



CONSTRUIRE SES BÂTIMENTS PROFESSIONNELS ET EN RESTER PROPRIÉTAIRE SANS ACQUÉRIR LE TERRAIN

Avantages et mécanismes
des Baux constitutifs de droits réels



**CHAMBRE DE COMMERCE
ET D'INDUSTRIE**

1^{er} ACCÉLÉRATEUR DES ENTREPRISES

FIDAL
AVOCATS

I. LES BAUX CONSTITUTIFS DE DROITS RÉELS, QU'EST-CE QUE C'EST ?

Il s'agit de plusieurs types de contrats qui permettent :

1. DU CÔTÉ DU PROPRIÉTAIRE D'UN TERRAIN (LE BAILLEUR)

Qui ?

Ce Bailleur, Propriétaire du terrain, peut-être, selon les cas, une collectivité, une Foncière, un dirigeant d'entreprise possédant un terrain en propre, une SCI constituée précisément pour l'acquisition du terrain, mais aussi tout autre sujet de droit (personne physique ou personne morale).

Le Bail constitutif de droits réels permet au Bailleur de :

Mettre un terrain (soit terrain nu ou soit terrain déjà partiellement bâti) à disposition de son cocontractant (le Preneur) pendant une longue durée (de 18 à 99 ans) .



Attention point de vigilance : La durée doit être cohérente avec l'activité de l'entreprise, avec la durée pour amortir les constructions prévues également !

Tout en conservant la propriété de ce terrain et, s'il y en a, des constructions déjà existantes.

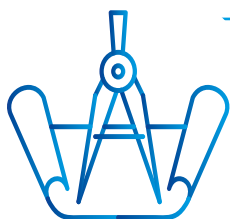
En revanche, pendant la durée du contrat, le Propriétaire du terrain ne sera pas propriétaire des constructions que le Preneur édifiera dessus. Selon le type de bail constitutif de droits réels, le Propriétaire du terrain sera en mesure d'encadrer plus ou moins le type de constructions que le Preneur devra réaliser, ainsi parfois que le type d'activité que le Preneur pourra y exercer ([possible dans le Bail à construction \(en général précisément recherché par les collectivités quand elles sont bailleurs\). Pas possible en revanche dans le Bail emphytéotique](#)).

Pendant le Bail constitutif de droit réel, le Propriétaire du terrain perçoit une redevance de la part du Preneur. Selon le type de contrat (bail à construction ou emphytéotique) cette redevance peut être plus ou moins substantielle.

En fin de contrat, le [Propriétaire du terrain sera finalement en droit, selon ce que le contrat prévoit :](#)



- Soit de récupérer les constructions réalisées par le Preneur (dans le cas du Bail à construction selon la durée, cette accession se fait nette d'impôts).
- Soit de demander au Preneur de démanteler les constructions.
- Soit de vendre le terrain au Preneur.



LES AVANTAGES DES BAUX À CONSTRUCTION OU EMPHYTÉOTIQUES POUR LE BAILLEUR

Ainsi le Propriétaire d'un terrain **valorise son terrain**, mais **sans avoir à financer les constructions**, ni à les entretenir pendant la durée prévue pour le Bail.

Il **ne perd pas définitivement la propriété** de ce terrain comme en cas de vente. Cela permet une **maîtrise à plus long terme**. Cette Maîtrise se montre très compatible avec les exigences du ZAN.

Ce Bailleur **reste toutefois Plein Propriétaire du terrain** et peut ainsi le **vendre, l'apporter en société ou en faire donation**, s'il le souhaite. Le nouveau Propriétaire devra toutefois respecter les engagements du Bail constitutif de droits réels.

En choisissant son Preneur, le **Propriétaire choisi les porteurs de Projets**, en tout cas initialement (le droit du Preneur est cessible toutefois par principe).

Selon le type de Bail constitutif de droits réels (**cas du bail à construction**) le **Propriétaire du terrain peut également encadrer le type de constructions à réaliser sur le terrain** (surface plancher, étages, implantation). Cela permet au Propriétaire du terrain d'**organiser la densification et l'intensification foncière**.

De même, **dans le Bail à construction, le Propriétaire du terrain peut encadrer le type d'activités que le Preneur pourra déployer dans les constructions qui seront réalisées sur le terrain** (Attention pas de liste trop restreinte toutefois. Plutôt des activités non autorisées qu'une liste ferme des seules activités autorisées). Pour les **collectivités, cela permet de maîtriser les activités, d'intervenir sur l'emploi et de pérenniser un type d'activités, ce qui est important dans un contexte de réindustrialisation**. Pour les chefs d'entreprises qui disposent de terrains en propre et souhaitent valoriser leurs terrains, cela permet également de **choisir les entreprises tierces et les types d'activités qui seront déployées sur les terrains concernés**.

En fin de Bail finalement, le **Propriétaire récupère par principe les constructions, et ceci parfois dans des conditions fiscales très favorables et sans avoir à payer d'indemnité aux Preneurs**. Le contrat de Bail peut toutefois prévoir une autre issue.

2. DU CÔTÉ DE L'ENTREPRISE (LE PRENEUR)

Qui ?

Le Preneur peut être toute forme de sociétés, toutes personnes morales ou tous dirigeants personnes physiques.

A noter que :

Ce peut être l'entreprise commerciale qui souhaite être le Preneur. Toutefois, il est également possible de créer une SCI qui sera le Preneur et qui louera les bâtiments, au titre d'un bail commercial (ou autre selon le type d'activités) à l'entreprise.

Le Bail constitutif de droits réels permet au Preneur :

- De prendre à Bail un terrain, nu ou partiellement bâti, tout en disposant d'un véritable droit de propriété temporaire (le droit réel) sur tout ce qu'il construira sur ce terrain et d'un droit exclusif sur le sol.
- D'être plein Propriétaire des constructions pendant toute la durée du bail (18 à 99 ans) sans avoir à acheter le terrain ! Cela diminue donc le coût d'entrée. Le Preneur ne paie en effet qu'une « redevance » sur le terrain.
- D'obtenir du financement grâce à la propriété des constructions qu'il peut donner en garantie. Ainsi, cela permet d'obtenir du crédit pour les travaux, mais aussi ensuite d'autres crédits, en grevant ces constructions d'une hypothèque.
- De constituer d'autres droits réels sur ces constructions, le temps de la durée du bail (usufruit, nue-propriété).
- De céder ce droit réel. Le bail est cessible, c'est d'ordre public. Les constructions et le droit du Bail peuvent ainsi être vendus, donnés ou apportés en société. Il peut céder partiellement son droit et créer ainsi une copropriété temporaire.
- Pendant le temps du bail, le Preneur ne paye qu'une « redevance », pas de loyers commerciaux.
- En revanche comme le Preneur est propriétaire des constructions, il peut aussi choisir de les louer, totalement ou en partie, par un bail commercial ou autre (selon l'activité) au profit d'un tiers. Ceci pendant tout le temps du bail constitutif de droits réels.

Construire et rester propriétaire des constructions sans acheter le terrain.

Plusieurs « montages » sont possibles à ce titre.

- 1 Soit le Preneur du Bail constitutif de droits réels, qui va construire ou faire construire, est l'entreprise commerciale. Dans ce cas c'est l'entreprise commerciale qui est Propriétaire temporaire des bâtiments. C'est elle qui paye la redevance. Cette redevance est une dépense de fonctionnement. Elle réduit dès lors son résultat comptable donc son montant d'impôt sur les sociétés.
- 2 Soit le Preneur du Bail constitutif de droits réels, qui va construire ou faire construire, est une SCI que l'entrepreneur crée pour la cause. Dans ce cas c'est la SCI qui est propriétaire temporaire des constructions, c'est elle qui paye la redevance. Mais c'est elle seule aussi qui peut hypothéquer les bâtiments pour obtenir du crédit par exemple etc. Cette SCI va alors louer elle-même les bâtiments, dont elle sera propriétaire temporaire, au titre d'un bail commercial, à l'entreprise commerciale. Elle peut louer tout le bâtiment ou une partie seulement et louer le reste à une entreprise tiers.
Dans ce cas, tout dépend si la SCI est à l'IS ou à l'IR. Si la SCI est à l'IS : la redevance est une dépense de fonctionnement, qui réduit le résultat comptable de l'IS. Si la SCI est à l'IR, c'est une dépense d'investissement.

Après la fin du bail, le Preneur peut :

- 1 Soit restituer les constructions au Propriétaire du terrain. Dans ce cas, si le Preneur souhaite continuer à exploiter les bâtiments qui ne lui appartiennent plus, il peut conclure avec le Propriétaire du terrain, devenu propriétaire des bâtiments en fin de Bail un bail commercial ou autre (selon le type d'activités) s'il souhaite rester dans les lieux (il faut un accord des deux, ou le prévoir dans le Bail initial). Il peut aussi quitter les lieux (les constructions ont été amorties).
- 2 Soit avoir à démanteler les constructions (uniquement si cela a été prévu dans le Bail constitutif de droits réels ou par avenant).
- 3 Soit acheter le terrain pour devenir propriétaire du tout. Cela permet d'acheter le « foncier » de manière différée. Cette acquisition du terrain, que l'on appelle « Bail inversé » peut être prévue dès la Signature du Bail constitutif de droits réels, ou être envisagée comme une possibilité dans ce Bail initial, ou encore être négociée en fin de Bail.

 **Attention** : il n'y a pas d'indemnité d'éviction au profit du Preneur en fin de Bail au titre des baux constitutifs de droits réels.

De même, si les constructions reviennent au Bailleur en fin de Bail, le Bailleur n'a pas à « payer » ces constructions au Preneur (mais le contrat peut prévoir autre chose).



LES AVANTAGES DES BAUX À CONSTRUCTION OU EMPHYTÉOTIQUES POUR LE PRENEUR

Ainsi le Preneur peut **construire ses bâtiments et en rester Propriétaire** (pendant une durée déterminée, mais longue, à adapter à la durée d'activité des entreprises et aux exigences d'amortissement des constructions) **sans avoir à acheter le terrain**.

Le Preneur doit simplement **payer une « redevance » au Bailleur**. La **redevance est librement négociée**. Elle peut **être payée en plusieurs fois, ou bien en une seule fois, au départ du Bail** (une échéance unique, correspondant à une forme de « droit d'appui » pour toute la durée du Bail. On appelle cela un « loyer canon ». Dans ce cas, le Preneur n'a plus rien à payer jusqu'à la fin du bail). L'hypothèse du « loyer canon » impose souvent au preneur de réaliser un emprunt compte tenu du montant à payer en une fois, ce qui peut ne pas être le cas si le loyer est réparti dans le temps de manière annuelle par exemple.

Le Preneur, en qualité de plein propriétaire des bâtiments qu'il a construits **peut les céder** (et céder librement son droit d'appui résultant du Bail). Le Preneur peut ainsi **« vendre » tout son bâtiment**. Ou bien il peut **créer une copropriété et vendre une partie de ses droits sur les bâtiments construits...**

Le Preneur peut également **donner ou léguer les constructions** à ses enfants. Il peut aussi les apporter à une société. Les enfants et/ ou la société seront alors propriétaires temporaires pendant toute la durée restante du Bail.

Le fait que les constructions restent la propriété du preneur lui permet **d'obtenir du crédit en donnant en garantie ces constructions (hypothèque...)**. Il est dès lors facile d'obtenir du crédit pour édifier les constructions par exemple. Il faut simplement que la durée du prêt soit inférieure à la durée du Bail.

Pendant toute la durée du Bail constitutif de droit réel, le Preneur peut également **librement louer tout ou partie des bâtiments à un tiers**.

Plusieurs montages sont alors possibles :

- Soit c'est l'entreprise commerciale qui est Preneur et donc propriétaire temporaire des bâtiments.
- Soit une SCI est tout spécialement créée pour être Preneur au titre du Bail constitutif de droits réels, et c'est alors la SCI qui loue, au titre d'un bail commercial tout ou partie des bâtiments à l'entreprise commerciale.

II. QUELS SONT LES DIFFÉRENTS TYPES DE BAUX CONSTITUTIFS DE DROITS RÉELS ET QUELLES SONT LEURS DIFFÉRENCES ?

1. DIVERSITÉ ET MULTIPLICATION DES BAUX CONSTITUTIFS DE DROITS RÉELS

- Suivant un mouvement d'accélération, corrélatif au double effet d'augmentation exponentielle du coût du foncier et de raréfaction des sols disponibles et non artificialisés, le nombre des baux constitutifs de droits réels s'est récemment multiplié.
- Chronologiquement, après le bail emphytéotique régi aux articles L. 451-1 et s. du code rural, une loi de 1964 a créé le bail à construction, réglementé aux articles L 251-1 et s. du CCH. Afin de permettre l'utilisation de ces techniques sur le domaine public des personnes publiques, le législateur a ensuite consacré, en 1988, le bail emphytéotique administratif (*art. L 1311-2 et s. CGCT et L 2122-20 du CGPPP*).
- D'autres baux constitutifs de droits réels existent également. Mais sont exclusivement consacrés au logement : bail à réhabilitation, (*art. L. 252-1 et s du CCH*), bail réel immobilier (*art. L 254-1 et s. du CCH*), Bail Réel Solidaire (BRS), *art. L 255-1 et s. du CCH*). Ce dernier bail connaît d'une « variante » pour les activités commerciale néanmoins, le Bail réel Solidaire Activité (BRSA).
- Deux Baux Constitutifs de droits réels intéressent donc plus particulièrement les entreprises : Le bail à construction et le bail emphytéotique.
- Si de nombreuses similitudes rapprochent ces deux contrats, les droits et les obligations du Preneur et du Bailleurs diffèrent toutefois légèrement. De même, les avantages fiscaux ne sont pas les mêmes.

AVANT LE BAIL

Bailleur (Collectivité ou foncière ou chef d'entreprise)	Propriétaire d'un terrain bâti ou non
Preneur	Cherche à construire des bâtiments d'exploitation. Pour en devenir propriétaire, soit via SCI, soit via sa société d'exploitation.

PENDANT LE BAIL

Bailleur	• reste propriétaire du terrain, peut le vendre, l'apporter en société, le donner • dans le Bail à construction, peut encadrer les constructions qui seront réalisées sur le terrain et les activités qui seront déployées dans ces constructions • choisir le porteur de projet initial (preneur)
Preneur	• est propriétaire des constructions qu'il a édifiées • peut les louer, les apporter en société, les vendre, faire une copro • doit respecter les obligations de constructions qui lui ont été imposées dans un Bail à construction, et les activités précisées, si le bail à construction les encadre • peut obtenir du crédit en hypothéquant ses constructions • doit payer une « redevance », sorte de loyer, payable en une seule fois ou selon des échéances selon les cas

APRÈS LE BAIL

Bailleur	• Par principe, récupère la propriété des constructions • Par exception : vend le terrain au preneur ou demande démantèlement ou démolition des constructions réalisées • Ne paie pas d'indemnités
Preneur	• Par Principe : perd le droit de propriété sur les constructions, mais les a amorti et peut devenir « locataire » des constructions (bail commercial) • Par exception : peut acheter le terrain et conserver les constructions, ou avoir à remettre le terrain en état

2) PRÉSENTATION DU BAIL À CONSTRUCTION ET DU BAIL EMPHYTÉOTIQUE

	Bail emphytéotique (droit privé) art L. 451-1 à L. 451-13 du Code rural	Bail à construction (droit privé) art L. 251-1 à L. 251-9 et R. 251-1 et suivants du CCH
Qualité du Bailleur :	Toutes personnes : collectivités publiques et personnes de droit privé	Toutes personnes : collectivités publiques et personnes de droit privé
Conditions relatives au preneur	Indifférent : personnes physiques ou personnes morales. Eventuellement SCI constituée pour le montage et qui loue ensuite à l'entreprise commerciale.	Indifférent : personnes physiques ou personnes morales. Eventuellement SCI constituée pour le montage et qui loue ensuite à l'entreprise commerciale.
Conditions relatives au domaine occupé	Biens des personnes de droit privé (personnes morales et personnes physiques) Et Domaine privé des personnes de droit public	Biens des personnes de droit privé (personnes morales et personnes physiques) Et Domaine privé des personnes de droit public
Conditions relatives à l'usage des constructions	Tous les usages , le Bail emphytéotique a été conçu <i>ab initio</i> pour des activités agricoles. Il est utilisé pour la mise en place de constructions ou de réalisations hors de construction très diverses. Pas de limitation d'activités possibles. Pas d'obligation de construire pour le Preneur.	Tous les usages , le bail à construction a initialement été conçu pour la production de logements. Il est encore utilisé dans ce sens. Mais sa fiscalité très favorable en fait un outil de valorisation et de transmission du patrimoine dans le secteur commercial, tertiaire et industriel, Il peut également être utilisé comme une technique de financement, si le contrat prévoit une clause de « rachat » par le preneur du sol en fin ou en cours du bail. On le trouve encore au soutien de dispositif d'énergie renouvelable.
Conditions relatives aux obligations de construire ou d'occuper pesant sur le preneur	Pas d'obligation de construire Amélioration de l'immeuble, mais les textes ne l'obligent pas expressément. Le Bail emphytéotique peut donc porter sur des Bâtiments existants que le Preneur ne fait que « rénover ». Attention dans ce cas le Preneur n'est pas « Propriétaire » des Bâtiments existants. Mais le Preneur dispose tout de même d'un droit réel de Preneur de bail emphytéotique qu'il peut céder, hypothéquer etc...	Le contrat doit prévoir une obligation de construire (L 251-1 du CCH) La jurisprudence impose par ailleurs que cette obligation soit une obligation principale et non une simple modalité d'exécution ni une simple faculté (Cass. 3 civ., 2 juillet 2008, pourvoi : 07-16071) Il faut donc que le Preneur s'engage à réaliser une construction substantielle. <i>Ex : pas une simple rénovation de bâtiments existants ;</i>

Possibilité d'encadrer les constructions qui devront être précisément réalisées par le Preneur	Souvent les collectivités encadrent précisément les constructions à réaliser. Outil de maîtrise foncière. Par principe NON Dans le Bail emphytéotique, le Preneur doit rester assez libre de ce qu'il fait avoir son droit réel de Preneur.	Par principe OUI Le Bail peut encadrer précisément le type de construction que le Preneur devra réaliser (surface plancher, implantation etc.). Au-delà du choix du porteur de projet et de son activité, un cahier des charges annexé au bail peut demander à réaliser des constructions en respectant des objectifs de performances énergétiques, des matériaux spécifiques, ... Ensuite, pèse sur le Preneur une obligation d'entretien : une fois les constructions réalisées, l'article L 251-1 du CCH fait également peser sur le preneur, une obligation de les conserver en bon état d'entretien, et ceci durant toute la durée du bail. Cette obligation s'explique par la règle qui, bien que supplétive, pose qu'à l'extinction du bail à construction, le bailleur récupère les constructions réalisées par le preneur. La jurisprudence en fait une application rigoureuse. Ainsi, le bail à construction pourra être résilié en cas d'inexécution par le preneur de son obligation d'entretien (Cass. 3 civ., 17 décembre 2003, pourvoi n° 02-11-050). De même, elle juge que l'obligation d'entretien emporte pour le preneur l'obligation d'assurer les locaux construits (Cass. 3 civ., 1^{er} décembre 2009, ; pourvoi n° 09-10-156)
Possibilité d'encadrer les activités développées dans les bâtiments construits par le Preneur	Par principe NON. Dans le Bail emphytéotique, il n'y a pas d'obligation de construire, les constructions ne peuvent donc pas être trop encadrées. Le Bailleur doit laisser le preneur libre des activités : La jurisprudence tend à considérer que le caractère réel du droit conféré par l'emphytéose n'est pas compatible avec une trop grande restriction de la liberté du preneur, que cela soit au titre de travaux trop précis à réaliser ou au contraire de clauses interdisant purement et simplement tous travaux sans l'accord du bailleur. Le risque à défaut sera de voir le bail requalifié (Cass ; 3 civ., 7 octobre 1992, pourvoi n° 89-19.227, Bull. civ., 264)	Désormais OUI Dans le Bail à construction, la question s'est posée de la validité d'une clause précisant strictement les constructions que le preneur serait tenu de réaliser et interdisant par là même la réalisation de toute autre construction sans l'accord exprès du Bailleur. Le bailleur peut encadrer le type d'activité qui sera déployée dans les bâtiments. <i>Attention : Si le preneur cède son droit, le nouveau preneur sera également tenu de respecter l'activité prévue au contrat de Bail à construction.</i> Alors que cet encadrement peut sembler peu compatible avec le caractère réel des droits conférés au Preneur, par plusieurs décisions retentissantes, la Cour de cassation puis des juridictions du fond ont validé de telles clauses (not. Cass. 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-19728). <i>Par ex :</i> Dans une affaire relative à un bail à construction conclu pour la réalisation et l'exploitation d'un immeuble à usage d'aquarium –vivarium et de salle polyvalente, sis dans une ZAC à Marseille, la Cour de cassation a même jugé valable une clause, insérée dans un bail à construction, qui limitait strictement l'activité du preneur dans les constructions par lui édifiées (Cass. 3 civ., 7 avril 2004, n°02-16283)

Durée du titre	De 18 à 99 ans La durée initiale sera ainsi adaptée à l'activité de l'entreprise Pas de tacite reconduction En revanche prorogation d'un commun accord possible avant la fin du Bail emphytéotique	De 18 à 99 ans La durée initiale sera ainsi adaptée à l'activité de l'entreprise Pas de tacite reconduction Possibilité de prorogation conventionnelle très discutée. Doctrines très nuancées sur le sujet. Une réponse ministérielle du 21 avril 1980 en a admis la possibilité. Il reste toutefois que de l'avis majoritaire, une telle prorogation ne devrait pouvoir s'envisager que si le preneur doit réaliser de nouvelles constructions. A défaut, la conclusion d'un bail emphytéotique serait à préférer (H. Périnet-Marquet, <i>Bail à construction</i>, JCl. Constr.-Ubr. Fasc 110, 2020).
Portée du droit conféré	Le Preneur est titulaire d'un droit réel immobilier sur le terrain loué et d'un droit de propriété sur les constructions édifiées Il peut le céder, le donner, l'apporter en société. Il peut le céder partiellement (créer sur le terrain une copropriété). Cession valable pendant toute la durée restante du Bail. Il peut louer au titre d'un bail commercial ou d'un bail tertiaire ou autre le terrain ou les bâtiments. Bail valable pendant toute la durée restante du Bail emphytéotique.	Le Preneur est titulaire d'un droit réel immobilier sur le terrain loué et d'un droit de propriété sur les constructions édifiées. Il peut le céder, le donner, l'apporter en société. Il peut le céder partiellement (créer sur le terrain une copropriété). Cession valable pendant toute la durée restante du Bail. Il peut louer au titre d'un bail commercial ou d'un bail tertiaire ou autre le terrain ou les bâtiments. Bail valable pendant toute la durée restante du Bail à construction. Possibilité de louer les bâtiments, mais le type d'activité encadrée par le bail à construction devra être respecté.
Droit de résiliation unilatérale Et Clause résolutoire	La Cour de Cassation considère que l'emphytéose est incompatible avec la présence dans le Bail emphytéotique d'une clause réservant au Bailleur le droit de résiliation unilatérale, car une telle clause affecte les droits du preneur d'une précarité contraire à l'essence même du caractère réel du droit (Cass civ 3^e 14 novembre 2002, n°01-13904) 5 mai 1991).	La doctrine tendait à transposer au bail à construction la jurisprudence très claire relative au Bail emphytéotique. Toutefois, la jurisprudence tend à valider de telles clauses résolutoires dans les baux à construction (un arrêt CA Aix en Provence 5 février 2013 reconnaît la validité d'une telle clause. Idem Cass. 3^e civ., 1 juin 2011, n° 09-70502).

Cession du droit	Libre cessibilité. Toute clause contraire dénature le bail, selon la jurisprudence.	Libre cessibilité. Toute clause contraire dénature le bail. Toutefois, le nouveau preneur n'a pas plus, et pas moins de droit que le preneur initial (doit respecter type d'activité autorisée par le Bail et les autres conditions du Bail) Conformément à deux réponses ministérielles des 22 septembre 1983 et 21 février 2017, qui ont rappelé cette règle de libre cessibilité, et ce quelle que soit l'activité développée par le preneur, la jurisprudence fait de cette solution une application stricte. Elle retient qu'est nulle et de nul effet toute clause soumettant la cession à l'agrément du bailleur, une telle clause constituant une restriction au droit de céder du preneur contraire à la liberté de cession (<i>Cass. 3 civ. 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-22.357, JCP.N. 2015, 1102, V. Zalewski6sicard, RDI 2014, n°12, M. Poumarède</i>).
Loyer ou redevance	En principe, le loyer est modique. La redevance doit être conforme aux conditions du marché. Peut néanmoins à ce titre être relativement adaptée au site et à l'activité de l'entreprise. Pas de conditions relatives aux échéances en revanche : une ou plusieurs.	A la différence du Bail emphytéotique, pour lequel le loyer est modique, le bail à construction doit comporter des loyers substantiels Une partie de ce loyer peut être constitué néanmoins par la remise d'immeubles ou de fractions d'immeubles. Pas d'échéances non plus en revanche. Payable en une fois éventuellement ou annuellement. Peut être adapté à l'activité de l'entreprise.
Hypothèque	L'art L. 451-1 al. 1^{er} dispose sans autre précision que le droit réel du Preneur est susceptible d'hypothèque et peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.	L'art. L 251-3 al 2 dispose que le droit réel du Preneur peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué De même, ce droit réel du Preneur peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.

Sort des constructions	Le Principe est que les constructions édifiées par l'emphytéote deviennent la propriété du Bailleur en fin de bail par la voie de l'accession. Celle-ci s'opère de plein droit. Mais le Bail peut prévoir le contraire. Ou une restitution partielle ou un démantèlement ou un rachat par le Preneur du terrain. Le Bailleur ne doit verser aucune indemnité au preneur en fin de bail. Mais rien n'empêcherait les parties de convenir d'une indemnisation du preneur.	A défaut de convention contraire concernant les constructions, le Bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations, et ceci sans indemnités. Cela donne lieu à une fiscalité très favorable pour le Bailleur. Néanmoins, le Bail à construction connaît plusieurs issues, dont l'une consiste précisément au rachat par le Preneur des droits du bailleur (appelé parfois bail inversé). Attention, fiscalement cette solution de rachat du terrain par le Preneur en fin de bail à construction est complexe.
------------------------	--	--

3. FOCUS = APERÇU SUR LA FISCALITÉ À L'ISSUE DU BAIL À CONSTRUCTION

Fiscalité favorable en cas de retour des constructions au Bailleur

Amortissement pour le Preneur et absence de droit de mutation lors de l'accession. Le retour des constructions au profit du bailleur donne lieu à une fiscalité favorable pour le Preneur, mais surtout pour le Bailleur, dès lors que le bail dure suffisamment longtemps.

S'agissant du Preneur, dans la mesure où il est titulaire d'un droit réel, pendant la durée du bail, l'administration fiscale retient qu'il est en droit d'amortir les bâtiments qu'il a édifiés sur toute la durée effective du bail. Par ailleurs, le mécanisme de l'accession immobilière ayant lieu en fin de bail n'est pas considérée comme une mutation. Cette accession n'entraîne dès lors aucun droit de mutation.

S'agissant du Bailleur : l'acquisition de la propriété des constructions par voie d'accession en fin de Bail donne également lieu à une fiscalité très favorable.

- 1 Premièrement, en vertu de l'article 33 Bis du CGI, les loyers et prestations de toutes nature constituant le prix du bail à construction, s'analysent comme des revenus fonciers. Autrement dit, en fin de Bail, la valeur des constructions est imposée, non pas comme une plus-value sur le terrain, mais comme un revenu foncier.
- 2 Deuxièmement, en vertu de l'article 33 ter du CGI, dans le cadre d'un bail à construction, lorsque le prix du bail consiste en tout ou en partie dans la remise d'immeubles, le bailleur peut demander que le revenu représenté par la valeur de ces biens, calculée d'après le prix de revient soit réparti, non pas seulement sur l'année en cours, mais aussi sur les 14 années ou exercices suivants.
- 3 Troisièmement, ce revenu imposable bénéficie d'une décote de 8 % par an au-delà de la 18^e année du bail. Si bien qu'en vertu du dernier alinéa de l'article 33 ter du CGI, la remise de ces constructions ne donne plus lieu à aucune imposition lorsque la durée du bail est au moins égale à 30 ans.

A noter qu'en cas de prorogation du Bail à construction. Après quelques hésitations, le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt du 25 janvier 2006, que l'avenant d'un bail à construction ayant pour objet de proroger sa durée avait bien pour effet de reporter l'échéance et donc l'accession des constructions de façon opposable à l'administration (CE sect. 25 janvier 2006, req. N°271523, JCP N 2006, 1157, note A. Lefeuvre, *Const.-Urb.* 2005, com. 124, note N. Gonzalez-Garbi

Fiscalité complexe en cas de rachat du terrain par le Preneur

Conséquences civiles : qu'est-ce que le Preneur rachète ? Pas les constructions !

- Sur un plan civil, pour la détermination de l'objet du rachat, une réflexion peut s'induire d'un arrêt relatif à l'indemnité d'expropriation due à un bailleur en cas d'expropriation en cours de bail.
- Par une décision du 31 mars 2004, la Cour de cassation a effectivement retenu qu'en cas d'expropriation l'indemnité due au preneur pour perte, pendant la durée du bail de la propriété des constructions édifiées par lui sur le terrain loué n'exclut pas celle du bailleur pour perte de la propriété de ce bien lui revenant en fin de bail (*Cass.3 civ. 31 mars 2004, pourvoi n° 02-15754*).
- Il en résulte qu'en cas de rachat par le preneur en cours de bail, compte pourra être tenu non seulement de la valeur du terrain, lequel est néanmoins amputé de constructions, mais aussi de la valeur du droit d'accession des constructions que pouvait espérer le bailleur en fin de bail.
- En tout état de cause les constructions ne semblent pas, quant à elles, devoir être « rachetées » par le preneur. Telle est précisément la solution retenue par la Cour de cassation en matière de droit d'enregistrement. La haute juridiction estime que la cession du terrain au preneur ayant exclu tout transfert de propriété des constructions au profit du bailleur, le bailleur n'ayant pu bénéficier de l'accession des constructions réalisées, les droits d'enregistrement ne doivent nullement tenir compte de la valeur des constructions (*Cass. Com. 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.978, droit fiscal 2012, comm. 377 ; JCP.N. 2012, n°1140*).

Analyse fiscale inverse : Le fisc considère que le preneur rachète aussi les constructions !

- C'est pourtant à une solution parfaitement opposée qu'aboutissent curieusement les juridictions de l'ordre administratif.
- Au terme d'un singulier artifice juridique, le Conseil d'état considère que le rachat par le preneur des droits du bailleur donne lieu, un trait de temps, au retour des constructions dans le patrimoine du bailleur et implique dès lors l'imposition d'un revenu fictif foncier sur les constructions avant le transfert de propriété au preneur (*CE, 5 décembre 2005, 256916, Fourcade, E Patarin, Extinction du bail à construction ar confusion : un artifice pour colmater une brèche fiscale, RFN 2007, étude n°13*).
- Bien que critiquée par la doctrine cette solution semble désormais constante et rend hélas bien moins attractive la technique du rachat (*CE 8 et 3 sect. Réunies, 27 février 2013, n° 350663, const.-Urb. 2013, comm. 94, N. Gonzalez Garbi*).



**CHAMBRE DE COMMERCE
ET D'INDUSTRIE**

1^{er} ACCÉLÉRATEUR DES ENTREPRISES

FIDAL
AVOCATS