

Zoom sur le bail à construction à l'envers



Entretien avec

Jean-Luc Tixier

Docteur en droit
Avocat Associé CMS Bureau Francis Lefebvre
Spécialiste en droit immobilier et droit public
Chargé d'enseignement à l'Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne

Quelle est la spécificité du bail à construction à l'envers ?

Le bail à construction (CCH art. L 251 s) oblige à titre principal le preneur à édifier des constructions sur le terrain du bailleur, confère au preneur un droit réel immobilier, librement cessible et librement hypothécable. Il est consenti pour une durée comprise entre 18 et 99 ans et confère au preneur la propriété des constructions édifiées et l'obligation de les conserver en bon état d'entretien et d'en supporter les charges et réparations et peut stipuler le paiement d'un prix sous diverses formes, loyer en numéraire, remise de locaux en cours de bail, en fin de bail, avec ou sans indemnité.

A défaut de stipulation contraire, le bailleur à construction accède à la propriété des constructions édifiées par son preneur sans indemnité et profite des améliorations. Moins fréquemment, le bailleur préfère récupérer son terrain après démolition des constructions que son preneur s'était à l'origine obligé à réaliser.

Dans le cadre de ce que la pratique dénomme « bail à construction à l'envers » le bail prévoit dès l'origine au contraire qu'il prendra fin par l'acquisition définitive de la propriété du terrain par le preneur.

Depuis quand ce dispositif existe-t-il ?

Il existe depuis la création du bail à construction par la loi du 16 décembre 1964. Le « bail à construction à l'envers » faisait partie du dispositif légal fiscal (art. 26 II de la loi du 26.12.1964 devenu art. 151 quater du CGI) destiné à encourager dans un contexte de fort besoin de foncier constructible la mise sur le marché de terrains qui auraient été autrement conservés par leur propriétaire : ces derniers ne voulant pas vendre à un promoteur ou un aménageur tant que cette vente entraînait la taxation des plus-values immobilières réalisées à cette occasion.

Quel attrait pour ce « bail à construction à l'envers » ?

Ce type de bail prévoit le transfert de propriété du terrain au preneur moyennant un supplément de 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.

Quand la plus-value réalisée à cette occasion est imposée selon le régime des plus-values des particuliers (lorsque le bailleur est un particulier ou une société de personnes relevant de l'impôt sur le revenu), le principal attrait de ce dispositif réside dans le fait que la durée de possession alors prise en compte est la période comprise entre la date d'acquisition du terrain par le bailleur et la date de transfert de propriété en fin de bail. De ce seul fait, dès lors que ce type de bail est nécessairement d'une durée d'au moins dix-huit ans,

l'exonération de la plus-value pour durée de détention est nécessairement acquise.

Comment ce dispositif s'inscrit-il dans le Pass-Foncier® ?

Le bail à construction est utilisé dans le cadre du dispositif du Pass-Foncier® entré en vigueur le 1er janvier 2007, mais uniquement pour la construction ou l'acquisition de maisons individuelles. 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.¹

Dans le cadre du dispositif du Pass-Foncier® une entité désignée par un comité interprofessionnel du logement (CIL) ou une chambre de commerce et d'industrie (CCI) acquiert les terrains pour les donner à bail à construction aux primo-accédants. 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 peut lever l'option d'acquisition du terrain par anticipation ou au terme du bail en versant au bailleur le prix du terrain, indexé. Chaque année, en fonction de la durée effective du portage, soit au taux de 1.5 % pour les salariés d'entreprises du secteur assujéti à la participation des employeurs à l'effort de construction (le « 1 % logement »), soit au taux de l'inflation compris entre 2 % minimum et 4.5 % maximum pour les autres catégories d'accédants. L'accédant n'a donc pas à supporter l'intégralité des frais financiers de portage du terrain ni à supporter une hausse des prix du foncier. Dans cette première phase le dispositif ne présente donc pas d'analogie avec le « bail à construction à l'envers ». Le terrain est « porté » par le bailleur durant toute la période durant laquelle le primo-accédant rembourse l'emprunt relatif à la construction de sa maison ; il s'agit de l'emprunt ayant financé, soit le prix de son contrat de construction de maison individuelle, soit le prix de son contrat de vente en l'état futur d'achèvement.

En revanche à 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 devient propriétaire du terrain à l'issue de cette prorogation. Durant cette deuxième phase le Pass-Foncier® peut être considéré comme une variété de « bail à construction à l'envers », même si seul un « surloyer » est payé à titre de paiement du prix. Le paiement du prix du terrain est ainsi transformé en un versement de loyer complémentaire, qui est versé annuellement. Il n'en demeure par moins que dans ce cadre, le recours à cette technique procède d'une démarche très spécifique : elle vise à permettre au primo-accédant qui, à fin de la durée initiale du bail, ne pourrait

avoir un accès au crédit pour payer le prix de l'achat du terrain, ou seulement dans des conditions médiocres, de bénéficier à l'issue de la première phase d'une facilité de financement de la part de son bailleur à construction.

L'usage croissant du Pass-Foncier® va-t-il conduire à la généralisation de l'usage du « bail à construction à l'envers » ?

Le bail à construction à l'envers a été, et demeure occasionnellement, utilisé par des promoteurs vendeurs d'immeubles collectifs. A l'occasion des ventes en l'état futur d'achèvement, une quote-part indivise du droit au bail à construction à l'envers est transmise aux acquéreurs ; la copropriété est assise sur ce droit commun indivis sur le sol. Ce droit confère aux copropriétaires en fin de bail la propriété définitive du terrain. Faute d'avoir été organisée par les textes, l'analyse juridique exacte de cette situation est encore relativement variable, et le fonctionnement de l'immeuble en copropriété pen-

dant la durée du bail se heurte à de nombreuses interrogations non résolues. Cela explique qu'en matière d'immeubles collectifs le dispositif soit demeuré confidentiel.

Quant à envisager que la pratique du bail à construction à l'envers dans le cadre du Pass-Foncier®, encourage le développement de cette technique hors de ce cadre spécifique, cela semble peu probable dans la mesure où l'intérêt du dispositif du Pass-Foncier® réside dans le fait que le primo-accédant n'a pas à porter le terrain, mais cela suppose d'avoir des bailleurs publics ou parapublics car il est difficile d'envisager que des opérateurs privés puissent assurer un tel portage dans des conditions raisonnablement rentables.

1. Le Pass-Foncier® existe également dans le collectif, mais c'est un dispositif purement financier, qui ne recourt pas à la technique du bail à construction.



Benjamin Robine

Expert Associé François ROBINE
& Associés - ICH

Comment procéder à l'évaluation des droits respectifs du bailleur et du preneur dans le cadre d'un bail à construction à l'envers ?

Le bailleur et le preneur disposent dans un bail à construction classique ou d'un bail à construction à l'envers de droits antagonistes, dont la nature est évolutive au cours du bail.

La conclusion du bail à construction à l'envers entraîne la dissociation de la propriété du sol et des constructions à venir. Le bailleur demeure propriétaire du terrain, en perd définitivement l'usage et va percevoir une redevance jusqu'au terme du bail. Le preneur verse une redevance au bailleur et bénéficie de la propriété des bâtiments

au fur et à mesure de leur construction. Il a ainsi vocation à réunir la propriété du terrain et des constructions au terme du bail.

La définition dès l'origine de la nature de la redevance est déterminante pour l'appréhension des droits respectifs du bailleur et du preneur. Elle peut revêtir deux principales formes : le paiement échelonné du capital ou le simple abandon des fruits.

1° Dans la première hypothèse, la redevance due par le preneur au bailleur correspond à l'étalement linéaire du prix du terrain, estimé à l'origine¹, sur la durée du bail, majoré des frais nécessaires de gestion, tels que ceux de l'asset manager, et d'une prime de risque fonction de la qualité de la signature du preneur.

Le mécanisme des vases communicants entre les droits du bailleur et les droits du preneur trouve totalement application, mais en sens inverse, dans la mesure où les premiers ont une tendance naturelle à décroître au profit des seconds.

Au cours du bail à construction à l'envers, la valeur vénale des droits du bailleur s'analyse, dans le patrimoine de ce dernier, comme la somme des redevances à percevoir à un instant donné jusqu'au terme du contrat, ramenée à la date considérée.

La valeur vénale des droits du bailleur doit en théorie faire l'objet d'une valorisation distincte selon que le bailleur vend ses droits au

Tableau 1 :
Valeur des droits du bailleur en 2030 dans l'hypothèse où la redevance correspond à l'étalement du prix du terrain

HYPOTHÈSES											
Données en k€ • Redevance annuelle : 100 k€ • Durée : 30 ans • Taux d'indexation : 2 % • Taux d'actualisation : 5 %											
Années	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	Total
Redevance indexée	1 486	1 516	1 546	1 577	1 608	1 641	1 673	1 707	1 741	1 776	16 271
Redevance actualisée	1 486	1 443	1 402	1 362	1 323	1 285	1 249	1 213	1 178	1 145	13 087

Droits du bailleur à la 20^{ème} année

Somme des redevances indexées et actualisées de la 20 ^{ème} à la 30 ^{ème} année	13 087
---	--------

preneur ou à un tiers extérieur. Le preneur dispose en effet d'un intérêt légitime à opérer la réunion des murs et du fonds et acquérir la pleine propriété de l'ensemble. Théoriquement, le preneur devrait donc payer une prime pour cette réunion dans une même main. Dans la pratique, l'étroitesse de ce marché, la spécificité des droits acquis et leur tendance déclinante ne favorisent pas l'émergence d'une multitude d'acquéreurs et la surenchère liée au nombre.

Prenons à titre d'illustration l'hypothèse d'un bail à construction à l'envers conclu en 2010 pour une durée de 30 années et portant sur un terrain évalué à la somme de 30 m€ La redevance annuelle s'élèvera à 1 m€ et fera l'objet d'une indexation annuelle. Le bailleur souhaiterait vendre ses droits au bout de la 20^e année.

Rappelons ici que la valeur vénale des droits du bailleur en cours de bail correspond à la somme des redevances à percevoir jusqu'au terme du contrat, ramenée à la date de la cession.

Le taux d'indexation et le taux d'actualisation seront retenus respectivement à hauteur de 2 % et 5 %. Il s'agit de taux normatifs, retenus pour les besoins de la démonstration.

La valeur vénale des droits du bailleur sera égale ici à la somme des redevances indexées et actualisées entre la 20^e année et la 30^e année.

Dans cette hypothèse, le capital a en réalité été payé par fractions, la vente ne se faisant qu'à l'échéance.

2° Dans la seconde hypothèse, la redevance correspond uniquement à l'abandon du fructus de la part du bailleur. Pendant la durée du bail à l'envers, celui-ci perd l'une des prérogatives du droit de propriété, celle de percevoir les revenus tirés de la chose louée. La redevance ne correspond alors qu'à l'abandon des fruits et non à celui du capital. Les droits du preneur sont ici assimilables à ceux de l'usufruitier en ce qu'il dispose de l'usage et la jouissance du bien.

Le montage peut également être rapproché du prêt in fine dont les intérêts sont payés au cours du contrat et le capital à son terme.

La redevance est ici nécessairement plus faible que dans le cas précédent et équivalente à la valeur locative d'un terrain nu. A la date de la cession, les droits du bailleur comprennent deux principales composantes :

i. la somme indexée et actualisée des redevances jusqu'au terme du bail. La même méthode que celle appliquée ci-dessus peut être retenue.

ii. la valeur actualisée de l'abusus à l'échéance. Cette somme correspond à la valeur vénale du terrain en fin de période, occupé par les constructions. Dans l'hypothèse d'un rachat des droits du bailleur en cours de bail, cette valeur doit être ramenée à la date de la cession.

La valeur du capital ramené au jour de la cession est déterminée suivant la formule suivante :

$$\text{Valeur actuelle} = K \times (1 + t)^n$$

Supposons, en reprenant l'exemple précédent, que la valeur locative soit de 100 k€ et que le capital à l'échéance soit estimé à 20 000 k€ (le bail étant conclu en 2010 pour une durée de 30 ans et le bailleur envisageant de céder ses droits en 2030, soit une durée résiduelle de 10 années). La valeur vénale des droits du bailleur peut être déterminée comme suit :

Dans cet exemple, la valeur vénale des droits du bailleur dans la 1^{re} hypothèse apparaît plus élevée que la seconde.

De manière générale, la valeur vénale d'un terrain est d'autant plus onéreuse que celui-ci est construit surdensitaire et en centre-ville. Elle correspond approximativement à 15 % de l'ensemble terrain et construction en situation éloignée, 25 % en centre-ville et jusqu'à 45 % dans les meilleurs emplacements dans Paris.

La valeur vénale peut également être approchée par comparaison, mais en prenant en compte son encombrement à la date de la cession. Par contre, retenir un abattement pour occupation ne semble pas justifié dans l'hypothèse de la vente à l'occupant lui-même. L'abattement pour occupation ne se conçoit que dans le cas de la vente à un tiers.

En conclusion, il est donc particulièrement important, dans l'hypothèse d'un rachat des droits du bailleur en cours de bail, que la redevance soit juridiquement qualifiée dès l'origine par les parties suivant l'une ou l'autre des hypothèses, leur valeur patrimoniale respective en découlant directement.

1. la valeur du terrain peut être approchée classiquement suivant la méthode par comparaison et la méthode du bilan promoteur. L'emplacement, les caractéristiques du terrain et les possibilités de construire seront les composantes déterminantes de la valeur.

Tableau 2 :
Valeur des droits du bailleur en 2030 dans l'hypothèse où la redevance correspond à l'abandon du fructus

HYPOTHÈSES											
Données en k€ • Redevance annuelle : 100 k€ • Durée : 30 ans • Taux d'indexation : 2 % • Taux d'actualisation : 5 %											
Années	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036	2037	2038	2039	Total
Redevance indexée	149	152	155	158	161	164	167	171	174	178	1 627
Redevance actualisée	56	54	53	51	50	48	47	46	44	43	493

Valeur vénale ramenée à ce jour	Valeur vénale en 2040		Droits du bailleur à la 20 ^{ème} année	
$K \times (1 + t)^n$	Capital (K)	20 000	Somme des redevances indexées et actualisées de la 20 ^{ème} à la 30 ^{ème} année (i)	
	Taux (t)	5 %	Valeur vénale du terrain ramenée en 2030 (ii)	
	Années (n)	10	Total (i + ii)	12 772