



ZAN-Approfondissement des modalités d'application du bail à construction

Frédéric MARCHAND
Avocat associé

13 décembre 2023



Sommaire

Préambule

1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins
2. Aspects juridiques du bail à construction
3. Aspects financiers du bail à construction
4. Mode opératoire



Préambule



- **Mode classique de commercialisation de foncier bâti ou non bâti à destination des entreprises : cession pure et simple**, l'entreprise pouvant, le cas échéant, financer l'opération via un crédit-bail lui assurant la propriété, *in fine*,
- La loi climat et résilience du 22 août 2021 fixe un double objectif :
 - Diviser par deux le rythme de consommation des espaces naturels, agricoles et forestiers (ENAF) entre 2020 et 2031 par rapport à la décennie précédente (de 2,500 à 125.000 hectares),
 - Atteindre d'ici 2050, zéro artificialisation nette, c'est-à-dire au moins autant de surfaces renaturées que de surfaces artificialisées
- **Difficulté de concilier la sobriété foncière et le développement économique des territoires** : face à la tension actuelle (ou à venir) de foncier disponible, nécessité pour les collectivités de **réinterroger les politiques de commercialisation du foncier économique** :
 - Expropriation : solution extrême et coûteuse,
 - Exercice du droit de préemption : solution aléatoire,
 - **Ne plus céder son foncier → baux de longue durée.**

1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins



- Article L 251-1 du Code de la construction et de l'habitation

« Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail.

Le bail à construction est consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et dans les mêmes conditions et formes.

Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction ».

- Le caractère essentiel du bail à construction, notamment par rapport au bail emphytéotique ou le bail à réhabilitation, demeure que ce bail implique une mise en valeur spécifique du terrain par l'engagement du preneur d'édifier des constructions nouvelles. Il se distingue du bail commercial en ce que l'obligation principale est bien la réalisation d'un immeuble à construire et non le simple exercice d'une activité,
- Le bail à construction se distingue de la vente en ce qu'il confère uniquement un droit réel immobilier au preneur pendant la durée du bail.

1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins



	Bail emphytéotique / bail emphytéotique administratif	Bail à construction
SOURCE	Article L.451-1 et suivants du Code rural et de la pêche maritime et article L 1311-2 du Code général des collectivités territoriales.	Articles L.251-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.
DUREE	18 à 99 ans	18 à 99 ans
OBJET DU CONTRAT	<p>Libre. Mais l'emphytéote ne peut opérer sur le fonds loué aucun changement qui en diminue la valeur.</p> <p>Obligation de recourir à un bail emphytéotique administratif au lieu et place du bail emphytéotique de droit commun lorsque :</p> <ul style="list-style-type: none"> • La dépendance est intégrée au domaine public, • Le bail porte sur la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence du bailleur public (Cassation, 3^{ème} civ. 15 juin 2023, n° 21-22.816) <p>Pas d'obligation du preneur de réaliser des ouvrages.</p>	<p>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.</p> <p>Obligation de construire allant au-delà de simples travaux de rénovation.</p> <p>Pas de bail à construction sur le domaine public sauf à adapter les clauses pour les rendre compatibles avec les règles régissant le domaine public (durée nécessairement inférieure à 70 ans, accord du bailleur public pour céder le bail, hypothèque uniquement pour les emprunts contractés en vue de financer la réalisation ou la modification des ouvrages) (CAA Marseille, 25 octobre 2021, SCI Milan, req. n° 19MA00191).</p>



1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins

	Bail emphytéotique / bail emphytéotique administratif	Bail à construction
NATURE DU CONTRAT CONFERE	<p>La conclusion d'un bail emphytéotique permet d'attribuer au preneur des droits réels immobiliers étendus. Sauf clause contraire, l'emphytéote peut librement opérer tous les changements de destination des locaux, toutes transformations des immeubles, sous réserve toutefois que ces changements n'entraînent pas une diminution de la valeur du fonds.</p> <p>L'emphytéote n'a pas l'obligation de réaliser des constructions. Il peut en revanche, de sa propre initiative, faire des améliorations ou des constructions qui augmentent la valeur du fonds.</p> <p>Les droits réels conférés à l'emphytéote sont susceptibles d'être hypothéqués.</p> <p>Le bail emphytéotique autorise également le recours au financement par crédit-bail.</p> <p>Spécificité du bail emphytéotique administratif :</p> <ul style="list-style-type: none">• Cession du droit du bail uniquement avec l'agrément du bailleur public,• Hypothèque uniquement pour la garantie des emprunts contractés par le preneur en vue de financer les ouvrages,• L'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvée par le bailleur public,• Faculté pour le bailleur public de se substituer au preneur dans la charge des emprunts.	<p>La passation d'un bail à construction permet de conférer au preneur des droits réels immobiliers étendus.</p> <p>Le preneur doit s'engager, 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.</p> <p>Ce droit réel peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué. Le bail à construction autorise également le recours au financement par crédit-bail.</p> <p>Les droits réels sont librement cessibles.</p> <p>Pas de faculté d'opposition du bailleur public.</p>



1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins

	Bail emphytéotique / bail emphytéotique administratif	Bail à construction
CONTRÔLE DE LA DESTINATION	<p>L'emphytéote peut librement opérer tous changements de destination des locaux. L'absence ou la limitation par le contrat de cette prérogative serait de nature à entraîner une disqualification du bail et pourrait faire perdre ses droits réels au preneur.</p> <p>S'agissant du bail emphytéotique administratif, possibilité de prévoir le maintien d'une destination.</p>	<p>Le bailleur peut contrôler la destination des locaux au moyen de l'insertion dans le contrat de bail d'une clause précisant l'usage auquel l'immeuble à édifier est destiné.</p>
CESSION	<p>Le régime juridique du bail emphytéotique est incompatible avec la stipulation de toute clause qui serait de nature à limiter la cession, par l'emphytéote, des droits réels qu'il tient du bail.</p> <p>Il en va notamment ainsi d'une clause qui interdit purement et simplement toute cession ou bien encore d'une clause en vertu de laquelle le preneur ne peut céder son droit au bail qu'avec l'autorisation du bailleur (Cass. Sème Civ 29 avril 2009, Société Corse Provence, n°08-10944).</p> <p>En revanche, obligation d'accord du bailleur pour toute cession d'un bail emphytéotique administratif.</p>	<p>Le preneur peut librement céder tout ou partie de ses droits.</p> <p>La Cour de Cassation ne sanctionne pas l'existence d'une clause d'agrément à la cession, par la disqualification du bail à construction mais par la nullité de la seule clause d'agrément (Cass., 3ème civ. 24 septembre 2014, Société Immobilière Carrefour, n° 13-22357).</p>



1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins

	Bail emphytéotique / bail emphytéotique administratif	Bail à construction
REDEVANCES ET LOYERS	En principe, le loyer peut être modique.	A la différence du BE dont le loyer est modique, il a été jugé que le bail à construction doit comporter des loyers substantiels (CA Paris, 19 décembre 1989). 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.
SORT DES CONSTRUCTIONS	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 à moins qu'il ne soit convenu du contraire. Le bailleur ne doit verser aucune indemnité au preneur en fin de bail.	Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations.
VALORISATION FINANCIERE	Le bail emphytéotique et le bail à construction sont des contrats qui permettent une valorisation financière optimale du patrimoine immobilier des personnes publiques. En effet, l'opérateur dispose d'un titre d'occupation qui n'est pas de nature précaire et en vertu duquel il peut librement apporter son droit en garantie de financements bancaires.	

1. Définition du bail à construction et distinction avec les contrats voisins



SYNTHESE :

- Le bail emphytéotique administratif pourrait être privilégié pour renforcer les droits du bailleur public : autorisation préalable à toute cession, hypothèque limitée, pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général, clauses anti-spéculatives, etc.,
- Le renforcement des pouvoirs du bailleur public par rapport au preneur peut, toutefois, être de nature à :
 - Réduire la valorisation financière du bail,
 - Rendre plus difficiles ou plus onéreuses les conditions de mobilisation de dettes bancaires par le preneur.

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.1 Régime de passation : obligation d'une procédure de consultation ?

En l'état du droit positif, il n'existe aucune obligation d'organiser une procédure sélective préalable pour octroyer un titre d'occupation se rapportant à l'exercice d'une activité économique uniquement s'il s'agit d'une dépendance du domaine public (article L 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques).

Cette obligation n'a pas été étendue aux dépendances du domaine privé.

La jurisprudence la plus récente (CE 2 décembre 2022, req. n° 460100) a confirmé l'absence d'obligation de mise en concurrence nonobstant une jurisprudence européenne *Promoimpresa* (CJUE, 14 juillet 2016, Aff. C-458/14) nettement plus nuancée.

Pour ne pas être confronté à une obligation de consultation, il importe préalablement de s'assurer que la dépendance est non incorporée au domaine privé du bailleur public → à défaut, nécessité de constater la désaffectation, puis de décider du déclassement.

Possibilité, toutefois, pour le bailleur public d'organiser volontairement une procédure de consultation de type appel à projets ou d'appel à manifestation d'intérêt, notamment en cas de plusieurs entreprises répondant aux attentes de la collectivité en termes de développement économique.

L'organisation d'une telle consultation peut également être un moyen de justifier l'absence d'aide à l'immobilier d'entreprises puisqu'il est fait appel aux « conditions du marché ».

2. Aspects juridiques du bail à construction



⚠ **En principe, l'octroi du bail emphytéotique n'est pas soumis aux règles de la commande publique sauf si son objet principal est de répondre aux besoins de la collectivité**, notamment par :

- **La remise de locaux**, non pas au terme de la durée du bail, mais à l'achèvement des constructions,
- **L'édition de prescriptions techniques, architecturales et fonctionnelles très précises** « Il ressort, toutefois des pièces du dossier, du manque de spécification précise de l'ouvrage envisagé que, alors même que la commune en retire un intérêt direct compte tenu notamment de leur montant, ces travaux ne constituent pas l'objet principal du contrat entre la commune et la SARL Astrid Promotion, lequel porte sur l'aliénation d'un immeuble, dont ils ne sont que l'accessoire. Le contrat autorisé par la délibération attaquée n'a donc pas la nature d'un marché public » (CAA Marseille, 11 avril 2022, req. n° 21MA00539) ; « En définitive, la commune demanderesse à la requalification d'un contrat qu'elle a elle-même passé, ne démontre pas que l'objet principal de l'opération ne serait pas simplement la vente d'un foncier appartenant à la commune, mais qu'elle consisterait à confier un opérateur privé la réalisation de travaux qui répondraient un besoin d'intérêt général préalablement défini par la commune et répondant à ses besoins, ainsi que la construction et la livraison d'un futur équipement public » (CA Aix-en-Provence, 10 mai 2022, n° 21/11857).

Compte tenu de la problématique liée à la raréfaction du foncier, il n'est pas à exclure que, à terme, suivant ainsi la jurisprudence européenne, l'obligation de procédure de sélection préalable prévue par la CGPPP soit étendue aux dépendances du domaine privé (à noter, d'ailleurs, que les cessions immobilières de l'Etat sont, d'ores et déjà soumises à une procédure d'adjudication).

⚠ **Constitutif de droits réels, le bail à construction doit être formalisé sous la forme d'un acte authentique (administratif ou notarié) et doit être publié au fichier.**

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.2 La durée

Le bail est conclu pour une durée de entre 18 et 99 ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction.

Paramètres de détermination de la durée :

- Caractère tendu de la zone en termes de foncier disponible,
- Importance de l'investissement mis à la charge du preneur,
- Nécessité de procéder à d'importants travaux de GER en cours d'exécution du bail,
- Volonté ou non de la collectivité de récupérer le foncier et le bâti dès l'amortissement réalisé,
- Bancabilité du projet,
- Garanties quant à la pérennité de l'installation de l'entreprise sur le territoire, etc,

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.3 Obligations du preneur

2.3.1 Obligation d'édifier des constructions

L'engagement de construire constitue la principale obligation du preneur, sous peine de requalification par le juge en bail ordinaire (commercial) ou en bail emphytéotique avec simple faculté de bâtir.

Cet engagement doit porter sur l'édification de constructions nouvelles et non la réalisation de simples travaux de réhabilitation.

La valeur des constructions a, naturellement, un impact sur la fixation du loyer (cf. infra).

Nécessité, dans l'intérêt du bailleur public de définir le plus précisément possible, la nature, les caractéristiques et la destination des constructions sans toutefois imposer de contraintes trop fortes pouvant être de nature à provoquer une requalification du bail en contrat de la commande publique.

Une fois le bail à construction signé, éviter toute modifications du programme :

- Ériger en condition suspensive au bénéfice tant du bailleur que du preneur, l'octroi de l'obtention définitive des autorisations d'urbanisme,
- La participation du bailleur aux opérations de réception des travaux,
- L'autorisation préalable et expresse du bailleur pour toute modification du programme de construction,
- Clause résolutoire en cas de non réalisation du programme, etc.

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.3.2 Obligation de réparation et d'entretien des constructions

Aucune limite pour transférer au preneur (contrairement au bail commercial) l'ensemble des charges liées (avances en comptes courants, grosses réparations et renouvellement) des ouvrages et équipements, que ce soit sur les constructions existantes ou nouvelles : transfert des charges d'entretien de GER et/ou de mise aux normes.

Cette obligation n'étant pas a priori, d'ordre public et les parties peuvent aménager la répartition des obligations de charges de réparation et d'entretien : par exemple, mettre à la charge du bailleur les travaux de mise en conformité ou de gros renouvellement portant sur les constructions existantes objet du bail.

En cas de destruction des immeubles par cas fortuit ou force majeure, possibilité pour chacune des deux parties de demander la résiliation du bail en justice (article 251-7 du CCH).

2.3.3 Respect de la destination des terrains et des ouvrages

Au titre de la liberté contractuelle, le bailleur public parait pouvoir imposer au preneur l'obligation de respecter la destination du terrain et des ouvrages existants et à édifier.

L'activité est, en effet, en lien direct avec la valorisation du loyer.

Il peut également être inséré une clause imposant au preneur une activité continue.

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.4 Droits (étendus) du preneur

2.4.1 Droits réels immobiliers sur le sol et l'existant et droit de propriété sur les constructions édifiées

Le preneur dispose de deux droits :

- Des droits réels sur le terrain et les ouvrages existants lui permettant :
 - De garantir ses créances par une sûreté réelle (hypothèque),
 - De céder tout ou partie de ses droits et de les apporter en société (cf. infra),
 - De consentir des servitudes,
 - De bénéficier d'une indemnité représentative de la perte du droit de construire en cas d'expropriation du terrain,
- Un droit temporaire de propriété sur les constructions réalisées par lui.

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.4.2 Droits du preneur de céder ses droits

« **Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les cessionnaires ou la société sont 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 en application de l'article L. 251-1.** » (article L 251-3 du CCH).

→ Interdiction donc d'insérer une clause d'agrément sous peine de nullité de ladite clause (Cass. 3^{ème} Civ. 24 septembre 2014, n° 13-22.357) : « *Dans ces conditions, toute clause interdisant au preneur d'un bail à construction de céder tout ou partie de ses droits ou de les apporter en société encourrait l'annulation contentieuse. La nature d'activité du preneur, à savoir une mission d'intérêt général, n'a en réalité aucune incidence sur cet article du Code dont le caractère d'ordre public prévaut sur toute autre considération* » (Rép. Min. n° 60008 JOAN 21 février 2017).

Une clause d'agrément de changement de contrôle de la société titulaire du bail devrait également être considérée comme nulle.

La cession du bail devra être publiée sous peine d'inopposabilité.

Le cessionnaire sera substitué à l'ensemble des droits et obligations du preneur.

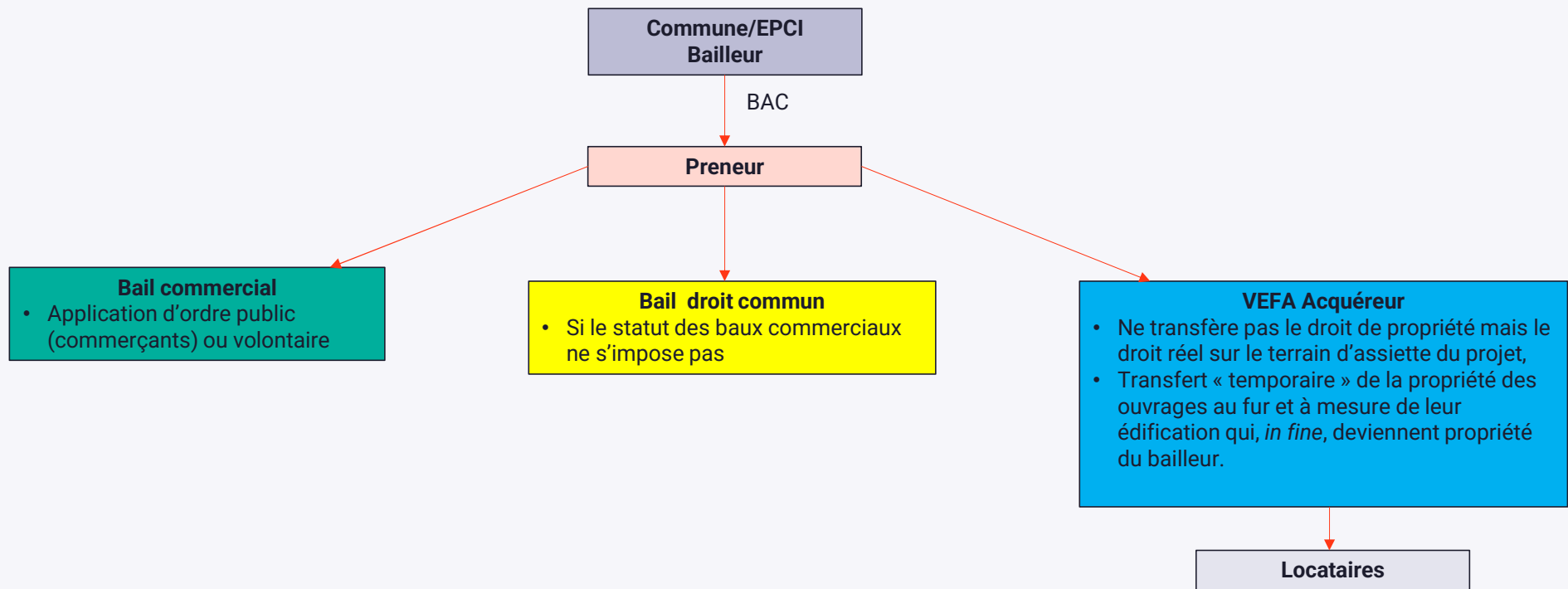
Paradoxe : ces clauses sont interdites dans les baux à construction mais autorisées pour la vente, les clauses dites anti-spéculatives interdisant, par exemple, la cession, sous la double condition d'une limitation dans le temps et d'une justification par un intérêt sérieux et légitime.

Si ce point présente un enjeu, le bail emphytéotique administratif pourrait être préféré dans la mesure où la cession est subordonnée à l'accord du bailleur public.



Vente et contrats constitutifs de droits réels Clauses spécifiques	Vente	Bail emphytéotique droit commun	Bail à construction	Titre d'occupation constitutif de droit réel administratif (AOT et BEA)
Clause liée à la réalisation du projet : - respect du programme et des spécificités du projet, - respect du calendrier prévisionnel	OUI, (sur une durée limitée)	OUI, si le bail le prévoit	OUI (pour toute la durée du bail)	OUI (pour toute la durée du bail)
Clause de maintien de l'affectation	OUI, (sur une durée limitée)	OUI, si le bail le prévoit	OUI (pour toute la durée du bail)	OUI
Clause d'inaliénabilité (ou d'agrément préalable)	OUI, (sur une durée limitée)	NON	NON	OUI

2. Aspects juridiques du bail à construction



Extinction de l'ensemble des contrats à l'expiration du bail à construction : « (...) les baux et titres d'occupation , de toute nature portant sur les constructions s'éteignent à l'expiration du bail sauf pour les contrats de bail de locaux d'habitation » (article L 251-6 du CCH)

2. Aspects juridiques du bail à construction



2.3.5. Sort des constructions au terme du bail

« Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations ». (article 251-2 du CCH).

Trois options possibles:

- **Retour gratuit** de la propriété des immeubles au bailleur public (cas le plus fréquent). Le bailleur est redevable de l'impôt sur les revenus fonciers sur une base calculée d'après le prix de revient (aucune imposition si la durée du bail est au moins égale à trente ans et imposition sur une valeur réduite en fonction de la durée du bail si le bail est inférieur à trente ans),
- Obligation pour le preneur de **remettre le site en l'état initial**,
- Maintien de la propriété des constructions au bénéfice du preneur avec transfert de la propriété du terrain moyennant un supplément de loyer échelonné sur la durée du bail : **bail à construction « à l'envers »**.

Une solution alternative au bail à construction « à l'envers » : formalisation, parallèlement à l'octroi du bail à construction, d'une promesse unilatérale de vente du terrain au bénéfice du preneur pouvant être levée soit en cours d'exécution du bail, soit à son terme, avec la nécessité, toutefois, que le prix soit déterminable. Possibilité également de formaliser un droit de préférence du preneur dans l'hypothèse où le bailleur, en cours d'exécution du bail, déciderait de céder le terrain.

3. Aspects financiers du bail à construction



3.1 Le loyer

« *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* » (article L 251-5 du CCH).

Loyer « en nature » ou « en numéraire »

Le prix du bail peut prendre l'une des trois formes suivantes :

- Le paiement d'un loyer en numéraire (périodique ou non),
- La remise de constructions au bailleur en cours de bail,
- La remise de constructions au bailleur en fin de bail.

⚠ Le bail à construction est conclu pour un prix dérisoire n'est pas inexistant mais nul pour défaut de cause.

Contrairement au bail emphytéotique, le loyer doit être significatif et non pas simplement symbolique.

Le loyer en nature prend la forme d'une remise d'immeuble ou de fraction d'immeuble au bailleur à l'achèvement → nécessité de constituer une copropriété entre le bailleur et le preneur

⚠ éviter que le bail soit requalifié en contrat de la commande publique, notamment si le loyer en nature porte sur une fraction significative du ou des immeubles (approche similaire à celle retenue pour les VEFA souscrites par les pouvoirs adjudicateurs).

La remise de l'immeuble peut intervenir à la date convenue par les parties : à l'achèvement ou à terme soit à l'expiration du bail à construction (schéma classique).

Le loyer sera différent si les constructions sont ou non remises au terme du bail au bailleur.

3. Aspects financiers du bail à construction



Le loyer « en numéraire » peut être en tout ou partie payable en une seule fois à l'avance (loyer capitalisé).

Selon la logique des autorisations d'occupation temporaire, possibilité d'avoir un loyer en partie avec une part variable assise sur le chiffre d'affaires, notamment si le preneur exerce lui-même une activité commerciale dans les locaux édifiés, objet du bail.

Révision du loyer « numéraire »

« S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail.

La variation du coefficient est proportionnelle à celle du revenu brut des immeubles. Le revenu pris pour base de la variation du coefficient est celui de la première année civile qui suit celle de l'achèvement des travaux » (article L 251-5 du CCH).

Le coefficient de révision du loyer est le revenu moyen au m² constaté à l'achèvement, à savoir le revenu brut global de la superficie utile exprimé en m² des locaux ayant produit des revenus locatifs au cours de l'année civile de référence.

Le premier coefficient de révision du loyer est égal au rapport entre le revenu moyen au m² afférent, d'une part, à l'année civile qui précède celle de la première révision et, d'autre part, à l'année civile qui suit l'achèvement des travaux (article R 251-1 du CCH).

A défaut de production de revenus locatifs, est pris en compte l'indice du coût de la construction. Idem si les constructions ne sont pas achevées dans un délai de six ans à compter de la signature du bail.

Les actions en paiement de loyer se prescrivent par cinq ans.

3. Aspects financiers du bail à construction



3.2 Les conditions de détermination du loyer

△ Le bail à construction emportant cession de droits réels, obligation de saisir la Direction de l'immobilier de l'Etat qui se prononce sur les clauses financières du projet de bail par rapport aux « conditions du marché ».

L'organisation d'un appel à projets ou d'un appel à manifestation d'intérêt est de nature à « appréhender » les conditions du marché et, par voie de conséquence, à mieux « gérer » l'estimation domaniale.

Tout écart négatif du montant du prix du bail par rapport à l'évaluation domaniale devra :

- Être justifié par des considérations d'intérêt général (développement d'une filière, création d'emplois, etc.), ces considérations devant être retranscrites dans le bail à construction sous forme d'engagement,
- Être compatible avec la réglementation des aides économiques.

Éléments à prendre en compte dans la détermination du prix du bail :

- Valeur des constructions remises au bailleur en cours ou au terme du bail à construction,
- Durée du bail à construction : loyer plus élevé si le bail est de courte durée (18 ans minimum),
- Nature de l'activité exercée au sein des locaux objet du bail à construction,
- Éventuelles restrictions apportées par le bailleur,
- Valorisation des avantages procurés au preneur par le bail,
- Importance du programme de construction et durée d'amortissement,
- Présence ou non d'une option d'achat (équivalent d'indemnité d'immobilisation), etc.

3. Aspects financiers du bail à construction



Points de sensibilité :

- ***bail à construction assorti d'une option d'achat pouvant être levé en cours d'exécution et/ou au terme du bail,***
- Difficulté à déterminer le prix de l'option d'achat qui doit être déconnecté des loyers versés au titre de l'exécution du bail : sauf risque de requalification en contrat de crédit (relevant du monopole bancaire), pas de possibilité de fixer un prix auquel serait déduit à l'euro l'euro le montant des loyers perçus par le bailleur à la date de la levée de l'option,
- Possibilité de fixer un prix déterminable : moyenne entre l'évaluation domaniale demandée à la date de la levée d'option et l'évaluation d'un ou plusieurs experts désignés d'un commun accord,

Bail à construction à l'envers :

Deux composantes du loyer :

- Une composante liée au bail lui-même,
- Un supplément de loyer échelonné sur la durée du bail correspondant à l'acquisition à terme du terrain par le preneur.

3. Aspects financiers du bail à construction



3.3 Le règlement des charges et impôts

« **Le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain** » (article L 251-4 du CCH) et absence de limitation d'affectation de charges, contrairement aux baux commerciaux.

Prise en charge par le preneur de l'ensemble des impôts fonciers, des taxes et redevances de ville, l'ensemble des taxes attachées à la construction (taxe d'aménagement, etc.) → loyer dit triple « net »

4. Mode opératoire



Première étape : documenter le terrain

- Inventaire des différentes prescriptions d'urbanisme, administratives,
- Etudes, sondages et diagnostics
- Coût initial d'acquisition par la collectivité,
- Statut domanial

Deuxième étape : choix du montage contractuel

- Définition des enjeux et attentes de la collectivité : appréciation du niveau de raréfaction du foncier, coût du portage du terrain, appétence des entreprises pour le terrain, etc
- Analyse comparative entre cession, avec ou sans clause spéculative, bail emphytéotique administratif ou bail à construction,
- Opportunité ou non d'organiser une procédure de consultation,

Troisième étape : valorisation du contrat (vente ou contrat constitutif de droits réels)

- Échanges sur le projet économique avec le futur opérateur,
- Appréciation des capacités budgétaires du bailleur public et du preneur : possibilité ou non d'un loyer capitalisé

Quatrième étape : formalisation contractuelle

- Demande d'avis de la Direction de l'immobilier de l'Etat,
- Rédaction de l'acte authentique,
- Processus délibératif
- Signature promesse ou acte
- Constat levée des conditions suspensives



Frédéric MARCHAND

Associé

fmarchand@cvs-avocats.com

NANTES | 28 Bd de Launay
44186 Nantes Cedex 4

 **Cornet Vincent
Ségurel**