

[Jurisprudence] Bail à construction « à l'envers » et paralysie du droit de préemption urbain

Réf. : CE 1^o-4^o ch. réunies, 19 avril 2022, n° 442150, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A05067UB](#)
N1731BZ7



CHEUVREUX

par Ségolène de La Rivière, Clotilde Le Sommer, Juristes Lab Cheuvreux

le 08 Juin 2022

Mots clés : préemption • déclaration d'intention d'aliéner • bail à construction • promesse de vente • référé-suspension

Par une décision rendue le 19 avril 2022, le Conseil d'État, statuant au titre d'une procédure de référé-suspension, s'est prononcé sur les modalités d'exercice du droit de préemption urbain dans le cadre d'un bail à construction dit « à l'envers ».

Dans cette affaire, pour permettre la réalisation d'un port de plaisance à sec comprenant une petite zone d'activité sur deux terrains contigus, deux sociétés ont chacune conclu en 1988 avec les propriétaires concernés, un bail à construction par lequel elles s'engageaient à édifier et à entretenir les ouvrages du port.

Les deux baux étaient assortis d'une promesse de vente au profit des sociétés preneuses, comportant une option d'achat des terrains.

À la suite des levées d'option opérées par les sociétés, le notaire chargé d'instrumenter les ventes a établi deux déclarations d'intention d'aliéner (DIA). Chacune indiquait que le prix de vente ne portait que sur l'assiette foncière, dès lors que les acquéreurs envisagés, à savoir les sociétés preneuses à bail, étaient déjà propriétaires des constructions, en vertu du bail. Il était également précisé qu'en cas d'exercice du droit de préemption, la ville devrait payer non seulement le prix de vente du terrain au vendeur, mais également le prix des constructions, dont le montant était précisé dans les DIA, au profit des sociétés, sous forme d'indemnité.

Nonobstant les dispositions des DIA, le maire a préempté les deux terrains au seul prix du foncier, pour permettre la constitution d'une réserve foncière pour la réalisation d'une opération d'aménagement.

Le tribunal administratif a été saisi de recours pour excès de pouvoir assortis de référés-suspensions contre ces décisions de préemption. En juillet 2020, par deux ordonnances, le juge des référés a suspendu l'exécution des décisions de préemption, au motif notamment qu'en préemptant au seul prix du foncier, la commune avait dénaturé les termes des DIA.

À l'occasion de pourvois contre ces ordonnances de référés, les juges du Palais Royal ont considéré qu'il existait un doute sérieux quant à la légalité des décisions de préemption, justifiant la suspension de leur exécution. Bien que le Conseil d'État reconnaisse que la circonstance qu'une parcelle soit grevée d'un bail à construction ne fait pas, par elle-même, obstacle à l'exercice du droit de préemption, il estime en l'espèce que « la décision de préemption de la commune, prise à l'occasion de l'aliénation réalisée en exécution de cette stipulation des contrats de baux à construction, dès lors qu'elle emportait nécessairement, pour celle-ci, l'obligation de céder aux sociétés [X] et [Y] les parcelles visées par la déclaration d'intention d'aliéner, ne pouvait permettre de satisfaire à la nécessité, résultant de l'article L. 210-1 du Code de l'urbanisme [N° Lexbase : L4847MB7](#), d'être exercée en vue de la réalisation d'une action ou opération d'aménagement ou, comme elle le mentionnait en l'espèce dans ses motifs, de la constitution d'une réserve foncière pour la réalisation d'une telle action ou opération ».

Notons que, pour l'heure, le jugement au fond de cette affaire n'a, à notre connaissance, pas encore été rendu.

Avant d'étudier plus précisément les apports de cette décision, il convient de revenir sur la notion de bail à construction à l'envers, ainsi que sur les modalités d'exercice du droit de préemption urbain dans le cadre d'un bail à construction.

I. Qu'est-ce qu'un bail à construction à l'envers ?

Prévu aux articles L. 251-1 [N° Lexbase : L1055HPR](#) et suivants du Code de la construction et de l'habitation, le bail à construction permet de conférer au preneur des droits réels immobiliers étendus pour une durée longue, allant de 18 à 99 ans. Le preneur doit s'engager, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur, à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail, et à en supporter les charges et réparations, en contrepartie du versement d'un loyer substantiel. Les droits conférés au preneur sont librement cessibles et hypothécables.

Sauf stipulation contraire, le bailleur à construction devient propriétaire des constructions édifiées par son preneur en fin de bail ; étant ici précisé que le contrat peut prévoir que cette remise s'effectue avec ou sans indemnité.

Toutefois, dès la création du bail par la loi du 16 décembre 1964 [\[1\]](#), a été prévue la faculté de transférer au preneur la propriété du terrain en fin de bail [\[2\]](#). C'est ce que l'on appelle communément le bail à construction « à l'envers ». En principe, ce type de bail, qui bénéficie d'un traitement fiscal favorable [\[3\]](#), est assorti d'une promesse de vente qui peut être synallagmatique ou unilatérale. Le transfert de propriété du terrain au preneur est alors réalisé moyennant un supplément de loyer échelonné pendant toute la durée du bail, ou *via* le versement d'un prix au moment de la levée d'option.

II. Comment s'exerce en pratique le droit de préemption urbain dans le cadre d'un bail à construction ?

Par principe, le droit de préemption urbain ne s'applique qu'à l'occasion de l'aliénation d'un bien.

En conséquence, il est largement admis que la conclusion d'un bail à construction dit « classique » – i.e. à l'issue duquel le bailleur devient propriétaire des constructions édifiées par son preneur en fin de bail – se situe en dehors du champ d'application du droit de préemption urbain, dans la mesure où il confère au preneur des droits réels immobiliers, mais n'emporte pas de transfert de propriété à son égard [\[4\]](#).

En revanche, avec un bail à construction à l'envers, dès lors que les parties envisagent la possibilité de transférer la

propriété du terrain au preneur en fin de bail, l'on se trouve, si l'option est levée, en présence d'une aliénation volontaire à titre onéreux, laquelle donne prise au droit de préemption urbain, si tant est que toutes les conditions relatives à son champ d'application se trouvent réunies.

À cet égard, la ministre de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales a précisé, dans une réponse ministérielle en date du 10 janvier 2019, que « si le contrat de bail [à construction] prévoit que la propriété du bien loué doit être transférée au preneur en fin de contrat, la cession à titre onéreux des droits réels immobiliers tels que le droit réel immobilier conféré par un bail emphytéotique ou à construction est soumise au droit de préemption urbain. Il appartient au notaire chargé d'établir le bail de déterminer si ce dernier est soumis au droit de préemption urbain selon l'effectivité du transfert de la propriété à la date d'expiration du bail » [5].

Pour la doctrine [6], les modalités de purge du droit de préemption urbain dans ce cadre diffèrent selon la nature des engagements contractuels stipulés au bail :

- si le bail prévoit une vente immédiate du terrain avec transfert de propriété différé, ou comporte une promesse synallagmatique de vente, le droit de préemption urbain doit être purgé dès la conclusion du bail à construction ;
- en revanche, si le bail comporte une promesse unilatérale de vente laissant une option d'achat au preneur à bail, c'est au moment de la levée de l'option qu'il convient d'accomplir les formalités de purge.

III. Quels sont les apports de la décision du Conseil d'État du 19 avril 2022 ?

En matière de référé-suspension, le Conseil d'État confirme en l'espèce que la condition d'urgence est en principe remplie en cas de recours contre une décision de préemption intenté par l'acquéreur évincé.

Aux termes de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative **N° Lexbase : L3057ALS**, nous rappellerons que le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative à la double condition que celle-ci soit justifiée par l'urgence et qu'il soit fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à sa légalité. La procédure de référé-suspension présente un intérêt majeur en matière de préemption, dès lors qu'elle permet non seulement de faire obstacle au transfert de propriété du bien au titulaire du droit de préemption, mais également d'empêcher les conséquences irréversibles d'une revente du bien illégalement préempté ou de sa démolition. C'est pourquoi, il est admis de jurisprudence constante, que la condition d'urgence est en principe constatée lorsque c'est l'acquéreur évincé qui formule une demande de suspension – sauf circonstances particulières tenant par exemple à l'intérêt s'attachant à la réalisation rapide du projet [7].

Par ailleurs, la décision d'espèce, qui porte précisément sur les modalités d'exercice du droit de préemption urbain, dans le cadre de baux à construction à l'envers, comportant des promesses de vente avec option d'achat, appelle de notre part les deux remarques suivantes.

Force est de constater que la décision rendue en l'espèce aboutit, en pratique, à une paralysie complète de l'exercice du droit de préemption urbain en cas de bail à construction assorti d'une promesse unilatérale de vente.

En effet, comme indiqué précédemment, dans un tel cas, le juge des référés estime que l'exercice du droit de préemption a nécessairement pour effet de transmettre à l'autorité préemptrice la qualité de bailleur, ainsi que les obligations y attachées, parmi lesquelles se trouve celle figurant dans la promesse de vente annexée au contrat de bail, de céder le terrain au preneur à bail. Or, comme le relève de M. Arnaud Skzeyerbak, Rapporteur public, préempter un terrain pour le revendre à l'acquéreur évincé paraît incompatible avec l'objet même du droit de préemption.

Pour autant, le juge administratif maintient, dans un tel cas, l'obligation de procéder aux formalités de purge du droit de préemption, dès lors que la cession d'une parcelle grevée d'un bail à construction ne figure pas au nombre des biens exclus du champ d'application du droit de préemption, en application de l'article L. 213-1 du Code de l'urbanisme [N° Lexbase : L4840MBU](#).

L'on se trouve donc face à une situation paradoxale où le vendeur est tenu d'adresser une DIA, mais où le bénéficiaire du droit de préemption ne peut légitimement pas décider de préempter [\[8\]](#).

La question du maintien de ce dispositif dans le champ d'application du droit de préemption urbain mérite, dès lors, d'être posée. À cet égard, remarquons que le législateur a expressément exempté du champ d'application du droit de préemption, les cessions effectuées dans le cadre d'un contrat de crédit-bail immobilier consenti par un établissement de crédit [\[9\]](#), ainsi que les aliénations de terrains au profit du preneur à bail à construction conclu à l'occasion d'une opération d'accession sociale à la propriété [\[10\]](#), afin que l'exercice du droit de préemption urbain ne puisse pas faire échec à l'accession du bien par le preneur. Il pourrait être envisagé d'étendre ce mécanisme d'exclusion aux cessions de terrains effectuées au profit du preneur à bail construction. Néanmoins, il est permis de s'interroger sur ce qui justifierait objectivement une telle faveur ; en outre l'on créerait ainsi un instrument légal offrant un moyen de se soustraire, à grande échelle, au droit de préemption.

À la lecture de la présente décision, un autre constat s'impose quant aux obligations incombant à l'autorité préemptrice.

S'il est admis qu'en préemptant un bien grevé d'un bail, la Ville acquiert la qualité de bailleur, dès lors que la préemption d'un bien n'emporte pas, par elle-même, extinction des droits réels et personnels existant sur les immeubles cédés, il nous semble toutefois plus surprenant de considérer que par l'effet de la préemption, la Ville soit tenue d'exécuter la promesse de vente signée entre le vendeur et l'acquéreur pressenti, par substitution du vendeur. En effet, l'objet même de la préemption est de faire échec à la vente d'un bien, telle qu'envisagée aux termes d'une promesse, en permettant au bénéficiaire du droit de préemption de devenir propriétaire du bien en lieu et place de l'acquéreur – et non du vendeur – et sans qu'il soit tenu par les termes de la promesse de vente régularisée initialement, laquelle devient en principe caduque en cas d'exercice du droit de préemption.

[\[1\]](#) Loi n° 64-1247 du 16 décembre 1964, instituant le bail à construction et relative aux opérations d'urbanisation, JO du 18 décembre 1964.

[\[2\]](#) J.-L. Tixier, *Le bail à construction en 10 questions*, Le Moniteur, 1^{er} décembre 2020.

[\[3\]](#) Voir en ce sens : J.-L. Tixier, *Zoom sur le bail à construction à l'envers*, Études Foncières n° 143, janvier-février 2010.

[\[4\]](#) Voir en ce sens : *Guide du droit de préemption urbain*, La Documentation Française, 1991, p. 38 ; Cass. civ. 3, 11 mai 2000, n° 97-18.610, 97-19.256 [N° Lexbase : A5256AWL](#).

[\[5\]](#) QE n° 07455 de M. Philippe Bonnecarrère, JO Sénat 25 octobre 2018, p. 5400, réponse publ. 10 janvier 2019, p. 129, 15^{ème} législature [N° Lexbase : L5171LSC](#).

[\[6\]](#) S. Pérignon, *Contrats spéciaux et droit de préemption urbain*, Defrénois, 15 décembre 1990, n° 34915.

[\[7\]](#) CE, 13 novembre 2002, n° 248851 [N° Lexbase : A0784A4S](#), Rec. CE, 2002, p. 396, confirmée par CE, Sect., 23 juin 2006, n° 289549 [N° Lexbase : A9831DPS](#), AJDI, 2007, p. 150.

[\[8\]](#) Notons qu'une telle situation s'est déjà rencontrée en matière de droit de préemption. En effet, avant l'introduction de l'article L. 213-2-1 au Code de l'urbanisme [N° Lexbase : L2395ATU](#) par la loi « SRU » du 13 décembre 2000 (loi n° 2000-1208, relative à la solidarité et au renouvellement urbains [N° Lexbase : L9087ARY](#)), la jurisprudence (CE, 23 juin 1995, n° 128151 [N° Lexbase : A4469ANT](#)) considérait, dans l'hypothèse de la vente d'une unité foncière dont certaines parcelles étaient situées dans une zone soumise au droit de préemption et d'autres à l'extérieur de cette zone, que le propriétaire devait envoyer une DIA en mairie, mais que le bénéficiaire du droit de préemption ne pouvait préempter ni les parcelles situées dans la zone de préemption ni celles situées à l'extérieur de cette zone.

[\[9\]](#) C. urb., art. L. 213-1, d) : « [...] Ne sont pas soumis au droit de préemption : [...] d) Les immeubles cédés au locataire en exécution de la promesse de vente insérée dans un contrat de crédit-bail immobilier conclu en application

du 2 de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier ».

[10] L'article L. 211-3 du Code de l'urbanisme [N° Lexbase : L1828KGS](#) exclut du champ d'application du droit de préemption urbain « l'aliénation de terrains au profit du preneur à bail à construction conclu à l'occasion d'une opération d'accession sociale à la propriété, prévue au dernier alinéa de l'article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation ».

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*