. Les mêmes peurs, les mêmes aprioris, se retrouvent. Les uns imaginent une dégradation de l'image de leur quartier, les autres s'inquiètent pour leur tranquillité et même encore la sécurité de leur bien<sup>2592</sup>. Les élus peuvent ne pas souhaiter pas se voir reprocher l'implantation de ce type de projet sur leur commune<sup>2593</sup>.

**983.** Les difficultés sont nombreuses pour les bailleurs sociaux désireux de réaliser de nouvelles opérations de construction ou de réhabilitation de logements locatifs sociaux. La possibilité de pouvoir conserver ces logements locatifs sociaux au terme du contrat présente une réelle opportunité pour les organismes HLM<sup>2594</sup>. D'une part ces logements existant sur le secteur d'habitation sont intégrés depuis plusieurs années dans le paysage urbain du site, et d'autre part la question de leur acceptation par le voisinage et les élus n'est plus aussi prégnante. Cette option de sortie de la fin de contrat consistant au transfert des logements dans le patrimoine du preneur contribue, pour le moins, à la stabilisation du nombre de logements du bailleur social, et à la pérennité d'une partie de son patrimoine. Enfin, ce type de biens peut également faire l'objet de

---

<sup>2590</sup> USH, Les enjeux du foncier pour le logement social, Une contribution à la réflexion, Le Congrès de Nantes 20-22 sept. 2005, p. 7, 8 et 9.

<sup>2591</sup> Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan par le groupe de travail sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement – Sénat n° 442 – Annexe au P.V. de la séance du 29 juin 2005 ; Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, USH, août 2016, p. 177.

<sup>2592</sup> Rapport d'information déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 fév. 2016, p. 40, extrait : « Il est devenu courant que les habitants d'un quartier manifestent de l'hostilité face à des programmes de logements nouveaux, quels que soient leur taille, leur forme ou leur mode d'occupation. Ce sentiment peut recouper des raisons compréhensibles comme la nécessité de lier des constructions supplémentaires à de nouveaux équipements publics ou à une refonte de la voirie et des plans de circulation. D'autres réticences, moins directement avouables quoique davantage revendiquées comme telles ces derniers temps, visent en réalité à empêcher l'arrivée de nouveaux habitants dans un quartier qui se vit comme « protégé ». »

<sup>2593</sup> Rapport d'information déposé en application de l'art. 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement, présenté par M. Daniel Goldberg, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 fév. 2016, v. « Les réticences politiques et sociales autour de la construction de logements », p. 40 et 41 ; Fondation Abbe Pierre pour le logement des défavorisés, L'état du mal logement en France, 20<sup>ème</sup> Rapport annuel, 2015, p. 261 et 262.

<sup>2594</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 21 et 22.

grande rénovation dans le cadre de financements spécifiques mis à disposition des organismes HLM, et notamment avec le Programme National de Rénovation Urbaine<sup>2595</sup>. Cette procédure permet au minimum de maintenir l'attractivité, sinon de redynamiser une opération immobilière ancienne. Ce type de programme a des effets qui dépassent les seuls logements. Bien souvent c'est l'image de tout un quartier qui bénéficie de ces effets positifs. Néanmoins, ces programmes ne sont bien évidemment pas entrepris sur des biens dans le bailleur social ne peut garantir la maîtrise à court ou moyen terme. Il apparaît que pour une partie conséquente des baux réels immobiliers de longue durée le preneur, bailleur social, a tout intérêt à envisager, et ce si possible dès la conclusion du contrat initial, un transfert des biens à son profit au terme du contrat.

**984.** Le sort de la propriété du bien en fin de contrat, bien qu'essentiel, ne peut et ne doit occulter les problématiques relatives à la location du bien immobilier. En effet, les biens objets de ces contrats, et notamment lorsqu'ils sont réalisés et exploités par les bailleurs sociaux sont loués à des locataires qui vont en jouir, le plus souvent pendant plusieurs années. Ces logements sont occupés au titre de résidence principale par les personnes dont il n'est pas possible d'ignorer le devenir et d'autant plus dans le contexte actuel de crise du logement.

## **Section 2- La location du bien immobilier**

**985.** La gestion de la libération en fin de bail réel immobilier de longue durée des logements qui ont été loués constitue le point de fragilité de ces outils de maîtrise foncière<sup>2596</sup>. La situation des locataires-occupants préoccupe les bailleurs sociaux dont l'objet principal est de proposer des logements à ceux qui ne peuvent se loger par ailleurs. Les organismes HLM sont particulièrement attentifs au sort de ces locataires. Néanmoins, ces dernières années la société française, les politiques et le législateur ont également témoigné un grand intérêt pour le droit au logement en général, et pour les locataires-occupants plus particulièrement<sup>2597</sup>. De ce fait, les droits du

---

<sup>2595</sup> Le Programme National pour la Rénovation Urbaine (PNRU) est institué par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, n° 2003-710, pour la ville et la rénovation urbaine. Il prévoit un effort national de rénovation des quartiers les plus fragiles, 490 quartiers répartis dans la France entière, en métropole et en outre-mer, améliorant ainsi le cadre de vie de près de 4 millions d'habitants. Sa mise en œuvre est confiée à l'Agence Nationale pour la Rénovation Urbaine (ANRU).

<sup>2596</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 20.

<sup>2597</sup> Colloque national : Le droit au logement opposable, Lyon, le 1<sup>er</sup> déc. 2009 ; Conseil d'Etat, Droit au logement, droit du logement, Documentation Française, Rapport, 2009 ; Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées : Note, Loyers Hlm, droit au logement et mixité sociale, avril 2012 ; 8<sup>ème</sup> rapport, vers un droit au logement opposable, oct. 2002 ; 9<sup>ème</sup> rapport, droit au logement : construire la responsabilité, nov. 2003.

locataire-occupant en fin de bail ont connu une évolution favorable (§1) et le devenir du bail du locataire-occupant (§2) a été modifié.

## **§1- Les droits du locataire-occupant**

**986.** Le traitement et la prise en considération de la situation du locataire-occupant ont connu une évolution majeure. Alors, qu'initialement l'avenir locatif du locataire-occupant dépend de la volonté des parties des baux réels immobiliers de longue durée, le législateur a pris conscience de la nécessité de faire évoluer ce régime afin de le rendre plus protecteur. Ce régime évolutif (A) a conduit à la détermination d'obligations à la charge du preneur (B).

### **A- Un régime évolutif**

**987.** Afin de mesurer le chemin parcouru qui a permis d'aboutir à la création de véritables règles de protection déterminées en faveur du locataire-occupant des biens objets des baux réels immobiliers de longue durée, il est au préalable nécessaire de faire la lumière sur la situation antérieure qui lui est défavorable (1), pour ensuite apprécier les effets positifs de la reconnaissance des droits du locataire (2).

#### **1- Une situation antérieure défavorable**

**988.** Dans les années antérieures à l'avènement du droit au logement, les intérêts des parties des baux réels immobiliers de longue durée sont préservés au détriment de ceux des locataires-occupants. Il est alors entendu que l'attractivité de ces outils juridiques tient à ce que le bailleur puisse retrouver la pleine propriété du bien à l'issue du contrat, totalement libérée des

occupants<sup>2598</sup>. Aucune contrainte ne doit peser sur le bailleur à la fin du bail de longue durée. En conséquence, les dispositions légales en vigueur défavorables aux locataires occupants (a) sont strictement appliquées (b).

### **a- Des dispositions légales défavorables**

**989.** A l'origine le régime juridique du bail emphytéotique, bail à construction et bail à réhabilitation ne prévoit aucune garantie particulière à l'égard du locataire du preneur à bail. La doctrine<sup>2599</sup>, la pratique<sup>2600</sup> et la jurisprudence<sup>2601</sup> considèrent que concernant le bail emphytéotique, les baux consentis par le preneur prennent fin automatiquement à l'échéance du bail. Cette analyse découle du principe juridique classique selon lequel le titulaire d'un droit ne peut consentir plus de droits qu'il n'en a lui-même. Les dispositions relatives au bail à construction et au bail à réhabilitation sont plus explicites. Dans le cadre du bail à construction, l'ancien article 251-6 du code de la construction et de l'habitation prévoit que les baux de toute nature portant sur les constructions s'éteignent à la fin du bail. L'ancien article L. 252 du code précité oblige le preneur du bail à réhabilitation à restituer l'immeuble libre de toute occupation. Le locataire du preneur se trouve dépendant des accords pris entre les parties du bail réel immobilier de longue durée.

**990.** Trois situations peuvent se présenter, et celles-ci entraînent des conséquences différentes pour le locataire<sup>2602</sup>. Première hypothèse, le bail réel immobilier de longue durée est prolongé entre les parties, et en conséquence le bail d'habitation entre le preneur et son locataire est maintenu. Deuxième hypothèse, le bail expire et le preneur, par transfert de la propriété du bailleur, conserve le bien. Les contrats en cours peuvent se poursuivre, le preneur demeurant bailleur de ces baux d'habitation. Seules ces deux situations, aujourd'hui toujours envisageables

---

<sup>2598</sup> TERRE François, SIMLER Philippe, Droit civil : Les biens, Dalloz-, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [940] p. 825 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2. 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-5, p. 415.

<sup>2599</sup> Dalloz, Répertoire Droit civil, Bail emphytéotique, Jean-Luc TIXIER, avril 2006, n° 36 ; Bail emphytéotique et droit au renouvellement du sous-locataire, Commentaire par Philippe-Hubert BRAULT, Loyers et Copropriété n° 4, avril 2005, comm. 73.

<sup>2600</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 27.

<sup>2601</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 29 janv. 1992, AJDI 1992.782, Bull. civ. III, n° 31, JCP, éd. N, 1992. II. 261 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, Bull. civ. III, n° 34 ; RJDA 2005, n° 516 ; Cass. com. 6 avril 1965, Gaz. Pal. 1965. 2. 85. ; C.A. de Paris, 4 mars 2008, n° 06/00926.

<sup>2602</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers, n° 151, avril 2013, p. 18 et 19.

par les parties au bail de longue durée, permettent au locataire de conserver la jouissance de son logement. Dans la dernière et troisième hypothèse où le bail de longue durée expire et l'ensemble immobilier devient propriété pleine et entière du bailleur, le preneur doit faire son affaire des baux d'habitation qui expirent normalement à la fin du bail principal. Le preneur, bailleur social de son état, se trouve alors face à plusieurs options. Il peut prendre toute la mesure de sa mission sociale, et adapte la durée de ses baux d'habitation au terme du bail de longue durée et aménage le transfert de ses locataires dans son propre patrimoine immobilier. Néanmoins, il peut également signifier au locataire qu'au terme dudit bail réel immobilier de longue durée, le titre d'occupation qui lui a été consenti s'éteint et que de ce fait il doit libérer les lieux. Les bailleurs sociaux ont pour vocation d'offrir un logement de qualité à ceux qui ne peuvent pas se loger au prix du marché, et pour mission d'assurer un accompagnement social de ses locataires, toutefois ils sont alors seuls juges du respect de leurs engagements sociaux vis-à-vis des locataires-sortants.

## **b- Une stricte application**

**991.** Les dispositions légales défavorables au locataire ont été strictement appliquées par la jurisprudence en plusieurs occasions. Cette dernière n'a pas, et ce pendant de longues années, modérée la portée de la réglementation alors en vigueur. La Cour de cassation a énoncé dans un arrêt daté du 29 janvier 1992 « qu'en fin de bail emphytéotique, les charges, baux ou titres d'occupation consentis par le preneur s'éteignent »<sup>2603</sup>. Dans ce même arrêt la haute juridiction a pu en tirer les conséquences suivantes : « les occupants du chef du preneur ne bénéficient d'aucune prérogative particulière : ni droit au maintien dans les lieux, ni octroi préférentiel d'un bail, ni perception d'une indemnité en raison de l'absence d'offre d'un nouveau bail. » Ces mêmes conclusions ont été reprises à l'égard du bail à construction, dans un arrêt du 10 février 2004<sup>2604</sup>. Dans cette affaire, le locataire-occupant prétend que la révocation de son bail ne peut lui être opposé au regard des dispositions de l'article 1165 du code civil, par lesquelles le bailleur doit garantir à son locataire une jouissance paisible. Suivant sa logique, cette obligation empêche le bailleur d'invoquer le fait que le bail à construction soit terminé. De l'avis du locataire, il appartient au bailleur de prévoir dans son bail, une clause prévoyant les conséquences pour les parties au contrat d'une éventuelle non-reconduction du bail à construction à son terme. Ces arguments ont été rejetés par la Cour de cassation qui, suivant la jurisprudence antérieure décide

---

<sup>2603</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 1992, n° 90-16.346, Bull. civ. III, n° 31 ; AJDI 1992. 782.

<sup>2604</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 fév. 2004, n° 03-10.102.

que « les baux ou titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent de plein droit à l'expiration du bail à construction. ».

**992.** Une jurisprudence constante a établi que les baux expirent au terme du bail de longue durée, lorsque le bailleur (propriétaire initiale) devient propriétaire de plein droit des biens. De plus, dans ces circonstances, le locataire ne peut prétendre ni au droit au renouvellement de son bail, ni, partant, au paiement d'une indemnité d'éviction<sup>2605</sup>. L'interprétation rigoureuse des dispositions légales en la matière a également été relayée, concernant plus précisément le bail à construction, dans une réponse ministérielle datée du 23 avril 2001<sup>2606</sup>. Il a été répondu à M. Cuq que « les baux portant sur les constructions édifiées dans le cadre du bail à construction prennent fin à l'expiration de ce dernier. Ces dispositions s'appliquent à tous les contrats de location conclus par le preneur du bail à construction quel que soit la qualité du preneur ou le régime des baux qu'il a contractés même s'ils assurent aux locataires en place une protection renforcée... ».

**993.** Les juges et ministères ont alors une interprétation stricte des dispositions légales en vigueur, mais les conséquences humaines et sociales vis-à-vis des locataires occupants de tels logements gérés par les bailleurs sociaux ne peuvent qu'être désastreuses. En effet, ces occupants de logements sociaux répondent à des conditions de plafond de ressources qui les placent dans la catégorie des ménages modestes. Les locataires du parc Hlm sont les ménages dont le revenu disponible de vie annuel médian par unité de consommation (ou niveau de vie annuel médian) est le plus faible (15100 euros/an, contre 17900 euros/an pour les locataires du secteur libre). Ils ont fréquemment des ressources très inférieures aux plafonds d'attribution, et ceci tend à devenir de plus en plus important<sup>2607</sup>. Ces foyers « sensibles » peuvent se trouver dans une situation économique qui rend difficile leur accès au logement locatif privé et leur relogement. L'habitat social a pour mission d'intérêt général, d'offrir un logement de qualité à ceux qui ne peuvent pas se loger au prix du marché. Aussi, la question relative aux sorts des occupants n'a pu rester statique.

---

<sup>2605</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-18133 et Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, n° 03-17065.

<sup>2606</sup> Concernant le bail à construction, les baux d'habitation passés par le preneur prennent normalement fin avec l'expiration dudit bail. Réponse à M. Cuq n° 57189 du 23/04/2001, JOQR A.N. p. 2486.

<sup>2607</sup> Le monde, HLM et hauts revenus : y a-t-il de quoi s'indigner ?, 25/10/2018.

## 2-La reconnaissance des droits du locataire

**994.** Le droit au logement est considéré comme découlant, en France, de la rédaction des 10<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> alinéas du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946<sup>2608</sup>, qui fait partie de textes à valeur constitutionnelle. Malgré cela le processus de reconnaissance d'un véritable droit au logement a été long et sa mise en œuvre en est encore délicate à ce jour. Cependant, la prise de conscience des politiques et du grand public qui a accompagné son avènement (a) a eu des effets (b) qui ont impacté positivement les outils juridiques de maîtrise foncière concourant à la production de logements.

### a- L'avènement du droit au logement

**995.** Le droit au logement, reconnu depuis la loi du 22 juin 1982 n° 82-526 sur les droits et obligations des locataires et des bailleurs, dite « Quilliot »<sup>2609</sup>, comme un droit fondamental, et a été défini par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 sur la mise en œuvre du droit au logement, dite « Besson »<sup>2610</sup>. Son article premier précise que sa garantie « constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation » et que « toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, ...pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir ». Dans un premier temps cette qualification n'a pas emporté d'autre conséquence directe que l'affirmation par le Conseil constitutionnel que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif à valeur constitutionnelle »<sup>2611</sup>. Malgré la promulgation de ces différents textes législatifs, l'effectivité du droit au logement n'est toujours pas acquise dans les faits et la réalité sociale est en effet tout autre. Les rapports du Haut Comité pour le logement des personnes défavorisées d'octobre 2002 et novembre 2003 font le constat que « le mal logement touche 3 millions de personnes. De multiples signaux qui remontent des acteurs de

---

<sup>2608</sup> Art. 10 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. » ; Art. 11. : « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

<sup>2609</sup> La loi du 22 juin 1982, n° 82-526, sur les droits et obligations des locataires et des bailleurs énonce que « le droit à l'habitat est un droit fondamental ; il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent », JORF du 23 juin 1982.

<sup>2610</sup> Loi du 31 mai 1990, n° 90-449, sur la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>2611</sup> C. Const., Décision n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, relative à l'art. 7 de la loi du 21 janv. 1995, n° 95-74, relative à la diversité de l'habitat.



terrain témoignent du développement de situations de crise »<sup>2612</sup>, et, « bien que le droit au logement ait été plusieurs fois réaffirmé par la loi depuis une vingtaine d'années et qu'il soit reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle, ceci ne l'empêche pas, sur le terrain, d'être souvent mis en échec »<sup>2613</sup>. Le rapport de novembre 2003 propose de rendre le droit au logement opposable, et ce afin de pallier aux manquements de la loi Besson du 31 mai 1990 qui n'a créé qu'une obligation de moyens. La haute autorité demande alors à l'Etat de passer à une obligation de résultat.

**996.** Par la suite, c'est porté par le Haut Comité, soutenu le monde associatif et part une prise de conscience collective, résultant notamment de la mobilisation autour des campements de sans-abris installés dans plusieurs grandes villes de France durant l'hiver 2006, que l'opposabilité du droit au logement a acquis un fondement juridique avec la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable<sup>2614</sup>. Le texte vise à garantir le droit à un logement à toute personne qui, résidant en France de façon stable et régulière, n'est pas en mesure d'accéder à un logement décent ou de s'y maintenir. Il promulgue le droit au logement opposable, on parle alors de « loi DALO » et de recours « DALO »<sup>2615</sup>. D'autres textes ont suivi, poursuivant toujours le même objectif, notamment avec la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion<sup>2616</sup>, dite « Loi Boutin », de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, qui renforce les obligations de l'Etat, la loi n° 2013-61 du 18 janvier 2013 relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social<sup>2617</sup>, et la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>2618</sup> qui a pour objectif de faciliter l'accès au logement des ménages et de favoriser la construction en privilégiant la qualité du cadre de vie.

---

<sup>2612</sup> Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, 8<sup>ème</sup> rapport, vers un droit au logement opposable, oct. 2002.

<sup>2613</sup> Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, 9<sup>ème</sup> rapport, droit au logement : construire la responsabilité, nov. 2003.

<sup>2614</sup> Loi du 5 mars 2007, n° 2007-290, sur le droit au logement opposable, JORF du 6 mars 2007.

<sup>2615</sup> Droit au logement opposable.

<sup>2616</sup> Loi du 25 mars 2009, n° 2009-323, de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, JORF du 27 mars 2009.

<sup>2617</sup> Loi du 18 janv. 2013, n° 2013-61, relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, JORF du 19 janv. 2013.

<sup>2618</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

## **b- Les effets du droit au logement**

**997.** Symbole fort de l'influence de la reconnaissance du droit au logement et de l'évolution des dispositions relatives aux baux de longue durée, la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement crée, par son article 11, le bail à réhabilitation<sup>2619</sup>. L'objectif du législateur est de donner corps au droit au logement en aidant à la réhabilitation du parc privé de logements anciens en vue de les louer à des personnes défavorisées. Dans ce contexte les travaux de commission du Sénat ont abouti à la proposition d'une rédaction qui doit préciser « les conditions de sortie du bail à réhabilitation, afin d'éviter que, faute de délais explicites, l'occupant du logement puisse devenir occupant sans titre en cas de décision ...»<sup>2620</sup>. Ce texte conçoit le premier bail de longue durée qui prend en considération le sort des locataires-occupants, et qui apporte de surcroît une certaine sécurité quant à leur devenir à l'issue dudit bail.

**998.** Pour autant, le débat relatif à la reconnaissance et la mise en œuvre du droit au logement ne sait pas éteint. Les associations et les actions du Haut comité pour le logement des personnes défavorisées ont poursuivi leur mission, et sont parvenus à mettre le droit au logement au centre de nombreux dispositifs législatifs<sup>2621</sup>. Les auditions réalisées préalablement à l'adoption de la loi DALO ont montré<sup>2622</sup>, aussi bien au Sénat qu'à l'Assemblée nationale plusieurs lacunes dans le processus relatifs aux dispositifs d'accompagnement social des personnes défavorisées<sup>2623</sup>. D'importants manquements en matière d'accès à l'information ont pu être constatés. En outre, le bilan relatif à la mise en œuvre de la loi DALO a également mis en exergue de grandes difficultés au regard de la mise en place des procédures de relogement. Dans les régions où le parc locatif social est notoirement insuffisant, existe un décalage structurel entre le nombre de demandes

---

<sup>2619</sup> Loi du 31 mai 1990, n° 90-449, sur la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>2620</sup> Rapport n° 205 (1989-1990) de M. Robert LAUCOURNET, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 2 av. 1990. 45.

<sup>2621</sup> Créé à la demande de l'Abbé Pierre, le décret constitutif du Haut comité fut signé le 22 déc. 1992 par F. MITTERRAND. Le Haut Comité a pour mission de faire toute proposition utile sur l'ensemble des questions relatives au logement des personnes défavorisées. Il élabore chaque année un rapport qu'il remet au Président de la République et au Premier Ministre. La tradition veut que le Président de la République reçoive l'ensemble du Haut Comité au cours du mois de décembre. Dans un deuxième temps le Premier Ministre reçoit le Président et une délégation du Haut Comité. Le Haut Comité émet également des avis, soit à la demande du Gouvernement, soit de sa propre initiative, sur tout projet de loi ou proposition de loi qui concerne le logement des personnes défavorisées. Le cas échéant, le Président du Haut Comité alerte le Gouvernement sur les points qui lui paraissent importants. Le Président du Haut Comité ou son représentant siège au CNLE (Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale).

<sup>2622</sup> Loi du 5 mars 2007, n° 2007-290, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF du 6 mars 2007.

<sup>2623</sup> Rapport fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi du 5 mars 2007, n° 2007-290, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, par MM. Claude DILAIN et Gérard ROCHE, enregistré à la Présidence du Sénat le 27 juin 2012.

reconnues prioritaires et urgentes et le nombre de demandes ayant obtenu satisfaction par l'attribution d'un logement. Au 31 décembre 2010, le comité de suivi de la mise en œuvre du DALO estime à 18 718 (dont 16 214 pour l'Île-de-France), l'écart entre le nombre de ménages qui auraient dû recevoir une offre et le nombre de requérants effectivement relogés<sup>2624</sup>. Le rapport du comité de suivi évalue à 27 500 décisions le nombre de décisions qui ne sont pas mises en œuvre en juillet 2011. Transmission des informations et relogement se sont imposés comme les deux axes fondamentaux vers lesquels le législateur doit concentrer son action afin de préserver et favoriser l'accès au logement.

**999.** Parallèlement à ce processus de reconnaissance du droit au logement le législateur a fait peu à peu démonstration d'une certaine sensibilisation à la question et notamment dans la mise en œuvre d'un nouvel outil juridique : la convention d'usufruit locatif social. L'article 84 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat a permis à des organismes HLM de détenir temporairement l'usufruit de logements locatifs en modifiant l'article L. 411-3 du code de la construction et de l'habitation sans plus de précision protectrice à l'égard du locataire-occupant<sup>2625</sup>. Cependant, le rapport de M. Dominique BRAYE, fait au nom de la commission des affaires économiques dans le cadre du projet de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, déposé le 15 novembre 2005<sup>2626</sup>, énonce « qu'un tel mécanisme ne pouvait se généraliser qu'à la condition expresse que les engagements de relogement des occupants en place soient solidement définis à l'issue de la période pendant laquelle l'investisseur a livré son usufruit ». C'est finalement l'article 42 de cette loi du 13 juillet 2006<sup>2627</sup> qui a consacré et sécurisé l'usufruit locatif social en codifiant l'ensemble des règles applicables aux articles L. 253-1 à L. 253-8 du code de la construction et de l'habitation<sup>2628</sup>.

**1000.** L'avènement du droit au logement et de ces piliers que sont la transmission d'information et les processus de relogement influencent les dispositifs de maîtrise foncière mis plus particulièrement à la disposition des bailleurs sociaux. Convention d'usufruit locatif social, bail à

---

<sup>2624</sup> Comité de suivi de la mise en œuvre du droit au logement opposable, 5<sup>ème</sup> rapport annuel, nov. 2011, « Monsieur le Président de la République, faisons enfin appliquer la loi DALO », p. 23 et svts, p. 31.

<sup>2625</sup> Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat, JORF du 3 juillet 2003.

<sup>2626</sup> Rapport n° 81 (2005-2006) de M. Dominique BRAYE, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 15 nov. 2005, art. additionnel après l'art. 7 (art. L. 253-1 à L. 253-8 du C.C.H.), Dissociation de l'usufruit locatif et de la nue-propriété.

<sup>2627</sup> Loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872, portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juill. 2006.

<sup>2628</sup> Ceux-ci sont complétés par les art. R. 252-1 et R. 252-2 du C.C.H., et par la circ. du 17 av. 2007, UHC/FB3 n° 2007-27 du 17 av. 2007 concernant la mise en œuvre de l'usufruit locatif social, B.O. Equipement n° 9 du 25 mai 2007, p. 237.

réhabilitation, bail réel immobilier et bail réel solidaire offrent à ce jour de véritables garanties en faveur du locataire-occupant, à charge au preneur de les respecter.

## **B- Un régime sécurisant**

**1001.** En complément de son travail sur l'avènement du droit au logement, le législateur introduit un régime sécurisant en deux volets. Le premier impose une obligation d'information dans les derniers outils de maîtrise foncière créée pour lutter contre la crise du logement (1), et le second, dans le même objectif de lutte contre le mal-logement, impose au preneur ou usufruitier, une obligation de relogement venant compléter le dispositif de garanties des intérêts du locataire-occupant (2).

### **1- L'obligation d'information**

**1002.** Il est nécessaire de faire l'étude du dispositif protecteur et précurseur de l'usufruit locatif social (a) qui a influencé les dispositions relatives aux locataires-occupants prévues dans les autres outils de maîtrises foncières (b).

#### **a- Le dispositif protecteur initié par l'usufruit locatif social**

**1003.** Dans le cadre de l'usufruit locatif social, les locataires bénéficient de garanties particulières issues de l'article 42 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant sur l'Engagement National pour le Logement et codifiées dans le code de la construction et de l'habitation aux articles L. 253-3 et suivants<sup>2629</sup>. Ce premier article énonce que le bail doit expressément indiquer, de manière apparente, le statut juridique du logement, préciser le terme ultime du contrat tel que prévu à l'article L. 253-4 du code précité, et reproduire les termes des articles L. 253-5 à L. 253-7 du même code. Il est question d'informer clairement, c'est à dire dans des termes ne pouvant porter à confusion et dans un format approprié, le locataire-occupant. Dans ce cadre, l'Union social pour

---

<sup>2629</sup> Loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872, portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juill. 2006.

l'habitat conseille aux bailleurs sociaux de rédiger un bail spécifique dans lequel sont intégrées immédiatement après l'identification des parties, les origines de « propriété » des droits du bailleur social, les durée et date d'expiration de l'usufruit<sup>2630</sup>. En sus, il est également recommandé d'intégrer une clause, rédigée en caractère gras, spécifiant que le logement est donné en location pour une durée déterminée dans ledit bail de location, à laquelle est rajoutée la précision que celle-ci ne saurait excéder la date d'extinction des droits d'usufruit, reprenant les dispositions de l'article L. 253-4 du même code. Afin de compléter ce dispositif, il peut également être proposé aux parties de prévoir un espace, situé en-dessous de ces dispositions, permettant de certifier par signature que le bailleur social en a bien informé le locataire, et que celui-ci les a bien reçues et comprises. En effet, si le bailleur social est dans l'obligation d'informer le locataire, il est aussi dans son intérêt de faire preuve du respect des règles qui lui sont imposées, et de pouvoir faire la démonstration de sa bonne foi vis-à-vis du locataire-occupant.

**1004.** Vient ensuite la gestion de l'arrivée du terme de l'usufruit. La société PERL, 1<sup>er</sup> partenaire des acteurs de l'habitat pour l'usufruit locatif social, préconise l'anticipation des dispositions prévues par la loi en engageant les démarches à deux ans du terme de l'usufruit. Le but étant de mener à bien le processus d'accompagnement du locataire-occupant et, par une meilleure concertation avec le nu-propiétaire, d'offrir au locataire en place une solution optimisée<sup>2631</sup>. Cependant, le code de la construction et de l'habitation ne fait débiter le processus, vis-à-vis du locataire, qu'un an avant la fin de l'usufruit. Conformément aux dispositions de l'article L. 253-6 I, un an avant l'extinction de l'usufruit, l'usufruitier est tenu de rappeler au nu-propiétaire et au locataire les dispositions de l'article L. 253-5 du code précité<sup>2632</sup>. Pour ce faire concrètement, l'usufruitier-bailleur envoie un courrier recommandé avec accusé de réception au nu-propiétaire et au locataire rappelant les options possibles entre eux et leurs conditions d'application. Ces options détaillées par l'article ci-dessus énoncé découlent du choix qui est fait par le nu-propiétaire. Cette interpellation permet en fait à l'usufruitier d'alerter le nu-propiétaire sur la nécessité que ce dernier fasse un choix sur le devenir du bien en question, et éveille l'intérêt du locataire sur son propre avenir et les éventuelles options qui peuvent alors se présenter à lui.

**1005.** Le nu-propiétaire peut souhaiter conserver le locataire dans son logement, et doit lui proposer la conclusion d'un nouveau bail qui prend effet à la fin de l'usufruit. Ce bail est

---

<sup>2630</sup> USH et CDC, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 54.

<sup>2631</sup> Société PERL, Carnet de bord de la sortie d'usufruit, 2017, p. 9.

<sup>2632</sup> Cet article a été modifié par l'article 68 de la loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové afin d'y intégrer la possibilité pour le nu-propiétaire, lorsqu'il est occupant, d'informer l'usufruitier de son intention de renouveler la convention d'usufruit, et ce six mois avant l'expiration de l'usufruit.

conforme à la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs<sup>2633</sup>, mais ne répond plus aux obligations légales relatives aux logements locatifs sociaux. Le loyer n'est pas plafonné en fonction du mode de financement initial comme cela est imposé aux organismes HLM, et le locataire ne bénéficie plus des dispositions protectrices propres au statut social. Le nu-proprétaire peut faire le choix de vendre ce logement. Dans le cas où celui-ci est cédé à l'organisme HLM usufruitier, le locataire conserve logement et statut. Si le nu-proprétaire le cède à une tierce personne qui souhaite à son tour l'habiter ou le louer, alors le locataire ne peut continuer à occuper le bien. De même, si le nu-proprétaire souhaite récupérer le bien à son propre compte afin d'y résider, il le signifie au locataire. L'article L. 253-3 du code précité énonce en conséquence les deux options que le nu-proprétaire peut exposer au locataire, soit la conservation du logement par la signature d'un nouveau bail, soit un congé avec effet au terme de l'usufruit.

**1006.** Il appartient à l'usufruitier, identifié par ces dispositions comme étant responsable du bon déroulement de la procédure, de procéder à l'information de l'ensemble des parties en présence. Ce dernier est considéré comme « sachant » professionnel de l'immobilier social, à l'inverse des autres parties, nu-proprétaire et locataire, sur lesquels ne repose aucune obligation particulière d'information. On peut s'en étonner notamment à l'égard du nu-proprétaire qui n'est pas même soumis à l'obligation d'informer le locataire de ses projets futurs concernant le logement que ce dernier occupe. En effet, à l'échéance suivante, fixée par les textes à six mois avant la fin d'usufruit, l'article L. 253-5 du code de la construction et de l'habitation dispose que le nu-proprétaire, peut, et non pas « doit », soit proposer au locataire un nouveau bail, soit donner congé pour vendre ou pour occuper le bien.

**1007.** Enfin, trois mois avant l'échéance, le bailleur social (usufruitier) doit officiellement, par courrier, faire une proposition de relogement au locataire qui n'a pas conclu un nouveau bail avec le nu-proprétaire. Là encore l'obligation pèse sur l'usufruitier, bailleur social, qui doit faire une démarche positive envers le locataire, alors que le nu-proprétaire peut se contenter d'ignorer le locataire et de ne pas répondre aux diverses sollicitations. L'engagement du bailleur social est d'autant plus fort qu'il est précisé par les dispositions de l'article ci-dessus énoncé que le non-respect par l'usufruitier-bailleur social de cette obligation est inopposable au nu-proprétaire. En tout état de cause ce dernier n'a pas à souffrir des éventuels manquements de son usufruitier.

---

<sup>2633</sup> Loi du 6 juill. 1989, n° 89-462, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi du 23 déc. 1986, n° 86-1290, JORF du 8 juill. 1989.

**1008.** Le législateur a organisé un outil de maîtrise foncière protecteur à l'égard du locataire, mais également sécurisant à l'égard du nu-propiétaire sur lequel ne repose aucune d'obligation de communication de ses intentions. Ce dernier est garanti de retrouver au terme de l'usufruit un bien libre de toute location, à charge pour son usufruitier de faire tout le nécessaire. La formule se veut attractive, et en soit elle présente de sérieux avantages pour le nu-propiétaire et le locataire-occupant.

## **b- L'ajustement des autres dispositifs**

**1009.** Dans le cadre du bail à réhabilitation, le dispositif juridique prévoit à l'origine que le preneur est tenu de restituer l'immeuble au bailleur libre de toute location et occupation. Cette obligation pèse exclusivement sur le preneur. A défaut de ne pas l'avoir respecté, il peut être déduit, par application de l'article L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation, qu'il est imposé au preneur d'engager les diligences nécessaires pour parvenir à cette restitution, d'en supporter la charge financière, et les dommages et intérêts qui peuvent éventuellement être dus en raison du retard dans l'exécution de cette obligation<sup>2634</sup>.

**1010.** Cependant afin d'accompagner le locataire dans cette transition au terme du bail à réhabilitation, ce même article L. 252-4 du code précité présente une évolution dans cette procédure. Le texte de l'article 11 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement réglant le sort des occupants à la fin du bail présente deux options différentes<sup>2635</sup>. Six mois avant la fin du bail à réhabilitation, le bailleur peut proposer aux locataires en place, un nouveau contrat de location dit « classique ». Le locataire sort du statut dit « HLM » et les dispositions de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 s'appliquent alors en l'espèce<sup>2636</sup>. A défaut de cette proposition, le preneur, bailleur social, est tenu d'offrir aux occupants, dans un délai de trois mois au plus tard avant l'expiration du bail de longue durée, un logement correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités. Le nouvel article L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation issu de la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové n° 2014-366 du 24 mars 2014 a modifié les modalités de fin de bail à réhabilitation afin qu'elles se

---

<sup>2634</sup> MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 137.

<sup>2635</sup> Loi du 31 mai 1990, n° 90-449, visant à la mise en œuvre du droit au logement, JORF du 2 juin 1990.

<sup>2636</sup> Loi du 6 juill. 1989, n° 89-462, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, JORF du 8 juill. 1989.

rapprochent de celles qui régissent le bail dans la convention d'usufruit locatif social<sup>2637</sup>. Les mêmes impératifs que ceux initiés par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement sont repris en développant l'information du locataire et celle du propriétaire<sup>2638</sup>. Un an avant l'expiration du bail, et c'est là la grande nouveauté de ce nouvel article L. 252-4, l'alinéa 1<sup>er</sup> du code précité prévoit une information à destination du bailleur, d'une part, et du locataire du bien réhabilité, d'autre part. Le preneur doit les informer des dispositions qui suivent et qui s'imposent dans les six et trois mois avant l'expiration du bail.

**1011.** En premier lieu, selon l'article L. 252-4, II, alinéa 2 du même code, six mois avant la date d'expiration du bail à réhabilitation, le bailleur peut proposer au locataire un nouveau bail prenant effet au terme du bail à réhabilitation. Il faut naturellement comprendre qu'il s'agit d'un contrat de location « classique » aux conditions du marché, le bien ne bénéficiant plus de son statut social. L'alinéa 1<sup>er</sup> de cette même disposition prévoit une nouvelle hypothèse, similaire à celle créée dans le cadre de la convention d'usufruit locatif. Celle-ci dispose en effet que dans le cas où le locataire-occupant est le bailleur lui-même, celui-ci peut, dans le même délai de six mois, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, informer le preneur de son intention de prolonger le bail à réhabilitation. Selon l'exposé des motifs de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>2639</sup>, cette disposition prévoit « explicitement, ce qui n'est pas le cas actuellement, que le bailleur puisse être un propriétaire occupant »<sup>2640</sup>. Cela vise incontestablement le bailleur qui satisfait lui-même aux conditions d'éligibilité de locataire occupant et qui jouit à ce titre du logement bénéficiant de la réhabilitation. Enfin, trois mois avant l'expiration du bail à réhabilitation, le preneur doit proposer un logement au locataire qui n'a pas conclu de nouveau bail avec le bailleur.

**1012.** Considérant le bail réel immobilier, mis en œuvre par l'ordonnance n° 2014-159 du 20 février 2014 relative au logement intermédiaire<sup>2641</sup>, l'article L. 254-4 du code de la construction et de l'habitation prévoit également un formalisme informatif à destination du locataire qui doit avoir connaissance du dispositif mis en place et de ses incidences sur le bail. Lorsque le preneur décide de mettre en location les logements sur lesquels il détient un droit, il est tenu de mentionner « en caractères apparents » dans les baux la date d'extinction du bail et l'effet de cette extinction sur le contrat. En l'occurrence, les mêmes conseils de rédaction prodigués au sujet des baux d'habitation

---

<sup>2637</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2638</sup> Loi du 13 juill. 2006, n° 2006-872, portant engagement national pour le logement, JORF du 16 juill. 2006.

<sup>2639</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2640</sup> TRANCHANT Laetitia, Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété, RDI mai 2014, p. 276.

<sup>2641</sup> Ord. du 20 fév. 2014, n° 2014-159, relative au logement intermédiaire, JORF du 21 fév. 2014.



conclus dans le cadre de la convention d'usufruit locatif social peuvent être réitérés. Le contrat de bail doit également reproduire en caractères apparents, sous peine de nullité, les dispositions de l'article L. 254-1 et le 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 254-2 du code précité qui prévoient notamment que « les baux s'éteignent à l'expiration du bail réel immobilier, sauf si le contrat de bail réel immobilier en prévoit la continuation par le bailleur, et sous réserve des dispositions prévues au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article L. 254-4 ».

**1013.** A la différence de la convention d'usufruit locatif social et du bail à réhabilitation, le législateur a prévu une conséquence particulière en cas de défaut d'information. En effet, le locataire a la possibilité de se maintenir dans les lieux pendant trente-six mois à compter de la date d'expiration du bail réel immobilier moyennant une indemnité d'occupation égale au dernier loyer d'habitation expiré et payable dans les mêmes conditions. Ce dispositif du bail réel immobilier relatif au sort du locataire en fin de bail se différencie nettement du bail à réhabilitation et de la convention d'usufruit locatif social. Le bail réel immobilier reprend le principe de la transmission d'information au locataire au travers de clauses qui sont insérées dans son bail, mais ici pas de compte à rebours enclenché au fur et à mesure de l'arrivée du terme. L'information est faite à l'origine de la location du bien, puis le preneur (bailleur du locataire-occupant) n'est plus engagé dans aucun formalisme spécifique d'information à l'égard de son locataire. Le bail réel solidaire organise l'information du locataire et son droit au maintien dans les lieux dans les mêmes termes à l'article L. 254-4 du code précité.

**1014.** Mise en exergue depuis ces dernières décennies, l'obligation d'information du locataire-occupant prend toute sa mesure en période de crise du logement. Les dispositions visent clairement à organiser son accompagnement vers la fin de son bail et éviter de le laisser dans une situation à laquelle il n'a pas été préparé. Cependant, afin de compléter de la meilleure façon la sécurisation de la situation du locataire occupant, et de parvenir à une vraie garantie de ses intérêts, le législateur ne peut se passer d'organiser une obligation de relogement à la charge du preneur.

## **2- L'obligation de relogement**

**1015.** Le législateur impose cette obligation dans le cadre de certains baux réels immobiliers de longue durée (a), sans que cela ne puisse, pour autant, malheureusement éviter de conduire à certains échecs pour les parties (b).

### **a- Les dispositifs de relogement**

**1016.** Il est évident que le bailleur, retrouvant la pleine propriété de son immeuble au terme du bail de longue durée, a tout intérêt de pouvoir le relouer en application de valeurs locatives classiques<sup>2642</sup>. Ce dispositif contribue à l'attractivité financière de l'outil juridique. Le bailleur redevenu propriétaire est libre de relouer son bien sans être affecté par la réglementation qui s'impose aux bailleurs sociaux. Les dispositions relatives au bail à réhabilitation imposent au bailleur social, preneur du bail de longue durée, de procéder au relogement du locataire occupant, lorsqu'aucune autre option ne s'est présentée pour ce dernier. L'article L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation dispose que trois mois avant l'extinction du bail de longue durée, le preneur propose au locataire, qui doit remplir certaines conditions de ressources, un logement correspondant à ses besoins et possibilités, apportant une différence importante avec ses précédentes dispositions. En effet, dans le cadre de l'application de l'ancien dispositif, l'article L. 252-4 du code précité ne conditionne pas le relogement aux conditions de ressources du locataire et les organismes HLM se sont alors interrogés afin de déterminer si les locataires concernés, doivent remplir les conditions d'attribution d'un logement HLM<sup>2643</sup>. Ils en ont alors conclu que ces dispositions confèrent aux locataires un droit au relogement, et qu'il ne s'agit pas d'une attribution de logement soumise à des règles en matière de formalisme de demande et de respect des plafonds de ressources<sup>2644</sup>.

**1017.** Néanmoins, à ce jour les nouvelles dispositions du bail à réhabilitation renvoient, sans plus de précision, aux « conditions de ressources fixées par décret ». Cependant, il est conseillé aux bailleurs sociaux d'appliquer en la matière les mêmes règles qui ont été prévues pour la

---

<sup>2642</sup> SOLLIER Anne-Magdeleine, Panorama du logement social après la loi « MOLLE », JCP N n° 14, 3 av. 2009, 1130.

<sup>2643</sup> Les logements sociaux sont attribués sous certaines conditions, essentiellement de ressources.

<sup>2644</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013.

convention d'usufruit locatif social<sup>2645</sup>. D'une part il semble logique de poursuivre la volonté du législateur qui a aligné les dispositions relatives à la fin du bail à réhabilitation sur celles de la convention d'usufruit locatif social<sup>2646</sup>, d'autre part celles-ci permettent de viser et de protéger un panel de locataires plus important. En conséquence, il peut être convenu de respecter les conditions de ressources applicables aux ménages pour l'attribution de logements financés dans les conditions des articles R. 331-17 à R. 331-21 du code précité. Ce qui signifie que pour pouvoir bénéficier de cette offre de relogement, le locataire doit remplir les conditions de ressources relatives à l'attribution d'un logement financé en PLS<sup>2647</sup>. Les conditions de ressources du PLS sont supérieures de 30 % de celles fixées pour le PLUS<sup>2648</sup>. Il est possible de sécuriser la proportion la plus large possible de locataires, en se référant au PLS qui encadre le plafonnement de loyer le plus élevé du logement social. De plus, l'article L. 252-4 III du même code fait référence à l'obligation de proposer aux occupants un logement correspondant à leurs besoins et à leurs possibilités. A ce titre, la circulaire n° 91-09 du 28 janvier 1991, relative à la loi du 31 mai 1990, n° 90-449, visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation recommande de tenir compte des conditions d'habitabilité et de confort, ainsi que de l'adaptation du logement aux besoins personnels et familiaux du locataire<sup>2649</sup>.

**1018.** Enfin, il est constaté que les textes ne donnent aucune directive sur la procédure que les bailleurs doivent suivre dans le cadre de cette opération de relogement. Il est uniquement question de proposer un logement au locataire-sortant. Cependant, il peut être conseillé aux bailleurs sociaux, lorsqu'ils ont en la possibilité, d'appliquer la démarche retenue dans le cadre des relogements organisés dans les opérations de démolition. Cette procédure fait référence aux dispositions de l'article 13 bis de la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement<sup>2650</sup>. En l'occurrence il doit être fait jusqu'à trois propositions aux locataires. Si cette obligation légale semble aller au-delà que celle retenue pour le bail à réhabilitation, elle a le mérite, si le bailleur

---

<sup>2645</sup> Art. R. 253-2 du C.C.H.

<sup>2646</sup> C.C.H., Codes Dalloz pro. 2016, p. 288, commentaires ss art. L. 252-4.

<sup>2647</sup> Prêt locatif social permettant aux bailleurs sociaux de financer l'acquisition ou la construction de logements à usage locatif. ex : pour un foyer de 2 personnes à Paris le plafond de ressource est fixé à 44.944 €, et pour un foyer de deux personnes en province le plafond est de 34.913 € (valeur janv. 2017).

<sup>2648</sup> Prêt locatif à usage social : Pour un foyer de 2 personnes à Paris le plafond de ressource est fixé à 34.593 €, et pour un foyer de deux personnes en province le plafond est de 26.872 € (valeur janv. 2017).

<sup>2649</sup> Circ. n° 91-09 du 28 janv. 1991 relative à la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et aux instructions relatives au bail à réhabilitation, B. O. Equipement n° 5 du 20 fév. 1991.

<sup>2650</sup> Loi n° 48-1360 du 1 sept. 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, JORF du 2 sept. 1948.

social en transpose l'application, de souligner sa bonne volonté et d'écarter les éventuelles contestations du locataire qui peut être amené à se plaindre de n'avoir reçu qu'une seule proposition de logement qui ne corresponde pas réellement à ses besoins. En outre, afin de sécuriser la procédure de relogement, il convient de s'astreindre à un certain formalisme. L'offre de relogement peut prendre la forme d'une lettre recommandée avec avis de réception, ou d'une notification par voie d'huissier. Il semble également raisonnable d'offrir au locataire un délai de réflexion précisé dans l'offre. Enfin dès l'acceptation de l'offre, le locataire doit recevoir une convention de relogement qui reprend l'engagement du bailleur de mettre ledit logement à la disposition du locataire, et en précise les conditions financières (loyer et charges). En contrepartie, le locataire s'engage à libérer le logement qu'il occupe, au plus tard à la date d'effet du contrat du nouveau bail, qui est joint à la convention.

## **b- Les situations d'échec du relogement**

**1019.** L'échec du relogement peut être apprécié sous deux aspects, le premier à l'égard du locataire, le second vis-à-vis du preneur (bailleur social). Concernant le bail à réhabilitation, le nouvel article L. 252-5 du code de la construction et de l'habitation isole une disposition déjà présente auparavant selon laquelle « le locataire qui n'a ni conclu le contrat de location proposé par le bailleur, ni accepté l'offre de relogement faite par le preneur est déchu de tout titre d'occupation sur le logement à l'expiration du bail à réhabilitation. ». Il est prévu, dans le cadre de ce dispositif, que le locataire ayant décliné l'offre de logement faite par le bailleur se voit dans l'obligation de quitter son logement, à charge pour lui de se reloger par ses propres moyens, ou pour le bailleur social de saisir les instances compétentes afin de demander l'expulsion du locataire. Cette situation découle du refus du locataire qui a fait le choix soit de devenir propriétaire d'un autre bien, soit de se rapprocher d'un autre acteur de l'immobilier. Cependant, le refus du locataire peut également tenir à l'insuffisance du parc immobilier du bailleur. Il est en effet envisageable que ce dernier ne dispose pas de logement disponible situé dans le secteur privilégié par le locataire ou bien encore de logement ayant la bonne typologie<sup>2651</sup>.

---

<sup>2651</sup> ORTEGA Raphaëlle, PELE Marie-Céline et TESSIER Valentine, avocats, Cabinet Seban & Associés, [www.operationsimmobilieres.com](http://www.operationsimmobilieres.com), fév. 2013, Obligation de relogement et opérations d'aménagement : Le relogement se heurte à la rareté des logements sociaux accessibles.

**1020.** En tout état de cause, l'obligation de relogement pose une véritable problématique qu'il est conseillé d'envisager le plus tôt possible. Les organismes HLM s'interrogent sur la difficulté à reloger les locataires au terme de leurs baux d'habitation. Certains bailleurs sociaux ont décidé d'anticiper le relogement de leurs locataires environ deux ans avant la fin du contrat. Les acteurs de l'habitat, confrontés à des difficultés de relogement, n'ont pas eu d'autre recours que de recruter un prospecteur foncier afin de reloger les ménages auprès de bailleurs privés<sup>2652</sup>. Il est constaté que si l'obligation de relogement est une garantie importante pour le locataire constituant le pendant de la reconnaissance du droit au logement, elle peut aussi être une lourde contrainte à l'effet dissuasif. Le rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires économiques et du plan sur le logement locatif privé, annexé au procès-verbal de la séance du 15 octobre 2003, abordant les outils d'amélioration de l'habitat, affirme au sujet du bail à réhabilitation qu'« il devrait être remédié à un autre inconvénient de cet outil qui peut freiner le preneur. Ce dernier doit reloger les locataires à l'expiration du bail. Pour ce faire, il doit disposer d'un parc immobilier suffisamment important. Cette condition exclut du système les associations qui ne disposent pas d'un tel parc »<sup>2653</sup>.

**1021.** Le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire contiennent des dispositions préservant les intérêts du locataire-occupant. Les obligations d'information et de relogement s'imposent au bailleur social, preneur du bail à réhabilitation, tandis qu'une simple obligation d'information est mise à la charge des preneurs du bail réel immobilier et du bail réel solidaire. Il semble que le processus de sécurisation à l'égard du locataire pèse totalement sur les épaules de l'organisme HLM. En fait, il n'en est rien car depuis quelques années le sort du bail d'habitation en fin de bail emphytéotique et bail à construction a subi une évolution positive qui s'impose au bailleur devenu propriétaire du logement.

---

<sup>2652</sup> Forum des politiques de l'habitat privé : bail à réhabilitation : témoignages de Soliha Territoires en Normandie et la Fédération départementale pour le logement social (66), 21 juin 2016.

<sup>2653</sup> Rapport d'information fait au nom de la commission des Aff. éco. et du Plan sur le logement locatif privé, par M. Marcel-Pierre CLÉACH, Sénateur, session ordinaire de 2003-2004, annexe au p-v de la séance du 15 oct. 2003.

## §2- Le bail du locataire-occupant

**1022.** Le sort du bail du locataire-occupant dans le cadre du bail emphytéotique<sup>2654</sup> et du bail à construction<sup>2655</sup> a été précédemment réglé par le principe de l'expiration de son contrat de location au terme des contrats principaux (A). Cependant, la jurisprudence, puis le législateur sensibilisé au sort du locataire occupant et subissant l'influence du juste combat pour la mise en œuvre du droit au logement, ont changé cette règle, pourtant inscrite depuis les dispositions d'origine de l'emphytéose. L'opposabilité du bail à l'encontre du bailleur est aujourd'hui acquise dans le cadre des contrats précités (B).

### A- Le principe de l'expiration du bail du locataire-occupant

**1023.** L'expiration du bail locatif au terme de l'emphytéose et du bail à construction a été posée comme un principe qui n'a souffert aucune contestation pendant près d'un siècle. L'exposé du principe (1) semble alors acquis par la majorité de la doctrine, et les juges et autres praticiens en font une stricte application (2).

#### 1- L'exposé du principe

**1024.** L'exposé du principe peut s'articuler sur deux notions juridiques, l'expiration du bail en étant l'effet principal. La première est relative à absence de transfert du bail (a) du preneur au bailleur devenu propriétaire en fin de bail, qui doit être complétée par l'application de l'adage latin « nemo plus juris » (b). Le bail ne pouvant être transmis au nouveau propriétaire, et l'ancien preneur n'ayant plus les droits lui permettant de mettre le bien à la disposition du locataire, l'expiration dudit bail ne peut faire de doute.

---

<sup>2654</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1697-5, p. 415.

<sup>2655</sup> Art. L. 251-6 du C.C.H. avant modification par l'art. 113 de la loi n° 2014-366 du 24 mars : « Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'art. L. 251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail. »

## a- L'absence de transfert du bail

**1025.** Le bailleur en fin de bail de longue durée devient pleinement propriétaire de l'ensemble immobilier par accession. En l'occurrence, l'accession est repoussée jusqu'à l'expiration du bail<sup>2656</sup>. Il s'agit d'une accession différée, mode d'acquisition de la propriété immobilière qui peut être rapproché de la vente. Le cas de la vente de bien immobilier loué est réglé par l'article 1743 alinéa 1 du code civil. La question qui est abordée est celle du sort du bail en cas de vente de la chose louée. En vendant le bien loué, le bailleur se met dans l'impossibilité de continuer à assumer ses obligations contractuelles. Pour concilier libre-disposition de la chose et respect des engagements contractuels, la loi prévoit que la vente de la chose par le bailleur ne porte pas atteinte au droit du preneur dont le bail antérieur à la mutation est transmis à l'acquéreur<sup>2657</sup>. La notion d'accessoire suggère des éléments différents de la chose principale mais affectés à son service ou produit par elle<sup>2658</sup>. L'étendue de la notion d'accessoire, tout a d'abord identifiée comme concernant des choses matérielles s'élargie pour inclure certains droits liés à la chose. Aubry et Rau en concluent que « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt de la chose...qui en sont devenus des accessoires »<sup>2659</sup>. En application de cette doctrine les créances liées à la chose peuvent être transmises au nouveau propriétaire à titre d'accessoires. Pour exemple, en cas de vente d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire, en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur<sup>2660</sup>.

**1026.** Le législateur, faisant échec à l'article 1743 du code précité dans le cadre des baux réels immobilier de longue durée, a aménagé différemment le sort des contrats en fin de l'emphytéose et du bail à construction. Concernant le bail à construction, antérieurement à la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>2661</sup>, selon l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation, les baux ou titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions s'éteignent de plein droit à l'expiration du bail à construction. De même, il

---

<sup>2656</sup> BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 197, p. 236 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1695, p. 412 ; TERRE François et SIMLER Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz-Sirey, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, [933] p. 821.

<sup>2657</sup> L'art. 1615 du c. civ. dispose que « l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel ».

<sup>2658</sup> Réf. Vocabulaire juridique Capitant.

<sup>2659</sup> AUBRY Charles, ESMEIN Paul-Edmond et RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, Ed. Techniques, 1961, T. 2, §176, n° 169.

<sup>2660</sup> Cass. Com., 8 nov. 2005, BICC n° 634 du 15 fév. 2006.

<sup>2661</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

convient de noter qu'au regard du bail emphytéotique, avant la loi précitée, aucune disposition ne prévoit explicitement le sort des locataires en fin de bail. La doctrine et la jurisprudence reprenant l'adage *Nemo plus juris*, concluent à l'extinction du bail au terme de l'emphytéose.

## **b- L'adage *Nemo plus juris***

**1027.** Alors que M. Abram cité l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*<sup>2662</sup> afin de justifier du transfert du bail du vendeur d'un bien immobilier à un acquéreur, les juges et la doctrine ont quant eux repris ce principe de droit pour justifier l'extinction du contrat de location au terme de l'emphytéose et du bail à construction. La doctrine a conclu de l'application du principe latin que les baux ne peuvent être transmis au propriétaire en fin d'emphytéose car en tout état de cause le titulaire d'un droit n'est pas en mesure de consentir plus de droits qu'il n'en a lui-même<sup>2663</sup>. En conséquence, la durée du bail ne peut être supérieure à la durée du droit réel octroyé. Le bail n'étant pas transmis au bailleur devenu pleinement propriétaire, et l'ancien emphytéote n'ayant plus de droit sur le bien, il en a été déduit que les baux consentis par l'emphytéote prennent fin automatiquement à l'échéance du bail emphytéotique. La Cour de cassation l'a énoncé notamment dans un arrêt daté du 29 janvier 1992<sup>2664</sup>. La troisième chambre civile indique « qu'en fin de bail emphytéotique, les charges, baux ou titres d'occupation consentis par le preneur s'éteignent ; les occupants du chef du preneur ne bénéficient d'aucune prérogative particulière : ni droit au maintien dans les lieux, ni octroi préférentiel d'un bail, ni perception d'une indemnité en raison de l'absence d'offre d'un nouveau bail. ».

**1028.** A l'expiration du bail de longue durée, en l'occurrence de l'emphytéose, le droit réel de l'emphytéote disparaît et la règle de droit commun *nemo plus juris* s'applique pour empêcher le bail de se poursuivre à l'encontre du nouveau propriétaire<sup>2665</sup>. Ce principe s'applique de la même façon quelque soit le type de bail, d'habitation ou commercial. Il faut noter que cette règle, concernant les baux commerciaux, est relayée par l'article L. 145-3 du code de commerce qui dispose que la réglementation des baux commerciaux s'applique aux baux passés par les emphytéotes « sous réserve que la durée du renouvellement consenti à leurs sous-locataires n'ait

---

<sup>2662</sup> Personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même.

<sup>2663</sup> TIXIER Jean-Luc, Dalloz, Encyclopédie, Bail emphytéotique, n° 31, avril 2006 ; AYNES Laurent, JCP N n° 28, 11 juill. 1997, 4098 p. 968.

<sup>2664</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 1992, n° 90-16.346, Bull. civ. III, n° 31 ; AJDI 1992. 782.

<sup>2665</sup> DUMONT Marie-Pierre, Droits du sous-locataire d'un emphytéote à l'expiration du bail emphytéotique, AJDI 2005, p. 655.



pas pour effet de prolonger l'occupation des lieux, au-delà de la date d'expiration du bail emphytéotique. » L'adage latin a également été repris dans le cadre du bail à construction. Si l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2007 fait référence à l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation qui prévoit explicitement que tous les droits nés du chef du preneur s'éteignent<sup>2666</sup>, la doctrine y a vu une nouvelle application de la règle *nemo plus juris*<sup>2667</sup>.

**1029.** Le principe est posé, la fin des baux réels immobiliers de longue durée, emphytéose et bail à construction, entraîne la résiliation du bail d'habitation et du bail commercial, et ceux-ci ne sauraient être opposés au nouveau propriétaire. Les juges et les praticiens intégrèrent le principe de résiliation du contrat de location en fin de bail sans le remettre en cause, et ce durant de nombreuses années.

## **2- L'application du principe**

**1030.** La jurisprudence a appliqué le principe de résiliation du contrat de location et en a tiré les conséquences applicables aux différentes circonstances (a). Les institutions dans leur pratique en ont pris acte et en adopté leur procédure en conséquence (b).

### **a- L'application jurisprudentielle**

**1031.** Ce principe a été énoncé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 février 2004<sup>2668</sup>, qui édicte que « les baux ou titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent de plein droit à l'expiration du bail à construction. Ces dispositions s'appliquent à tous les contrats de location conclus par le preneur du bail à construction quel que soit leur régime, même si ces baux assurent aux locataires en place une protection renforcée. » Les baux d'habitation expirent et les constructions réalisées et libérées de toute occupation deviennent la propriété du bailleur. Le preneur doit faire son affaire des contrats qui expirent à la fin du bail de longue durée. Il a été également précisé par la haute juridiction que ce principe d'expiration de

---

<sup>2666</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.133, D. 2007. 3077, obs. Mbotaingar.

<sup>2667</sup> SAINT-ALARY- HOUIN Corinne, RDI 2008, p. 216.

<sup>2668</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 fév. 2004 n° 03-10. 102.

tout droit d'occupation du preneur et de ces locataires permet au propriétaire d'opposer efficacement au locataire occupant l'acte de résiliation conventionnelle de l'emphytéose<sup>2669</sup>.

**1032.** Cette jurisprudence a été rappelée à plusieurs reprises par la haute juridiction<sup>2670</sup>, reprenant le fondement selon lequel les baux ou titres d'occupation que le preneur a consenti s'éteignent. Il en a été également conclu à l'égard du locataire sortant, aucun droit au renouvellement de son bail, ni droit à l'indemnité d'éviction. Un arrêt de la cour d'appel de Nîmes a accordé une indemnité d'éviction au locataire d'un bail commercial, au motif que si le congé a été valablement donné, « il ne saurait priver le preneur, non du droit au renouvellement à l'expiration du bail emphytéotique, mais du droit à recevoir l'indemnité réclamé »<sup>2671</sup>. La troisième chambre de la Cour de cassation censure cette décision dans un arrêt du 9 février 2005, et énonce que « la durée du bail consenti par un emphytéote ne pouvant excéder celle du bail emphytéotique, le sous-locataire ne peut prétendre à l'expiration de celui-ci à aucun droit au renouvellement et, partant, au paiement d'une indemnité d'éviction »<sup>2672</sup>. En effet, la créance du droit au renouvellement ou à l'indemnité d'éviction ne se justifie que dans la mesure où le débiteur dispose de la faculté d'accorder ou de refuser le renouvellement du bail. Le preneur du bail principal (emphytéose ou bail à construction) ne dispose pas de cette faculté à l'arrivée du terme. Comme a pu le rappeler la haute juridiction dans un arrêt du 14 novembre 2007, le preneur ne peut en être redevable à l'égard du locataire<sup>2673</sup>. De plus, cette solution s'applique de la même façon quelque soit le dispositif d'accompagnement mis en place par le preneur du bail de longue durée vis-à-vis de son locataire, que celui-ci ait informé son locataire au préalable, qu'il lui ait donné congé ou non, la même logique s'applique à son égard. Le locataire doit quitter les lieux immédiatement, et ce sans indemnisation. Cependant, Mme Dumont exprime déjà sa perplexité face à cette stricte application de la règle et convient que « fondé en droit, un tel résultat n'en est pas pour autant juste »<sup>2674</sup>.

---

<sup>2669</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 av. 1970, Bull. cass. III, 184 ; AJDI 1970, p. 961, note Viatte ; JCP 1970, IV, 4865.

<sup>2670</sup> Cass. Com., 6 av. 1965, AJPI 1966, p. 224 ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-18133, RDI 2008, p. 216 obs. Saint Alary Houin ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 1992 n° 90-16346, Defrénois 1992. 829, obs. Vermelle ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005 n° 03-17065.

<sup>2671</sup> C.A. de Nîmes 1<sup>er</sup> civ., 25 mars 2003.

<sup>2672</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, n° 03-17.065, Bull. civ. III, n° 34, Recueil Dalloz 2005 p. 713, obs. Rouquet ; AJDI 2005. 655, obs. M.-P. Dumont.

<sup>2673</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-18.133, D. 2007. 3077, obs. Mbotaingar.

<sup>2674</sup> DUMONT Marie-Pierre, Droits du sous locataire d'un emphytéote à l'expiration du bail emphytéotique, AJDI 2005 p. 655.

## **b- L'application institutionnelle**

**1033.** Concernant le bail à construction, il a été précisé dans une réponse ministérielle datée du 23 avril 2001 que « les baux portant sur les constructions édifiées dans le cadre du bail à construction prennent fin à l'expiration de ce dernier »<sup>2675</sup>. Cette disposition, transposable au bail emphytéotique, s'applique à tous les contrats de location conclus par le preneur quel que soit la qualité du preneur ou le régime des baux qu'il a contracté même s'ils assurent aux locataires en place une protection renforcée. Il n'existe pas d'obligation légale de mentionner la qualité du preneur dans le bail d'habitation ou dans le bail commercial, et d'une façon générale, il n'est pas toujours d'usage de prévenir le sous-locataire de la nature juridique du droit de son bailleur. Cependant, le silence sur ce point est déconseillé<sup>2676</sup>. Si le principe de l'expiration du bail à la fin de l'emphytéose ou du bail à construction est limpide, il n'est pas pour autant facilement intelligible par le locataire de l'immeuble. Le locataire, non informé, peut être tenté de recourir à la notion de propriété apparente dans les hypothèses où il ignore l'existence même du bailleur principal, et où il a légitimement pu croire, de bonne foi, que le preneur est l'unique et définitif propriétaire. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2005 en est un exemple<sup>2677</sup>. Suite au congé donné par le propriétaire du sous locataire, ce dernier l'assigne afin de faire déclarer nul ce congé et, subsidiairement, d'obtenir paiement d'une indemnité d'éviction.

**1034.** En conséquence, il est alors conseillé aux organismes HLM<sup>2678</sup>, d'une part d'adapter la durée de leur contrat de location à la fin du bail de longue durée, et d'autre part de faire stipuler expressément dans le bail de longue durée quelles sont les obligations de l'emphytéote à l'échéance du bail en ce qui concerne la restitution des lieux, le maintien des locataires en place ou encore leur éventuel relogement. Dans la pratique, les bailleurs demandent que dans la rédaction des baux emphytéotiques soit intégrée une obligation de libération des lieux à la charge du preneur. Les bailleurs sociaux ont pour mission d'intérêt général de construire ou gérer des logements locatifs destinés à des personnes de condition modeste. Plus précisément la vocation du mouvement Hlm est d'offrir un logement de qualité à ceux qui ne peuvent pas se loger au prix du marché. En tout état de cause, sans plus d'obligation légale expresse, il existe une obligation

---

<sup>2675</sup> Concernant le bail à construction, les baux d'habitation passés par le preneur prennent normalement fin avec l'expiration dudit bail. Réponse à M Cuq n° 57189 du 23/4/2001. JOQR A.N. p. 2486.

<sup>2676</sup> Dalloz action, Droit et pratique des baux commerciaux, Dossier 250 Rédaction des clauses dépendant du statut, n° 250-450.

<sup>2677</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, n° 03-17.065, Bull. civ. III, n° 34, Recueil Dalloz 2005 p. 713, obs. Rouquet ; AJDI 2005. 655, obs. M.-P. Dumont.

<sup>2678</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les cahiers n° 151, avril 2013 p. 27 et 41.

morale, dictée par l'objet même des organismes HLM, d'organiser le transfert des locataires dans des logements de leur patrimoine immobilier. Cette obligation morale doit conduire les bailleurs sociaux à proposer des solutions de relogement dans la mesure de leur capacité et ce dans leur propre patrimoine ou celui d'un autre bailleur.

**1035.** L'expiration du contrat de location aboutit à la perte de droit de jouissance du locataire-occupant sans que celui-ci ne puisse avoir de recours contre le preneur ou le bailleur du bail emphytéotique et du bail à construction. Seules la bonne volonté et les bonnes pratiques des bailleurs sociaux peuvent alors participer à garantir au minimum les intérêts du locataire. Cependant, ce principe d'expiration du bail ne peut rester imperméable à la prise de conscience collective devant conduire à la promotion du droit au logement.

## **B- La remise en cause du principe**

**1036.** Alors que les tribunaux rendent des décisions concordantes sur la question relative à l'expiration du bail au terme de l'emphytéose et du bail à construction, ils changent leur position, et modifient l'ordonnancement juridique de la fin de ces baux de longue durée en imposant une nouvelle appréciation du droit (1). Celle-ci est finalement retenue par le législateur et intégrée aux dispositions applicables à ces deux types de baux de longue durée (2).

### **1- Un revirement jurisprudentiel**

**1037.** Seul le locataire d'un logement vendu peut jusqu'alors opposer son bail à l'acquéreur dès lors que, selon l'article 1743 du code civil, « le contrat est authentique ou à date certaine ». Cependant, la haute juridiction opère un revirement de jurisprudence en énonçant l'opposabilité du bail d'habitation au nouveau propriétaire, ancien bailleur, en fin de d'emphytéose et de bail à construction (a). Si la doctrine n'en a pas critiqué le sens, elle s'est pourtant interrogée sur les motifs de cet arrêt (b).

## a- La portée de l'arrêt

**1038.** Le sort du bail commercial en fin de bail emphytéotique est expressément réglé par l'article L. 145-3 du code du commerce. Les juges se réfèrent à ce texte pour conclure à son expiration. Dans un arrêt daté du 14 septembre 2010<sup>2679</sup>, la Cour de cassation précise que « le preneur à bail commercial est privé du droit au renouvellement de son bail à l'expiration du bail emphytéotique. ». Néanmoins si le sort du bail d'habitation semble jusqu'alors déterminé par l'application de l'adage *nemo plus juris*, la prise en compte des droits des locataires a fait évoluer une jurisprudence qui jusque-là peut être considérée comme constante. Dans un arrêt daté du 21 décembre 1993<sup>2680</sup>, la troisième chambre de la Cour de cassation a énoncé qu'un bail conclu par un emphytéote est parfaitement opposable au propriétaire du bien à l'expiration du bail emphytéotique, et qu'en conséquence ce locataire a un droit au maintien dans les lieux. Toutefois, en l'occurrence il s'agit d'un bail soumis aux dispositions protectrices de la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement qui énoncent au bénéfice du locataire un droit au maintien dans les lieux lui permettant de rester dans le logement sans limitation de durée<sup>2681</sup>. Ce texte est d'ordre public et s'impose au nouveau propriétaire qui n'a pu se prévaloir de l'adage *nemo plus juris* qui justifie l'expiration d'un bail d'habitation soumis à la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi du 23 décembre 1986, n° 86-1290<sup>2682</sup>.

**1039.** La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 juin 2010<sup>2683</sup>, opère un revirement de jurisprudence à l'égard des baux d'habitation soumis à la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989<sup>2684</sup>. Après expiration du bail emphytéotique, le propriétaire du bien, ancien bailleur du bail de longue durée, demande l'expulsion de la personne qui a conclu un bail d'habitation avec l'emphytéote. La Cour

<sup>2679</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 sept. 2010, n° 09-15.966, Actualité du droit et de la fiscalité de l'immobilier, Lefevre Pelletier et Associés Avocats, 12<sup>ème</sup> éd., janv. 2011, p. 13.

<sup>2680</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 déc. 1993, n° 91-13551, Bull. civ. III, n° 177.

<sup>2681</sup> Loi du 1<sup>er</sup> sept. 1948, n° 48-1360, portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, JORF du 2 sept. 1948, art. 4 al. 1 : « Les occupants de bonne foi des locaux définis à l'art. 1<sup>er</sup> bénéficient de plein droit et sans l'accomplissement d'aucune formalité, du maintien dans les lieux loués, aux clauses et conditions du contrat primitif non contraires aux dispositions de la présente loi, quelle que soit la date de leur entrée dans les lieux. »

<sup>2682</sup> Loi du 6 juill. 1989, n° 89-462, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi du 23 déc. 1986, n° 86-1290, JORF du 8 juill. 1989.

<sup>2683</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juin 2010, n° 08-17.731, Dalloz actualité, 17 juin 2010, obs. Rouquet.

<sup>2684</sup> BERGEL Jean-Louis, Les baux d'habitation consentis par un emphytéote peuvent se poursuivre au-delà du terme du bail emphytéotique, RDI 2010, p. 536.

d'appel de Paris dans son arrêt du 8 mars 2008 a fait droit à sa demande en appuyant sa décision sur l'application du principe selon lequel il ne peut être opposé au propriétaire plus de droits que l'emphytéose ne confère au locataire principal. Elle en a conclu, en application de la jurisprudence antérieure de la haute juridiction que le bail d'habitation a expiré au terme du bail emphytéotique, et qu'en conséquence le sous-locataire est alors devenu occupant sans droit ni titre, bien qu'aucun congé ne lui ait été signifié sur le fondement de l'article 15 de la loi de 1989. La haute juridiction doit décider si elle reprend l'application de l'adage latin *nemo plus juris*, ou si les droits de la loi de 1989 doivent être opposés au nouveau propriétaire et permettre au locataire de continuer d'occuper les lieux alors même qu'aucune disposition expresse n'en impose l'application. La troisième chambre casse cette décision pour violation des articles 2, 10 et 15 de la loi du 6 juillet 1989, relatifs à la durée, au renouvellement et aux congés donnés par le bailleur des locations à usage d'habitation principale ou mixte professionnel et d'habitation principale. En retenant l'opposabilité au propriétaire d'un bail d'habitation consenti par un emphytéote « qu'aucun texte n'affranchit de l'obligation de respecter les dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989 qui lui sont applicables », les magistrats ont déduit du caractère d'ordre public du régime du bail d'habitation l'opposabilité de ce contrat en cours, concédé par l'emphytéote, au propriétaire de l'immeuble. Ce second bailleur se trouve substitué dans les droits du preneur, alors même que ceux-ci se sont éteints.

## **b- Les critiques des motifs de l'arrêt**

**1040.** La loi du 6 juillet 1989 ne fait aucunement mention du sort du bail en fin d'emphytéose. Le recours aux articles 2, 10 et 15 de cette loi semble pour M. Revet « insuffisant » pour expliquer la substitution de droits entre l'emphytéote et le propriétaire du bien (ancien bailleur de l'emphytéose) envers le locataire bénéficiaire du bail d'habitation<sup>2685</sup>. En effet, si l'article 8 alinéa 2 de la loi du 6 juillet 1989 énonce qu'en « cas de cessation du contrat principal, le sous-locataire ne peut se prévaloir d'aucun droit à l'encontre du bailleur ni d'aucun titre d'occupation », il ne peut s'appliquer en l'espèce. Ce texte vise la sous-location dans le cadre de deux contrats, bail

---

<sup>2685</sup> REVET Thierry, Opposabilité au propriétaire, à l'expiration du bail emphytéotique, du bail d'habitation conclu par l'emphytéote, RTD civ. 2010, p. 589.

principal et sous location, tous deux soumis à la loi de 1989, or le bail emphytéotique ne peut être assimilé à ce type de baux<sup>2686</sup>.

**1041.** En outre, selon l'analyse de M. Revet, la Cour de cassation aurait dû viser, pour le moins, l'article 1743 du code civil qui « pose une règle de transmission automatique de la position contractuelle de bailleur du vendeur à l'acquéreur d'une chose louée... ». Pour cet auteur l'article précité justifie l'opposabilité de principe du bail d'habitation au propriétaire retrouvant ayant la pleine propriété du bien immobilier « après l'expiration d'une période de concession réelle », et ce alors même que cet article ne vise pas le retour en pleine propriété d'un propriétaire après une période de concession d'un droit réel immobilier. En effet, ces deux situations constituent un changement de titulaire des droits du bien que le bail d'habitation a mis à la disposition du locataire. M. Revet affirme que « la solution de l'article 1743 a toute vocation à s'appliquer en cas d'expiration d'un droit réel de jouissance du type de celui de l'emphytéote. »

**1042.** On peut noter que de tous les auteurs ayant analysés cet arrêt du 2 juin 2010, si certains ont pu en critiquer la motivation, aucun n'en a condamné la conclusion aboutissant à la préservation des intérêts du locataire. Cela peut aisément s'expliquer du fait que les limitations des prérogatives des propriétaires sont devenues récurrentes<sup>2687</sup>, et ce notamment par l'action du législateur, de la doctrine et des praticiens qui concourent à la mise en œuvre du droit au logement. En effet, ce revirement jurisprudentiel a été favorablement accueilli, dans un contexte particulièrement sensibilisé, et a conduit à une validation légale dans le cadre de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové<sup>2688</sup>.

## **2- Le nouveau principe d'opposabilité du bail**

**1043.** La loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite ALUR, promulguée en mars 2014<sup>2689</sup>, s'inscrit dans un programme gouvernemental plus large en matière de construction, de lutte contre la pauvreté, contre l'exclusion sociale et de transition écologique. Ce texte de loi a notamment introduit de nouvelles mesures venant entériner la nouvelle jurisprudence de la Cour

---

<sup>2686</sup> DAMAS Nicolas, Opposabilité du bail d'habitation consenti par l'emphytéote, AJDI 2011, p. 293.

<sup>2687</sup> ROLAIN Marianne, Les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015, p. 29.

<sup>2688</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2689</sup> Idem.

de cassation. Il est nécessaire de faire l'étude des motifs de cette loi (a), qui ont conduit à la validation de ce nouveau dispositif énoncé en son article 113 (b).

### **a- Une loi pour l'accès au logement**

**1044.** Les troisième et quatrième alinéas de l'article 14 du projet de bail réel immobilier proposé par le club des juristes en septembre 2013<sup>2690</sup> ont intégré une petite évolution dans la prise en compte du sort du locataire en fin de bail. Ils prévoient que le bail réel immobilier puisse stipuler que des baux et titres d'occupation consentis avec l'accord du bailleur sur l'immeuble loué et sur les constructions édifiées ne s'éteignent pas à l'expiration du bail, et qu'ils soient opposables au bailleur qui est tenu de les poursuivre à l'égard des occupants. Les rédacteurs de la loi ALUR ont pu être influencés par cette proposition.

**1045.** Le 26 juin 2013, la ministre de l'égalité des territoires et du logement, Mme Cécile Duflot, présente le projet de loi sur l'accès au logement et un urbanisme rénové au Conseil des ministres<sup>2691</sup>. Cette loi vise à combattre la crise du logement, marquée depuis de nombreuses années par une forte augmentation des prix, une pénurie de logements et une baisse du pouvoir d'achat des ménages. Le gouvernement entend agir selon trois axes complémentaires. Le premier axe porte sur la régulation du secteur du logement et de l'immobilier, le deuxième axe est relatif à la protection des locataires et des propriétaires contre la violence de la crise et le troisième axe soutient et met en œuvre l'objectif de construire au terme du quinquennat 500 000 logements par an, dont 150 000 logements sociaux<sup>2692</sup>. Ce texte a notamment pour objet de modifier la loi du 6 juillet 1989, dont l'équilibre initial a été remis en cause par des modifications successives, et ne répond plus aux attentes de l'ensemble des acteurs. En effet, elle n'a pas intégré les profondes évolutions que connaît le secteur locatif depuis les vingt dernières années et n'a pas permis d'enrayer la hausse continue des taux d'efforts supportés par les locataires, ni de résoudre la forte conflictualité entre bailleur et locataire qui caractérise ce secteur<sup>2693</sup>. Ces dispositions tendent à moderniser la loi du 6 juillet 1989 afin de sécuriser les locataires et les bailleurs, et de mieux équilibrer leurs rapports au cours des moments essentiels de la relation bailleurs-locataires

---

<sup>2690</sup> Le club des juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013.

<sup>2691</sup> Cpte-rendu de la présentation en Conseil des ministres du 26 juin 2013.

<sup>2692</sup> Dossiers législatifs - Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, Communiqué de presse du Conseil des ministres du 26 juin 2013.

<sup>2693</sup> Projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, étude d'impact du 25 juin 2013, p. 26, 27 et 28.



(recherche de logement, entrée dans les lieux, conditions d'occupation, sortie du logement). L'objectif affiché de l'ensemble des modifications est de favoriser un apaisement des rapports locatifs<sup>2694</sup>. L'article 113 intégré dans le troisième titre de la loi, intitulé « améliorer la lisibilité et l'efficacité des politiques publiques du logement », issu du premier chapitre de ce titre dont l'objet est de « réformer les procédures de demande d'un logement social pour plus de transparence, d'efficacité et d'équité », vient modifier l'article 10 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

## **b- Un bail opposable au propriétaire**

**1046.** L'article 113 de la loi ALUR du 24 mars 2014 a complété l'article 10 de la loi du 6 juillet 1989 par un nouvel alinéa<sup>2695</sup>, qui vise le cas où un bail portant sur des « locaux à usage d'habitation, régi par les dispositions d'ordre public de la loi » du 6 juillet 1989 est conclu par le titulaire d'un bail emphytéotique. Il est précisé que lorsque ce bail emphytéotique « prend fin avant la fin » du contrat de bail d'habitation, ce dernier bail « se poursuit automatiquement avec le propriétaire de l'immeuble jusqu'au terme du bail prévu par le contrat de location ». Il faut en déduire que jusqu'à ce que le bail ait pris fin pour l'une des causes énoncées par la loi du 6 juillet 1989, à savoir la résiliation du bail, le congé donné par le locataire ou par le bailleur, celui-ci perdure et s'impose au nouveau propriétaire du bien. Cette disposition valide la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci a, dans l'arrêt du 2 juin 2010<sup>2696</sup>, déclaré opposable au propriétaire, malgré l'expiration d'un bail emphytéotique, un bail d'habitation conclu précédemment au motif qu'aucun texte ne l'a affranchi de l'obligation de respecter les dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989 qui lui sont applicables et alors qu'il n'a pas été constaté que le propriétaire a mis fin au bail conformément aux dispositions de cette loi.

**1047.** Désormais, et en application de l'article 113 de la loi ALUR, modifiant l'article L. 451-2 du code rural et de la pêche maritime, et concernant exclusivement les baux régis par la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, « les contrats de bail conclus par l'emphytéote avec les locataires se poursuivent automatiquement avec le propriétaire de l'immeuble jusqu'au terme de chacun des contrats de bail signés avec les locataires ». La jurisprudence de la Cour de cassation est officiellement validée, et les cocontractants ne peuvent y déroger.

---

<sup>2694</sup> Dossiers législatifs - Exposé des motifs - Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, Titre Ier : Favoriser l'accès de tous à un logement digne et abordable, Chap. Ier : Les rapports entre propriétaires et locataires dans le parc privé.

<sup>2695</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

<sup>2696</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juin 2010, n° 08-17.731, JurisData n° 2010-007853 ; Bull. civ. 2010, III, n° 110.

**1048.** Il faut noter que si le dernier alinéa de l'article 10 de la loi du 6 juillet 1989 concerne à titre principal le cas des baux à usage d'habitation consentis par les preneurs d'un bail emphytéotique ce texte vise, dans une formule englobante, bail à construction et bail emphytéotique de droit privé et de droit public, en énonçant le cas où « le bail à construction ou le bail emphytéotique prend fin avant la fin du contrat de location ». Cette rédaction a pu susciter une certaine réserve, puisque si le bail conclu par l'emphytéote est visé expressément, tel n'est pas le cas de celui conclu par le preneur du bail à construction. Cependant, cette disposition a été intégrée au regard du bail à construction dans l'article L. 251-6 du code de la construction et de l'habitation, ce qui écarte toutes interprétations divergentes. En effet, selon ce texte, si les baux et titres d'occupation de toute nature s'éteignent en principe à l'expiration du bail à construction<sup>2697</sup>, l'article 113, I de la loi ALUR a introduit une exception en ce qui concerne « les contrats de bail d'habitation ». L'exception est d'interprétation stricte et ne vise pas tous les baux soumis à la loi du 6 juillet 1989 mais uniquement les baux à usage d'habitation, et non les baux mixtes ou à usage professionnel. En conséquence, ces baux d'habitation ne s'éteignent pas à l'expiration du bail à construction mais se poursuivent jusqu'à leur terme, selon les règles qui les gouvernent. Automatiquement transférés au bailleur, redevenu pleinement propriétaire de l'immeuble, les baux d'habitations sont opposables aux propriétaires après l'extinction du bail à construction.

**1049.** Le législateur a souhaité ajouter une dérogation au principe énoncé initialement *nemo plus juris*, afin que les locataires puissent bénéficier d'un droit au maintien dans les lieux. En effet, depuis le 27 mars 2014, date d'entrée en vigueur de la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové du 24 mars 2014, dite loi ALUR, les locataires peuvent continuer à occuper le logement jusqu'au terme du contrat de location, sans risque d'être considérés comme occupants sans droit ni titre<sup>2698</sup>. Cette règle étant d'ordre public, toute clause contraire est réputée non écrite. C'est à juste titre qu'il a été écrit que « le droit au logement l'emporte sur l'adage *nemo plus juris...* »<sup>2699</sup>.

**1050.** En conclusion et afin de mesurer la portée de ces nouvelles règles de droit, il peut être fait référence aux propos de Monsieur Frédéric PAUL, délégué général de l'Union sociale pour l'habitat, tenus dans un communiqué daté du 8 mars 2017. Ce dernier affirme que le droit au maintien dans les lieux est « un acquis de société civilisée ». Le droit au maintien dans les

---

<sup>2697</sup> Tout comme les servitudes passives autres que celles indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail, les privilèges, les hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur à bail.

<sup>2698</sup> Ed. légis., Dict. Permanent, Const. Urb., Bulletin, obs. Pérot avril 2014, p. 10 et 11.

<sup>2699</sup> C. des baux 2017, DALLOZ Pro., Commentaires sous L. 6 juillet 1989, art. 10, p. 310.

lieux<sup>2700</sup>, extension ou autre facette du droit au logement, est certainement l'objet d'un débat à venir dans lequel droits du locataire et droits du propriétaire doivent trouver leur équilibre dans un contexte encore prégnant de crise du logement.

---

<sup>2700</sup> Le droit au maintien dans les lieux est un principe fondamental des relations bailleur-locataire qui résulte de l'article L. 442-6 du C.C.H. et de la loi n° 48-1360 du 1<sup>er</sup> sept. 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**1051.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée implique à leur terme, sauf décisions contraires des parties, l'accession différée à la propriété du bailleur. Au regard des réflexions menées, il apparaît essentiel pour les preneurs et notamment les organismes HLM d'anticiper ce terme, en particulier pour ceux qui en ont une forte proportion au sein de leur patrimoine. En effet, en pratique la majorité des baux réels immobiliers de longues ne comportent aucune clause spécifique et la propriété des biens est automatiquement transférée dans le patrimoine de la collectivité bailleuse<sup>2701</sup>. L'organisme ayant un grand nombre de biens en baux réels immobiliers de longue durée risque une perte importante de patrimoine et une perte financière conséquente. L'arrivée du terme des baux qui ont été signés dans les années 1960-1970, tant à souligner l'ampleur des difficultés, et notamment vis-à-vis de la perte de nombreux logements qui sortent du patrimoine de ces bailleurs sociaux, et ne peuvent plus être proposés à la location sociale. L'offre de logements peut s'en trouver significativement diminuée.

**1052.** En outre, ces dernières années le législateur, dans sa recherche d'efficacité des politiques publiques du logement, a porté une attention particulière aux sorts des locataires-occupants. Il en résulte un certain nombre de modifications dans les dispositions relatives aux sorts des locataires. Les locataires des bailleurs sociaux, répondent à des conditions de plafond de ressources qui les placent dans la catégorie des ménages modestes. Ils ont fréquemment des ressources très inférieures aux plafonds d'attribution applicables en la matière<sup>2702</sup>, et ceci tend à devenir de plus en plus important<sup>2703</sup>. Ces foyers « sensibles » peuvent se trouver dans une situation économique qui rend difficile leur accès au logement locatif privé. L'habitat social a pour mission d'intérêt général d'offrir un logement de qualité à ceux qui ne peuvent pas se loger au prix du marché<sup>2704</sup>. Aussi, la question relative aux sorts des occupants de ces logements présente une importance sociale et humaine certaine. Les dispositions intégrées par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové permettent de préserver le droit au logement de ces locataires en place, et ce jusqu'à la fin de leur bail<sup>2705</sup>. Cet aménagement juridique leur permet d'envisager, avec un délai supplémentaire, la possibilité de faire une nouvelle demande de

---

<sup>2701</sup> USH, Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social, mars 2015, p. 20, 21 et 22.

<sup>2702</sup> Art. R. 441-1 du C.C.H.

<sup>2703</sup> USH, Fiche pratique, Habitants-locataires, 01/09/2015.

<sup>2704</sup> Art. L. 411 du C.C.H. : « La construction, l'aménagement, l'attribution et la gestion des logements locatifs sociaux visent à améliorer les conditions d'habitat des personnes de ressources modestes ou défavorisées. Ces opérations participent à la mise en œuvre du droit au logement et contribuent à la nécessaire mixité sociale des villes et des quartiers. »

<sup>2705</sup> Loi du 24 mars 2014, n° 2014-366, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF du 26 mars 2014.

logement auprès d'un bailleur social, afin d'organiser dans les meilleures conditions possibles leur changement de domicile.

**1053.** Le régime des baux réels immobiliers de longue durée a évolué vers une meilleure considération du locataire-occupant. Il est toutefois regrettable de constater que les dispositions ne sont pas harmonisées, de sorte que celui-ci doit être traité de façon différente selon le type de bail réel immobilier de longue durée. Il apparaît d'ailleurs étonnant et fâcheux que le législateur est si peu envisagé le sort du locataire-occupant dans les dispositions relatives au bail réel solidaire créé spécifiquement à des fins sociales. Ce manquement souligne un défaut de considération pour le locataire-occupant qui ne doit pas perdurer dans un contexte où les problématiques d'accès au logement paraissent encore insolubles. Enfin, ces disparités entre baux réels immobiliers de longue durée impose aux bailleurs sociaux une gestion très rigoureuse et attentive de chaque situation locative.

## CONCLUSION TITRE 2

**1054.** Le preneur d'un bail réel immobilier de longue durée bénéficie de prérogatives importantes mais limitées dans le temps<sup>2706</sup>. La fin des baux réels immobiliers de longue durée présente une véritable unicité lorsqu'elle est provoquée par l'arrivée du terme qui a été déterminée d'un commun accord entre les parties, par résiliation anticipée, judiciaire ou conventionnelle. Elle témoigne également d'une certaine spécificité à l'égard des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé dans le cadre du processus de l'accession sociale à la propriété.

**1055.** Dans le cadre du régime juridique commun de ces contrats spéciaux, le terme est convenu par les parties en fonction d'éléments économiques, techniques et financiers, tout en respectant des durées minimum et maximum fixées par les textes. Les parties bénéficient d'une certaine liberté dont ils doivent user dans le cadre des limites imposées par les dispositions applicables aux baux réels immobiliers de longue durée. Les règles intégrées au code de la construction et de l'habitation et du code des collectivités territoriales, relatives à ces contrats, reprennent celles du code rural et de la pêche maritime, relatives au bail emphytéotique. Ainsi, l'ensemble de ces contrats présentent une véritable cohérence dans leur durée de vie établie au minimum à 18 ans et au maximum à 99 ans<sup>2707</sup>. À l'expiration du terme, le renouvellement du contrat ne peut pas être exigé. La règle est commune. De plus, les baux de longue durée visés dans cette étude sont comme tout contrat à durée déterminée concernés par l'éventualité d'une prolongation au-delà du terme prévu. Il a été nécessaire de faire l'analyse des trois modalités permettant de prolonger un contrat. La prorogation, le renouvellement et la tacite reconduction ont été envisagées à la lumière des dispositions législatifs et de la jurisprudence relatives à chacun de ces contrats. Les possibilités et conditions de mise en œuvre de ces moyens de report du terme, intervenant pour la prorogation avant l'expiration du contrat afin d'en repousser ledit terme<sup>2708</sup>, et pour le renouvellement et la tacite reconduction après l'arrivée du terme, ont été mis en parallèle avec la notion du droit réel immobilier qui est octroyé au preneur et avec l'interdiction de convenir des engagements au-delà de 99 ans. Les baux réels immobiliers de longue durée sont également soumis aux causes d'extinction anticipées communes à tous les contrats.

**1056.** Enfin, l'accession sociale à la propriété a été également abordée comme une cause d'extinction anticipée des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. En effet, les

---

<sup>2706</sup> MATHIEU Marie-Laure, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n° 683, p. 250.

<sup>2707</sup> Le bail à réhabilitation constitue une exception car sa durée minimale est fixée à 12 ans (art. L. 252-1 du C.C.H.)

<sup>2708</sup> Art. 1213 du c. civ.

bailleurs sociaux sont couramment amenés à négocier et convenir d'une résiliation anticipée afin de mettre en place un dispositif permettant de proposer à des accédants ou à ces locataires-occupants de devenir propriétaire de ces logements. Ces baux réels immobiliers de longue durée sont généralement conclus pour une durée de 40 ou 50 ans<sup>2709</sup>, et dans le contexte très favorable à l'accession sociale à la propriété, les organismes HLM peuvent souhaiter procéder à la résiliation de ces contrats dans les meilleurs délais, en respectant leur délai minimum. L'accession sociale à la propriété constitue une mission d'intérêt général des bailleurs sociaux<sup>2710</sup>, en vue de laquelle les biens réalisés en ayant eu recours aux baux réels immobiliers de longue durée ne doivent pas être écartés. Les enjeux sociaux et humains sont trop importants.

**1057.** Par ailleurs, il a également été nécessaire de faire l'analyse des effets ou conséquences de la fin des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé et de droit public, car après avoir pu jouir des droits réels immobiliers pendant de très nombreuses années, le plus souvent une cinquantaine d'année pour les organismes HLM, le preneur est contraint, si aucune autre issue n'a été prévue, de le remettre au bailleur. Le preneur profite du droit d'accession uniquement pendant la durée du bail et, à moins qu'il ne soit convenu du contraire dans le cadre des baux réels immobiliers de droit privé, les améliorations, réhabilitations et constructions édifiées par le preneur deviennent la propriété du bailleur en fin de bail par la voie de l'accession différée. Pour la majorité des baux réels de longue durée, si les parties n'ont en pas convenu différemment, les servitudes passives dont le preneur a pu grever le fonds n'excèdent pas la durée de son droit.

**1058.** Cependant, s'il a pu être énoncé pendant de nombreuses années, que la restitution au bailleur entraîne l'extinction de tous les droits consentis par le preneur, il s'avère aujourd'hui que la législation a modifié cette règle en introduisant une exception notable pour les baux d'habitation<sup>2711</sup>. Le droit au maintien dans les lieux du locataire occupant prévaut sur le principe original de retour du bien, dans le patrimoine du bailleur, libre de tout droit, et l'aménagement de conditions de sorties très protectrices pèsent lourdement sur les preneurs, en l'occurrence, bailleurs sociaux. La reconnaissance du droit au logement a eu un impact dans les dispositifs régissant la fin des baux réels immobiliers de longue durée. Reste à vérifier dans les années à venir

---

<sup>2709</sup> Circ. n° 80-121 du 8 sept. 1980 relative aux baux emphytéotiques conclus pour la mise à la disposition des organismes d'H.L.M. des terrains nécessaires à la construction de foyers ou d'opérations locatives, B.O. environnement n° 39 du 17 oct. 1980 ; USH, Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, av. 2013, p. 24.

<sup>2710</sup> Art. L. 411-2 du C.C.H.

<sup>2711</sup> MALINVAUD Philippe, Droit de la construction 2018/2019, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> éd., n° 140.241, p. 169.

si l'introduction de ce nouveau principe ne crée pas d'effets pervers impactant l'attractivité de ces contrats.





## CONCLUSION PARTIE 2

**1059.** L'analyse du régime des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé et de droit public démontre qu'il est essentiel que les parties fassent l'examen de leurs éléments constitutifs et prennent connaissance de leurs effets en préalable à tout engagement définitif. Cet exercice permet d'obtenir une vision complète de la vie des baux réels immobiliers de longue durée. Au-delà des principes généraux tels que les conditions de qualités et de capacité ou encore de l'expression des volontés qui s'appliquent à l'ensemble de ces contrats, les parties ne peuvent omettre de veiller au respect des textes spécifiques à chacun des baux réels immobiliers de longue durée. Si le régime générale présente une véritable unicité, l'examen du bien immobilier objet de ces contrats, et des effets qu'ils produisent au travers des obligations du preneur, a permis d'en souligner les différentes déclinaisons et opportunités, mais également les difficultés qui se présentent aux parties. Le particularisme de l'obligation financière a été souligné. Ces contrats peuvent offrir des possibilités d'aménagement de l'engagement économique du preneur favorisant l'équilibre de l'opération immobilière et ce notamment en organisant le règlement avec le versement de loyer mensuel, ou annuel ou encore en proposant un prix symbolique<sup>2712</sup>. Il a également été démontré que concernant l'emphytéose de droit privé et l'emphytéose de droit public, le bail à construction et le bail à réhabilitation, l'effort financier du preneur peut se concentrer sur son obligation de faire<sup>2713</sup>, ce qui permet alors aux bailleurs sociaux de réaliser des logements qui répondent aux besoins accrus du droit au logement<sup>2714</sup>.

**1060.** L'appréhension des causes et conséquences de la fin des baux réels immobiliers de longue durée permettent de prendre conscience de l'importance de cette ultime étape. Les textes imposent aux baux réels immobiliers de longue durée des durées minimales et maximales quasi-similaires et l'application générale du principe de l'accession différée à la propriété pour le bailleur. En application des principes généraux de ce régime, de cette logique commune à tous ces baux, les

---

<sup>2712</sup> USH, Construire moins cher en économisant une part de foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM, Les Cahiers, n° 151, avril 2013, p. 17.

<sup>2713</sup> Construire, améliorer et entretenir le bien.

<sup>2714</sup> Haut comité pour le logement des personnes défavorisées, réunion de présentation des statistiques du Comité de suivi de la loi Dalo du 11 avril 2018 : « Après plusieurs années de stagnation, le nombre de recours Dalo déposés repart à la hausse (90 095 recours Dalo logement déposés en 2017). Le nombre de ménages reconnu augmente également (27 723) ainsi que le taux de décision favorables des Comed qui après une baisse importante remonte à 31,7%. Les recours pour la reconnaissance au titre du Droit à l'hébergement opposable sont en baisse (10081 recours déposés en 2017). Le Dalo se trouve de moins en moins employé par les ménages du fait d'un très faible niveau de proposition d'hébergements (seulement 630 en 2017 sur 6974 ménages reconnus Dalo). Le droit, à l'hébergement opposable, à l'image de la situation de l'hébergement dans notre pays, est en péril ».

preneurs, bailleurs sociaux, doivent faire face à la perte d'une partie de leur patrimoine. Dans le cadre de la vie du contrat, les organismes HLM ont intégré les logements réalisés dans leur mission d'intérêt général au sens de l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation. Bien qu'inclus temporairement dans le patrimoine HLM et dans la convention d'utilité sociale de l'organisme concerné, ces logements constituent une offre locative sociale nouvelle<sup>2715</sup>. Ils sont soumis à la réglementation relative aux conditions d'attribution<sup>2716</sup> et au plafonnement des loyers qui sont perçus par le preneur de la même façon que les loyers des logements dont il est propriétaire<sup>2717</sup>.

**1061.** Enfin, ces logements ont également pour avantage d'être comptabilisé comme des logements locatif sociaux au titre de l'article L. 302-5 du code précité pendant toute la durée du bail de longue durée. Ceci permet à la collectivité territoriale d'implantation des logements d'atteindre le pourcentage de logements locatifs sociaux auquel elle est astreinte, mais également de veiller à préserver ou réintroduire une mixité sociale dans les secteurs considérés<sup>2718</sup>.

**1062.** La fin du bail réel immobilier de longue durée constitue pour le preneur, dans la plupart des cas, une perte des logements locatifs sociaux. Cela implique pour ce dernier d'entreprendre de nouvelles négociations afin soit d'organiser le report du terme, soit de proposer un rachat des biens dans le cadre des baux réels immobiliers de longue durée de droit privé. Le preneur peut

---

<sup>2715</sup> La convention d'utilité sociale ou CUS a été créée par la loi « Mobilisation pour le Logement et Lutte contre l'Exclusion » du 25 mars 2009. Elle formalise les engagements des organismes d'HLM envers l'Etat et certaines collectivités locales. Elle fixe les choix stratégiques de l'organisme sur ses différentes missions tant à l'échelle nationale que locale.

<sup>2716</sup> Art. L. 441 à L. 441-2-9 et R. 441-1 à R. 441-12 du C.C.H.

<sup>2717</sup> Art. L. 442-1 à L. 442-12 du C.C.H.

<sup>2718</sup> L'art. 55 de la loi n° 2000-1208 du 13 déc. 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains impose l'obligation pour certaines communes de disposer d'un taux minimum de logements sociaux, selon des critères définis par le C.C.H. Le taux de 25% de logements sociaux s'applique aux communes dont la population est au moins égale à 1 500 habitants en Ile-de-France et 3 500 habitants dans les autres régions qui sont situées dans une agglomération ou un EPCI à fiscalité propre de plus de 50 000 habitants comprenant au moins une commune de plus de 15 000 habitants. Pour certaines communes, un seuil de 20% s'applique selon des critères spécifiques. Enfin, certaines communes sont exemptées. Les art. 97 à 99 de la loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ont modifié les dispositions législatives relatives à la mise en œuvre de l'art. 55 de la loi SRU, codifiées aux articles L. 302-5 à L. 302-9-4 du C.C.H., pour d'une part, redéfinir les conditions d'application territoriale du dispositif et de fixation des niveaux d'obligation dans le sens d'un recentrage sur les territoires sur lesquels la demande de logement social est avérée et plus forte, et d'autre part, renforcer l'opérationnalité des outils existants pour rendre plus efficace l'action de l'Etat dans les communes carencées.

Pris pour application de la loi n° 2017-66 du 27 janv. 2017 relative à l'Égalité et la Citoyenneté, le décret n° 2017-835 du 5 mai 2017 relatif aux dispositions particulières à certaines agglomérations en matière de réalisation de logements locatifs sociaux modifie les dispositions du C.C.H. (R. 302-14 à R. 302-26), fixant les modalités de détermination du niveau d'obligation SRU applicables aux communes, EPCI ou agglomérations, en se référant à l'indicateur unique de taux de pression sur la demande de logements locatifs sociaux.

encore projeter la réalisation d'une nouvelle opération immobilière dans les dernières années de vie du bail de longue durée afin de palier à la perte de ces logements.

**1063.** Le sort du locataire-occupant est envisagé par l'ensemble de ces contrats. Le preneur doit se montrer attentif à la préparation de la fin du bail réel immobilier de longue durée. L'obligation de reloger certains locataires contraint le preneur à anticiper la recherche de solutions de relogement. La fin des baux de longue durée constitue un vrai défi pour les preneurs, notamment bailleurs sociaux, qui doivent alors faire face à ces problématiques.

**1064.** Le régime juridique des baux réels immobiliers de longue durée présente une vraie cohérence, une unicité de principes et caractéristiques. Celle-ci n'implique pas de rigidité de la formule juridique car les différents baux réels immobiliers de longue durée qu'ils soient de droit privé ou de droit public, sont construits comme autant de déclinaisons de l'emphytéose originelle. Ils constituent un panel de possibilité qui est offert aux praticiens qui y ont recours, et ce nonobstant leur apparente complexité. Ils sont des outils de maîtrise foncière qui constituent une réponse satisfaisante à un grand nombre d'opérations immobilières. Les difficultés de lisibilité de leur régime ne doivent pas éloigner les praticiens de ces outils qui présentent d'importants atouts et notamment dans le contexte actuel d'accès difficile au foncier<sup>2719</sup>.

**1065.** Une partie de la doctrine estime que cette pluralité de baux réels immobiliers de longue durée contribuent à brouiller les lignes et rend opaque voire hermétique ce type de contrat<sup>2720</sup>. Ces auteurs déplorent une grande incertitude sur le choix à opérer en faveur de telle ou telle formule juridique qui engendre des risques sur la validité des opérations. Néanmoins, il a été constaté que le bail emphytéotique, le bail emphytéotique administratif, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire présentent un tronc commun. Ces contrats, tous issus de la formule emphytéotique, reprennent les mêmes grands principes que sont une longue durée, l'obligation de faire des améliorations ou des travaux, une obligation financière spécifique et une accession différée à la propriété en faveur du bailleur en fin de contrat<sup>2721</sup>.

---

<sup>2719</sup> LEVASSEUR Sandrine, Eléments de réflexion sur le foncier et sa contribution au prix de l'immobilier, Revue de l'OFCE, Débats et politiques, n° 128, 2013, p. 365 ; Rapport d'information n° 442 (2004-2005) de MM. Thierry REPENTIN et Dominique BRAYE, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 29 juin 2005, Les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement, p. 7 et svts.

<sup>2720</sup> ZALEWSKI-SICARD Vivien, Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins, Const -Urb., n° 10, oct. 2016, étude 12 ; Le Club des juristes, Comm. Imm. de l'Etat et des collect. Territ., Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif, sept. 2013, p. 7 et 8.

<sup>2721</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçons de droit civil, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., Biens : droit de propriété et ses démembrements, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 414 n° 1697-2 ;

Toutefois, de même que la vente en état futur d'achèvement diverge du contrat de vente classique<sup>2722</sup>, chacun de ces baux réels immobiliers de longue durée dispose de règles spécifiques qui ont été énoncées afin d'apporter une réponse à une problématique précisément identifiée<sup>2723</sup>. Aussi, pour une maîtrise foncière qui paraît similaire, ils proposent différentes possibilités d'appréhender une opération immobilière. Chacun de ces baux constitue un réaménagement, une adaptation à la formule proposée initialement. Le législateur, considérant les atouts de l'emphytéose, en a proposé plusieurs déclinaisons comme autant d'outils sociaux-économiques adaptés et ciblés.

---

REYNARD Jacques et SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, contrats spéciaux, Lexisnexus, 10<sup>ème</sup> éd., 2019, n° 274, p. 236 ; TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, Les biens, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2018, n° 928, p. 829.

<sup>2722</sup> Art. L 261-1 à L. 261-22 du C.C.H.

<sup>2723</sup> MALLET-BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarité, RTD civ. 2016. 943.

## CONCLUSION

**1066.** Le bail emphytéotique, le bail à construction, le bail à réhabilitation, le bail réel immobilier et le bail réel solidaire partagent une unicité de nature. Ils ont la même nature composite qui octroie au preneur un droit réel immobilier sur le bien d'autrui et un droit de propriété temporaire sur les réhabilitations ou constructions qu'il réalise. Le bail emphytéotique administratif octroie au preneur un droit réel constitué sur le domaine public, mais ce droit réel est singulier car il comporte « des limites que ne comportent pas les droits réel civils dont ils sont issus »<sup>2724</sup>. Aussi, ce contrat est trop marqué par les règles relatives à la protection du domaine public pour pouvoir être assimilé à un bail réel immobilier de longue durée de droit privé, et ce même s'il existe de nombreuses caractéristiques communes.

**1067.** Ces contrats présentent un régime juridique constitué par un socle de caractéristiques communes. Qualité et capacité des parties, expression de la volonté, détermination du bien immobilier objet du contrat, obligation d'entretien et de réparation, longue durée et accession différée à la propriété du bailleur, forment une unicité de régime. Les particularités propres à chacun de ces baux réels immobiliers de longue durée constituent les déclinaisons dictées par leur propre affectation socio-économique. Il apparaît alors que le choix opéré par les bailleurs sociaux, les collectivités territoriales ou les promoteurs privés, en faveur de l'un ou l'autre de ces contrats entraîne certaines conséquences. Les objectifs socio-économiques des opérateurs, relatifs à l'opération immobilière projetée, déterminent les principaux caractères du bail réel immobilier de longue durée auquel il est nécessaire de recourir. Le bail emphytéotique laisse une certaine liberté au preneur, le bail à construction l'oblige à réaliser des constructions, le bail à réhabilitation vise l'amélioration d'anciens logements et leur mise sur le marché locatif social, le bail réel immobilier s'adresse aux ménages issus des classes moyennes et le bail réel solidaire doit répondre aux besoins en logement des classes populaires ou modestes.

**1068.** Les praticiens du droit relèvent toutefois certaines difficultés lorsqu'il s'agit d'opérations pouvant à la fois être réalisées dans le cadre du bail emphytéotique et du bail à construction, ou encore lorsque les travaux à réaliser par le preneur semblent pouvoir être qualifiés à la fois de

---

<sup>2724</sup> PROOT Philippe, Bail emphytéotique administratif et domanialité publique, Contrats Publics, n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39.

construction et de réhabilitation<sup>2725</sup>. Cette technique a connu un développement qui a alerté une partie de la doctrine. Celle-ci ne souhaite pas voir se « multiplier les possibilités de concessions d'utilités au point de vider de toute substance la propriété »<sup>2726</sup>. Aussi, l'offre de loi du Club des juristes de septembre 2013 a été favorablement accueillie par une partie de la doctrine et du notariat. La commission a conclu à l'obsolescence, l'incohérence et la mauvaise adaptation de ce type de contrat. Elle a relevé les risques de requalification encourus tant les frontières entre ces contrats lui sont apparus peu précisés<sup>2727</sup>. Elle souligne les difficultés que peuvent rencontrer les preneurs et bailleurs qui souhaitent recourir aux baux réels immobiliers de longue durée. Elle propose alors de réunir le bail emphytéotique et le bail à construction en un seul contrat dénommé « le bail réel immobilier ». Dans le cadre de cette proposition, la commission a repris les principaux éléments de ces deux contrats en apportant la souplesse contractuelle censée répondre aux besoins de la pratique et faire défaut à ces deux baux réels immobiliers de longue durée<sup>2728</sup>. Selon M. Tixier, l'objectif de cette proposition de loi est de créer un nouvel outil juridique plus efficace, mieux adapté et plus sécurisant pour les parties, bailleur et preneur, et les organismes de financement, et ce afin d'accroître le nombre d'opérations immobilières.

**1069.** Il est certain que la méconnaissance de la nature et du régime des baux réels immobiliers de longue durée, ainsi que la complexité des dispositions législatives constituent les principaux obstacles à leur recours<sup>2729</sup>. L'analyse de ces éléments a démontré que, dans leur unicité de nature et de régime, et de part leurs affectations spécifiques, ces contrats constituent des outils pertinents et efficaces. Ils répondent à la mission qui leur a été attribuée dans le cadre d'actions politiques rendues nécessaires par des contextes socio-économiques déterminants. Ils n'ont pas pour seuls utilités et objectifs de favoriser la réalisation d'opérations immobilières. Ces contrats sont les outils d'une action publique en faveur du logement. Ils permettent, en fonction de circonstances microéconomiques locales, à la fois, d'apporter une solution économique de maîtrise du foncier et de répondre précisément aux besoins du marché immobilier. Il ne s'agit pas de favoriser la réalisation de logements en laissant toute latitude aux parties pour en faciliter la production. Répondre à la crise du logement ne peut consister en une simple production d'opérations immobilières. Cette crise est complexe. Elle ne concerne plus seulement les difficultés à trouver un logement décent, l'insalubrité ou les bidonvilles. Elle porte sur les taux d'effort trop élevés,

---

<sup>2725</sup> 112<sup>ème</sup> Congrès des notaires, La propriété immobilière entre liberté et contraintes, Nantes du 5 juin au 8 juin 2016, p. 57.

<sup>2726</sup> ZENATI-CASTAING Frédéric et REVET Thierry, Les biens, PUF, 3<sup>ème</sup> éd, 2008, n° 315, p. 479.

<sup>2727</sup> Club des Juristes, Bail réel immobilier et bail réel immobilier administratif, Offre de loi, RDI 2013, p. 393.

<sup>2728</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail réel immobilier, RDI 2013, p. 398.

<sup>2729</sup> TIXIER Jean-Luc, Le bail à construction, De la théorie à la pratique, Litec, LexisNexis, n° 7, p.4.

l'éloignement du lieu de travail, les contraintes des modes de vie en inadéquation avec les caractéristiques des logements disponibles, ou encore sur la limitation de la rotation dans le parc<sup>2730</sup>. Pour répondre à ces besoins il ne peut être uniquement question de construire de grands ensembles collectifs ou pavillonnaires en zone périurbaine.

**1070.** La recherche de la rentabilité maximale de la parcelle de terrain ou l'immeuble objet du projet immobilier n'est plus le seul objectif du projet. Les partenaires doivent également s'engager dans une démarche de plus-value sociale. Il s'agit de s'assurer que ces logements soient accessibles, en location ou accession à la propriété, aux ménages qui souffrent les premiers de cette situation, c'est-à-dire les foyers modestes et issus des classes moyennes. Le bail réel immobilier et le bail réel solidaire répondent à ces besoins<sup>2731</sup>. Il est nécessaire de remettre sur le marché locatif des logements situés en centre-ville, souvent anciens et délabrés, et de garantir de la même façon qu'ils puissent bénéficier aux foyers qui ne peuvent habituellement accéder qu'aux logements excentrés et donc éloignés de leur lieu de travail. Le bail à réhabilitation est spécifiquement adapté à ce type d'action<sup>2732</sup>. Il faut également assurer certaines facilités au preneur lorsque cela s'avère nécessaire tout en garantissant au bailleur que l'ensemble immobilier projeté soit conformément réalisé. Le bail à construction semble alors tout indiqué pour préserver les intérêts des parties<sup>2733</sup>. Enfin, le bail emphytéotique, auquel il est possible de recourir en milieu urbain comme en zone rurale, laisse au preneur la souplesse nécessaire pour donner une certaine attractivité à une opération immobilière lorsque cela s'avère indispensable pour garantir la faisabilité financière du projet<sup>2734</sup>. Chacun de ces baux réels immobiliers de longue durée, reprenant des caractéristiques communes essentielles, apportent une réponse précise à une problématique déterminée qui alimente la crise du logement. Ils répondent aux exigences d'une

---

<sup>2730</sup> ROCHON François, *Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine*, Bibliothèque des Territoires, Editions de l'aube, 2018, p. 52.

<sup>2731</sup> POUmarede Matthieu, *Le bail réel immobilier logement*, RDI n° 5, mai 2014, p. 265 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, *Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier, Loyers et Copropriété*, n° 6, juin 2014, alerte 39 ; KAN-BALIVET Béatrice, *Le logement intermédiaire*, JCP Adm. et Collect. Territ. n° 35, 1<sup>er</sup> sept. 2014, 2247 ; WERTENSCHLAG Bruno, *Le bail réel solidaire et les organismes de foncier solidaire*, AJDJ 2016, p. 740 ; POUmarede Matthieu, *Le bail réel solidaire*, RDI 2016, p. 544 ; COUTANT-LAPALUS Christelle, *Le bail réel solidaire*, JCP N I n° 25, 22 juin 2018, 1217.

<sup>2732</sup> BOULE Eric, GUIBERT Lionel, *Le bail à réhabilitation*, Collection « Pratique de l'immobilier », Ed. MASSON, 1995, p. 14 et svts ; MAHY Christophe, *Le bail à réhabilitation*, Litec Immo, 1<sup>er</sup> éd., 2000, p. 2 et 3.

<sup>2733</sup> DUBOIS – SPAENLE Claire-Marie, *Vademecum du bail à construction*, *Le Moniteur*, n° 5853, 29 janv. 2016, p. 85 ; BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc et CINAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 334, n° 292.

<sup>2734</sup> MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien : T. 2, 2<sup>ème</sup> vol., *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 1695, p. 412 ;



politique sociale de l'habitat, et constituent des outils efficaces de résolution des problèmes fonciers considérés dans une perspective économique globale<sup>2735</sup>.

**1071.** La multiplicité des baux réels immobiliers de longue durée témoignent de la nécessité du développement de nouvelles techniques juridiques de production de logements et d'espaces bâtis. Certains auteurs critiquent l'apparente complexité de ces contrats mais ce degré de technicité traduit la nécessité d'organiser une action précise et opérante de lutte contre la crise du logement. Le recours à ce type de contrat permet de garantir la réalisation de logements dans le cadre d'une mission sociale. Ces contrats spéciaux soutiennent une promotion immobilière conciliant « loi du marché et solidarité »<sup>2736</sup>. L'efficacité et l'utilité de ces outils juridiques ne peuvent être remises en question. Les baux réels immobiliers de longue durée constituent la technique juridique la plus adaptée au contexte qui cumule une pénurie et un coût trop élevé du foncier, ainsi que des besoins importants en logements. Ces contrats répondent à la définition de « technique » juridique énoncée par Demogue, puisqu'ils ont été conçus « pour arriver à transformer en réalité les visées sociales originales »<sup>2737</sup>.

**1072.** Ces baux réels immobiliers présentent l'avantage favoriser la réalisation de logements locatifs et de permettre l'accession sociale à la propriété. La notion de propriété continue de jouer un rôle important dans notre société. En 1976, la Commission d'étude pour une réforme du financement du logement, présidée par Raymond Barre, relève qu'« il n'y a point de réelle liberté de choix si les ménages à faibles revenus sont assignés, selon le niveau de leurs ressources, à une catégorie donnée de logement »<sup>2738</sup>. Cette analyse conduit à la création des aides personnelles au logement et du prêt aidé par l'Etat pour le logement destiné à soutenir l'accession à la propriété des ménages modestes<sup>2739</sup>. Plus récemment, M. Sarkozy lors de sa campagne présidentielle de 2007 a rappelé l'importance de la propriété en déclarant vouloir faire « de la France un pays de propriétaires parce que, lorsque l'on a accédé à la propriété, on respecte son immeuble, son quartier, son environnement...et donc les autres ». Face aux difficultés économiques et budgétaires, au chômage et aux tensions sociales, la promotion de la propriété individuelle apparaît indispensable pour de nombreux observateurs. Elle « lisse les inégalités et apaise les rapports sociaux »<sup>2740</sup>.

---

<sup>2735</sup> PISANI Edgard, Utopie foncière, Paris, Gallimard, 1<sup>er</sup> éd., 1977, p. 5 et 6.

<sup>2736</sup> MALLET BRICOUT Blandine, Baux réels et solidarités, RTD civ. 2016. 943.

<sup>2737</sup> DEMOGUE René, Les notions fondamentales du droit privé, Editions La Mémoire du Droit, 1911, p. 203.

<sup>2738</sup> Rapport de la Commission d'étude d'une réforme du financement du logement, 1976, p. 14.

<sup>2739</sup> Loi n° 76-463 du 31 mai 1976 Accession à la propriété, JORF du 1 juin 1976, p. 3244.

<sup>2740</sup> LAMBERT Anne, Tous propriétaires !, éd. Seuil, 2015, p. 267.

**1073.** Toutefois, le rapport à la propriété a évolué avec la société. Les contextes spatiaux sont devenus plus complexes et les projets de vie plus composites. Le parcours résidentiel n'est plus représenté par le passage de l'état de locataire à celui de propriétaire d'un seul et même bien. La précarisation des situations professionnelles et les transformations familiales conduisent les foyers à occuper successivement un plus grand nombre de logements au cours de la vie<sup>2741</sup>. Les résidences principales sont généralement revendues tous les 9 ans et dans plus de 80 % des cas les héritiers ne conservent pas le logement familial au décès du dernier parent survivant. Il est constaté que les besoins se recentrent sur la valeur d'usage du bien<sup>2742</sup>. La notion de propriété telle qu'elle est envisagée par le code civil n'est plus conforme aux aspirations contemporaines. Le législateur semble avoir, au travers du bail réel immobilier et du bail réel solidaire, optimisé cette notion de propriété dans sa dimension temporelle<sup>2743</sup>. Ces contrats modernisent la notion de propriété en mettant en œuvre une conception temporaire, sociale et conforme à l'évolution sociétale. Ils permettent l'accession en propriété de la résidence principale pour un temps suffisamment long pour inspirer une certaine confiance, et ce dans le cadre d'une économie maîtrisée et raisonnée. L'apport des baux réels immobiliers de longue durée sur la question relative à la propriété temporaire est essentiel car il constitue une évolution du droit positif.

**1074.** Enfin, si les baux réels immobiliers de longue durée sont des outils juridiques au service de la mise en œuvre de politiques sociales nationales, ils présentent l'avantage d'en laisser la maîtrise aux acteurs locaux. Ce sont des opérateurs locaux, bailleurs sociaux, promoteurs privés et collectivités territoriales qui, le plus souvent, recourent à ces contrats. Ils ont alors toutes connaissances du marché immobilier local, des besoins en logements et du profil des foyers demandeurs pour agir efficacement et respecter l'équilibre économique et financier de leur opération immobilière. Les bailleurs sociaux, en tant qu'acteurs locaux du logement social, sont particulièrement concernés par la lutte contre la crise du logement et par le recours aux baux réels immobiliers de longue durée. 8 à 10 millions de personnes sont en situation de mal logement ou de fragilité dans leur logement. Parallèlement, la situation financière des bailleurs sociaux décline. La loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du

---

<sup>2741</sup> ROCHON François, *Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine*, Bibliothèque des Territoires, Ed. de l'aube, 2018, p. 91.

<sup>2742</sup> CHEVREUX Bruno et LEONETTI Raphaël, *Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes*, JCP N. I., juillet 2016, p. 827.

<sup>2743</sup> CARBONNIER Jean, *Flexible droit Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Collec. Anthologie du Droit, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 385.

numérique<sup>2744</sup>, dite loi Elan, faisant suite à la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018<sup>2745</sup>, validant la baisse des aides au logement et la mise en place de la réduction de loyer solidarité<sup>2746</sup>, a engendré une mise sous tension importante du secteur du logement social<sup>2747</sup>. Les capacités d'investissement des bailleurs sociaux s'amenuisent alors que la crise du logement perdure.

**1075.** Les organismes HLM doivent réussir à concilier leur mission sociale visant à loger les plus démunis, à favoriser la mixité sociale et veiller à la bonne gestion financière de leur patrimoine<sup>2748</sup>. Ils n'ont pas d'autre solution que de privilégier des techniques de maîtrise foncière leur permettant de conserver, voire de développer, leur potentiel opératoire. Le défi est productif et financier. Il s'agit de produire plus de logements sociaux, en location ou accession, destinés aux ménages aux revenus modestes ou moyens tout en assurant la stabilité économique de leur gestion. Les baux réels immobiliers de longue durée rassemblent les critères impératifs de toute opération de construction ou réhabilitation sociale : maîtrise du foncier, équilibre économique et création de logements locatifs ou en accession pour un public identifié comme étant particulièrement fragilisé par la crise actuelle<sup>2749</sup>. Ce sont les traductions opérationnelles des politiques en faveur de l'habitat.

**1076.** Les baux réels immobiliers de longue durée sont porteurs d'importantes opportunités. L'unicité de leur nature et de leur régime, nonobstant le bail réel administratif qui se démarque de part les limites et aménagements apportés à la notion de droit réel administratif, démontre que le législateur, malgré les déclinaisons proposées, est resté conscient de leurs avantages et potentialités. Leur apparente complexité est le reflet de leur technicité et ne doit pas remettre en cause le bien fondé de leurs affectations sociales. La multiplication des types de baux réels immobiliers de longue durée est le fruit d'une politique législative stratégique qui s'efforce de répondre le plus concrètement et le plus efficacement possible aux besoins en logement d'une partie importante de la population.

---

<sup>2744</sup> Loi n° 2018-1021 du 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, JORF du 24 nov. 2018.

<sup>2745</sup> Loi n° 2017-1837 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018, JORF du 31 déc. 2017.

<sup>2746</sup> La réduction de loyer de solidarité est un dispositif destiné aux foyers ayant de faibles revenus et qui occupent un logement social. La RLS a pour but de faire diminuer le coût du loyer initial.

<sup>2747</sup> USH, Rapport d'activité 2018-2019, p.14.

<sup>2748</sup> STEBE Jean-Marc, Le logement social en France : 1789 à nos jours, P.U.F, 7<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 122.

<sup>2749</sup> ROCHON François, Le logement, l'habitat et le citoyen, une expérimentation républicaine, Bibliothèque des Territoires, Ed. de l'aube, Monde HLM, Optimiser le modèle français, 2018, p. 104 et svts.





## INDEX

- A**
- Accession.....94 et s., 181 et s., 586 et s.  
Accession sociale à la propriété.....556 et s.  
Acquisition.....21, 601 et s.  
Avant-contrat.....369 et s.
- B**
- Bailleur.....343 et s.  
Bailleurs sociaux (Organismes HLM).18 et s.  
Bail d'habitation.....195, 252 et s.
- C**
- Certificat d'urbanisme.....397 et s.  
Conventionnement APL .....358 et s.  
Copropriété.....147 et s., 402 et s.  
Convention d'usufruit locatif social...199 et s.
- D**
- Démolition .....589 et s.  
Domaine public.....16 et s., 29 et s., 261 et s.  
Domaine utile .....60 et s., 503 et s.  
Droit comparé :  
Droit Anglais.....24, 138  
Droit Catalan.....24, 138 et s.  
Droit de préemption urbain .....394 et s.  
Droit de propriété.....93 et s., 242 et s.  
Droit de propriété temporaire.....132 et s.  
Droit de superficie.....27, 101 et s., 143 et s., 273 et s., 416 et s.  
Droit réel accessoire.....94 et s., 142 et s.,  
Droit réel immobilier...13, 79 et s., 123 et s.,  
194 et s., 224 et s.  
Droit réel principal...27, 38, 87 et s., 121 et s.  
Droit rural.....82 et s.
- E**
- Expropriation ..... 543 et s.
- F**
- Féodalité.....60 et s., 503 et s.
- Formalisation.....375 et s.
- H**
- Hypothèque.....233. et s., 319 et s.
- I**
- Imprescriptibilité.....263 et s..  
Inaliénabilité.....263 et s..  
Intérêt général .....291 et s.
- L**
- Logement locatif social.....18, 20, 615 et s.  
Locataire occupant ..... 363 et s., 618 et s.
- O**
- Obligation d'édifier (de construire)...172 et s,  
458 et s.  
Obligation d'entretien et de réparation ...422  
et s.  
Obligation financière.....439 et s.  
Obligation de réhabiliter....172 et s, 475 et s.
- P**
- Permis de construire..... 399 et s., 539 et s.  
Preneur.....349 et s.
- S**
- Servitude.....225 et s., 611 et s.
- T**
- Terrain nu.....385 et s.  
Terrain bati.....388 et s.  
Terrain constructible.....397 et s.  
Terme .....203 et s., 500 et s.
- U**
- Usufruit.....197 et s., 627 et s.
- V**
- Volume..... 106 et s., 413 et s.



# BIBLIOGRAPHIE

## 1. OUVRAGES GENERAUX

**ATIAS** Christian, *Droit civil Les biens*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> édition, 2014

**AUBERT** Jean-Luc, **DUTILLEUL** et **COLLART** François, *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, Collection : Connaissance du droit, 5<sup>ème</sup> édition, 2017

**AUBERT** Jean-Luc et **SAVAUX** Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 18<sup>ème</sup> édition, 2020

**AUBRY** Charles et **RAU** Charles Frédéric, *Droit civil Français*, Tome II, Marchal et Billard, 7<sup>ème</sup> édition, 1869

**AYNES** Laurent, **CROCQ** Pierre, **AYNES** Augustin, *Droit des sûretés*, L.G.D.J., Collection : Droit civil, 14<sup>ème</sup> édition, 2020

**BART** Jean, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, Précis Domat Droit Privé, 2<sup>ème</sup> édition, 2009

**BENABENT** Alain :

- *Droit des obligations*, Droit Privé, LGDJ, 18<sup>ème</sup> édition, 2019

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2019

**BENABENT** Alain et **MAZEAUD** Denis, *Les grands articles du code civil*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2017

**BERGEL** Jean-Louis, **BRUSCHI** Marc et **CIMAMONTI** Sylvie, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2010

**BIGOT** Grégoire, *Introduction historique au droit administratif*, PUF Droit, 2002

**BLOUD-REY** Céline, *Le terme dans le contrat*, P.U. d'Aix-Marseille, 2003

**BON** Pierre, **AUBY** Jean-Bernard et **TERNEYRE** Philippe, *Droit administratif des biens*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2020

**BUFFELAN-LANORE** Yvaine et **LARRIBAU-TERNEYRE** Virginie :

- *Droit Civil : les obligations*, SIREY, 17<sup>ème</sup> édition, 2020

- *Droit Civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, SIREY, 21<sup>ème</sup> édition, 2019

**CABRILLAC** Michel et **MOULY** Christian, *Droit des Sûretés*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> édition, 2015



**CABRILLAC Rémi**, *Droit des obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition, 2020

**CARBASSE Jean-Marie** :

- *Histoire du droit*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2017

- *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 8<sup>ème</sup> édition, 2019

**CARBONNIER Jean** :

- *Droit civil : Introduction*, P.U.F., Thémis Droit Privé, 27<sup>ème</sup> édition, 2002

- *Droit civil, Les Biens/Les Obligations*, Quadrige, P.U.F., 2<sup>ème</sup> édition, 2017

- *Sociologie Juridique*, Edition Quadrige/PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2016

- *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J, 10<sup>ème</sup> édition, 2014

**CASTALDO André et LEVY Jean-Philippe**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2010

**CHAGNOLLAUD de SABOURET Dominique**, *Dictionnaire élémentaire du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2016

**CHAUMET Pierre-Olivier** :

- *Histoire du droit et des institutions 1750-1914*, Ellipses, 2016

- *Introduction historique au droit*, Ellipses, 2016

**CHENEDE François**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2019

**COLLART DUTILLEUL François et DELEBECQUE Philippe**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2019

**CORNU Gérard**, *Droit civil : Les Biens*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> édition, 2007

**COURBE Patrick**, *Droit civil : les biens*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2019

**CHRETIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas et TOURBE Maxime**, *Droit administratif*, 17<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2020

**DE FERRIERE Claude-Joseph**, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Nyon, 1768

**DELEBECQUE Philippe et COLLART DUTILLEUL François**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis, 11<sup>ème</sup> édition, 2019

**DEMOGUE René**, *Les notions fondamentales du droit privé*, Editions La Mémoire du Droit, 1911

**DEMOLOMBE Charles**, *Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des biens.de la propriété.de l'usufruit.de l'usage et de l'habitation*, A.Lahure, 6<sup>ème</sup> édition, 1880

**DEROUSSIN David**, *Histoire du droit privé*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> édition, 2018

**DISSAUX Nicolas et JAMIN Christophe**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et la preuve des obligations, commentaires des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016

**DROSS William**, *Droit des biens*, LGDJ, Collection : Domat droit privé, 4<sup>ème</sup> édition, 2019

- DROSS** William, *Droit civil : Les choses*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2012
- DUCOS** Michèle, *Rome et le droit*, Paris : Librairie générale française, 2<sup>ème</sup> édition, 1996
- DURANTON** Alexandre, *Cours de droit français selon le Code Civil*, Alex-Gobelet, 4<sup>ème</sup> édition, 1844
- FAGES** Bertrand, *Droit des obligations*, L.G.D.J., 10<sup>ème</sup> édition, 2020
- FOIX** Christian, **CORGAS** Cristina, *Sûretés immobilières*, Ellipses, Collection : Droit notarial, 1<sup>er</sup> édition, 2013
- FOULQUIER** Norbert, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> édition, 2019
- GAUDEMET** Yves, *Droit administratif des biens*, 15<sup>ème</sup> édition, LGDJ-Lextenso, 2014
- GAUDEMET** Jean et **BASDEVANT-GAUDEMET** Brigitte, *Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle*, L.G.D.J., 4<sup>ème</sup> édition, 2016
- GAUDEMMENT** Jean et **CHEVREAU** Emmanuelle, *Droit privé romain*, Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, 2009
- GODFRIN** Philippe et **DEGOFFE** Michel, *Droit administratif des biens*, Sirey, 13<sup>ème</sup> éd., 2020
- GONOD** Pascale, **MELLERAY** Fabrice et **YOLKA** Philippe, *Traité de droit administratif*, T. 2, Dalloz, 2012
- GUESTIN** Jacques, *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil, LGDJ, 3<sup>ème</sup> édition, 2012,
- GHESTIN** Jacques, **BARBIER** Hugo et **BERGE** Jean-Sylvestre, *Traité de droit civil : Introduction générale*, L.J.D.G., 5<sup>ème</sup> édition, 2018
- HAURIOU** Maurice :
- *Principes de droit public*, 1<sup>ère</sup> édition 1911, rééd. Dalloz 2010; Giard & Brière, 2<sup>ème</sup> édition, 1916
  - *Précis de droit administratif*, 12<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, 2002
- JOURDAIN** Patrice, *Les biens*, Dalloz , 1<sup>er</sup> édition, 1995
- LARROUMET** Christian, **BROS** Sarah, *Droit civil*, T. 3, *Les obligations, Le contrat*, 9<sup>ème</sup> édition, Economica, 2018
- LARROUMET** Christian et **MALLET-BRICOUT** Blandine, *Traité de Droit Civil*, T. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, 2019
- LEVY** Jean-Philippe, **CASTALDO** André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2010
- LOVISI** Claire, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2016

**MAINGUY** Daniel, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2020

**MALAURIE** Philippe, **AYNES** Laurent, **CROCQ** Pierre, *Les suretés*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> édition, 2014

**MALAURIE** Philippe, **AYNES** Laurent, **GAUTIER** Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> édition, 2020

**MALAURIE** Philippe, **AYNES** Laurent, *Droit des biens*, LGDJ, 8<sup>ème</sup> édition, 2019

**MALAURIE** Philippe, **AYNES** Laurent, **STOFFEL-MUNCK** Philippe, *Les obligations*, LGDJ, Collection : Droit civil, 11<sup>ème</sup> édition, 2020

**MARTY** Gabriel, **RAYNAUD** Pierre et **JOURDAIN** Patrice, *Les biens*, Dalloz, 1995

**MARTY** Gabriel, **RAYNAUD** Pierre, *Droit civil. Introduction générale à l'étude du droit*, Tome 1, Sirey, 2<sup>ème</sup> édition, 1972

**MATHIEU** Marie-Laure, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 3<sup>ème</sup> édition, 2013

**MAZEAUD** Henri et Léon, **MAZEAUD** Jean, **CHABAS** François, *Leçons de droit civil*, Paris : Ed. Montchrestien :

- Tome 2. Premier volume, *Obligations : théorie générale*, 9<sup>ème</sup> édition, 1998
- Tome 2. Deuxième volume, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, 8<sup>ème</sup> édition, 1994

**OURLIAC** Paul et **DE MALAFOSSE** Jean, *Histoire du droit privé : Les Obligations*, P.U.F, Thémis, 2<sup>ème</sup> édition, 1969

**PATAULT** Anne-Marie, *Introduction historique au droit des biens*, P.U.F., Collection : Droit fondamental, Droit civil, 1<sup>er</sup> édition, 1989

**PLANIOL** Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, PICHON F., 2<sup>ème</sup> édition, 1901

**PLANIOL** Marcel et **RIPERT** Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Tome III, par PICARD, LGDJ, 1952

**POTHIER** Robert-Joseph :

- *Traite du droit de domaine de propriété*, Paris, Debure, 1772

- *Traité des obligations*, Ouvrage paru initialement en 1821 chez Thomine et Fortic, DALLOZ, 2011

**PROUDHON** Jean-Baptiste-Victor, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Tome 1, Edition Victor LARGIER, Dijon, 2<sup>ème</sup> édition, 1836

**RAYNARD** Jacques et **SEUBE** Jean-Baptiste, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> édition, 2019

**RICCI** Jean-Claude et **LOMBARD** Frédéric, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1<sup>er</sup> éd., 2018

**RIPERT** Georges, **BOULANGER** Jean, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961

**ROUBIER** Paul, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1951

**SIMLER** Philippe, **DELEBECQUE** Philippe, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éditions, 2016

**SCHIAVONE** Aldo, *Ius, L'invention du droit en occident*, Belin, 2011

**STRICKLER** Yves, *Les Biens*, P.U.F., 1<sup>er</sup> édition, 2006

**TERRE** François, *L'évolution du droit de propriété depuis le code civil*, PUF, Droits, 1985

**TERRE** François et **SIMLER** Philippe, *Droit civil : Les biens*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 2018

**TERRE** François, **SIMLER** Philippe, **LEQUETTE** Yves et **CHENEDE** François, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2018

**TROPLONG** Raymond-Théodore, *Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, de l'échange et du louage*, 1841

**WALINE** Jean, *Droit administratif*, 27<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018

**WEIL** Prosper, *Le Droit administratif*, PUF, Paris 1968

**YOLKA** Philippe, **HOURSON** Sébastien, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> édition, 2020

**YOLKA** Philippe, *La propriété publique : Élément pour une théorie*, L.G.D.J., 1997

**ZENATI-CASTAING** Frédéric et **RENET** Thierry, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2008

2. OUVRAGES SPECIAUX
----------------------

**AMZALLAG** Michel, **TAFFIN** Claude, *Le logement social*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2010

**ANAGNOSTOU-CANAS** Barbara, *Le droit grec : de la cité classique à l'Égypte hellénistique et romaine*, École pratique des hautes études. Section des sciences historiques et philologiques. Livret-Annuaire 15. 1999. 2000. 2001

**ATIAS** Christian, *Guide de la copropriété des immeubles bâtis*, Edilaix, 6<sup>ème</sup> édition, 2017

**AUBY** Jean-Bernard et **PERINET-MARQUET** Hugues, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Domat droit public/privé, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> édition, 2020

**AUBY** Jean-Marie, **BON** Pierre, **AUBY** Jean-Bernard et **TERNEYRE** Philippe, Droit administratif des biens, Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2020

**AUVERGNON** Philippe, **MARTIN** Philippe, **ROZENBLATT** Patrick et **TALLARD** Michèle, *L'Etat à l'épreuve du social*, Editions Syllepse, 1998

**BARTHÉLEMY SAINT HILAIRE** Jules, *Politique d'Aristote*, Traduite en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éditions principales, 1874

**BASDEVANT-GAUDEMET** Brigitte et **GAUDEMET** Jean, Introduction historique au droit XIIIe – XXe siècle, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 2016

**BENGUIGUI** Francine, *La Politique du logement à l'épreuve de la précarité, Regards croisés Chercheurs-acteurs*, Plan construction et architecture, 2004

**BERGEL** Jean Louis, **EYROLLES** Jean-Jacques et **LIARD** Jean-Jacques, *Droit Immobilier*, Lamy, 2011

**BLANCHARD** Marie, **CHAUMONT** Magali, **JOUBERT** Alain, **RAUNET** Michèle, *L'accession à la propriété du logement*, Le Moniteur, 1<sup>er</sup> édition, 2014

**BLOUD-REY** Céline, *Le terme dans le contrat*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003

**BOULE** Eric, **GUIBERT** Lionel, **PONSART** Jean-Claude, *Le bail à réhabilitation*, Masson, Collection : Pratique de l'immobilier, 1<sup>er</sup> édition, 1997

**BORRAZ** Olivier et **GUIRAUDON** Virgine, *Politiques Publiques, 2. Changer la société*, SciencesPo. Les Presses, 2010

**BREGI** Jean-François, *Droit romain : les obligations*, Universités Droit, Ellipses, 2006

**CAILLEMER** Exupère, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes, Le contrat de louage à Athènes*, Paris, 1879

**CAPOULADE** Pierre, **TOMASIN** Daniel, **BAYARD-JAMMES** Florence, **ROUX** Jean-Marc, **GIVORD** François, **GIVERDON** Claude, *La copropriété*, Dalloz Action, 9<sup>ème</sup> édition, 2018

**CHOUQUER** Gérard, *Le droit emphytéotique à la fin du Ve et au début du VIe s.*, livre électronique édité par l'observatoire des formes du foncier, Paris, 2014

**CORIAT** Jean-Pierre, *La notion romaine de propriété : une vue d'ensemble*, Publication de l'école française de Rome, 1995

**DAGOT** Michel, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988

**DAREMBERG** Charles et **SAGLIO** Edmond, *Le dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Hachette, 1900

**DENEFLÉ** Sylvette, *Repenser la propriété, Des alternatives pour habiter*, Presses Universitaires de Rennes, 2016

**DELVOLVE** Pierre, **LONG** Marceau, **WEIL** Prosper, **BRAIBANT** Guy et **GENEVOIS** Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 22<sup>ème</sup> éd., 2019

**DRUFFIN-BRICCA** Sophie, **HENRY** Laurence-Caroline, *Droit des biens : propriété individuelle, propriété collective, propriété démembrée*, Gualino, 10<sup>ème</sup> édition, 2020

**DUGUIT** Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, Editeur E. de Boccard, 4<sup>ème</sup> édition, 1923

**ELBAUM** Mireille, *Économie politique de la protection sociale*, P.U.F., 2<sup>ème</sup> édition, 2011

**EPSTEIN** Renaud, *La Rénovation urbaine*, P.F.N.S.P., 2013

**FAURE-ABBAD** Marianne, *Droit de la Construction*, Gualino, 3<sup>ème</sup> édition, 2016

**FERBOS** Jacques, **BERNARD** Antoine :

- *Expropriation des biens*, Collection Analyse Juridique, Le Moniteur, 11<sup>ème</sup> édition, 2006

- *Evaluation des biens*, Collection Actualité Juridique, Le Moniteur, 10<sup>ème</sup> édition, 2000

**FIJALKOW** Yankel, *Dire la ville c'est faire la ville : La performativité des discours sur l'espace urbain*, P.U. Septentrion, 2017

**GINOSSAR** Shalev, *Droit réel, propriété et créance*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1<sup>er</sup> édition, 1960

**GIVORD** François, **GIVERDON** Claude et **CAPOULADE** Pierre, *La copropriété*, Dalloz Action, 8<sup>ème</sup> édition, 2012

**HALPERIN** Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2<sup>ème</sup> édition, 2012

**HOUARD** Noémie, *Loger l'Europe, Le logement social dans tous ses Etats*, La documentation Française, 2011

**KAMOUN** Patrick, *Hygiène et morale : La naissance des habitations à bon marché (1830-1938)*, Union sociale pour l'Habitat, Décembre 2011

**KIRSZBAUM** Thomas, *Mixité sociale dans l'habitat*, La documentation Française, 2008

**LAMBERT** Anne, *Tous propriétaires !*, Seuil, 2015

**LUCAS** André, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Connaissance du droit, 5<sup>ème</sup> édition, 2015

**MACKELDEY** Ferdinand, *Manuel de droit romain contenant la Théorie des Institutes*, Bruxelles, 1846

**MAHY** Christophe, *Le Bail à réhabilitation*, Litec, 1<sup>er</sup> édition, 2000

- MALINVAUD** Philippe, *Droit de la Construction 2018/2019*, Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> édition, 2018
- MALINVAUD** Philippe, **JESTAZ** Philippe, **JOURDAIN** Patrice et **TOURNAFOND** Olivier, *Droit de la promotion immobilière*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2014
- MAURY** Yan, *Les HLM, L'Etat providence vu d'en bas*, L'Harmattan, 2001
- MORAND-DEVILLER** Jacqueline, **FERRARI** Sébastien, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 2018
- PELLAT** Charles Auguste, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Librairie de Plon frères, 1853
- PISANI** Edgard, *Utopie foncière*, Paris, Gallimard, 1<sup>er</sup> édition, 1977
- ROBAYE** René, *Le droit romain*, Academia, 5<sup>ème</sup> édition, 2017
- ROCHON** François, *Le logement, l'habitat et le citoyen, Une expérience républicaine*, L'aube, 2018
- SOLER-COUTEAUX** Pierre, **LLORENS** Françoise, **LAVIELLE** Nadine, *Droit et financement du logement social*, Le Moniteur Editions, 1<sup>er</sup> édition, 2012
- STEBE** Jean-Marc, *Le logement social en France : 1789 à nos jours*, P.U.F, 7<sup>ème</sup> édition, 2016
- STEBE** Jean-Marc, **MARCHAL** Hervé, **BERTIER** Marc, *Idées reçues sur le logement social*, Le cavalier Bleu Editions, 2016
- TIXIER** Jean-Luc, *Le bail à construction : de la théorie à la pratique*, Litec, 1<sup>e</sup> édition, 2006
- ZATTARA** Anne-Françoise, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, Collection : Bibliothèque de droit privé, 1<sup>er</sup> édition, 2001
- ZAVARO** Michel, *La responsabilité des constructeurs*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2013

3. THESES
-----------

- BALANGER** Laurent, *Etude de l'accession artificielle en droit romain*, Thèse, Université d'Auvergne, 2004
- BALIVET** Béatrice, *Les techniques de gestion des biens d'autrui*, Thèse, Lyon, 2004
- BARBIER** Fabienne, *Nature juridique de l'usufruit*, Thèse, Lyon, 1987
- BERTREL** Jean Pierre, *Le bail à construction, titre constitutif d'un droit de superficie*, Thèse, Tours, 1981
- BOESCH** Romain, *La possession par autrui*, Thèse, Strasbourg, 2011

**CAMUS** Aurélien, *Le pouvoir de gestion du domaine public*, Thèse, PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE, 2013

**CAVIGLIOLI** Benoît, *La constitution de droits réels sur le domaine public*, Thèse, Aix-Marseille, 2001

**CHAMARD** Caroline, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Thèse, Lyon 3, 2002

**CHAUVEAU** Georges, *De la superficie en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1886

**DE FORCRAND** Henri, *Etude sur le droit de superficie dans la législation romaine et dans le droit français moderne*, Thèse, Grenoble, 1875

**DUMONT** Florence, *La nature juridique du droit de superficie*, Thèse, Lyon 2001

**DROSS** William, *Le mécanisme de l'accession, Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, Thèse, Nancy II, 2000

**GOYET** Charles, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Thèse, Strasbourg, 1983

**LAPASSET** Léon, *Etude de l'emphytéose en Droit Romain et en Droit Français*, Thèse, Montpellier, 1900

**LE RUDULIER** Nicolas, *La division en volumes*, Thèse, Nantes, 2010

**LOTTI** Brigitte, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte, Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, Thèse, Paris XI, 1999

**MARTY** Jean Pierre, *La dissociation juridique de l'immeuble ; contribution à l'étude du droit de superficie*, Thèse, Toulouse, 1976

**PAINCHAUX** Mélanie, *Les droits réels de jouissance sur l'immeuble*, Thèse, Aix-Marseille, 2002

**PAQUET** Yannick, *Le lot de copropriété, entre complexité et illusion : analyse de la nature juridique du lot de copropriété*, Thèse, Grenoble Alpes, 2016

**PEPIN LE HALLEUR** E., *Histoire du droit de l'Emphytéose en droit romain et en droit français*, Thèse, Paris, 1843

**PLESSIX** Benoit, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Paris 2, 2001

**RICHARD** David, *De la propriété du sol en volume*, Thèse, Paris 2, 2015

**ROLAIN** Marianne, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, Thèse, Nice Sophia Antipolis, 2015

**SALAM** Olagnika Mamoudou, *Le droit de propriété superficiaire*, Thèse, Poitiers, 1998



**SCHMALTZ** Benoît, *Les personnes publiques propriétaires*, Thèse, Lyon 3, 2014

**XIFARAS** Mikhaïl, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004

**YOLKA** Philippe, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « BDP », 1997

**ZENATI** Frédéric, *Essai sur la nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon, 1981

4. ARTICLES ET CHRONIQUES
---------------------------

**ABRAM** Olivier, « Le sort du bail en cas de vente de l'immeuble loué », *AJDI* 2002, p. 588

**ANTONMATTEI** Paul-Henri, « Ouragan sur la force majeure », *JCP G*, n° 7, 14 fév. 1996, I, 3907

**ALHAMA** Frédéric, « L'indemnisation en cas de fin anticipée des autorisations domaniales », *AJDA*, 2010, p. 1515

**AUBRY** François, « Bail à construction et copropriété », *Defrénois*, 15 juin 2014, n° 11, p. 619

**AYNES Laurent**, « Propos introductifs : Les caractères de l'usufruit », *Dr. et Patr.* 2005, n° 137, p. 42

**BALIVET** Béatrice :

- « Le logement intermédiaire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territor.*, n° 35, 1er septembre 2014, 2247

- « La mobilisation du foncier public en faveur du logement », *Drt et Ville*, 2013, n° 75, p. 173

**BARRIERE** François, « Le fiduciaire-actionnaire », *Revue des sociétés* 2018 p. 428

**BECQUART** Alexis, « Un outil juridique : le bail à réhabilitation », *JA* 1996, n° 131, p. 23

**BERGEL** Jean-Louis :

- « Les baux d'habitation consentis par un emphytéote peuvent se poursuivre au-delà du terme du bail emphytéotique », *RDI* 2010, p. 536

- « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010, p. 409

- « Faire de l'usufruit un outil de gestion », *Dr. et Patr.*, décembre 2008, p. 10

- « Droits fonciers – Dans un bail à construction, le bailleur a la faculté d'imposer des restrictions à l'activité du preneur », *RDI* 2003, p. 167

- « Effets juridiques et résiliation du bail à construction », *RDI* 1998. 191

- « Droits réels sur le domaine public », *RDI* 1995, p. 81

**BERTREL** Jean-Pierre, « L'accession artificielle immobilière, contribution à la nature juridique du droit de superficie », *RTD civ.* 1994, p. 737

- BESNIER** Maurice, « La question de la table latine d'Héraclée », *Revue des études anciennes*, 1912, p. 40
- BLEMONT** Patrice, « Nouveaux contrats pour construire et moderniser à l'hôpital », *BJCP* 2004, p. 2
- BOCCARA** Bruno, « Le bail emphytéotique », *Rev.écon. et drt. Immob.*, 1964, p. 448
- BOCQUET** Alain, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.*, 1974, I, doct. p. 439
- BOSGIRAUD-STEPHENSON** Catherine, « Le bail à réhabilitation », *RDI* 1991, p. 19
- BOUDOT** Michel, « L'image du « démembrement » dans la doctrine française », *Revue critique*, 2010, p. 33
- BOULE** Eric, « Le bail à réhabilitation : quel intérêt pour le propriétaire ? », *Gaz. Pal* 1993, 1, somm, p. 816
- BOURGOIS** Jean-Luc, « Etude de cas sur l'utilisation du bail à construction », *Drt et patrim.*, sept.1996, p. 21
- BRAULT** Philippe-Hubert, « Bail commercial ou bail emphytéotique - Les critères d'identification du bail emphytéotique », *Loyers et Copropriété*, n° 6, juin 2009, comm. 149
- BRIERLEY** John E. C. « Regards sur le droit des biens dans le nouveau code civil du Québec », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 47 n° 1, janv.-mars 1995, p. 33
- BRISSON** Jean-François, « L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public », *AJDA* 2005. 591
- CHAPPERT** André, « Le bail à construction dans tous ses états », *Deffrénois* 15 sept. 2013, n° 17, p. 860
- CHAPUT** Jean-Christophe et **ROCHEGUDE** Stéphane, « De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier », *Deffrénois*, 2007, p. 573
- CHAVANCE** Emmanuelle, « Sur la demande de remboursement de travaux effectués par le preneur aux lieu et place du bailleur », *Loyers et copropriété* juill. 2013, p. 20
- CHEVREUX** Bruno et **LEONETTI** Raphaël, « Un décret sur le BRILO, bientôt les premiers programmes », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, juill. 2016, p. 827
- CHEVREUX** Notaires, « L'organisation juridique de l'immeuble », *Le bulletin*, édition spéciale, juill. 2015
- CHEVREUX** Bruno, « Bail réel immobilier relatif au logement" (BRILO) : la propriété temporaire appliquée au logement », *Village-justice.com*, mars 2014
- CHEVREUX** Bruno, **LEVENEUR** Coralie et **LEONETTI** Raphaël, « Le bail réel immobilier dédié au logement », *JCP G*. n° 12, 24 mars 2014, p. 330

**CHEVREUX** Notaires, « Le bail réel immobilier relative au logement « BRILO » », *Le bulletin*, Droit immobilier, le 24/02/2014

**CLAMOUR** Guylain :

- « Règles de passation des baux emphytéotiques administratifs », *Contrats Marchés publ.*, 2012, comm. 35

- « Le « bail réel immobilier », nouvel instrument (très) sectoriel », *Contrats et Marchés publics* n° 4, avril 2014, comm. 97

**COLLART-DUTILLEUL** François et **DERRUPE** Jean, « Sur la notion de bail emphytéotique », *RDI* 1998, p. 697

**COMBE** Christine, « Les droits réels sur le domaine public, ambiguïtés et limites », *Droit adm.*, n° 12, déc. 2001, chron. 22

**COMBY** Joseph, « L'évaluation d'un terrain sous bail à construction », *Études foncières*, juill.-août 2001, p. 16

**CORMIER** Olivier, « Le régime des marchés publics en rénovation », *Dictionnaire Permanent, Construction et Urbanisme*, Bulletin n° 468, oct. 2015, p. 3

**COUTANT-LAPALUS** Christelle :

- « Un nouvel outil au service du logement intermédiaire : le bail réel immobilier », *Loyers et copropriété*, juin 2014, p. 3

- « Le bail réel solidaire », *JCP N I* n° 25, 22 Juin 2018, 1217

**COSSALTER** Philippe, « Où le spectre du domaine public par anticipation frappe encore », *Revue Générale du Droit (on line)*, oct. 2013

**COSTA** Alain, **SCHAEFER** Jean-Pierre, « Quelques expériences européennes sur de nouvelles formes de propriété », *L'observateur de l'immobilier*, Dossier n° 67, fév. 2006

**CUCHE** Pascal et **LEQUIEN** Michel, « La notion de bancabilité dans les opérations de financement privé des équipements publics », *Dr. Adm.*, déc. 2004, p. 14

**DABIN** Jean, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ*, 1962, p. 20

**DAMAS** Nicolas, « Opposabilité du bail d'habitation consenti par l'emphytéote », *AJDI* 2011, p. 293

**DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER** Odile, « Domaine publics et droits réels », *JCP G*, 1995.1.3812

**DELESVAUX** Eric, **DELLOYE** Baptiste et **LEPRETRE** Charlotte, « Les travaux en copropriété et en volumétrie », *CHEVREUX Notaires, Le bulletin*, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spéc., juill. 2015, p. 26

**DELACOUR** Eric, « Naissance du « BEA hospitalier » », *Contrats-Marchés publ.* 2003, comm. 167

**DELALOY** Guillaume, « Faut-il supprimer le principe d'inaliénabilité du domaine public ? », *RDP*, 2006, p. 575

**DELVOLVE** Pierre :

- « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », *RDI* 2010, p. 584, et *RFDA* 2010, p. 1125

- « Le bail réel immobilier administratif », *RDI* sept. 2013, p. 405

**DERRUPE** Jean, « Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire », *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Presses de l'Université des sciences sociales de TOULOUSE, 1996, p. 169

**DE SOLA CANIZARES** F., « Le droit civil catalan », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 5 n° 1, janv.-mars 1953, p. 76

**DE VAREILLES-SOMMIERES**, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.*1905, p. 447

**DES LYONS** Hervé :

- « Le conventionnement HLM », *Actualités Habitat*, 30 mai 2015, p. 17

- « Le régime des attributions de logements sociaux », *Actualités Habitat*, 15 mai 2011, p.15

**DOREL** Mariannick et **NERRIERE** Rémy, « Les modes de division de la propriété d'un immeuble », *CHEVREUX Notaires, Le bulletin*, L'organisation juridique de l'immeuble, édition spéciale, juill. 2015

**DUBOIS SPAENLE** Claire-Marie :

- « Vademecum du bail à construction », *Le Moniteur*, n° 5853, 29 janvier 2016, p. 85

- « Choisir entre bail emphytéotique et bail à construction », *La Gazette*, 26 mars 2018, p. 58

**DUCHATELET** Geneviève, « L'évolution de l'intervention des CAF en matière de logement et d'habitat », *Recherches et Prévisions*, n° 31, mars 1993, p. 7

**DUFAU** Jean :

- « Propriété publique et domanialité publique », *AJDA*, 2012, p. 1381

- « À qui revient la propriété des ouvrages édifiés ? », *Moniteur TP*, 11 juill. 1997, n° 4885, p. 42

- « Domaine public. Règles générales d'utilisation », *J.Cl. adm.*, Fasc. 406-20

**DUMONT** Marie-Pierre, « Droits du sous-locataire d'un emphytéote à l'expiration du bail emphytéotique », *AJDI* 2005, p. 655

**DURAND-PASQUIER** Gwenaëlle :

- « Choix du modèle contractuel : un bail à construction peut-il être conclu sur un volume d'un bâtiment déjà construit dès lors que des travaux sont envisagés ? », *JCP, éd. N.*, 13 juin 2014, 1228

- « Rédaction du bail à construction : validité de la clause résolutoire et de la clause limitant les constructions – nullité de la clause d'agrément », *JCP, éd. N.*, 13 juin 2014, 1229

- « L'usufruit locatif social : une technique de création de logements sociaux rapide mais temporaire », *Revue Construction - Urbanisme*, 2012, p. 81

- « Du bail dans le cadre d'une convention d'usufruit », *Revue Loyers et Copropriété*, 2007, p. 3

**DROSS** William :

- « Une approche structurelle de la propriété », *RTD civ.*, 2012. p. 419
- « Propriété et droits réels », *RTD civ.*, 2013, p. 859

**ECKERT** Gabriel, « Bail emphytéotique administratif », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2005, fasc. 79-40

**FALYS** Jacques, « Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public », *Ann. de droit et de sciences politiques*, 1960, p. 84

**FARON** Olivier, « A propos de la modernité de l'emphytéose », *Publication de l'Ecole Française de Rome*, 1995, p. 11

**FATOME** Etienne et **RAUNET** Michèle, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA valorisation », *AJDA* 2010, p. 2475

**FATOME** Etienne, « A propos de la réglementation de l'occupation du domaine public après le code général de la propriété des personnes publiques », *Mélanges Labetoulle, Dalloz*, 2007, p. 329

**FLORENSA I TOMAS** Carles Enric, « La incorporació de la propietat compartida al Codi civil de Catalunya », Universitat de Girona, conferència, 18 juin 2015

**FOULQUIER** Norbert :

- « La passation des BEA locaux : le décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011 », *R.D.I.*, 2012, p. 440
- « La dissociation du droit de construire et de la propriété du sol », *La Gazette*, mars 2012, p. 13
- « Foncier public et production de logements : quelles alternatives ? », *La Gazette*, 26 mars 2012, p. 14
- « L'article L.2341-1 du code de la propriété des personnes publiques : le nouveau BEA valorisation », *R.D.I.*, 2011, p. 112
- « Extensions du bail emphytéotique administratif et généralisation du crédit-bail », *RDI*, 2009, p. 541

**FOURNIER** Alain, « Division en volumes et publicité foncière « Volume sur volume ne vaut », principe et adaptations », *JCP N*, n° 42, 20 oct. 2006, 1330

**FRANCILLON** Claude, « Lyon n'est pas celle que vous croyez », *Journal L'express*, 16/11/2000

**GALY** Céline et **MAUREY** Mathilde, « Démembrement et indivision en copropriété », *CHEVREUX Notaires, Le bulletin*, L'organisation juridique de l'immeuble, éd. spéc., juill. 2015, p. 34

**GARÇON** Jean-Pierre, « Les limites de la fiction dans le traitement fiscal de l'extinction du bail à construction par confusion », *JCP N* 2009, n° 1228

**GARONNAIRE** Jean-Eric et **PICOT** Florent, « Pour une renaissance du bail à réhabilitation », *Defrénois* du 15/02/2007, n° 3, p. 185

**GAUDEMAR DE Hervé :**

- « L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture », *Droit et patrimoine* 2009, p.179
- « La valorisation des patrimoines publics : quelle action pour les collectivités ? », *JCP Adm et Collect. Territ.*, n° 41, 7 oct. 2013, 2294
- « Les propriétés publiques immobilières externalisables », *JCP Adm et Collect. Territ.*, n° 17, 30 avril 2012, 2132
- « Application imminente de l'autorisation de déroger aux règles de construction », *JCP N. I.*, n° 5, 1<sup>er</sup> fév. 2019, act. 221

**GAUDEMET Yves :**

- « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA*, 2006, p. 1094
- « Hypothèque et domaine des personnes publiques », *D. Aff.*, 1996, p. 33
- « Les cessions et transmissions du droit réel de la loi du 25 juillet 1994 », *JCP N.*, 1996, p. 1263
- « Les constructions en volume sur le domaine public », *CJEG*, 1991, p. 297
- « La superposition de propriétés privées du domaine public », *D.*, 1978, chron., p. 293

**GAUTIER Jean-François**, « Le bail emphytéotique en droit français », *AIDV/ILWA, Bulletin n° 22*, juin 2000, p. 41

**GARONNAIRE Jean-Eric et PICOT Florent**, « Pour une renaissance du bail à réhabilitation », *Deffrénois*, 15/02/2007, n° 3, p. 185

**GERARD Hélène et DAVID Florence**, « Le BEH : précurseur mais dépassé ? », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 47

**GLINEUR Olivier et LECAT Shérazade**, « Les incidences de la loi ALUR dans le domaine du logement social », *Le bulletin de CHEUVREUX Notaires*, juill. 2014, p. 55

**GODFRIN Philippe**, « Une prudente audace : la loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public », *CJEG*, 1995, chr., p. 1.

**GONZALEZ-GHARBI Neyla**, « Evaluation des constructions remises au bailleur à construction en fin de bail », *Construction-Urbanisme* 7 juill. 2012, p. 7

**GROSDIDIER Jean**, « L'attribution de droits réels aux occupants du domaine public : une reformulation a-propiétaire », *Les annales de droit*, 7, 2015, p. 111

**GUERIN Jean-Yves**, « Un coup de pouce au logement intermédiaire », *Le Figaro Immobilier*, 14/06/2013

**HANSENNE Jean**, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *Etudes dédiées à Alex WEILL, D.*, 1983, p. 325

**HANSEN Philippe et FERRE Nicolas :**

- « La passation des baux emphytéotiques administratifs », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 43
- « Le BEA en vue de la restauration, de la réparation ou de la mise en valeur d'un bien immobilier », *Contrats Publics* n° 105, Décembre 2010, p. 71

**HANSEN** Philippe, « L'instabilité jurisprudentielle en matière d'occupation privative du domaine public », *AJDA* 2009, p. 1079

**HUBRECHT** Hubert-Gérald et **MELLERAY** Fabrice, « Le code général de la propriété des personnes publiques », *DA* 2006, Etude 15

**HUGOT** Jean :

- « Un nouveau-né, le bail à réhabilitation », *JCP N* 1991, 1, 217

- « Etablissement d'un régime fiscal indicatif pour les baux à réhabilitation », *JCP N* 1991, n° 1681

**JUEN** Philippe, « La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels », *RTD I.* avr.-juin 2000, n° 2, p. 134

**KARILA** Jean-Pierre, « Les responsabilités encourues par les constructeurs d'ouvrages immobiliers après réception des travaux de rénovation ou de réparations d'ouvrages existants », *Const. Urb.* n° 2, fév. 2006, étude 2

**LAFFITTE** Olivier, « Un nouveau levier de financement : le BEA logement social », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 66

**LAMETHE** Didier, « La souplesse contractuelle du bail à réhabilitation en Russie et en UKRAINE », *Revue internat. de droit comparé*, vol. 49 n° 3, juill.-sept. 1997, p. 559

**LARDEUX** Gwendoline, « Qu'est ce que la propriété ? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire », *RTD civ.* oct./déc. 2013, n° 4, p. 741

**LAVIALLE** Christian :

- « La constitution de droits réels sur le domaine public de l'État », *RFDA*, 1994, p. 1106

- « L'imprescriptibilité du domaine public », *RFDA*, 1985, p. 27

**LATAULADE** de Denise et **BOCQUET** André, « L'avenir du bail à construction », *Gaz. Pal.* 1974. I. 439

**LE BOUEDEC** Pierre, « BEA des collectivités locales et intérêt général », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 32

**LECOUEDIC** Gaëlle, « Le bail réel solidaire et l'accession à la propriété », *Actualité Habitat*, n° 1060, 15 juill. 2017, p. 22

**LEFEVRE PELLETIER** & Associés Avocats, « Bail emphytéotique administratif et gestion courante d'un bien immobilier », *Actualité Immobilière juridique et fiscales 2013*, 15<sup>ème</sup> édition, janv. 2014, p. 30

**LEFEUVRE** André :

- « Bail à construction : le report de l'imposition du revenu foncier en nature en cas de prorogation du bail à construction », *JCP N* 2006, n° 14, p. 734

- « Bail à construction : l'imposition au nom du bailleur de la remise gratuite des constructions avant la fusion » *JCP N* 2007, n° 18, p. 37

**LEONETTI** Raphaël, « Le BRILO : nouvelle solution pour le logement, entre propriété et location », *Gaz. Pal.* 12 sept. 2017, n° 302t9, p. 65

**LEPRINCE** Christelle, « La réalité des droits du preneur d'un bail à construction comme justification de l'annulation d'une clause d'agrément », *Petites affiches*, 30 mars 2015, p. 7

**LESCURE** Michel, « Pour une histoire sociale du crédit. L'exemple du logement en Europe au XIXe siècle », *Revue d'histoire du XIXe siècle*, n° 23, 2001, p. 165

**LEVOYER** Loïc, « La fiscalité des baux emphytéotiques administratifs », *Contrats Publics* n°108, Dossier, mars 2011, p. 54

**LIET-VAUX** Georges, « Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public », *Rev. Adm.*, 1970, p. 297

**LIET-VEAUX** Georges et **SCHMIDT** Jean, « Le bail à construction », *Dalloz 1965*, Chronique p. 71

**LLORENS** François et **SOLER-COUTEAUX** Pierre, « Les occupations privatives du domaine : un espoir déçu », *RFDA*, 2006, p. 935

**LOMBARD** Martine, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambiguë entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, p. 183

**LOPEZ NAVARO** Jorge, « Resumen de la Ley sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida, incorporada al libro quinto del Código civil de Cataluña », 26 sept. 2015

**LOSFELD** Benoît, « La consolidation, Réflexions sur un mode particulier d'extinction de l'usufruit », *RTD civ.* 2007, n° 17, p. 1

**LOUVEL** Marc-Henri et **CHAUSSE** Hélène, « Le bail à réhabilitation : un outil inconnu ou inutilisé ? », *JCP éd. N.*, 7 juin 2013, p. 1159

**MALLET-BRICOUT** Blandine, Baux réels et solidarité, *RTD civ.* 2016. 943

**MALLET-BRICOUT** Blandine et **REBOUL-MAUPIN** Nadège, Droit des biens, D. 2014. 1844

**MAUBLANC** Jean-Paul, « Bail à construction : la vente du terrain au preneur entraîne-t-elle résiliation du bail et double imposition du bailleur à raison des constructions ? », *AJDI*, 2005, p. 148

**MAUGUE** Christine, Intervention aux journées de la propriété publique, 19 oct. 2011, *JCl. Constr.- Urb.*, Fasc. 250, n° 45

**MAUGÛE** Christine et **BACHELIER** Gilles, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA*, 2006, p. 1073

**MAUREY** Henri et **LODIER** Franck, Du renouveau du droit de superficie, *JCP A. C.* n° 46, 10 nov. 2008, 2258



**MAS** Jean-Paul et **CALMELS** Louis, « Unité foncière, droit de construire et démembrement de propriété », *Constr.-Urb.* n° 6, juin 2007, étude 12

**MASSON** Jean Marc, « Redécouvrir le bail emphytéotique », *LPA*, 21 août 1992, n° 101, p. 7

**MESTRE** Jacques, « Le renouvellement d'un contrat emporte toujours formation d'un nouveau contrat », *RTD civ.* 1999, p. 93

**MOLANT** D. :

- « Bail à construction et droit réel », *LPA*, 12 juin 1995, p. 15

- « Bail à construction et droit de l'urbanisme », *LPA* 10 avril 1995, n° 43, p. 12

**MORTIER** Bernard, « La fiscalité du bail à construction », *JCP N* 1997, n° 18, p. 629

**MOUTOUH** Hugues, « Le propriétaire et son double- Variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 », *JCP G.* n° 25, 23 juin 1999, I 146

**MUSSO** Dominique, « La réquisition du droit d'usage », *AJDI* 1964, p. 195

**ORTEGA** Raphaëlle, **PELE** Marie-Céline et **TESSIER** Valentine, « Obligation de relogement et opérations d'aménagement », Cabinet Seban & Associés, *www.operationsimmobilières.com*, fév. 2013

**PACHEN-LEFEVRE** Marie Hélène et **FONTAINE** Cécile :

- « L'assouplissement des baux culturels », *La Gazette* du 9 février 2009, p. 50

- « Le recours au bail emphytéotique pour la construction d'édifices religieux », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 59

**PAULIAT** Henri, « Le droit de propriété devant le Conseil const. et la C.E.D.H. », *RD publ.* 1995. 1445

**PERINET-MARQUET** Hugues :

- « Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque », *RDI* 2010. 352

- « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *RDI* 2009, p. 16

- « Propos conclusifs », *RDI* 2014. 289.

**PERO AUGEREAU-HUE** Marie-Hélène et **DELORME** Bernard, « Le bail emphytéotique des personnes publiques : clauses et conséquences », *JCP, éd. N.*, 3 mai 2013, p. 111

**PICARD** Josselin, « Le bail réel solidaire : la reconnaissance de l'emphytéose rechargeable », *LPA*, 22/11/2016, n° 233, p. 6

**PINTAT** Pierre, « Le BEA d'intérêt général : un mode contractuel adapté aux EHPAD », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 69

**PLANCKEEL** Frédéric, « La combinaison de l'usufruit eu du bail : éléments pour une nouvelle théorie du droit des biens », *RTD civ.* 2009, p. 639

**POULIN** Éloi, « L'hypothèque de la chose d'autrui », *Les Cahiers de droit*, Volume 30, numéro 2, 1989, p. 283

**POUMAREDE** Matthieu :

- « Le bail réel immobilier logement », *RDI* mai 2015, n° 5, p. 265
- « Cession du terrain au preneur avant l'expiration du bail à construction : encore et toujours (plus) d'autonomie de la loi fiscale », *RDI* 2013, n° 5, p. 271
- « Entrée en vigueur du bail réel immobilier », *RDI* 2016. 546
- « Le bail réel solidaire », *RDI*. 2016. 544

**PROOT** Philippe, « Bail emphytéotique administratif et domanialité publique », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 39

**QUILICHINI** Paule, « La réforme territoriale et ses conséquences pour les acteurs de l'habitat », exposé dans le cadre de *la journée du réseau des acteurs de l'habitat*, Université d'Orléans, 10 fév. 2011

**RAPP** Lucien, « Energies renouvelables et baux emphytéotiques : à propos des clauses de résiliation unilatérales », *RDI* 2010, p. 539

**RAYNARD**. J., « Technique contractuelle », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 12, 25 mars 1993, 231.

**REJET** Thierry :

- « Opposabilité au propriétaire, à l'expiration du bail emphytéotique, du bail d'habitation conclu par l'emphytéote », *RTD civ.* 2010, p. 589
- « Le dénouement de la propriété temporaire », *RTD civ.* 2008 p. 322
- « Droit réel (constitution): le bail comportant une clause de résolution de plein droit n'est pas emphytéotique », *RTD civ.*, 2003, p. 527

**RIBEYRE** Marie-Anne, **AYNES** Laurent, **GENTILHOMME** Rémy, **LECUYER** Herve, **PIETRANCOSTA** Alain, **SAVOURE** Bertrand, **CARON** Christophe, « Démembrement : entre doutes et opportunités », *Dr. et Patr.*, 2005, n° 137, p. 41

**RICHER** Laurent, « Cent ans de la théorie des droits réels », *publication du cabinet d'avocats Richer & Associés*, 2011

**RIGAUD** Louis, « A propos d'une reconnaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *Revue internationale de droit comparé*, vol.15 n° 3, Juillet-septembre 1963, p. 557

**ROCHE** Denis, « Bail à construction soumis par option à la TVA : le Conseil d'État défie la réglementation communautaire quant aux règles d'assiette applicables à l'impôt », *Rev. fisc. Notariale*, 2008, p. 7

**ROUQUETTE** Rémi, « Le droit au logement – Commentaire de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 », *AJPI*, 1990, p. 771

**SAINT ALARY** Roger :

- « Les constructions, plantations et ouvrages faits par le preneur sur le fonds loué », *RTD civ.* 1947, n° 20, p. 275
- « Bail à construction et opérations d'urbanisation », *J.C.P.* 1965, I, 1976, n° 14

**SAINT-ALARY-HOUIN** Corinne, « Les maisons Boutin comme les maisons Borloo peuvent reposer sur un bail à construction », *RDI* 2008, p. 217

**SALVETTI** Denise, **DES LYON** Hervé, **WEINUM** Huberte, « Le bail avec convention d'usufruit et les organismes HLM », *Actualités Habitat* n° 838, juin 2007

**SESTIER** Jean-François, « Le périmètre du bail emphytéotique administratif », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 35

**SINDRE** David, « Nullité pour absence de cause : la cause est-elle - enfin - entendue ? » *LPA*, 6 déc. 2011, p. 15

**SITBON** Patrick, « Droits et obligations du preneur : un bail emphytéotique certes, administratif d'abord », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 50

**SIZAIRE** Christophe, « Maître d'ouvrage - Définition du maître de l'ouvrage », *Constr. Urb.* n° 7-8, juill. 2011, comm. 111

**SIZAIRE** Daniel, « Requalification d'un contrat en bail à construction », *Constr. - Urb.* n° 7-8, juill. 2001, 143.

**SOLLIER** Anne-Magdeleine, « Panorama du logement social après la loi « MOLLE », *JCP N. I.* n° 14, 3 avril 2009, 1130

**STEMMER** B., « Le bail à construction : aspects juridiques et fiscaux », *Bull. Francis Lefebvre*, n° 4/1983, étude n° 3, p. 117

**STREIFF** Vivien et **POMMIER** Cédric, « Du bail au volume : questions de superficie », *Defrénois* 1 juin 2016, n° 123h5, p. 1

**SUDRE** Frédéric, « La protection du droit de propriété par la C.E.D.H. », *D.* 1988. Chron. 71

**SYMCHOWICZ** Nil :

- « Partenariat public-privé et montages contractuels complexes », *Le Moniteur*, 2009, p. 182

- « Droits réels et contrats domaniaux », *CP-ACCP*, n° 54, avril 2006, p. 33

**TAFFIN** Claude, « Le parc privé : une espèce en voie de disparition ? », *UNPI 1893-1993 Un siècle d'action pour le logement*, p. 58 et 59

**TENAILLEAU** François, « Conventions tripartites : un régime juridique consolidé », *AchatPublic.Info*, 7 juill. 2008

**TERNEYRE** Philippe :

- « Le bail emphytéotique administratif est-il victime de son succès ? », *Contrats Publics* n° 108, Dossier, mars 2011, p. 3

- « Utilisation du bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé », *BJCP* 2004, p. 70

- « Le bail emphytéotique administratif comme technique de valorisation économique du domaine public des collectivités locales », *LPA*, 10 juill. 1996, p. 15.

**TERRIEN** Gérard, « Contrats relatifs aux biens immobiliers n° 4 le bail emphytéotique administratif », *Guide juridique des marchés publics*, Ed. Weka, 2009

**TERRIER-LAVIROTTE** Béatrice et **STEMMER** Bernard, « Bail à construction et copropriété », *JCP N.I.* n° 17, 28 avril 2006, 1167

**TIXIER** Jean-Luc :

- « Les clauses incompatibles avec le bail à construction : la qualification du contrat supplante désormais la clause », *La Lettre de l'Immobilier*, déc. 2014, p. 7

- « Le bail réel immobilier », *RDI sept. 2013*, p. 398

- « Démembrement de la propriété : droit réel de jouissance spéciale », *La Lettre de l'Immobilier*, 25 mars 2013, p. 11

- « Le renouveau de l'emphytéose », *Opération Immobilières* n° 22, Février 2010, p. 46

- « Bail à construction et bail emphytéotique : leurs différences sont-elles encore justifiées ? », *RDI* 2010, p. 513

- « 20 questions sur le bail à construction », *Opérations Immobilières* n° 9, oct. 2008, p. 33

- « Bail à construction : utilité et utilisation », *RJDA* 1995, p. 83

**TIXIER** Jean-Luc, **ROBINE** Benjamin, « Zoom sur le bail à construction à l'envers », *Etudes Foncières*, Dossier, n° 143, janv.-fév. 2010

**TOMASIN** Daniel, « La division en volumes suppose le choix d'une « organisation différente » de la copropriété », *AJDI* 2013, p. 444

**TRANCHANT** Laetitia :

- « Bail à réhabilitation, usufruit locatif social, multipropriété », *RDI* mai 2014, n° 5, p. 276

- « Les accessoires artificiels : les accessoires « rattachés » à l'immeuble », *JCP N.I.* n° 46, 16 nov. 2018, 1338

**TRESCHER** Bruno, « De quelques apports du nouveau C.G.P.P.P. en matière d'occupation du domaine public », *Contrats-Marchés publ.* 2006, étude 6

**TUL novembre KENS** Françoise et **VAN DROOGHENBROECK** Sébastien, « Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l'homme: bilan et perspectives », P. Ministère de la Région wallonne. *Études et Documents*, Namur, 2005, p. 311

**VANDEPOORTER** Alexandre, « Collectivités territoriales, Comment tirer le meilleur parti de son patrimoine public », *Le Moniteur*, 10 juill. 2015

**VAREILLES-SOMMIERES**, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ*, 1905, p. 443

**VEILLON** Didier, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVIe au XVIII siècle », *Université de Poitiers*, communication prononcée lors des

journées d'études sur « Le problème du *numerus clausus* des droits réels », organisées à Rome (Italie) par les Facultés de droit de Roma III et de Poitiers, les 16 et 17 juin 2006

**VERGNE** Frédérique, « Le changement dans le logement, c'est maintenant », François Hollande à Alfortville le 21 mars, *Le Moniteur*, le 21/03/2013

**VERMELLE** Georges actualisé par **FAURE-ABBAD**, « Bail à réhabilitation », *Répertoire de droit civil Dalloz*, sept. 2012

**VIAL-PEDROLETTI** Béatrice :

- « Gestion locative par le titulaire du bail à réhabilitation », *Loyers et Copropriété* n° 5, Mai 2006, comm. 95

- « Création d'un nouvel outil juridique : le bail réel immobilier », *L'essentiel, Droit de l'immobilier et urbanisme*, 01/04/2014, n° 04, p. 1

**VIATTE** Jean :

- « La location des constructions sur le terrain d'autrui », *Rev. loyers*, 1966.421

- « Du bail à construction et de sa distinction du bail ordinaire de longue durée », *Revue Loyers*, 1973, p. 302

**VIATTE** Jean, « Du bail emphytéotique », *Revue des loyers*, 1973, p. 304

**VIDAL** Laurent, « La délivrance d'autorisations constitutives de droit réel », *CP-ACCP*, n° 60, nov. 2006, p. 37

**WALTZ** Béline, « Bail à construction - Absence de cause et nullité relative du contrat en cas de vileté du prix d'un bail à construction », *JCP NI*, n° 1, 6 janv. 2012, 1001

**WEILL** Sophie et **TENAILLEAU** François, « Le BEA, plus simple que le contrat de partenariat ? », *Mon., TP.*, 19 nov. 2010, p. 88

**WERTENSCHLAG** Bruno :

- « Le logement intermédiaire après l'ordonnance du 20 fév. 2014 », *AJDI* 2014. 509

- « La prise à bail de logements privés vacants par les organismes d'HLM », *AJDI* 1998. 332

**XELOT** Frédérique, « Un bilan mitigé du droit au logement opposable », *Actualités Habitat*, n° 1027, 30 janv. 2016, p. 12

**XIFARAS** Mikhaïl, « L'école de l'Exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore TROPLONG », *Influences et réceptions mutuelles du droit et la philosophie en France et en Allemagne, Klostermann*, 2001, p. 177

**YOLKA** Philippe :

- « L'impact de la LOPPSI sur le régime du bail emphytéotique administratif », *JCPA.*, n° 15, 11 avril 2011, p. 2143

- « Le BEA nouveau est arrivé », *JCP A*, 2009, act. 254

- « L'insaisissabilité des biens publics. Regards sur un mouvement immobile », *JCP A*, 2007, 2307
- « Établissements publics de santé et bail emphytéotique administratif », *JCP A.*, 2005, n° 1364.

**ZALEWSKI-SICARD Vivien :**

- « Le bail réel solidaire ou de la multiplication des machins », *Const. – Urb.* n° 10, oct. 2016, étude 12
- « Contrat de **bail** réel immobilier », *Const. Urb.* n° 9, sept. 2014, form. 7
- « Le bail dans le cadre d'une convention d'usufruit », *Administrer*, mars 2008, p. 13

**ZENATI Frédéric :**

- « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD Civ.*, 2003, p. 667
- « Étendue de la propriété foncière », *RTD civ.*, 1999, p. 142
- « Droit de superficie », *RTD Civ.*, 1995, p. 656
- « Renonciation aux droits réels par non-usage », *RTD Civ.* 1993, p. 851
- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993, p. 305

**ZELLER Olivier**, « Baux généraux, baux particuliers et emphytéoses. Points de droit et pratiques au XVIIIe s. », *Le sol et l'immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XIIe-XIXe s.) Rome : École Française de Rome*, 1995, p. 85

5. <b>RAPPORTS et PUBLICATIONS PROFESSIONNELS</b>
---

**CECODHAS HOUSING EUROPE'S OBSERVARY**, *Le logement social européen en 2012 : les rouages d'un secteur*, BRUXELLES, Belgique, oct. 2011

**CENTRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AMENAGEMENT ET DE L'URBANISME DE L'INSTITUT DE RECHERCHE JURIDIQUE DE LA SORBONNE (IRJS – TUNC André)**, *Foncier public et production de logements quelles alternatives ?*, La Gazette, fév. 2012

**COLLOQUE NATIONAL** : *Le droit au logement opposable*, Lyon, le 1<sup>er</sup> déc. 2009

**CONGRES DES NOTAIRES :**

- Division de l'immeuble le sol, l'espace, le bâti, 103<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, 2007
- Propriétés incorporelles, 105<sup>ème</sup> Congrès des notaires de France, 2009
- Propriétés publiques, quels contrats pour quels projets ? 109<sup>ème</sup> congrès des notaires, 2013
- La propriété immobilière entre liberté et contraintes, 112<sup>ème</sup> congrès des notaires, 2016

**CONSEIL D'ETAT**, *Droit au logement, droit du logement*, Documentation Française, Rapport, 2009

**CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE**, MISTRAL Jacques et PLAGNOL Valérie, Loger les classes moyennes : la demande, l'offre et l'équilibre du marché du logement, La Documentation française, Paris, 2008.

**CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL**, Avis sur le rapport présenté par Mme ROUDIL Isabelle, *Comment mieux répondre aux besoins en logements dans les territoires ?*, Séance du 14 mars 2017

**CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE**, *Mission d'évaluation de la politique de vente de logements sociaux à leurs occupants et à d'autres personnes physiques*, Rapport, sept. 2014

**CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, INSPECTION GENERALE DES FINANCES, INSPECTION GENERALE DES AFFAIRES SOCIALES**, *Mission d'évaluation de la politique du logement*, Rapport, juin 2014

**FONDATION ABBE PIERRE pour le logement des défavorisés**, *L'état du mal logement en France, 20<sup>ème</sup> Rapport annuel*, 2015

**GRAND LYON**, Direction du Foncier et de l'Immobilier, *La politique foncière au service du logement social*, Intervention du 26 mai 2010

**HAUT COMITE POUR LE LOGEMENT DES PERSONNES DEFAVORISEES :**

- Note, *Loyers Hlm, droit au logement et mixité sociale*, avril 2012
- 8<sup>ème</sup> rapport, *vers un droit au logement opposable*, oct. 2002
- 9<sup>ème</sup> rapport, *droit au logement : construire la responsabilité*, nov. 2003

**INSTITUT D'EPARGNE IMMOBILIERE ET FONCIERE :**

- *Le marché immobilier français de 2018*, 25<sup>ème</sup> éd., Hors coll.. DELMAS, 2017
- *Le marché immobilier français*, Encyclopédie DELMAS, 2012-2013

**LE CLUB DES JURISTES**, Commission Immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales, *Bail réel immobilier et Bail réel immobilier administratif*, sept. 2013

**OBSERVATOIRE REGIONALE DU FONCIER**, *Mobilisation du foncier privé en faveur du logement*, Rapport de Dominique FIGEAT, mars 2016

**PERL** (Pierre Epargne Retraite Logement) :

- *Carnet de bord de la sortie d'usufruit*, 2017 ;
- *Une approche responsable de l'immobilier pour étendre et diversifier le parc locatif des bailleurs*, Septembre 2016.

**PULSE** (Association professionnelle des opérateurs d'Usufruit locatif social), *Les clefs de l'usufruit locatif social*, 2012

#### **RAPPORT ASSEMBLEE NATIONALE :**

- *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission des affaires économiques sur la mobilisation du foncier privé en faveur du logement*, présenté par M. Daniel Goldberg, député, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 16 fév. 2016.

#### **RAPPORT SENAT :**

- *Rapport d'information fait au nom du groupe de travail de la commission des finances et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur les outils fonciers à disposition des élus locaux*, par MM. François PILLET, René VANDIERENDONCK, Yvon COLLIN et Philippe DALLIER, Sénateurs, enregistré à la Présidence du Sénat le 1<sup>er</sup> oct. 2013 ;
- *Rapport d'information fait au nom de la commission des Affaires Economiques sur les facteurs fonciers et immobiliers de la crise du logement*, MM. Dominique BRAYE et Thierry REPENTIN, Sénateurs, Annexe au procès-verbal de la séance du 29 juin 2005 ;
- *Rapport d'information au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le logement locatif privé*, par M. Marcel-Pierre CLÉACH, Sénateur, Annexe au procès-verbal de la séance du 15 oct. 2003

#### **Union Sociale pour l'Habitat (USH) :**

- *Les usages des outils de production foncière pour le logement social, Monographies des stratégies de Nice Côtes d'Azur Métropole, de Lyon Métropole et de la Communauté d'Agglomération de Plaine commune, Cahier repères n° 21 : Aménagement, Urbanisme, août 2016*
- *Solutions de démembrement de la propriété pour le logement social*, mars 2015
- *Mobiliser le foncier, un enjeu pour les territoires*, sept. 2014
- *Les Outils de production du foncier en faveur de logement social*, Les Cahiers, n° 158, mars 2014
- *Construire moins cher en économisant une part du foncier : les principaux outils juridiques à la disposition des organismes HLM*, Les Cahiers, n° 151, avril 2013
- *Accession sociale, vente HLM, copropriétés : Vente des logements locatifs des organismes HLM à personne physique : points-clés et recommandations*, Les Cahiers, n° 118, déc. 2007
- *Accession sociale, vente HLM, copropriétés : Gérer les copropriétés*, Les Cahiers, n° 117, déc. 2007
- *L'accès au foncier : comprendre, proposer, agir*, Les Cahiers, n° 105, Juillet 2006
- *Les enjeux du foncier pour le logement social, Une contribution à la réflexion*, Le Congrès de Nantes 20-22 sept. 2005
- *Le guide de la fiscalité hlm- tome 1 : les acquisitions foncières et immobilières*, mai 1996

**VINCENT Renard**, *La question foncière dans la production de logement social*, in Union Sociale pour l'Habitat (USH) et Fédération Nationale des Agences d'Urbanisme (FNAU), *Les enjeux du foncier pour le logement social. Une contribution à la réflexion*, sept. 2005

**VORMS Bernard**, *Le bail emphytéotique : une voie pour aider l'accession dans les zones les plus chères ?*, ANIL, HABITAT ACTUALITE, mai 2011



Jurisprudence Européenne :

CJCE, 25 mars 2010, n° C-451/08, (La publicité du bail emphytéotique administratif).

CJCE, 29 oct. 2009, n° C-536/07, R.D.I. de mars 2010, (Le critère de l'"ouvrage" pour les besoins du pouvoir adjudicateur).

CEDH, 9 avril 2015, n° 65829/12, (Relogement).

C.E.D.H., Gladysheva c. Russie, 6 déc. 2011, Lettre « Actualités Droits-Liberté » du CREDOF du 26 décembre 2011, note de Katia LUCAS, (extension du champ d'application de l'art. 1 du Protocole 1 de la CESDH).

C.E.D.H., 27 nov. 2007, D. 2008. 884, note J.- P. Marguénaud, D. 2008. 2390, obs. F.- G. Trébulle ; D. 2008. 2458, obs. B. Mallet- Bricout et N. Reboul- Maupin, (juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu).

CEDS, 2 juill. 2008 n° 39/2006, (la manière dans laquelle la législation sur le logement est appliquée en France rend la situation non conforme à cet article).

C.E.D.H., Appleby et autres c. Royaume-Uni, 6 mai 2003, n° 44306/98, (liberté d'expression - juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu).

C.E.D.H., Öneriyildiz c. Turquie, 12 juin 2002, n° 48939/99, (« bien », au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'art. 1 § 1 du Protocole additionnel).

C.E.D.H., Chapman c. Royaume Uni, 18 janv. 2001, n° 27238/95, (Défense des droits de l'homme, Droit de se voir fournir un domicile).

C.E.D.H., MARZARI c. Italie, 4 mai 1999, n° 36448/97, (Art. 8 de la Convention- structure médicale chargée de trouver des logements pour les personnes handicapées).

C.E.D.H., Van Volsem c. Belgique, 9 mai 1990, R.U.D.H., 1990, p. 390 et note Fr. SUDRE, (La suspension des fournitures d'électricité - Traitement inhumain ou dégradant).

C.E.D.H., Mellacher et autres c. Autriche, 19 déc. 1989, (Mesures de réduction de loyer).

C.E.D.H., James et autres c. Royaume Uni du 21 fév. 1986, (Logement comme besoin primordial).

C.E.D.H., Marckx c/ Belgique, 13 juin 1979, série A, n° 31, (Art. 1<sup>er</sup> - Droit de propriété).

### Jurisprudence Constitutionnelle :

C. const. 20 sept. 2013, Déc. n° 2013-342, QPC, JO 22 sept. 2013, (ord. d'expro. sur le droit réel constitué par emphytéose).

C. const. 17 déc. 2010, Déc. n° 2010-67/86, QPC, (Protection du droit de propriété de l'État et des autres personnes publiques).

C. const. 26 juin 2003, Déc. n° 2003-473, JO 3 juill. 2003, (Protection du domaine public).

C. const. 22 août 2002, Déc. n° 2002-460, JO du 30 août 2002, (Crédit-bail - bon fonctionnement du service public).

C. const. 19 janv. 1995, Déc. n° 94-359, (Logement décent).

C. const. 21 juill. 1994, Déc. n° 94-346, JO du 23 juill. 1994, RTD civ. 1995. 656, obs. Zenati, (Constitution de droits réels sur le domaine public).

C. const. 18 sept. 1986, Déc. n° 86-217, JO du 19 sept. 1986, (Principe d'inaliénabilité du domaine public).

C. const. 16 janv. 1982, Déc. n° 81-132 DC; GAJC, 12<sup>ème</sup> éd. n° 2, D. 1983. 169, note L. Hamon ; JCP 1982. II. 19788, note Nguyen Quoc Vinh et C. Franck, (Caractère fondamental du droit de propriété).

### Jurisprudence Judiciaire :

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 mai 2017, n° 16-15.443, (Bailleur demande résiliation du contrat pour défaut d'entretien).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 2016, n° 15-22.416, obs. Pelet, Dalloz act. 11 janv. 2017, ( Résiliation du bail emphytéotique).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 oct. 2016, n° 15-14.417, (Force majeure).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2016, n° 15-21.381 et 15-22.374, Loyers et Copropriété n° 11, nov. 2016, comm. 228, Commentaires par Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « Absence d'obligation de construire - bail emphytéotique et non de bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 sept. 2015, n° 13-24.726 et 13-25.229, (Retard d'un paiement - résolution du contrat).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 janv. 2015, n° 14-10013, JCP N 2015, 1083, (Droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2014, n° 13-19448, (Garantie décennale).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 24 sept. 2014, n° 13-22357, Editions Législ., Etude du Bail à Construction, n° 37, (Bail à construction - droit réel immobilier, clause d'agrément du bailleur nulle).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 juin 2014, n° 13-17.289 P : D. 2014. 1274, obs. Rouquet ; AJDI 2014. 873, obs. Damas, (Logement décent).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 fév. 2014, n° 12-19270, ( Loyer du bail emphytéotique).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 10 juill. 2013, n° 12-18918, Actualités habitat n° 977 du 15 oct. 2013, p. 30, (Le régime juridique HLM).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 avril 2013, n° 11-21947, Lexbase édition privé n° 527 du 16 mai 2013, (Prescription acquisitive).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 avril 2013, n° 12-14134, (Indivisibilité entre le bail à construction et le pacte de préférence).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 fév. 2013, Actualité immobilière juridique et fiscales 2013, Lefèvre Pelletier & associés, 15<sup>ème</sup> éd., janv. 2014, p. 10, ( Indexation du loyer d'un bail à construction).

Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-25958, Defrénois RDC 01/04/2013, obs. SEUBE, n° 2, p. 629, (Confusion des droits locatifs et de propriété).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 oct. 2012, n° 11-16304, Dalloz actualité du 21 nov. 2012, D. 2013. 53, obs. A. Tadros, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RDI 2013. 80, obs. J.-L. Bergel ; RTD civ. 2013. 141, obs. W. Dross, (Droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale).

Cass. Com, 16 oct. 2012, n° 11-22541, Edit. législ., Etude du Bail à Construction, n° 37, (Liquidation judiciaire du preneur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 sept. 2012, n° 11-13.679, (Caractère impératif du statut de la copropriété des immeubles).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 19 sept. 2012, ° 11-15.460, D. 2012. 2871, note. A. Tadros ; ibid. 2013. 2123, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; ibid. 2242, obs. V. Brémond, M. Nicod et J. Revel ; AJDI 2013. 696, obs. N. Le Rudulier ; RTD civ. 2012. 751, obs. T. Revet ; ibid. 2013. 148, obs. W. Dross ; JCP 2013, 429, n° 5, H. Périnet-Marquet ; Defrénois, 2013. 14, L. Tranchant, (Nue-Propriété - Accession n'opère pas immédiatement).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juill. 2002, n° 99-21.350, (Déduction de la gravité du manquement du caractère répété et persistant du refus de procéder au règlement).

Cass. Com, 12 juin 2012, n° 11-18978, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 98, Defrénois RDC 01/10/2012, n° 4, p. 1257, obs. Seube, (Vente par le bailleur au preneur du terrain d'assiette des constructions).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mai 2012, n° 11-12301, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 98, (Vente par le bailleur au preneur – implication fiscale).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 mai 2012, D. 2012, (Perpétuité des droits réels).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 janv. 2012, n° 10-26965, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 35, (Indemnité en cas d'expropriation du terrain).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 sept. 2011, n° 10-21900, Bull. civ. III, n° 152 ; D. 2011. 2711, note D. Mazeaud ; ibid. 2012. 459, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki ; RDI 2011. 623, obs. M. Poumarède, (Bail à construction à un prix dérisoire ou vil - nul pour défaut de cause).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 sept. 2011, n° 10-18156, Edit. législ., Etude Bail à construction, n° 55, (Bail à construction résilié avant l'expiration de la durée minimale de 18 ans).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 09-70502, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 58, (Clause résolutoire prévue aux termes du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 janv. 2011, n° 09-17068, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 14, (Interdépendance de deux contrats).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 oct. 2010, n° 09-69645, AJDI 2011. 516, obs. Damas, (Condition suspensive d'obtention du permis de construction dans le bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 oct. 2010, n° 09-16560, Edit. Législ., Etude du Bail à construction, n° 22, (Rédaction ambiguë d'un bail).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 sept. 2010, n° 09-68656, JCP, n° 45-46, 8 nov. 2010, n° 1112, p. 2108-2109, note Yannick Dagherne Labbe, (Bail emphytéotique – annulation).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 14 sept. 2010, n° 09-15966, Actualité du droit et de la fiscalité de l'immobilier, Lefèvre Pelletier et Associés Avocats, 12<sup>ème</sup> éd. – janv. 2011, p. 13 « Bail emphytéotique, Bail commercial - indemnité d'éviction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 sept. 2010, JCP G 2010, 1162, (La division en volumes - aucune quote-part de parties communes).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 juill. 2010, n° 09-14579, RDC 2011. 176, obs. Seube, (Indivisibilité entre un bail à construction et une vente).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juin 2010, n° 08-17731, Bull. civ. 2010, III, n° 110, Dalloz actu., 17 juin 2010, obs. Rouquet, (Bail emphytéotique - bail d'habitation).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mai 2010, n° 09-14.387, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 23, (Engagement de construire).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 déc. 2009, n° 08-20.310, Bull.2009, III , n° 266, (Droit de jouissance exclusif).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 2009, n° 08-14962, D. 2009. 684 ; AJDI 2010.236, obs. Prigent., AJDJ de mars 2010 ; JCP G, n° 48, 23 nov. 2009, 492, n° 15 ; RLDC mars 2011 p. 62, (Hypothèque - bail emphytéotique).

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 mai 2009, n° 08-15.813 : RDI, juill.-août 2009, p. 433 et note P. Dessuet, ( Assurances à souscrire et les conséquences d'un défaut d'assurances).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 avril 2009, n° 08-10944, Bull. civ. III, n° 92 ; AJDI 2009. 725, obs. S. Prigent, (bail emphytéotique - clause limitant la cession du bail).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 janv. 2009, n° 07-20891, (Bail emphytéotique – art.1792 du c. civ. ).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 nov. 2008, n° 07-18174, (Expiration bail à construction - extinction des droits réels et charges).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juill. 2008, n° 07-16071, (Un renouvellement tacite - bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mai 2008, n° 07-17648, (Convention tripartite entre une personne publique, un délégataire de service public et un crédit-bailleur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, Bull. civ. III, n° 14 ; D. 2008. AJ 548 ; RDI 2008. 215, obs. Saint-Alary- Houin, (Obligation d'entretien et de réparations de toute nature).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-19731, ( Titulaire d'un bail emphytéotique - pourvoi en cassation contre une ordonnance portant transfère de propriété).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2008, n° 06-21292, R.D.I. 2008. 215, JCP N 2008, n° 15, p. 19, note J.-P. Garçon, RJDA 2008, n° 620, (Obligation de construire inhérente au bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 18 déc. 2007, n° 06-19455, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 23, (Expropriation partielle - obligation d'édifier les constructions).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2007, n° 06-19728, JCP G 2008, n° 22, p. 35, note R. Vabres, (Clause imposant de demander autorisation du bailleur - bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2007, n° 07-10806, RDGA 2008, 1, p. 142, note M. Périer, (Ass. dommages-ouvrage).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-18133, Bull. civ. III, n° 204 ; D. 2007. 3077, obs. A. Mbotaingar ; RDI 2008. 216, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RJDA 2008, n° 383, (Bail commercial - bail à construction - paiement d'une indemnité d'éviction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juin 2007, Bull. civ. III, n° 106 ; AJDI 2008. 198, obs. Laporte-Leconte, (Intervention de l'administration n'est pas un cas de force majeure).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 25 avril 2007, n° 06-10283, Editions législ., Etude Bail à construction, n° 43, ( Bail à construction – versement des loyers au profit des créanciers inscrits).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 2007, n° 06-11.350, RDI 2008. 213, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RDI 2008. 387, obs. Trébulle, ( Bail de longue durée - droit de préemption).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 mars 2007, Bull. civ. III, n° 36 ; JCP G 2007. 1. 197, n° 11, obs. H. Périnet-Marquet ; Dr. et patr. fév. 2009. 96, obs. Seube et Th. Revet, (Usufruit accordé à une personne morale ne peut excéder trente ans).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 23 janv. 2007, n° 06-16062, Bull. civ. III, n° 41 ; JCP G 2007. 1. 197, n° 11, obs. H. Périnet-Marquet, (Usufruitier - charge des grosses réparations).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 juin 2006, n° 05-15.440, AJDI 2006. 733 ; AJDI 2007. 888., (Loyer minoré mais non absent).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 juin 2006, n° 04-15.456, Bull. civ. I, n° 306 : D. 2007. 277, note Ghestin ; RDC 2007. 256, obs. Mazeaud, (Prix - économie générale du contrat).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 8 mars 2006, n° 05-11662, ( Bail à réhabilitation - commandements de payer ou poursuivre en justice la résiliation du bail).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> mars 2006, n° 04-18327, Edit. législ., Etude Bail à construction, n° 37, ( Assurances souscrites dans le cadre du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 fév. 2006, JCP 2006, IV, 1591, JCP 2006, I, 178, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet, (3<sup>ème</sup> al. de l'article 555 du c. civ. - indemnisation du tiers constructeur).

Cass. Com., 8 nov. 2005, BICC n° 634 du 15 fév. 2006, (Vente d'un immeuble donné à bail, cautionnement garantissant le paiement des loyers).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 mai 2005, n° 03-12.496, Bull. civ. I, n° 203 ; JCP 2005. I. 181, n° 6, obs. Périnet-Marquet ; AJDI 2005. 934, obs. Prigent, (Contrat onéreux - obligation financière à caractère sérieux).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2005, n° 03-20096, Ed. législ., Etude Bail à construction, n° 12, ( Objet social d'une société d'attribution -bail à construction).

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 15 mars 2005, n° 01-13018, Bull. 2005, n° 136, p. 117 ; Defrénois, 2005-12-30, n° 24, art. 38301, 95, p. 2009-2010, obs. Savaux, (Bonne foi - devoir d'information).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 9 fév. 2005, n° 03-17065, Bull. civ. III, n° 34 ; D. 2005. 713, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2005. 655, obs. M.-P. Dumont ; Constr.-Urb. 2005, n° 73, (Fin de bail emphytéotique - les charges, baux ou titres d'occupation consentis par le preneur s'éteignent).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 2004, Bull. civ. III, n° 239 ; D. 2005. Pan. 751, obs. Damas ; AJDI 2005. 125, obs. Rouquet, (Un logement décent impose une alimentation en eau courante).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 nov. 2004 n° 03-15193, (Un preneur à bail emphytéotique - qualité de coloti).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 avril 2004, n° 02-16283, R.D.I. 2005. p.22, AJDI 2004. 450, (Les parties peuvent agencer librement le contenu du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 31 mars 2004 n° 02-15754, (Indemnisation du preneur - expropriation d'un terrain qui lui a été donné à bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 fév. 2004 n° 03-10102, (Les baux s'éteignent de plein droit à l'expiration du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 janv. 2004 n° 01-00893, Bull. civ. III, n° 13, ( Action en résiliation d'un bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 déc. 2003, n° 02-11050, RD imm. 2005, p. 23, (Résiliation du contrat pour défaut d'entretien).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 2 juill. 2003 ; Bull. civ. III, n° 141 ; JCP 2003. II. 10196, concl. Guénin ; Gaz. Pal. 2003. 3131, note Brault, (Un logement décent impose la présence d'un chauffage).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 nov. 2002, n° 01-13904, n° 1655, Bull. civ. III, n° 223 ; D. 2002. 3241 ; AJDI 2003. 433, obs. J.-M. Plazy ; RTD civ. 2003. 527, obs. T. Revet ; RJDA 2003, n° 124, (bail emphytéotique - clause de résiliation de plein droit en cas de non-paiement du loyer).

Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 2 oct. 2002, n° 00-16867 : Bull. civ. III, n° 188 ; D. 2003. 937, note Dagorne-Labbe ; AJDJ 2003. 27, note Blatter, (Réunion des qualités de propriétaire et de locataire - extinction du bail par confusion).

Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 11 juill. 2002, n° 00-20697, (Publication- cession d'un bail emphytéotique et d'un bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 av. 2002, n° 01-70.061, Bull. civ. III, n° 82, D. 2002 ; somm 2508 obs. Mallet-Bricout ; JCPE 2002. 1843, note Keita ; RTD civ. 2003. 114, obs. Revet, (Preneur de baux de longue durée - indemnité pour expropriation du terrain).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 janv. 2002, n° 00-17981, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 56, (Bail commercial et le bail à construction - obligation indivisible).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 2001, n° 00-15627, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 37, (Bail à construction - substitution d'un nouveau débiteur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 5 déc. 2001, n° 99-20.871, Bull. civ III, n° 142, D. 2002. IR 253 ; RD rur. 2002. 3 et 178 et 285, obs. Crevel ; Gaz. Pal. 20-22 janv. 2002. 27 ; JCP N 2002. 1186, p. 409, obs. Grimonprez., (Redevance modique - bail emphytéotique).

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 12 juill. 2001, Bull. civ. n° 216, (La défaillance d'un prestataire - force majeure).

Cass. Com., 19 juin 2001, n° 98-14707, AJDI, 2001, p. 240, (Résiliation d'un bail à construction - mutation de propriété à titre onéreux).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juin 2001, Bull.civ. I, n° 166 ; JCP 2002.I.134, n° 1 svts , obs. Labarthe, (Pacte de préférence).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 mai 2001, n° 98-70142, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 35, (Preneur d'un bail à construction - indemnité de la perte du droit de construire en cas d'expropriation).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 19 juill. 2000, n° 98-22127, (Bail à construction - révision automatique du loyer).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 juin 2000, n° 98-19956, Bull. civ. III, n° 129, (Résiliation du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 2000, n° 97-18610, Bull. civ. III, n° 109 ; BJDU n° 2/2000, p. 115 ; Defrénois 2000, doct. et jurispr., p. 10, (Bail à construction - droit de préemption urbain).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 déc. 1999, n° 98-10.430, (Clause de tacite reconduction - nullité absolue).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 nov. 1999, Bull. civ, n° 212 ; JCP 2000. II. 10328, note Roussel, (Droits de plantation et replantation - voie d'accession).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. , 24 mars 1999, Bull. civ , III, n° 77 ; D. 2000, II, p. 139, obs. Weber, note Agostini, (Droits de plantation et de replantation - droit d'accession).

Cass. Com., 23 fév. 1999, n° 96-18.328, AJDI 1999, p. 917, « Bail à construction - Résiliation anticipée).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juill. 1998, n° 96-21180, Bull. civ. III, n° 164, RJDA 10/98 n° 1089, (Servitudes passives autres que celles indispensables à la réalisation de la construction sur le terrain faisant l'objet du bail à construction).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 mai 1998, n° 96-14076, Bull. civ. 111, n° 101 ; D. 1998. 346 , obs. A. Robert ; RDI 1998. 607, obs. J.-L. Bergel ; ibid. 697, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé, (Clauses limitant l'usage - incompatibles avec bail emphytéotique).

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10 fév. 1998, n° 96-13.316, Bull. civ. I, n° 53; D. 1998. 539 note Mazeaud; JCP 1998. I. 185, n° 16, obs. Viney ; RTD civ. 1998. 689, obs. Jourdain, (Extériorité simple indice non indispensable à la détermination de la force majeure).

Cass. com., 1 oct. 1997, n° 94-22.145, D. 1997. 218, (Cessionnaire d'un bail emphytéotique n'a pas à répondre d'éventuels manquements imputables au précédent titulaire).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 juill. 1997, n° 95-70038, Defrénois 1997 art. 56703 p. 1418 n° 152, (Indemnité due par l'expropriant au preneur à bail à construction).

Cass. Com., 24 juin 1997, n° 95-13038, Bull. civ IV, n° 202 ; JCPG 1998. II. 10059 note de GONZALEZ et CORNILLE ; RD. Imm. 1998, p. 191, (Résiliation bail à construction avant son terme - mutation soumise aux droits d'enregistrement des mutations d'immeubles).

Cass. com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 168, (Clause résolutoire n'est acquise que si son bénéficiaire a manifesté l'intention de s'en prévaloir).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 avril 1997, n° 95-18451, (Un bail qualifié d'emphytéotique requalifié en bail rural s'il n'avait pas une durée supérieure à dix-huit ans).

Cass. Soc. 20 fév. 1996, Bull. civ. V, n° 59, D. 1996. 633, note Puigelier, (Difficultés financières ou de fonctionnement - force majeure).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 déc. 1995, n° 94-11783, Bull. civ. I, n° 481 ; JCP éd. N, 1997, Jurispr., p. 95 et note B. Stemmer, (Bail à construction - loyer substantiel).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 avril 1995, Bull. civ. III, n° 103, (Travaux de ravalement concernant le gros œuvre - travaux de réparations).



Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 1995, n° 93-13.669, n° 481 P : Bull. civ. I, n° 116 ; Resp. civ. et assur. 1995, 346 et note G. Courtieu, (Responsabilité du notaire - contrat d'assurance).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 4 ; D. 1995. Somm. 328 ; obs. Grimaldi ; JCP 1996. I. 3921, n° 1, obs. Périnet-Marquet ; RTD civ. 1996. 932, obs. Zenati, (Droit de propriété - droit fondamental de valeur constitutionnelle).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 30 nov. 1994, n° 91-21056 : Rev. huissiers 1995, p. 223, (Retour des immeubles au bailleur en fin de **bail** moyennant indemnité - liquidation judiciaire du preneur oblige le bailleur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 oct. 1994, n° 92-15274, (Bail emphytéotique - caractère modeste du loyer).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 13 juill. 1994, Bull. civ. III, n° 143, (Réfection des façades - travaux d'entretien).

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juill. 1994, n° 92-15.036, Bull. civ. I, n° 237, (Obligation du notaire - contrat d'assurance).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 déc. 1993, n° 91-13551, Bull. civ. III, n° 177, (Bail soumis aux dispositions protectrices de la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1948 - bail emphytéotique - droit au maintien dans les lieux).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 2 juin 1993, n° 91-16.370 P, D. 1994. 582, note Fauvarque-Cosson ; D. 1993. Somm. 306, obs. A Robert, (Revendication du droit de propriété).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 oct. 1992, n° 89-19227, RJDA 12/92 n° 1113, (Clauses imprécises de la convention ne pouvaient permettre de qualifier le bail d'emphytéose).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 mai 1992, n° 90-13598, Gaz. Pal. 1992. 2. Pan. 243., (Double engagement pour le preneur d'un bail à construction d'édifier des constructions et de les conserver en bon état d'entretien durant toute la durée du bail).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 29 janv. 1992, n° 90-16346, Bull. civ. III, n° 31 ; AJDI 1992. 782, (Fin de bail emphytéotique, les charges, baux ou titres d'occupation consentis par le preneur s'éteignent).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 déc. 1991, Bull. civ. III, n° 309, (Réfection de toiture - travaux de réparation).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 nov. 1991, n° 90-20725, (Bail à construction et non un bail emphytéotique à raison de l'obligation de construire pesant sur les preneurs).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991, D. 1991, inf. rap., p. 239 ; RJDA nov. 1991, n° 904, (Bail ordinaire - clause limitant le droit de construire du preneur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991, n° 89-20008, Bull. civ. III, n° 140, (Bail emphytéotique - clause solidarité entre l'emphytéose et le cessionnaire).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 oct. 1991, n° 90-15889, Bull. civ. III, n° 222 ; AJDI 1992. 530, (Bail emphytéotique - modicité du loyer).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 juill. 1991, n° 89-21541, (Valeur comparative de l'usufruit avec la nue-propriété).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 26 juin 1991, n° 89-18242, Bull. civ. III, n° 198 ; JCP N 1992. II. 404 ; RTD civ. 1993. 168, (Usufruitier - perte éprouvée par le nu-propiétaire - cas fortuit).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mai 1991, n° 89-20008, Bull. civ. III, n° 140, (Bail emphytéotique – hypothèque).

Cass. 1<sup>er</sup> civ. 10 mai 1991, Bull. civ. III, n° 127, (Grosses réparations - travaux de réparations).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 10 avril 1991, n° 89-20276, Bull. civ. III, n° 114 ; D. 1992. 375, note J.-M. Le Masson ; ibid. 1991. 304, obs. A. Robert ; RJDA 1991, n° 471, (Droit de libre cession - bail emphytéotique).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 12 déc. 1990, Bull. civ. III, n° 260, (Preneur - responsabilité - acte de malveillance commis par un tiers).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 oct. 1990, Bull. civ. III, n° 187, (Raccordement au réseau d'eaux usées à la charge du bailleur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 juin 1990, n° 88-18349, Bull. civ. III, n° 159, (Résolution bail à construction - soumis à publicité ).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mai 1988, n° 86-19563 : Bull. civ. III, n° 89, (Bail à construction - législation des baux commerciaux pas applicable).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 1988, n° 87-70.062, (Pourvoi - bail emphytéotique –ordonnance).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 déc. 1987, Rev. Loyers 1988, p. 61 ; Quot. Jur. 30 juin 1988, p. 117, (Rejet d'une demande de résiliation - impossibilité d'exécuter les travaux dans le délai imparti).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1987, RGAT 88-92, obs. Bigot, (Ouvrage ancien – existant).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 juill. 1986, n° 86-702177, (Emphytéote – exploitation de l'intégralité du bien).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 juin 1986, n° 84-17222, Bull. civ. III, n° 93 ; RD imm. 1987, p. 324 et note J.-L. Bergel, (Bail emphytéotique - aucune obligation de construire. - modicité de la redevance).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 juin 1986 ; Bull. civ. 1986, III, n° 93 ; Gaz. Pal. 13 janv. 1987, note Piedelièvre, (Edification éventuelle - bail emphytéotique).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 fév. 1985, n° 83-70.248, AJPI 1985, p. 529 ; Bull. civ. III, n.24, p. 17 ; D.S. 1986, IR 76, obs. Carrias, (Expropriation d'un fonds immobilier - droits réels immobiliers).

Cass. soc., 6 fév. 1985 ; Bull. civ. V, n° 89, (Prix du bail en nature).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 21 mars 1984, Bull. civ. III, n° 78 ; D. 1984, IR, 425, obs. A. ROBERT ; JCP G 1986. II. 20640, (Nu-propiétaire possède par l'intermédiaire de l'usufruitier).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 22 juin 1983, Gaz. Pal. 1983. 2. Pan. 309, note Piedelièvre, (Droit de propriété – imprescriptible).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mai 1983 : Rev. loyers 1983, p. 369 ; JCP N 1984, II, p. 17, n° 1, obs. J.-P. Moreau, (Le statut de bail rural n'est pas applicable à l'emphytéose).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 15 mars 1983, n° 82-10399, (Bail emphytéotique - incompatible avec clause qui limiter la cession).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 8 déc. 1981, 1982, 261 F 13, (Délai d'exécution des travaux de construction - caractère librement cessible à la convention).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 4 mars 1981, n° 79-13960 ; Bull. civ. III, n° 45, (Loyer du bail à construction, - indexation annuelle du loyer).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 3 déc. 1980, n° 80-35314, Gaz. Pal. 1981. 1, panor. 115, (Emphytéose - immeuble à usage commercial et industriel).

Cass. com. 17 av. 1980, Bull. civ. IV, n° 152, (Promesse de renouvellement ne peut s'induire de la simple proposition de conclure un contrat sur des bases nouvelles).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 déc. 1978, n° 77-14155, D. 1979. IR 220, (bail emphytéotique - droit réel conféré au preneur).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 7 fév. 1978, Bull. civ. III, n° 71, (Contrat de louage -charge de toutes les réparations).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 2 juill. 1977, n° 76-10610, (Bail emphytéotique - droit de préemption).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 1977, n°76-70.188, Bull. civ. III, n. 233, p. 178, ( Obligation aux propriétaires de dénoncer à l'autorité expropriante les titulaires de droits d'emphytéose).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 27 avril 1976, Bull. civ. III, n° 176, (Bail - prix sérieux).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 24 juin 1975, n° 74-10520, Bull. civ. III, n° 215, (Art. 555 du c. civ., inapplicable lorsque les travaux ont été effectués en vertu d'une convention ).

Cass. com., 10 juin 1974, Bull. civ. IV, n° 183, (Immeuble par nature).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 déc. 1972, Bull. civ. III, n° 665, (Emphytéose - sous-location).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 nov. 1972, n° 71-11976, Bull. civ. III, n° 631, (Bail emphytéotique - droit réel cessible, susceptible d'hypothèque et de saisie dans les formes de la saisie immobilière).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 20 déc. 1971, Bull. civ. III, n° 63 ; R. 1971/72, p. 56, ( Bail - prix sérieux).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 6 nov. 1970, n° 69-11900, D. 1971. 395, (Art. 551 et 555 du c. civ. ).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 6 mai 1970, Bull. civ. 1970, III, n° 318, (Preneur - bon père de famille).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 av. 1970, n° 69-10.269, (Résiliation emphytéose - défaut de paiement).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 avril 1970, n° 67-10232, Bull. civ. III, n° 251, (louage emphytéotique - règles propres).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. , 16 avril 1970, Bull. cass. III, 184 ; AJDI 1970, p. 961, note Viatte ; JCP 1970, IV, 4865, (Expiration de tout droit d'occupation du preneur et de ces locataires).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 12 mars 1970, S<sup>té</sup> Marseille de crédit c/Guillement et a., D. 1970. jur. 562, (Emphytéote jouit de l'alluvion sans augmentation de la redevance).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 11 déc. 1969, Bull. civ. III, n° 832, (Reconnaissance de la validité de la division en volumes).

Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 28 mars 1969 : Bull. civ. 1969, III, n° 780, (Emphytéote – indemnité).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1964, Bull. civ. I, n° 535 ; D. 1965. 473 ; JCP G 1965. II. 14213, n. P. Esmein, RTD civ. 1965. 373, obs. Bredin, (Droit de superficie - preneur reste propriétaire, pendant la durée de la location, des constructions).

Cass. Soc. 6 mai 1964, J.C.P. 1964. II. 13831 et note Ourliac et de Juglart, (Emphytéose - obligation d'améliorer la chose).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 16 mars 1964, Bull. civ. I, n° 152, (Loyer symbolique- autre contrepartie à cette jouissance).

Cass. com., 29 nov. 1961 : Bull. civ. 1961, III, n° 447, (Terrain rendu nu et nivelé ).

Cass. soc. 21 fév. 1959, Bull. civ. IV, n° 286, (Entretien de l'immeuble).

Cass. soc. 29 mai 1954, D. 54, 640, R.T., 55, 129 ; Paris, 23 déc. 1967, R.T. ,68, 734, note Cornu, (Interdiction de la perpétuité d'un bail).

Cass. soc. 20 mai 1954, D. 1954. 638, (Preneur pas responsable envers le bailleur en cas d'incendie - acte de malveillance).

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 juin 1953, D. 1953. 613, (Droit de superficie - renonciation au bénéfice de l'accession).

Cass. civ., 20 mars 1929, DP 1930.1.13, n. P.VOIRIN, (Interdiction de la perpétuité d'un bail).

Cass., req. 4 fév.1901 : DP 1901. 1. 329., (Titulaire d'un droit confondu peut opposer sa créance).

Cass, req. 10 déc. 1900, Fourvel, DP 1901. I. 209, n. Guénée ; S. 1904. I. 36, (La nature même de l'usufruit n'impose au nu-propriétaire aucune obligation positive).

Cass. req. 27 avril 1891, DP 1892. I. 219 ; S. 1891. I. 369, n. J-E. Labbé, (Superficiaire a un véritable droit de propriété).

Cass. req. 4 nov. 1885, DP 1886. I. 361, rapp. Almeras-Latour, (Usufruitier - aucune indemnité pour les améliorations).

Cass. 16 déc. 1873, Cart., DP 1874. I. 249 ; S. 1874. I. 457, n. J-E. Labbé, (Droit de superficie - droit de propriété distinct et séparé du fonds).

Cass. civ. 25 août 1863, DP 1863. 1. 361, (Usufruitier ne peut consentir sur le fonds aucune servitude - pas propriétaire).

Cass., 11 nov. 1861, DP 1862 p. 444, (Bail emphytéotique - charge d'édifier des constructions).

Cass. req. 6 mars 1861, DP 1861. I. 417, (Bail - preneur possède pour le propriétaire).

Cass, req. 6 mars 1861, S, 1861, I, 174, (Bail emphytéotique - superficie).

Cass., rejet du 24 août 1857, Dalloz, 1857, 1, 326, (Emphytéose - droit réel sur le fonds -quasi-domaine).

Cass. civ. 30 nov. 1853, DP. 1854, 1, 17, (La propriété d'une chose donne droit à ce qui s'y unit naturellement ou artificiellement - ce droit n'existe qu'en absence de conventions contraires).

Cass. Req. 8 juill. 1851, S. 1851, I, p. 683, (Droit de démolir - droit de propriété).

Cass. civ., 19 avril 1848 : DP 1848. 1. 87., (Confusion a un effet extinctif absolu).

Cass.. req. 12 mars 1845, DP 1845.I.106, (Obligation d'améliorer un terrain stérile – emphytéose).

Cass. 1<sup>er</sup> avril 1840, Recueil général des lois et arrêts, 1840, p. 433, (Preneur - propriétaire, pendant la durée du bail emphytéotique).

Cass. req. 13 fév. 1834, S-1834, I, 205 ; DP. 1834, I, 218, Arrêt Caquelard, (Possibilité de créer des droits par convention).

Cass. civ. 23 mars 1825, DP 1825.I, p. 249 ; Cass. Req. 4 nov. 1885, DP 1886.I., p. 361, (Les constructions nouvelles sont des améliorations).

Cass. 26 juin 1822, J. du Palais, T. 17, 1822- juin 1823, p. 449, (Emphytéose - domaine direct - domaine utile).

C.A. de Paris, 25 mars 2016, n° 13/02190, (Paiement en nature - bail à construction).

C.A. d'Amiens, 1<sup>er</sup> Ch. civ., 2 juill. 2015, RG n° 14/00167, (Bail - 16 années - pas bail emphytéotique).

C.A. de Versailles, 12<sup>ème</sup> ch., 2<sup>ème</sup> sect., 24 mars 2015, n° 14/04473, (Bail à construction – pas de droit à renouvellement du bail)

C.A. d'Aix-en-Provence, 12 mars 2015, (Edification éventuelle - bail emphytéotique).

C.A. de Paris, 17 avril 2013, n° 10/14847, Edit. législ., Etude du Bail à construction, n° 23, (Bail à construction –volume).

C.A. d’Aix-en-Provence, 5 fév. 2013, n° 10/13039 : JurisData n° 2013-002926 ; RD imm. 2013, p. 322, obs. Poumarède ; CP N 13 juin 2014, n° 24-25, 1229, note Durand-Pasquier, (Clauses résolutoires - inexécution d’obligations - bail à construction).

C.A. d’Aix en Provence, 4<sup>ème</sup> ch., 4 déc. 2012, n° 11/16819, (Qualités du terrain - études à réaliser).

C.A. de Montpellier, 2 nov. 2011, n° 10/01909, (Division en volumes - division de la propriété).

C.A. d’Aix-en-Provence, 3<sup>ème</sup> ch. B, 24 fév. 2011, n° 09/19457, (Catastrophe naturelle - pas un cas de force majeure imprévisible et irrésistible).

C.A. de Paris, 17 déc. 2010, n° 07/11308, (Division en volumes - assiette d’un bail emphytéotique).

C.A. d’Aix en Provence, 8 oct. 2010, Lefèvre Pelletier et Associés Avocats, 12<sup>ème</sup> éd. – janv. 2011, p. 13, (Art. 555 du c.civ. inapplicable au preneur à bail emphytéotique).

C.A. de Rouen 8 sept. 2010, Lefèvre Pelletier et Associés Avocats, 12<sup>ème</sup> éd. – janv. 2011, p. 13, (Bail à construction ne confère pas au preneur la propriété du sol).

C.A. d’Aix en Provence, 15 juin 2010, n° 08/08992, (Prix dérisoire ou vil - bail à construction - absence de cause).

C.A. de Paris, 12 mars 2009, n° 2009-375905, (Description des travaux à réaliser).

C.A. de Paris, 2 déc. 2008, n° 08/374560, (Prix d’acquisition du terrain en fin de bail à construction).

C.A. de Bastia, 7 mai 2008, n° 2008-362209, (Preneur d’un bail de longue durée - restitution les lieux loués en bon état d’entretien).

C.A. de Nancy, 11 oct. 2007, n° 06733, Contrats Marchés publ. janv. 2008. 27, (Mission de service public - intérêt général relevant - bail emphytéotique administratif).

C.A. de Paris, 11 juill. 2007, Ville de Paris c/ Sté Avi, Constr.-Urb. 2007. 32, obs. Godfrin ; RDI 2008. 215, obs. C. Saint-Alary-Houin, (Droit de préemption - collectivité territoriale).

C.A. de Paris, 24 fév. 2005 : JurisData n° 2005-267065 : Constr.-Urb. juin 2005, n° 6, comm. D. Sizaire, « Emphytéose ne doit pas stipuler d’obligation principale de construction).

C.A. de Paris, 24 fév. 2005, n° 04/09190, Loyers et copr. 2005, comm. n° 162, obs. G. Vigneron ; JCP N 2006, n° 17, p. 818, obs. B. Terrier-Lavirotte et B. STEMMER, (Bail à construction - droit réel immobilier - copropriétaire en sa qualité propriétaire du lot).

C.A. de Limoges, 1<sup>er</sup> ch. civ, 26 juin 2003, n° 01/00753, (Bail emphytéotique - tacite reconduction).

C.A. de Nîmes 1<sup>er</sup> civ., 25 mars 2003, (Congé - expiration du bail emphytéotique).

C.A. de Bordeaux du 6 fév. 2001, (Baux à construction - assujettis à la TVA sur option).

C.A. de Paris, 19<sup>ème</sup> ch., 26 sept. 2000, MIDI 2000 p. 955, (Contrôle par le bailleur des cessions - exclusif de la nature de bail à construction).

C.A. de Paris, 16<sup>ème</sup> ch., 6 sept. 2000, n° 1998/02554, AJOI 2000 p. 9551, (Bail à construction - bail commercial - obligation de construire).

C.A. de Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 20 sept. 1996, n° 95.002481, (Notaire - obligation de vérifier le contrat d'assurance).

C.A. de Paris, 6 ch. A, 13 fév. 1996, n° 020328, (Les travaux de remise aux normes - travaux d'amélioration).

C.A. de Paris, 6 ch. B, 6 mai 1993, n° 021251, (Travaux de conservation - travaux d'amélioration).

C.A. de Paris, 6 ch. C, 13 janv. 1993, n° 020059 ; Loyers et copr 1993, comm. n° 165, (Travaux d'amélioration).

C.A. de Pau, 22 janv. 1992, n° 1992-042360, JCP éd. N, 1993, II, p. 53 et note B. STEMMER, (Bail emphytéotique - lot de copropriété).

C.A. de Paris, 16<sup>ème</sup> ch., 8 nov. 1990, JCP éd. N 1992 II p. 27, (Trois caractéristiques essentielles du bail à construction).

C.A. de Paris, 9 mai 1989, n° 1989-026681, (Preneur – conservation des immeubles en bon état et d'assurer les réparations de toute nature).

C.A. d'Aix en Provence, 20 oct. 1987, AJDI 1989, p. 145, (Obligation - bail emphytéotique).

C.A. d'Aix en Provence, Ch. 11, 17 janv. 1987, n° 1987-047255, (Obligation de construire – bail à construction).

C.A. de Lyon, 20 nov. 1986, Revue loyers 1987, p. 55, (Détruire les constructions - peu compatible avec la finalité du bail à construction).

C.A. de Nîmes, 3 oct. 1984, n° 84/600613, (Retour stipulé des constructions au bailleur en fin de bail, - aucune indemnisation).

C.A. de Rouen, 4 oct. 1983, n° 83/042749, (Résiliation du bail à construction - préjudice du bailleur).

C.A. de Bordeaux, 21 avril 1983, Gaz. Pal. 1984. 1. 128, (Emphytéose - droits les plus étendus dans la jouissance et l'usage du bien).

C.A. de Paris, 25 fév. 1982, Gaz. Pal. 1982. 1. 207, note Viatte, (Faculté de résiliation triennale - pas de bail emphytéotique).

C.A. de Besançon, 12 déc. 1864, S. 1865, II, 197 ; DP. 1865, II, I, note MEAUME, (Droit de superficie - droit de propriété).

T.G.I. de Marseille, 26 mars 1973 : ann. Loyers 1973. 1007, (Bail à construction - nature et importance des constructions à réaliser).

T.G.I. d'Arras, 1<sup>er</sup> ch., 20 avril 1988, Edit. législat., Bail à construction, n° 4, RD imm., 1989, p. 338 et note J.-L. Bergel, (Bail à construction - édification par le preneur de constructions sur le terrain du bailleur).

### Jurisprudence Administrative :

C.E., 11 mai 2016, n° 390118, Le Moniteur, 5 août 2016, p. 41, note de Gilles Le Chatelier, (Bail à construction - clauses incompatibles avec le droit du domaine public).

C.E., 23 oct. 2015, n° 369113, Dict. Perm., Construc. et Urb. Bull. n° 469, nov. 2015, p. 12 et note de S. Aubert, (Délibération autorisant un BEA - consultation du service des domaines).

C.E., 13 fév. 2015, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., n° 376864, (Personne publique - principe d'inaliénabilité).

C.E., 5 nov. 2014, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., n° 366231, (Bail à construction - exonération d'imposition dans la limite du prix de revient des constructions).

C.E., 19 nov. 2013, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., n° 352488, (Bail emphytéotique – Art. L. 1311-2 du CGCT).

C.E., 27 fév. 2013, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect, n° 350663 ; JurisHebdo n° 513 du 26 mars 2013 ; Le Bulletin Chevreux Notaires n° 73- juin 2013 ; Dict. Perm., Constr. et Urb., Bull. n° 441, avril 2013, note B. Pérot, (Confusion des qualités de bailleur et de preneur).

C.E., 10 oct. 2012, n° 352770, (Bail emphytéotique - droit du propriétaire).

C.E., 18 janv. 2012, n° 340790, « La cession simultanée, par le bailleur et le preneur, de leurs droits à un acquéreur unique, produit les mêmes les mêmes effets qu'une résiliation amiable tacite du bail. »

C.E., 23 déc. 2011, Min. Économie, Finances et Industrie et Cne de Sceaux c/ Sté Fortis Lease France, n° 313306: Lebon T. 886, 1089, 1195; Constr.-Urb. 2012. 91, obs. Gonzalez-Gharbi, (Bail à construction - propriétaire des constructions qu'il édifie et bénéficiant d'un droit réel immobilier sur le terrain du bailleur - titulaire de l'autorisation de construire).

C.E., 21 nov. 2011, n° 340778, (Cession simultanée - résiliation amiable anticipée).

C.E., 19 juill. 2011, n° 320796, (Collectivités territoriales - bail emphytéotique administratif culturel - dérogation aux dispositions de la loi du 9 décembre 1905 prohibant toute aide aux cultes).

C.E., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, Contrats publics n° 106, janv. 2011, p. 56, note P. Hansen, (Personne publique - procédure de publicité préalable).



C.E., 24 nov. 2010, n° 323982, (Autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel).

C.E., 23 juill. 2010, n° 320188, Contrats-Marchés publics, n° 350, note G. Eckert, DA n° 140, note Brenet, (Autorisation d'occupation temporaire du domaine public pas incompatible avec l'inaliénabilité de celui-ci).

C.E., sect., 3 fév. 2010, Assoc. Jean Bouin, n° 338272, (Procédure de publicité préalable).

C.E., 3 juin 2009, n° 311798, (Marché public de travaux - maîtrise d'ouvrage des travaux).

C.E., 14 janv. 2008, n° 292536 : RJF n° 4/2008, n° 447, p. 390, (Exonération du bailleur d'imposition sur les revenus fonciers).

C.E., 21 déc. 2007, n° 289807, (Bail à construction - loi fiscale - résiliation amiable du bail).

C.E., 30 mai 2007, n° 274477, RJF 2007. 926., (Travaux de réhabilitation importants - travaux de reconstruction non déductibles).

C.E., 22 fév. 2007, n° 264541, AJDA 2007, p. 793. chr. Landais-Boucher ; RFDA 2007, p. 803, note C. Boiteau, (Personne privée - mission de service public).

C.E., 7 fév. 2007, n° 288067, (Fusion bailleuse et preneuse - résiliation amiable tacite du bail à construction).

C.E., 25 janv. 2006, n° 271523, (Retour gratuit des constructions - prorogation du bail à construction).

C.E., 5 déc. 2005, n° 256916, (Résiliation amiable tacite du bail à construction).

C.E., Sec. trav. publics, n° 371234, 19 avril 2005, (Baux emphytéotiques – art. 13 de la loi du 5 janv. 1988).

C.E., 6<sup>ème</sup> et 1<sup>er</sup> ss-sect., 16 fév. 2005, n° 211039, (Baux emphytéotiques administratifs - maître d'ouvrage).

C.E. 23 juin 2004, n° 259474, (Bail à construction - pas une dépendance du domaine public).

C.E., 30 déc. 2002, n° 232584, (Bail emphytéotique - droit de préemption).

C.E., 28 juin 2000, sect. fin, n° 364803, (Bail emphytéotique administratif - cession du droit avec l'agrément du bailleur - refus strictement conditionné par l'existence de motifs valables).

C.E., 8 déc. 1999, Renucci, req. n° 168665, Lebon 420 ; Dr. et patr. juill-août 2001, p. 110, obs. Roussel, (Emphytéote - propriétaire de la superficie).

C.E., 18 oct. 1995, 2<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> ss-sect., n° 116316, (Bail emphytéotique impossible sur une dépendance de la voirie routière).

C.E., 27 fév. 1995, n° 139718, Rec. p. 109, RFDA 1996, p. 1127, concl. G. Bachelier, (Autorisation d'occupation temporaire – construction non incorporées dès leur réalisation au domaine public de l'Etat).

C.E., 16 juin 1994, n°356101, EDCE 1994, p. 367, (Procédures de publicité pas applicables au bail emphytéotique administratif).

C.E., 10 juin 1994, n° 141633, Rec., p. 301, concl. S. Lasvignes, RFDA, p. 728, concl., (Bail emphytéotique - rémunération de la société consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage pendant une durée de soixante ans - mesures de publicité).

C.E., 25 fév. 1994, n° 144641-145406, D. 1994. 536, note Lombard, AJDA 1994, p. 550, note Périnet-Marquet, CJEG, p. 569, note E. Fatome et P. Terneyre, (Stipulation exorbitante du droit commun - bail emphytéotique).

C.E., 15 fév. 1993, Cne d'Épinay-sur-Seine : Rép. Defrénois 1994, 35803, note Pérignon, (Bail emphytéotique - droit de superficie temporaire).

C.E., 20 janv. 1992, n° 46624, (Qualité de maître de l'ouvrage).

C.E., 22 mars 1991, n° 89502, (Bail emphytéotique - qualité pour agir en responsabilité contre les constructeurs).

C.E., 6 mai 1985, n° 41589, n° 41699, publié au recueil Lebon, p. 141, RFDA 1986, p. 21, concl. Genevois, AJDA 1985, p. 620, note Fatôme et Moreau, (Principe de l'inaliénabilité du domaine public - impossibilité d'y constituer des droits réels).

C.E., 27 juill. 1979, n° 10775 : Dr. Adm. 10 mars 1999, 5 D-123, n° 11 ; Doc. pratique Francis Lefevre FONC-III-1835, (Loyers ou redevances).

C.E., 18 janv. 1963, Lebon, p. 32, (Copropriété – expropriation).

C.E., 25 mai 1906, S. 1908.3.65, note de Maurice Hauriou, Rev. Gén. du droit *on line*, 2015, n° 15749, (Droit réel administratif).

C.A.A. de Lyon, 7 juill. 2015, n° 14LY00486, (Service des domaines - bail emphytéotique).

C.A.A. de Versailles, 2<sup>ème</sup> ch., 6 nov. 2014, n° 12VE03392, (Bail emphytéotique administratif - logements sociaux).

C.A.A. de Bordeaux, 1<sup>er</sup> ch., 16 mai 2013, n° 12BX02550, (Résiliation d'un bail à construction - retrait du permis de construire).

C.A.A. de Lyon, 3<sup>ème</sup> ch., 27 nov. 2012, n° 11LY01353, (Bail emphytéotique administratif - mission de service public).

C.A.A. de Marseille, 6<sup>ème</sup> ch., 29 oct. 2012, n° 10MA02128, (Bail emphytéotique administratif - lot de volume).

C.A.A. Nantes, 27 sept. 2012, req. n° 11NT02870, RJF 2013, n° 50, (Droit d'accèsion du preneur est limité aux seules les constructions qu'il réalise).

C.A.A. de Lyon, 16 fév. 2010, n° 08LY01769, (Bail emphytéotique culturel).

C.A.A. Marseille, 20 nov. 2009, n° 07MA03601, (Preneur - autorisations administrative).

C.A.A. de Paris, 4<sup>ème</sup> ch., du 30 juin 2009, n° 07PA02380, (Bail emphytéotique - office public d'aménagement et de construction (OPAC) et une commune).

C.A.A. de Versailles, 3 juill. 2008, n° 07VE01824, (Bail emphytéotique culturel).

C.A.A. de Marseille, 6<sup>ème</sup> ch., 4 fév. 2008, n° 05MA01146, (Emphytéote – mise en jeu de responsabilité décennale des constructeurs).

C.A.A. de Nancy, 29 nov. 2007, n° 06NC01189, (Personne publique - bail emphytéotique sur domaine privé).

C.A.A. de Paris, 13 nov. 2007, Sté Trois Moulins Habitat, n° 05Pa01822, (Résiliation pour faute d'un bail emphytéotique).

C.A.A. de Nancy, 11 oct. 2007, n° 06NC00733, Contrats Marchés publ., 2008, comm. 19, note G.ECKERT, (Bail emphytéotique de droit privé ayant pour objet la restauration d'un bâtiment public).

C.A.A. de Bordeaux, 5<sup>ème</sup> ch., 6 sept. 2007, n° 05BX00031, Editions législatives, Etude du Bail à Construction, n° 96, « Pour évaluer le montant des revenus fonciers perçus lors de la résiliation anticipée du bail à construction, l'administration fiscale peut retenir la valeur des immeubles transférés mentionnée dans l'acte notarié qui constate la résiliation et qui est établi pour les besoins de la publicité foncière. »

C.A.A. de Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 28 sept. 2004, n° 01DA01270, Edit. législ., Etude du bail à construction, n° 20, (Prorogation du bail à construction).

C.A.A. Paris, 17 janv. 2002, Constr.-urb. 2003, comm. 53, (Preneur a qualité pour solliciter ces autorisations administratives).

C.A.A. de Nantes, 26 avril 2001 ; Gindreau, RDI 2001.498, (Bail à réhabilitation - mission de service public).

C.A.A. de Bordeaux, 2<sup>ème</sup> ch., 20 fév. 1995, n° 93BBX00857, (Bail emphytéotique administratif - plan d'occupation des sols).

C.A.A. de Paris, 3<sup>ème</sup> ch., 19 déc. 1989, JCP G 1991, II, n° 110, note B. Stemmer, (Fin de bail sans indemnité pour le preneur).

T.A. de Grenoble, 15 oct. 2010, n° 1001421, (Bail emphytéotique administratif - casernement de gendarmerie).

T.A. de Versailles, 5 janv. 2010, n° 0612329, AJDA 2010, p. 1196, concl. J. Sorin, (Baux emphytéotiques administratifs conclus par un établissement public de santé ou une structure de coopération sanitaire).

T.A. de Paris, 3 fév. 2009, n° 0900393, contrats marchés publ., 2009, comm. 99., (Bail emphytéotique administratif - concession de travaux).

T.A. de Marseille, 17 avril 2007, n° 0605998, AJDA 2007. 1477, commentaire Bon, (Montant du loyer d'un BEA « culturel »).

T.A. de Lyon, 18 déc. 2001, n° 97-4891, S.A. hospitalière du Tonkin : RJF 1/2003, n° 47, (Bail à construction - vente à tempérament avec réserve de propriété jusqu'à achèvement du règlement).

T.A. de Dijon, 9 mars 1999, n° 985656, RJF 6/99 n° 722, (Bail à construction - résiliation à l'expiration de chaque période triennale).

T.A. de Dijon, 3 fév. 1998, n° 966513 : AJDI 1999, p. 25, (Retour gratuit des constructions - bail à construction).

T.A. de Marseille, 21 déc. 1990, Grangeon, Dr. adm.1991, comm. 520, (Collectivité - bail emphytéotique portant sur son domaine privé).

#### Tribunal des Conflits :

T.C. 13 oct. 2014, n° 14-03963, (Mission de service public - bail emphytéotique administratif).

T.C. 7 juill. 2014, n° 3958, Edit. législ., Etude du bail à construction, n° 15, (Bail à construction - mission de service public).

T.C. 16 juin 2014, n° 3941, Construc. et Urb. n° 456, sept. 2014, obs. B. PEROT, (Retrait du permis de construire - cas de force majeure permettant).



# TABLE DES MATIERES

<b>Introduction .....</b>	<b>9</b>
<b>PARTIE 1-LA NATURE DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE</b>	<b>33</b>
<b>TITRE 1- L'UNICITE DE LA NATURE .....</b>	<b>37</b>
<b>CHAPITRE 1- UN BAIL SOURCE.....</b>	<b>41</b>
Section 1 – Une nature simple en droit antérieur.....	42
§1- Une nature en construction à l'époque antique .....	42
A- Une nature discutée .....	43
1- Les origines du contrat .....	43
a- Des origines préromaines .....	43
b- Un développement romain .....	45
2- La qualification de la nature du contrat.....	47
a- Une nature réelle discutée .....	47
b- Une nature propre remise en question.....	49
B- Une nature définie .....	52
1- L'énoncé de la nature du contrat .....	52
a- Un contrat sui generis .....	53
b- Un droit réel sur le bien d'autrui .....	54
2- Les manifestations de la nature du contrat.....	55
a- Les modalités de jouissance de l'emphytéote .....	55
b- Les garanties du propriétaire .....	57
§2- Une nature débattue du moyen âge à l'empire .....	59
A- L'emphytéose dans l'ancien droit .....	60
1- L'emphytéose en droit féodal.....	60
a- La confusion des contrats .....	60
b- La persistance de l'emphytéose .....	63
2- L'emphytéose sous l'ancien régime .....	64
a- Une redéfinition de l'emphytéose .....	65
b- Un quasi-domaine .....	67
B- L'emphytéose dans les prémices du droit contemporain.....	69
1- L'emphytéose en droit intermédiaire .....	69
a- La promotion de la propriété .....	69
b- Le maintien de l'emphytéose .....	71
2- L'emphytéose et la codification napoléonienne.....	72
a- L'omission de l'emphytéose .....	73

b- La survivance de l'emphytéose .....	74
Section 2- Une nature composite en droit moderne.....	78
§ 1- Un droit réel immobilier .....	79
A- L'affirmation d'une nature spécifique.....	79
1- Le contexte législatif .....	79
a- Le long cheminement du texte .....	80
b- L'objet du texte .....	81
2- Des éléments déterminants.....	82
a- L'exclusion du statut rural.....	82
b- Un contrat <i>sui generis</i> .....	84
B- La reconnaissance d'une nature réelle .....	85
1- Une nature réelle définie .....	86
a- Le droit réel immobilier de l'emphytéote.....	86
b- Le droit réel sur le bien d'autrui.....	87
2- Une nature réelle immobilière critiquée.....	89
a- L'octroi d'un droit réel.....	89
b- L'octroi d'un droit réel principal .....	92
§2- Un droit de propriété .....	93
A- L'acquisition de la propriété par l'accession.....	94
1- La théorie de l'accession artificielle immobilière .....	94
a- Les origines de la théorie.....	94
b- Les aménagements de la théorie .....	96
2- L'accession artificielle immobilière de l'emphytéote .....	97
a- L'attribut du droit réel de l'emphytéote .....	97
b- Le fondement d'une dissociation de propriété .....	99
B- La nature du droit de superficie .....	101
1- Le droit de superficie, droit réel sur le bien d'autrui.....	101
a- Une conception dualiste .....	101
b- Une conception moniste.....	104
2- Un droit de propriété .....	106
a- La définition du droit de superficie .....	106
b- L'établissement du droit de superficie .....	109
Conclusion du chapitre 1 .....	111
<b>CHAPITRE 2- UN BAIL DECLINE .....</b>	<b>113</b>
Section 1- Une nature composite commune .....	114
§1- Une structure composite discutée.....	115

A- Le droit réel superficiaire .....	115
1- L'exposé de la théorie .....	116
a- Les fondements .....	116
b- Les arguments .....	118
2- La conclusion de la théorie .....	119
a- L'assimilation aux baux superficiaires .....	119
b- Les limites de l'assimilation.....	121
B- Un droit de superficie accessoire .....	123
1- La démonstration de la nature composite.....	123
a- Un droit réel à titre principal.....	123
b- Un droit de propriété temporaire à titre accessoire .....	125
2- Les manifestations de la nature composite.....	127
a- En cours de vie des contrats .....	127
b- En fin de vie des contrats .....	129
§ 2 – Une structure composite confirmée.....	131
A- L'introduction de la notion de propriété temporaire .....	132
1- La notion de propriété en droit français .....	133
a- Un droit absolu .....	133
b- Des restrictions mesurées .....	135
2- La notion de propriété temporaire.....	137
a- En droit étranger.....	138
b- En droit français .....	139
B- La confirmation de la notion de propriété temporaire .....	141
1- La détermination d'une propriété temporaire.....	142
a- Une propriété temporaire accessoire .....	142
b- Un droit de superficie reconnu.....	143
2- La délicate mise en pratique de la propriété temporaire .....	145
a- Les imprécisions de la formule .....	145
b- La copropriété .....	147
Section 2- Des affectations spécifiques .....	150
§1- Des contextes particuliers .....	150
A- Les conditions de création du bail à construction et du bail à réhabilitation.....	151
1- Des situations économiques, urbaines et sociales symptomatiques .....	151
a- Prospérité et nécessité urbaine .....	151
b- Sans-logis et mal-logés .....	152
2- Des actions politiques .....	153



a- Un remède à la spéculation foncière .....	154
b- Un accroissement de l'offre de logements .....	155
B- Les conditions de création du bail réel immobilier et du bail réel solidaire .....	158
1- Les difficultés d'accès au logement .....	158
a- Loger les ménages modestes .....	158
b- Loger les classes moyennes .....	159
2- Les politiques du logement .....	160
a- La prise en considération politique .....	160
b- Des solutions envisagées.....	162
§2- Un concept adapté.....	165
A- Les caractérisations d'un concept.....	165
1- La transposition d'une technique .....	165
a- La référence emphytéotique .....	166
b- Les adaptations nécessaires.....	167
2- L'extrapolation de la technique.....	168
a- La poursuite d'objectifs précis .....	168
b- La mise en œuvre de verrous législatifs .....	170
B- La spécialisation du concept.....	171
1- Les affectations fonctionnelles du bail à construction et du bail à réhabilitation ...	172
a- Construction et adaptabilité économique .....	172
b- Réhabilitation et ambition sociale.....	173
2- Les affectations fonctionnelles du bail réel immobilier et du bail réel solidaire.....	175
a- La destination des logements .....	175
b- L'encadrement des prix.....	178
Conclusion du chapitre 2 .....	184
Conclusion du Titre 1 .....	186
Titre 2 - L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE.....	189
CHAPITRE 1- L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE EN DROIT PRIVE	
.....	193
Section 1- La teneur du droit réel immobilier .....	194
§1- La jouissance.....	195
A- Les facteurs exogènes de la jouissance .....	195
1 - Une jouissance distinctive du droit commun .....	195
a- Le bail d'habitation .....	195
b- L'usufruit .....	197
2- Une jouissance distinctive des autres contrats spéciaux .....	199
a- La convention d'usufruit locatif social.....	199

b- La concession immobilière .....	201
B- Les facteurs endogènes de la jouissance.....	202
1- Les traits communs de la jouissance des preneurs .....	203
a- Une jouissance de longue durée .....	203
b- Une jouissance limitée .....	205
2- Les traits propres à la jouissance de chaque preneur .....	206
a- Une jouissance encadrée .....	207
b- Une jouissance de plus en plus contrainte.....	209
§2- La détention.....	211
A- L'entrée en détention.....	211
1- L'obligation de délivrance du bailleur .....	212
a- La source de l'obligation.....	212
b- La mise en œuvre de l'obligation.....	213
2- Les obligations de garantie du bailleur .....	215
a- La garantie de contenance .....	215
b- La garantie de vices cachées .....	217
B- Les effets de la détention .....	218
1- La protection de la détention .....	218
a- La suppression de l'action possessoire .....	219
b- Le référé possessoire .....	220
2- La prescription acquisitive .....	221
a- Le principe.....	221
b- L'échec de la prescription acquisitive.....	222
Section 2 - Les manifestations de la nature composite.....	224
§1- Les manifestations du droit réel immobilier .....	224
A- La constitution de servitudes .....	225
1- Les servitudes passives.....	225
a- Une sous-classification.....	226
b- Une rédaction adaptée .....	227
2- Les servitudes actives.....	230
a- Des règles sommaires .....	230
b- Une liberté conventionnelle .....	232
B- La constitution d'hypothèque .....	233
1- Le dispositif constitutif .....	234
a- La libre affectation hypothécaire.....	234
b- L'assiette de l'hypothèque .....	236

2- Vie et extinction de l'hypothèque.....	238
a- L'organisation de l'hypothèque.....	238
b- L'extinction de l'hypothèque .....	239
§2- Les manifestations du droit de propriété.....	242
A- La cession des droits réels .....	242
1- Une cessibilité libre.....	243
a- Le droit de libre cession .....	243
b- La protection des intérêts du bailleur .....	245
2- Une cessibilité conditionnée .....	247
a- Des conditions imposées .....	248
b- Un protocole maitrisé par le bailleur.....	249
B- De la location.....	252
1- Une opportunité.....	252
a- Une liberté respectée .....	252
b- De possibles restrictions.....	253
2- Une prescription.....	255
a- Loger les demandeurs de logements sociaux .....	255
b- Loger la classe intermédiaire .....	257
Conclusion du chapitre .....	259
<b>CHAPITRE 2 – L'EXPRESSION D'UNE NATURE COMPOSITE EN DROIT PUBLIC..</b>	<b>261</b>
.....	.....
Section 1- La reconnaissance délicate de la nature.....	262
§1- La levée de la résistance à la reconnaissance.....	262
A- L'analyse des freins à la reconnaissance .....	262
1- L'identification des freins .....	263
a- L'imprescriptibilité et l'inaliénabilité du domaine public .....	263
b- L'assouplissement de l'exorbitance du domaine public .....	264
2- La nécessité de levée les freins .....	267
a- L'intérêt économique de l'exploitation du domaine public.....	267
b- La validation législative .....	268
B- La consécration de la nature composite.....	271
1- La détermination de la nature composite .....	271
a- Le débat doctrinal.....	271
b- La confirmation législative .....	272
2- La transposition du droit de superficie de droit privé .....	273
a- L'introduction de la notion.....	273
b- L'intérêt de la transposition .....	274

§2- Une reconnaissance déployée .....	275
A- Les baux relevant des collectivités territoriales et des établissements publics locaux .....	275
1- Des baux emphytéotiques administratifs conjoncturels .....	275
a- Le bail emphytéotique lié aux besoins de la justice .....	275
b- Le bail emphytéotique concernant le service incendie et de secours .....	277
2- Des baux emphytéotiques administratifs sectoriels .....	278
a- Le bail emphytéotique administratif hospitalier.....	278
b- Le bail emphytéotique culturel.....	280
B- Les baux relevant de l'Etat .....	282
1- Le recours aux baux emphytéotiques administratifs .....	282
a- Le bail emphytéotique « logements sociaux » .....	282
b- Le bail emphytéotique « valorisation ».....	284
2- Le recours au bail à construction administratif .....	286
a- La création du bail à construction administratif .....	286
b- L'extension jurisprudentielle du domaine d'application.....	288
Section 2 - Les manifestations de la nature composite.....	290
§1- L'encadrement de la nature.....	290
A- La détermination d'un périmètre .....	290
1- L'intérêt général.....	291
a- La notion .....	291
b- L'interprétation .....	292
2- Une mission de service public.....	293
a- La notion .....	294
b- L'application et la suppression.....	296
B- Un mode de passation.....	297
1- La commande publique .....	298
a- Une distinction initiale .....	299
b- L'assimilation partielle aux règles de la commande publique .....	300
2- Les risques de requalification.....	302
a- La concession de travaux publics .....	303
b- Les marchés publics de travaux .....	305
§2- Le champ fonctionnel de la nature composite.....	307
A- Le cadre du champ fonctionnel .....	308
1- Les modalités spécifiques .....	308
a- La modalité temporelle.....	308
b- Les limites fonctionnelles .....	310

2- Les modalités financières.....	311
a- La redevance .....	311
b- Le crédit-bail.....	313
B- L'étendue des droits.....	316
1- La cession.....	316
a- Un droit de cession.....	316
b- Un encadrement .....	317
2- L'hypothèque .....	319
a- La constitution.....	319
b- La mise en œuvre .....	320
Conclusion du chapitre 2 .....	322
Conclusion Titre 2 .....	324
Conclusion Partie 1.....	328

## **Partie 2- LE REGIME DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE. 333**

Titre 1- LA VIE DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE .....	337
Chapitre 1- LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DES CONTRATS.....	341
Section 1- Les éléments subjectifs.....	342
§1- Les parties aux contrats.....	342
A- Les parties au contrat principal.....	343
1- La qualité des parties.....	343
a- Le bailleur .....	343
b- Le preneur .....	349
2- La capacité des parties .....	352
a- Le mineur non émancipé .....	352
b- Le majeur protégé .....	355
B- Les parties aux contrats subséquents .....	358
1- L'Etat .....	358
a- Le dispositif.....	359
b- L'application .....	361
2- L'occupant .....	363
a- Le principe.....	363
b- Le cas particulier du bail réel immobilier .....	366
§2- L'expression de la volonté .....	368
A- L'avant-contrat .....	369
1- Les avantages de l'avant-contrat.....	369

a- La protection des intérêts des parties.....	369
b- L'adaptabilité de la formule.....	370
2- Les conditions suspensives de l'avant-contrat .....	372
a- La détermination .....	372
b- Les cas particuliers de non-réalisation .....	373
B- La formalisation.....	375
1- Les conditions du formalisme .....	375
a- La forme authentique.....	376
b- La publication obligatoire .....	378
2- Les effets du formalisme.....	379
a- L'opposabilité aux tiers .....	380
b- La taxation.....	381
Section 2- Les éléments objectifs .....	384
§1- La détermination de l'assiette foncière .....	384
A- Les qualités matérielles .....	384
1- Le terrain nu .....	385
a- La détermination .....	385
b- La destination.....	386
2- Le terrain bâti .....	388
a- La détermination .....	388
b- La destination.....	390
B- Les caractéristiques générales relatives aux règles d'urbanisme.....	394
1- L'échec du droit de préemption urbain .....	394
a- Le dispositif.....	394
b- L'exception au domaine d'application.....	395
2- Un terrain constructible.....	397
a- Le certificat d'urbanisme.....	397
b- Le permis de construire et la déclaration de travaux.....	399
§2- La détermination du bâti .....	401
A- La validité de la division immobilière .....	402
1- La compatibilité des régimes .....	403
a- Le cadre d'application.....	404
b- Le lot objet du contrat .....	405
2- Les droits de copropriétaire.....	408
a- Le statut de copropriétaire .....	409
b- L'évolution réglementaire du statut .....	410

B- La validité de la division volumétrique .....	413
1- Le volume plébiscité .....	413
a- Le développement du volume .....	414
b- La définition du volume .....	415
2- Le volume qualifié .....	416
a- Une nature déterminée.....	416
b- Un débat non-clos .....	417
Conclusion du chapitre 1 .....	420
<b>CHAPITRE 2- LES EFFETS DES CONTRATS.....</b>	<b>421</b>
Section 1- L'unicité des obligations .....	422
§1- L'obligation d'entretien et de réparation.....	422
A- Le contenu de l'obligation.....	422
1- Les caractéristiques .....	423
a- Une obligation commune .....	423
b- Une obligation relative à l'objet du contrat.....	424
2- La nature des travaux .....	426
a- L'entretien .....	427
b- Les réparations .....	428
B- L'extinction .....	430
1- La perte des bâtiments.....	431
a- La force majeure et le cas fortuit.....	431
b- Le vice de construction antérieur au bail .....	434
2- Les sanctions .....	436
a- La nature des sanctions.....	436
b- La mise en œuvre des sanctions .....	437
§2- L'obligation financière.....	439
A- Les caractéristiques de l'obligation .....	440
1- Un prix réel et sérieux .....	440
a- Le principe.....	440
b- La sanction .....	442
2- Les modalités de l'obligation .....	444
a- Une nature protéiforme .....	444
b- Les spécificités du bail réel immobilier et du bail réel solidaire.....	447
B- Les conditions d'exécution de l'obligation.....	448
1- Le paiement en numéraire .....	448
a- Les modalités.....	449

b- L'indice de révision .....	452
2- Le paiement en nature .....	454
a- La validité du paiement .....	454
b- La nature du paiement.....	456
Section 2- La déclinaison des obligations .....	457
§1- L'obligation d'édifier .....	458
A- La détermination de l'obligation .....	458
1- Les enjeux de la qualification de l'obligation .....	458
a- Une obligation essentielle .....	459
b- Une obligation distincte .....	460
2- Les effets de la qualification de l'obligation.....	462
a- Un critère non-exclusif.....	463
b- Des caractéristiques fondamentales .....	464
B- La mise en œuvre de l'obligation .....	466
1- La détermination des travaux .....	466
a- Une description détaillée .....	466
b- Un délai d'exécution .....	468
2- Les limites et les effets.....	469
a- L'édification de construction supplémentaire .....	469
b- La qualité de maître de l'ouvrage.....	472
§2- L'obligation de réhabiliter .....	475
A- La notion de réhabilitation .....	476
1- Une notion protéiforme .....	476
a- L'enjeu de la détermination.....	476
b- Les difficultés de la détermination .....	478
2- Une notion définissable.....	479
a- Une définition doctrinale.....	480
b- Une définition fiscale .....	481
B- La mise en œuvre de la réhabilitation.....	482
1- La détermination des travaux .....	483
a- Le descriptif des travaux .....	483
b- Le délai d'exécution.....	484
2- Les conditions d'exécution des travaux .....	486
a- Les garanties.....	486
b- Le respect des règles applicables .....	488
Conclusion du chapitre 2 .....	490



Conclusion Titre 1 .....	492
Titre 2- LA FIN DES BAUX REELS IMMOBILIERS DE LONGUE DUREE.....	495
CHAPITRE 1- LES CAUSES DE FIN DES CONTRATS.....	499
Section 1- L'extinction à terme .....	500
§1- La stipulation du terme .....	500
A- L'exigence du terme.....	501
1- Une exception aux droits perpétuels .....	501
a- En droit romain.....	501
b- De la féodalité à l'ancien droit français .....	503
2- Une modalité des contrats .....	506
a- Les lois révolutionnaires .....	506
b- Le droit contemporain.....	507
B- La détermination du terme.....	509
1- La détermination légale.....	509
a- Un encadrement commun.....	509
b- Un encadrement spécifique .....	512
2- La détermination conventionnelle.....	515
a- Les impacts du régime fiscal .....	515
b- Les effets du dispositif financier .....	517
§2- Le report du terme .....	522
A- La prorogation des contrats .....	522
1- L'interdiction de la tacite reconduction .....	523
a- L'énoncé d'un principe .....	523
b- Une décision isolée .....	525
2- L'admission de la prorogation expresse.....	526
a- Des règles communes.....	526
b- Des cas particuliers .....	528
B- Le renouvellement des contrats .....	530
1- L'absence du droit au renouvellement .....	531
a- L'exposé du principe.....	531
b- Les conséquences.....	532
2- Le renouvellement conventionnel.....	534
a- Un principe général .....	534
b- Des tempéraments .....	535
Section 2- L'extinction anticipée.....	537
§1- Les causes d'extinction de droit commun.....	537

A- La résolution judiciaire.....	537
1- L'inexécution des obligations contractuelles .....	538
a- L'inexécution du paiement de la redevance .....	538
b- L'inexécution des obligations de faire .....	540
2- La procédure d'expropriation.....	543
a- L'objet de l'expropriation .....	544
b- L'indemnisation et autres conséquences.....	546
B- La résolution conventionnelle.....	548
1- Un domaine d'application dual .....	549
a- Un domaine d'exclusion.....	549
b- Un domaine d'admission.....	551
2- La mise en œuvre .....	553
a- L'interprétation jurisprudentielle .....	553
b- Les conditions d'efficacité .....	554
§2- Une cause d'extinction spéciale : L'accession sociale à la propriété.....	556
A - L'avènement de la propriété fonction sociale .....	557
1- Une notion fondamentale .....	557
a- Les origines de la notion .....	558
b- L'émergence de la notion.....	561
2- Une notion renouvelée .....	563
a- Les trente glorieuses.....	563
b- Les crises économiques.....	564
B- Les dispositifs d'application.....	566
1- La « vente HLM ».....	567
a- Les conditions liées au statut « social » .....	567
b- Les conditions liées au mode de maîtrise foncière.....	570
2- Les dispositifs spécifiques.....	574
a- Le bail à construction à l'envers.....	574
b- Des mécanismes novateurs .....	578
Conclusion du chapitre 1 .....	580
<b>CHAPITRE 2- LES CONSEQUENCES DE LA FIN DES CONTRATS.....</b>	<b>583</b>
Section 1- La propriété du bien immobilier.....	584
§1- La propriété du bailleur .....	585
A- La notion d'accession différée à la propriété.....	585
1- Le principe .....	585
a- Les fondements .....	586

b- L'application .....	587
2- Les conditions .....	589
a- La remise en bon état d'entretien .....	589
b- La remise en état du terrain nu .....	590
B- Les effets de l'accession différée à la propriété.....	592
1- Les effets économiques .....	593
a- Les effets financiers.....	593
b- Les effets fiscaux .....	596
2- Les effets juridiques .....	597
a- Les droits réels et charges nés pendant le bail.....	597
b- L'affectation sociale du bien.....	600
§2- La propriété du preneur.....	601
A- Les conditions du transfert de propriété .....	602
1- La détermination du transfert de propriété.....	602
a- La faculté de déterminer un propriétaire différent .....	602
b- L'intérêt de déterminer un propriétaire différent .....	605
2- Les modalités du transfert de propriété.....	607
a- Les modalités juridiques.....	607
b- Les modalités financières.....	609
B- Les effets du transfert de propriété .....	611
1- Les effets civils et fiscaux .....	611
a- La confusion des droits.....	611
b- La taxation.....	614
2- Les effets sociaux.....	615
a- La conservation de la vocation sociale des logements .....	616
b- La pérennisation du patrimoine à vocation sociale .....	617
Section 2- La location du bien immobilier .....	618
§1- Les droits du locataire-occupant .....	619
A- Un régime évolutif.....	619
1- Une situation antérieure défavorable .....	619
a- Des dispositions légales défavorables .....	620
b- Une stricte application.....	621
2- La reconnaissance des droits du locataire.....	623
a- L'avènement du droit au logement.....	623
b- Les effets du droit au logement.....	625
B- Un régime sécurisant .....	627

1- L'obligation d'information.....	627
a- Le dispositif protecteur initié par l'usufruit locatif social .....	627
b- L'ajustement des autres dispositifs .....	630
2- L'obligation de relogement .....	633
a- Les dispositifs de relogement .....	633
b- Les situations d'échec du relogement .....	635
§2- Le bail du locataire-occupant .....	637
A- Le principe de l'expiration du bail du locataire-occupant .....	637
1- L'exposé du principe.....	637
a- L'absence de transfert du bail .....	638
b- L'adage <i>Nemo plus juris</i> .....	639
2- L'application du principe .....	640
a- L'application jurisprudentielle .....	640
b- L'application institutionnelle .....	642
B- La remise en cause du principe.....	643
1- Un revirement jurisprudentiel .....	643
a- La portée de l'arrêt .....	644
b- Les critiques des motifs de l'arrêt .....	645
2- Le nouveau principe d'opposabilité du bail .....	646
a- Une loi pour l'accès au logement .....	647
b- Un bail opposable au propriétaire .....	648
Conclusion du chapitre 2 .....	651
Conclusion Titre 2 .....	653
Conclusion Partie 2.....	657
<b>Conclusion.....</b>	<b>661</b>
INDEX.....	669
BIBLIOGRAPHIE.....	671
TABLE DES MATIERES.....	717