

Master 2 Droit du Patrimoine
Parcours « Ingénierie Juridique du Patrimoine »

Mémoire de fin d'études

Sur le thème :

BAIL À CONSTRUCTION, COPROPRIÉTÉ
&
SOCIÉTÉ D'ATTRIBUTION

Directeur de mémoire :

Le professeur PUIG Pascal

Maître de conférence

à l'Université de la Réunion

*Je tiens vivement à remercier Monsieur le Professeur PUIG Pascal,
Pour votre encadrement, votre disponibilité,
Ainsi que l'attention portée aux recherches et vos encouragements,
qui m'ont permis de mener à bien ce mémoire.*

*Mes remerciements également à mes amis de ce Master IJP pour l'entraide
et le soutien moral réciproque dans l'avancée des recherches et de la rédaction.*

*Enfin, je souhaite remercier mes parents qui ont fait preuve d'une grande
patience et d'un soutien sans faille durant ces années d'études
et pour l'achèvement de ce mémoire.*

Ripert, au début de ce siècle, disait, « *Ce siècle est dominé par l'idée de la propriété* ». Cette affirmation est encore plus vraie aujourd'hui. Cette domination se ressent au plus profond de l'évolution humaine, sociale, économique et notamment juridique.

En effet, au niveau international, c'est assez tôt qu'a été reconnu le droit de propriété privée. A titre d'exemple, une sentence de la *Cour Permanente d'Arbitrage en date du 04 avril 1928*, affaire dite « *L'Ile de Palmas* » qui vient préciser le principe de souveraineté des Etats tout en reconnaissant qu'aucun Etat ne peut permettre ou n'a le droit d'utiliser son territoire de manière à ce qu'en résulte un dommage sur le territoire d'un autre Etat ou qu'en résulte un dommage à la propriété ou à la personne qui vit sur ce territoire, (...). Si ce n'est peut dire que de façon détournée, il y a une reconnaissance de la propriété d'une personne et l'obligation de la respecter par les tous les Etats.

Ce n'est que par l'adoption de la Convention Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950, qu'a été reconnu au niveau européen la protection fondamentale du droit de propriété, et notamment à travers une jurisprudence foisonnante. Le droit de propriété devient alors un droit a portée importante.

Paradoxalement, en France le droit de propriété a très vite été érigé en droit éminent pour l'ensemble des Français. Proclamé par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en 1789, il est entré dans le Code civil dès 1804 et est encore aujourd'hui codifié à l'article 544 qui dispose « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* ». Bien avant le droit européen, la propriété faisait donc partie d'un droit protégé en France. Le couronnement de ce droit a été fait en 1982 lorsque le Conseil Constitutionnel en s'appuyant sur l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (et également sur son article 2), est venu proclamé ce droit de propriété au rang constitutionnel. Ce droit est désormais absolu et rien ne saurait le limiter, si ce n'est qu'un abus de propriété ainsi que l'a été jugé dans l'arrêt « *Clément Bayard* » du *03 août 1915 par la Cour de cassation en sa chambre des requêtes*.

Ainsi le droit de propriété fait partie des droits dont chacun des concitoyens français, européens et internationaux peut se prévaloir sans limite.

Le droit français considère le droit de propriété comme étant un droit « *absolu, perpétuel, imprescriptible et individuel* ». Comprenons ainsi que ce droit ne saurait se diviser et ne peut être exercé que par une seule personne, sur un seul bien durant toute sa vie. Cependant, ce même droit français prévoit que le droit de propriété peut être divisé par le fait d'un

démembrement de propriété où l'usufruitier aurait les prérogatives de l'*usus et du fructus*, soit donc l'usage, la jouissance du bien et le droit d'en retirer les fruits de ce même bien, tel que l'est défini aux articles 587 et suivants du Code civil. Le nu-propiétaire lui, le plein propriétaire initial, pourra user de son *abusus*, soit la disposition de son bien qui est la faculté de modifier la situation juridique du bien par son aliénation ou encore sa destruction, par exemple. Mais, cette situation ne saurait durer, la pleine propriété doit être recouvrée sur la tête du nu-propiétaire à la fin de l'usufruit.

Egalement, le code prévoit une situation d'indivision du droit de propriété. L'indivision consiste à ce que deux ou plusieurs personnes aient les mêmes droits, les mêmes prérogatives sur un même bien. Cela semble être en contradiction avec le caractère individuel de la propriété. Nous retrouvons cette situation dans les cas de succession avant le partage amiable ou judiciaire. Tel est encore là une situation qui ne saurait être perpétuelle.

La propriété peut être acquise par prescription, autrement et autrefois appelé l'usucapion. Généralement prononcée par le juge lorsque au bout d'une période de trente ans, minimum, l'occupant du bien s'est comporté en toute bonne foi comme le véritable propriétaire économiquement parlant, et en a acquitté les charges (impôts, taxes, frais d'entretien) et a entretenu le bien. Cette personne peut donc demander au juge à ce que lui soit attribuée le titre de propriétaire du bien au détriment du véritable propriétaire, qui dans le cas de l'accord du juge, perd sa qualité et est donc déchu de ses droits. C'est une situation qui s'explique surtout d'un point de vue économique et non pas tellement en droit. Ces cas de prescription acquisitive sont très fréquentes à l'île de la Réunion, puisque nous savons que le fichier immobilier recensant les propriétaires des terrains n'est apparu que très tardivement. Ce en quoi les sols étaient essentiellement acquis par fait et non de droit.

Enfin, la propriété peut s'acquérir par un mécanisme de l'accession. C'est le cas lorsqu'une personne construit, par exemple, un bien sur le sol d'autrui. Ce dernier devient alors automatiquement propriétaire des constructions édifiées, cela à défaut de convention contraire.

Ces mécanismes sont prévus au Livre III du Code civil nommé « Les différentes manières dont on acquière la propriété ». La propriété régnant tel un seigneur dans le droit français.

Au début du XXème siècle sont apparues les grandes guerres, La Première Guerre Mondiale ainsi que la Seconde. Ces évènements ne sont pas passés inaperçus et ont laissés de nombreuses séquelles au sein de la communauté mondiale. Parmi ces dégâts recensés, on retrouve celle de la crise du logement en France.

C'est ainsi qu'au lendemain de la guerre le législateur a cherché des moyens permettant de relancer l'accès la propriété et donnant aux plus pauvres la possibilité de s'établir durablement dans le bâti. Ainsi s'est-il tourné vers les modes de détention de la propriété collective, prévue aux articles 653 et suivants du Code civil, comme l'indivision, la mitoyenneté et la copropriété.

Cette dernière, objet de l'étude, était prévue à l'article 664 du Code civil. Plus précisément, elle a été organisée par une loi du 28 juin 1938. Le problème de l'article 664 est qu'il venait appeler copropriétaires les différents propriétaires d'une indivision dite organisée, alors qu'elle différenciait la copropriété de l'indivision désorganisée (indivision successorale ou post-communautaire). Toutefois leurs régimes juridiques ne correspondant pas il fallait une intervention législative. Egalement, la loi de 1938 ne comportait que cet article 664, qui ne faisait référence qu'aux propriétés exclusives sans parties communes, démontrant un manque sérieux d'organisation dans cette propriété organisée. L'intervention du législateur ne s'est pas faite attendre. C'est par une loi du 16 juillet 1965 qu'il est venu modifier la précédente afin de donner un souffle nouveau à cette propriété collective organisée. Elle est venue apporter treize articles de plus permettant d'organiser les parties communes et les parties privatives. Cette organisation a mis en place une vision dualiste de la propriété, propre aux pays latins, visée aux articles 2, sur les parties privatives, et 3 sur les parties communes. Cette vision est encore aujourd'hui bien ancrée et est même l'élément distinctif de la copropriété. Le texte de 1965, bien qu'étant encore en vigueur, a été modifié depuis à plusieurs reprises. Aujourd'hui nous pouvons clairement parler d'un mode de propriété organisée, permettant à chacun des copropriétaires de bénéficier de l'exclusivité de leurs lots tout en profitant de façon indivise les parties communes. Egalement, la loi vient instituée une personne morale, le syndicat de copropriété, qui est à même de prendre toutes les décisions nécessaires dans l'organisation de la vie des différents propriétaires et l'administration de vie commune. Les décisions étant prises de façon unanime par tous les copropriétaires faisant partis de ce syndicat. A cela lui est ajouté un organe exécutif, « l'homme de main », qui est le syndic de copropriété chargé de faire exécuter matériellement les décisions prises par le syndicat. Un de ses rôles est de recueillir les charges de copropriété auprès des différents copropriétaires. Ces charges permettant de maintenir à bien l'immeuble bâti.

Cependant, ces textes restaient encore insuffisants pour permettre de relancer les constructions et l'accès à la propriété.

C'est ainsi qu'il y a deçà plus de soixante dix ans, le législateur a voulu allier technicité du terrain et juridique pour donner un second souffle au domaine immobilier en France. Afin d'inciter de nombreux propriétaires à laisser leur terrains vacants être occupés dans le but d'y produire des constructions, à moindre coûts, le bail à construction fut une brillante opportunité.

Précisément, c'est par une loi du 16 juillet 1964, relative aux opérations d'urbanisme, qu'a été institué le bail à construction. Ce bail a été par la suite complété par un décret du 24 décembre 1964, qui par la suite à été codifié au sein du Code de la construction et de l'Habitation aux articles L251-1 à L251-9 et de R251-1 à R251-3. Ce bail a été institué pour inciter les propriétaires de terrains vacants à céder durant un temps limité, de dix-huit à quatre-vingt dix neuf ans, la surface de leur sol afin qu'y soit édifiées des constructions. Ce bail est venu tel une sorte de complément au bail emphytéotique déjà en vigueur et à qui il emprunte l'idée du régime, si ce n'est qu'à différence près que le bail à construction met en place une obligation pour le preneur de construire, c'est son objet, alors que le bail emphytéotique ne prévoit cette construction que comme une faculté qui peut être accordée au preneur par le bailleur. Ici, durant le bail le bailleur reste propriétaire du sol alors que les constructions deviennent la propriété du preneur, c'est un droit réel qui lui est offert. Ce texte fait échec au mécanisme d'accession précité. Mais cet échec, à moins d'en prévoir autrement, n'est que temporaire puisqu'à la fin du bail par ce même mécanisme d'accession le propriétaire du sol, le bailleur deviendra propriétaire des constructions. Il est à déplorer l'absence du succès escompté.

Au travers de son régime juridique, nous remarquons très vite que ce bail peut conférer des droits qui instituent une copropriété entre le bailleur et le preneur (voire même des tiers) sur les constructions. A se demander si ce régime est réellement anodin lorsque l'on sait que la loi de 1938 régissant encore la copropriété, à cette époque, était en proie à désuétude. Est-ce d'autant plus une coïncidence que sept mois après l'entrée en vigueur du bail à construction, le législateur intervient sur le régime de la copropriété ? Il semble alors de toute évidence que pour relancer les constructions dans cette période d'après-guerre, tout est mis en œuvre. Ainsi il faut faciliter l'accès à la propriété et si possible à moindre coûts.

Malgré ces régimes complémentaires, la loi sur la copropriété offrant une organisation de vie simplifiée, et le bail à construction un terrain sur lequel édifier les constructions copropriété en devenir, l'idée n'a guère encore séduit. Un manque d'encadrement et de sécurisation se fait sentir notamment pour les futurs accédants.

De fait, entendant ne pas se résigner, le législateur va une nouvelle fois intervenir sur un régime déjà existant mais encore une fois en déclin. Il s'agit de la société d'attribution. Cette société faisait partie du régime des différentes sociétés instituées par la loi du 28 juin 1938.

Les sociétés prévues par la loi de 1938 se décomposaient en différents objets :

- la société d'attribution à temps partagé ou « *Time-sharing* », offrant à terme uniquement la jouissance des locaux construits ;
- la société construction –vente : permettant à la société de construire et uniquement de vendre, sans quelconque attribution aux associés,
- la société coopérative de construction : ayant également pour but la construction mais avec idée d'interdiction de cession de toutes parts sociales en cours de vie de la société. Le législateur voulait limiter la technique de commercialisation par ce biais.

C'est ainsi que la loi du 16 juillet 1971 est intervenue pour règlementer « *les sociétés constituées en vue de l'attribution d'immeubles aux associés par fractions divisées* », en son titre II. Aujourd'hui, on retrouve ces dispositions aux articles L212-1 à L212-17 du Code de la construction et de l'habitation.

C'est la société d'attribution qui a été promulguée comme héritière des sociétés de 1938, par la loi de 1971. L'idée est qu'elle devient une technique de construction commune, telle une coopérative permettant de réunir les différentes personnes voulant accéder à la propriété sans subir des frais exagérés. A sa dissolution, chaque associé de la société se voit ainsi attribué le lot correspondant à son investissement. Ce régime offrant une réelle attractivité, a vite été détourné par les promoteurs immobiliers ne cherchant là qu'une technique de commercialisation.

Mais de manière générale, cette société venait telle une sorte d'aubaine pour les réticents à allier bail à construction et copropriété pour les difficultés que cela pouvait poser. Ici, tout se réglerait par une entité morale qui viendrait faire écran aux véritables futurs copropriétaires désirant accéder à la propriété.

La technique serait ainsi que la société contracte le bail à construction pour qu'au final soit instituée cette copropriété. Serait-ce là un moyen de redonner un second souffle à la construction, tel que le souhaitait le législateur. Néanmoins, reste à savoir s'il est juridiquement possible d'allier technique sociétaire à bail à construction pour créer une copropriété.

Ce qui est certain c'est que les techniques de constructions alliées au régime juridique de la copropriété, laissent à penser aux simples modes d'acquisition prévu par le code civil. Il est donc important de voir comment se règle la question de la copropriété par le bail à construction (partie I), pour ensuite s'intéresser à la mise en copropriété par la société d'attribution (partie II).

PARTIE I - LA MISE EN COPROPRIETE

PAR LE BAIL A CONSTRUCTION

Dans une certaine proportion le bail à construction se différencie nettement des baux de droit commun, les baux classiques. Cette catégorie de bail de longue durée (entre 18 et 99 ans), souvent assimilé au bail emphytéotique, dispose d'un régime propre à son caractère détonnant.

En effet, ce bail offre de véritables droits réels à son preneur, que l'on retrouve sous le triptyque de *l'usus, le fructus et l'abusus*. Cependant, ces droits sont tous à la fois étendus en terme de pouvoirs mais totalement limités dans le cadre spatio-temporel. Ce sont là des oxymores qui définissent le plus simplement ce cadre particulier.

Le preneur est ici considéré comme le véritable propriétaire des constructions qui seront effectuées. Il pourra alors en user en tant que tel. Cet usage sera cependant limité verticalement aux constructions qui seront faites. Ces constructions offriront au preneur des droits illimités dans un temps limité, soit la durée du bail. Comment un droit réel immobilier, qui a priori devrait être perpétuel, peut avoir une date d'expiration ? C'est là une question qui sera tentée d'être résolue au cours du premier chapitre.

Par ailleurs, comme tout bail classique, deux idées submergent : la restitution et le paiement des loyers. Ces deux éléments forment le paroxysme de ce bail. En effet, ici la restitution se fera avec une plus-value certaine suite à l'obligation d'édification que pose ce bail. Et, comme tout bail, le preneur sera redevable d'un loyer, qui va soit être en nature ou en espèce. Le paiement en nature, soit par l'offrande d'un immeuble bâti, aura des conséquences subséquentes en ce qu'il va instituer une mise en copropriété, ainsi que le sera développé au cours du second chapitre.

*CHAPITRE 1 – LES ATTRIBUTS DU BAIL A
CONSTRUCTION : LA CREATION D’UN DROIT DE
PROPRIETE AU PROFIT DU PRENEUR*

Il est offert preneur un véritable droit de propriété immédiat sur les constructions qu’il s’est engagé à édifier au cours du bail qu’il a conclu. Ce qui est dans un premier temps très étonnant en ce que cela déroge clairement au simple droit jouissance du bail classique.

Cependant, ce droit de propriété reste limité dans l’espace-temps.

L’originalité de ce bail qui veut que le droit de propriété ne puisse s’exercer que sur la partie supérieure du sol, soit la surface (§1). En cela, il y a un abandon certain de l’article 544 du Code civil qui veut que le propriétaire puisse exercer ses prérogatives à la fois sur le sol, le sous-sol et la surface. Dans le cas du bail à construction, le preneur verra ses prérogatives limitées à la surface du sol (et parfois, lorsque le bail le prévoit, cela peut aller jusqu’au sous-sol), le preneur gardant tous ses droits sur le sol.

Egalement, un bail aussi ordinaire qu’original ne peut être conclu que pour un temps limité (§2). Ici, le bail ne sera effectif que durant une période allant de 18 à 99 ans, prorogeable sans jamais connaître de tacite reconduction. Ce qui, par conséquent, va poser problème lorsqu’on allie à la fois les droits réels du preneur et plus particulièrement son abus (la disposition : le changement de situation juridique du bien) et le caractère limité du bail. Comment allier la perpétuité du droit réel d’un tiers acquéreur, qui acquière ses droits grâce aux droits réels du preneur, qui eux sont, temporaires du fait du caractère limité du bail à construction? De nombreuses interrogations peuvent naître. Le droit essaiera tant bien que mal à y apporter des réponses.

§1. UNE PROPRIETE LIMITEE DANS L'ESPACE

Ce bail présente plusieurs particularités notamment le fait que le preneur se voit limiter à la surface du sol (I). Les obligations pesant sur lui à la surface sont de sorte que des véritables prérogatives de droits réels, naissent à son profit. De fait, le preneur se doit, pour le fonctionnement économique de ce bail, d'exploiter les prérogatives qui lui sont offertes par ce bail (II).

I – LA SURFACE DU SOL COMME UNIQUE ASSIETTE

Ainsi que l'est prévu dans l'économie même du contrat et repris par le code de la construction et de l'habitation, les droits du preneur sont limités à la surface du sol, sur lequel il aura une obligation positive de construction (B). A contrario, le propriétaire du sol, le bailleur, dispose quant à lui d'une action négative de ne rien faire sur le sol. Sol qui sera la limite de sa propriété pendant la durée du bail à construction (A).

A. LE SOL RESTANT À LA SEULE DISPOSITION DU BAILLEUR

La conclusion d'un bail à construction entraîne nécessairement la création d'un droit de propriété au profit d'un tiers, preneur, sur le terrain même du bailleur. Cette division ne se s'assimile pas à un démembrement de propriété, qui lui suppose pour un propriétaire de concéder une partie de ses droits à un tiers, afin de créer une distinction entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Ici, les droits du preneur sont en tout point similaires aux droits du bailleur : ce sont deux droits de propriété distincts.

Dans le cadre du bail à construction, il est tout autre chose. En effet, ici ce n'est pas un droit de propriété qui sera divisé en deux mais bien deux droits de propriété qui seront superposés entre deux personnes distinctes, le preneur et le bailleur.

Est-ce une indivision ? Non, il ne peut non plus être qualifié d'indivision. L'indivision s'entend pour deux ou plusieurs personnes de disposer des mêmes droits, mêmes prérogatives sur le même bien. Ici, ces droits porteront sur la même assiette, mais seront distincts dans l'espace. Ce bail crée un droit de propriété pour le preneur à bail, distinct du droit de propriété du bailleur lui même.

Comment expliquer qu'un preneur à bail puisse être entier propriétaire de l'assiette de son bail, alors que le bailleur reste également propriétaire ? Plus exactement, comment expliquer la constitution d'un droit de propriété dans un bail ?

C'est le principe même du bail à construction qui se pose ici. En effet, ce bail est conclu de sorte que deux droits de propriété vont se superposer. On aura un droit tenant à la qualité du preneur, qui portera sur l'espace superficielle qui sera rempli par les constructions édifiées. Egalement, on aura un droit de propriété qui porte sur le fonds de l'assiette, qui lui est tenant au bailleur. Ainsi que l'a jugé *la Cour de cassation dans un son arrêt de la chambre civile du 16 décembre 1873, dans l'affaire « CARL C/ L'ÉTAT », le droit de superficie forme un droit de propriété distinct et séparé du fonds et il porte exclusivement sur les constructions.*

La superposition de ce droit de propriété suppose pour le bailleur qu'il voit son assiette être limitée au fonds. De fait, il ne peut exercer ses prérogatives de droits réels uniquement là dessus, il n'aura donc aucun droit sur les constructions édifiées en cours de bail. Toutefois sa jouissance du sol est quand même contrainte à la liberté de l'exercice de ses droits par le preneur. Autrement dit, le bailleur ne peut ni exercer d'action, ni passer d'actes de disposition qui seraient de nature à entraver les droits du preneur sur l'espace qui lui est dédié pour ses constructions. Ses droits sont alors extrêmement réduits au profit de ceux du preneur à bail. Sauf convention contraire, il peut exploiter le sous-sol sans que cela puisse obstruer les prérogatives du preneur à bail. Concrètement, il est privé de l'*usus* et du *fructus* de son assiette (puisque portant atteinte aux droits du preneur) mais conserve l'*abusus* de son droit de propriété.

Si l'on peut se permettre une comparaison avec les obligations du preneur bail, qu'il soit de droit commun ou non, il a l'obligation d'entretenir le bien objet de leur convention, et donc y faire tous les actes nécessaires en son pouvoir pour cela. Par analogie, le bailleur propriétaire du fonds du bail à construction, se doit de respecter une obligation positive de mise à disposition du fonds et de son entretien, au même titre que le bailleur de droit commun doit livrer la chose et permettre une jouissance tranquille du bien (article 1709 du Code civil).

En effet, dans le cas où le sol s'avère détérioré empêchant ainsi toute construction sur sa surface, cela aura pour conséquence que l'objet même du bail disparaîtra. Cela n'aurait d'intérêt ni pour le bailleur qui se voit priver de loyer, ni pour le preneur qui lui se sera engagé à la construction sur un terrain défaillant par la faute du propriétaire de celui-ci. Comme tout mécanisme de responsabilité en droit civil nous pourrions supposer que cette

situation se résoudrait par dommages et intérêts au profit du preneur. La jurisprudence abonde de décisions prévoyant l'indemnisation du bailleur par le biais d'une provision correspondant aux coûts des travaux selon expertise¹. Nous pourrions donc légitimement penser que l'inverse est tout à fait possible. Le preneur peut être indemnisé de la passivité du bailleur quant à l'entretien du terrain.

Ce terrain doit par ailleurs faire l'objet d'une constructibilité sans faille, c'est généralement le plan local d'urbanisme qui pourra attester de cette possibilité notamment lorsque le terrain se trouve dans une zone naturelle. A défaut le contrat de bail sera nul pour défaut d'objet. Dans la plupart des cas, le bail est conclu sous condition suspensive d'obtention du permis de construire. Egalement, il est de l'ordre de purger le droit de préemption de la collectivité si le terrain est situé dans un périmètre de sauvegarde.

A noter que si le bailleur avait constitué une hypothèque sur le terrain celle-ci ne peut présenter un obstacle à la conclusion d'un bail à construction. Toutefois les droits obtenus de ce bail par le preneur ne seront pas opposables aux tiers créancier-hypothécaire qui pourra alors se désintéresser sur le terrain amené à être construit.

L'obligation du preneur est comme l'a été dit plus tôt celle de la construction sur la surface qui lui a été donnée à bail. La question est de savoir quelle est la nature réelle de cette surface.

B. UNE OBLIGATION DE CONSTRUIRE SUR L'ESPACE SUPERFICIAIRE

La *Troisième Chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt du 30 janvier 2008*², vient rappeler que l'obligation de construire est l'essence même du bail à construction, et cela peu important le sort des constructions à la fin du contrat.

La cour de cassation ne fait qu'appliquer ce que le législateur avait déjà envisagé en instituant le bail à construction. C'est *l'article L251-1 du Code de la construction et de la l'habitation* qui dispose en son alinéa premier : « *Constitue un bail à construction le bail par lequel le*

¹ Civ 3^{ème}, 17 décembre 2003, n°02-11.050 ;

² Civ 3^{ème}, 30 janvier 2008, n°06-21.292, RDI 2008. 215

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. »

La cour va même plus loin en considérant que le bail qui prévoit une obligation de construire, sans pour autant être nommé dès l'origine bail à construction, sera qualifié en tant que tel dès lors que l'obligation sera présente³. On comprend là clairement que la construction est l'aorte de ce bail. Son absence entraînerait une requalification en un tout autre type de bail, et sa présence la qualification en tant que bail à construction. Mais dès lors il faut bien que ce soit une obligation et non une possibilité.

Dans cet article, il est constatable que le législateur a réellement institué cette obligation comme étant à titre principal et non comme une option.

Plus exactement, le législateur a mis en place deux obligations positives pesant sur le preneur dans cet article : l'édification et l'entretien des constructions. Ces deux obligations montrent alors qu'à défaut de respecter l'une ou l'autre, le bail pourrait être résolu entre les parties ou être requalifié. Parfois, cette obligation d'entretien n'a aucune valeur. C'est notamment le cas lorsqu'il a été conclu dans le contrat de bail qu'à la fin de celui-ci les constructions reviendraient au preneur. De fait, ce dernier n'a pas l'obligation de restituer la substance au bailleur. Également, tout comme le prévoit l'article L251-4 du Code de la construction et de l'habitation, cette obligation d'entretien reste désuète dans le cas où le preneur use de sa faculté de démolition des bâtiments existants dans le cadre d'une reconstruction. Toutefois, l'obligation d'entretien va jouer pour les reconstructions dans le cas où celles-ci ne seraient pas destinées à être gardées par le preneur en fin de bail.

Cependant, remarquons également que les droits du preneur sont limités à cet espace au dessus du sol, et parfois, par extension, si tel est prévu dans le bail, cela peut aller jusqu'au sous-sol. Ainsi, au même titre que le bailleur, le preneur voit ses prérogatives être limitées dans l'espace.

La question ici est de savoir comment peuvent être qualifiées les prérogatives dont dispose le preneur sur cet espace. Puisse-t-on parler d'un droit de superficie ?

Cette question a appelé une controverse doctrinale, pour *in fine* parvenir à un raisonnement quasi-unanime.

³ Civ 3^{ème}, 20 mai 1992, n°90-13.598, Gazette du Palais 1992

Le droit de superficie est vue par une partie de la doctrine, comme un véritable droit de propriété en raison de l'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation qui dispose « *Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier* ». Ils ont vu dans ce droit réel immobilier un droit superficiaire ne portant que sur les constructions en surface du sol, le tréfonds étant la pleine propriété du bailleur.

Une autre partie de la doctrine y a vu un démembrement de propriété, notamment le temps que les constructions ne soient pas édifiées, qui deviendrait par la suite un véritable droit réel qu'une fois les constructions édifiées. Cette théorie ne peut réellement aboutir à cause de la plénitude des droits qui sont accordés au preneur superficiaire. Ce n'est qu'une fois les constructions édifiées que ce droit de propriété ne devient que véritable pour le preneur.

Egalement, les auteurs tels que ZÉNATI-CASTAING et REVET⁴ analysent ce droit de superficie comme un droit sur la chose d'autrui qui permet « à la fois d'utiliser le sol pour construire et d'appuyer sur la surface les constructions réalisées », mais ne présentant aucun caractère d'un droit de propriété car cette superficie prend pour base la chose d'autrui. Pour eux, il n'y a donc nullement propriété du preneur. Cependant, cette analyse s'heurte incontestablement à la définition même posées par l'article L251-3, lequel dégage un « droit réel immobilier » au profit du preneur.

Le groupe de travail de l'association Henri CAPITANT, lors de la commission de réforme du droit des biens y voit davantage un droit réel sur la chose d'autrui mélangé à un démembrement du droit de propriété du tréfoncier, et non pas véritablement une superposition de deux droits de propriété. Cette commission a vu dans le droit de superficie « un droit de propriété autonome issue d'une division de la propriété du bailleur ».

Les auteurs MALAURIE et AYNES⁵ définissent eux le droit de superficie comme « *le droit réel appartenant à une autre personne que le propriétaire du sol sur ce qui se trouve dessus (par exemple, des arbres ou des constructions) ou dessous (par exemple, un tunnel, une cave ou un garage en sous-sol)* ». Ainsi, ils y voient la superposition de deux droit de propriété permettant d'écarter l'hypothèse d'un démembrement et donc d'un usufruit au profit du preneur. Le démembrement ne permettant que la jouissance et non l'exercice d'une propriété par l'usufruitier.

Ces auteurs ne font finalement que reprendre l'analyse jurisprudentielle de cette superposition à défaut que cela ne soit réellement défini par la loi. En effet, l'arrêt de la Première chambre civile de la cour de cassation en date du 16 décembre 1873, vient expressément mettre fin à

⁴ ZÉNATI-CASTAING et REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., 2008, PUF, n°145 et 147

⁵ MALAURIE et AYNES, *Les biens*, 5^{ème} éd., 2013, Défrénois, n°900 à 905

un débat en précisant « *Le superficiaire a, non un simple droit d'usufruit, mais un véritable droit de superficie* »⁶.

En réalité, on voit bien une évolution doctrinale sur la qualification de ce droit de superficie. Mais, en tout hypothèse reconnaître dans le droit de superficie un droit de propriété distinct en termes de prérogatives de celui du bailleur, mais lié à la conservation du tréfoncier par le bailleur reste la meilleure option. Ce droit ne peut être que distinct du fait de l'anesthésie du droit de propriété du bailleur sur la surface à construire, qui en découle. Cela d'autant plus que le droit du preneur s'avère temporaire certes, à cause de la durée du bail, mais tout aussi plus long qu'un démembrement simple, ici nous allons jusqu'à une propriété de maximum quatre-vingt dix neuf ans, pour ne pas dire perpétuelle. Ce droit ouvre toutes les prérogatives d'un droit réel immobilier normal (hypothèque, destruction, modification) sauf convention contraire.

Se pose donc la question, s'il s'avérait qu'il n'y avait pas eu reconnaissance d'un droit de propriété superficiaire mais uniquement d'un démembrement de propriété, est-ce que ces avantages auraient été possibles ? Cette situation n'aurait pas permis les constructions par un tiers et tout du moins cela n'aurait pas incité une grande attention. En effet, le démembrement ne permet qu'une situation temporaire et l'usufruitier voit ses droits limités à l'usufruit, la jouissance. Tout autre acte, notamment de disposition, devrait obligatoirement passer par le nu-propriétaire, qui peut bloquer toute action venant méconnaître son droit de propriété. On voit donc que reconnaître un droit réel immobilier permettrait de relancer l'économie immobilière de l'époque et d'ailleurs même aujourd'hui.

Par extension, la pratique notariale a vu dans ce droit de superficie l'occasion de reconnaître une nouvelle forme de propriété avant même les constructions. Il s'agit de la reconnaissance de volumes d'air.

En effet, dans l'évolution doctrinale du droit de superficie pendant longtemps il a été considéré que celui-ci ne pourrait porter que sur les constructions édifiées, autrement dit ce droit n'existait pas véritablement tant que les constructions n'avaient pas émergées. Ici, on prévoirait un droit au volume dématérialisé qui ne prendrait forme qu'à la constitution de différentes constructions. Cette propriété ne porterait que sur le droit à construire avant même

⁶ Cass., Civ 1^{ère}, 16 déc. 1873 et Req., 27 avr. 1891 ;

qu'il y ait de constructions. C'est un droit susceptible d'hypothèque, cessible et parfois soumis au droit de préemption urbain. Il reprend alors tous les caractères du droit réel immobilier.

Comme le rappelle les auteurs AYNES et MALAURIE, le droit de superficie est encore aujourd'hui un droit en proie de qualification. Il ne serait pas inconcevable de parler d'un droit de propriété sui-generis. Sa nature étant définie certes, mais son origine ne l'est toutefois pas. Nous ne savons pas réellement d'où il né et à quelles conditions peut-on le voir émerger. Ce que nous pourrions noter c'est que la partie visible de la grosseur est soignée en ce que son régime est apprivoisé, mais que la nature de son origine reste encore à déceler.

La conséquence la plus frappante de ce droit de superficie, est, comme l'a été développée plus tôt, la dérogation de l'accession du propriétaire du sol aux constructions qui sont faites sur celui-ci. On peut davantage parler d'accession différée au sens où le bail peut prévoir qu'à son terme, les constructions reviendraient au bailleur. Cette dérogation n'est cependant admise que si sa preuve est rapportée par les protagonistes⁷. A cela, il faut ajouter les prérogatives de droit réel qui sont offertes au preneur, une fois les constructions sorties de terre.

II – L'EXPLOITATION DES DROITS REELS DU PRENEUR

En se voyant attribuer un véritable droit de propriété suite à la conclusion du bail à construction, le preneur se voit donc titulaires de d'un droit réel immobilier. Celui-ci a pour conséquences que le preneur puisse user de son usus, fructus et abusus comme il l'entend. De fait, il peut donc céder des droits aux tiers ou encore les démembrer en leur faveur.

LA CONSTITUTION DE DROITS AU PROFIT DE TIERS

L'article L251-3, en son alinéa premier, du Code de la construction et de l'habitation vient expressément disposer : « *Le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier (...)* ». Qu'emporte ce droit réel immobilier ? Cet article n'est pas précis quant à la portée exacte de ce droit réel immobilier. Porte-t-il uniquement sur les constructions ? Porte-t-il également, en plus des constructions, sur tout le terrain à construire ? Rien n'est moins sûr,

⁷ Civ, 18 déc. 1963, D., 1964.168 & Civ 3^{ème}, 6 nov 1970, D, 1971.395

mais à en croire les auteurs, ce droit réel immobilier porte essentiellement sur le terrain des constructions, peu importe qu'il y ait eu ou non déjà une construction. Cela s'explique par le fait que le bail ait pour objet principal la construction, ce qui a pour conséquence que dès sa conclusion, le preneur se voit être titulaire de droits réels permettant la construction des immeubles prévus.

L'étymologie du terme « réel » vient du latin « *res* », qui signifie la chose, un bien. De fait, ce droit doit porter sur une chose/un bien de nature immobilière. Le propriétaire de ce droit réel attend une certaine prestation de ce bien. Pour permettre cette prestation, il est fondamental que le titulaire de ce droit puisse jouir de pouvoirs illimités qui se traduisent par l'absolutisme du propriétaire du bien.

Fondamentalement parlant, les droits réels immobiliers regroupent trois caractéristiques essentielles dégagées par la doctrine : *usus, fructus et abusus*.

L'*usus* s'entend par le droit d'usage, le droit d'habitation, la jouissance de la chose. C'est le caractère que récupère entièrement et pleinement l'usufruitier, au mépris du nu-propriétaire, dans le cadre d'un démembrement de propriété. Également, l'usufruitier va se voir octroyer le *fructus*, soit l'obtention des fruits que produit le bien (les fruits peuvent être naturels, industriels ou civils). Dans le cas d'un bien immobilier le principal fruit qui sera retiré seront les loyers, soit donc un fruit civil qui se cueille au jour le jour selon la doctrine.

Mais le plus grand pouvoir dont dispose le propriétaire, et qui reste au nu-propriétaire dans le cadre d'un démembrement, est l'*abusus*. L'*abusus* est la disposition juridique et matérielle du bien. Matériellement, il s'agit de la faculté pour le propriétaire d'abandonner, de détruire la chose même. Juridiquement, il s'agit de la destruction du droit, de la qualité par exemple par son aliénation. Synthétiquement il s'agit pour le propriétaire de la possibilité de modifier la situation juridique du bien.

L'absolutisme de la propriété (la disposition matérielle et juridique de la chose), ainsi que l'absoluité de la qualité de propriétaire⁸ donne au droit de propriété son caractère absolu. La propriété est également imprescriptible, individuelle et perpétuelle. Toutefois ce caractère perpétuel peut être remis en cause dans le cas du bail à construction qui doit connaître un terme. Mais, la perpétuité du caractère s'éteint en même temps que l'assiette de la propriété disparaît. Autrement dit, par la disparition du bien, ainsi par la sortie du bien dans le patrimoine du preneur à bail, sa qualité de propriétaire disparaîtra et ainsi le caractère

⁸ *Absoluité* : qualité opposable aux tiers. Selon PLANIOL c'est la thèse de l'obligation passive universelle de toutes les personnes vis à vis du propriétaire.

perpétuel s'éteindra. De fait, le caractère perpétuel vit aussi longtemps que le bien existera et la qualité de propriétaire tiendra.

Ce caractère immobilier emporte une publicité foncière et le passage chez le notaire pour l'acte authentique, tel que le prévoit l'article L251-1 du Code de la construction et de l'habitation.

Par ailleurs, il faut noter que ce triptyque fait partie des droits réels principaux. Par conséquent, il existe des droits réels immobiliers accessoires à ces droits réels principaux.

En effet, ces droits réels accessoires pourront permettre au propriétaire des constructions, le bailleur de conférer des droits à des tiers.

L'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation est au cœur de ces droits accessoires. Cet article dispose : « (...) <alinéa 2> *Ce droit peut être hypothéqué, de même que les constructions édifiées sur le terrain loué ; il peut être saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière.*

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 L251-1.

Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail. ».

Ainsi, la jurisprudence et la doctrine voient en ce bail à construction la possibilité pour le preneur d'obtenir du crédit pour ces constructions. Concrètement, cet article en son *alinéa 2* prévoit la possibilité pour le preneur de prendre une hypothèque sur les constructions et également son droit réel immobilier. Ceci est une prérogative qui n'est offerte qu'au propriétaire d'un bien immobilier.

Il est également possible pour le propriétaire d'aliéner ses droits à un tiers ou de les apporter à une société. Cette possibilité est d'ordre public. Ainsi une clause contraire sera réputée non écrite. Dans le cas où cet apport ou cession se ferait, alors le cessionnaire sera tenu des obligations qui incombent au preneur-cédant. Ce dernier restera garant jusqu'à achèvement des travaux, tel que le dispose l'article L251-8 du Code de la construction et de l'habitation, c'est une règle d'ordre public.

Depuis une loi du 3 décembre 1975, reprise à l'article L251-9 du CCH, pour tous les baux conclus à partir de cette même date, cette garantie n'est plus illimitée dans le temps. Elle cesse désormais à la fin des travaux de construction que le preneur s'était engagé à édifier. Au nom du principe donnant la possibilité de renoncer à un droit d'ordre public lorsque celui-ci est ouvert, il peut être prévu conventionnellement que le preneur ne sera pas garant du cessionnaire à partir du moment où le bailleur a pu mesurer la solvabilité de celui-ci ou de la société acquéreuse.

Par anticipation, il peut déjà être mis en place une copropriété, grâce à ce mécanisme de cession de bail. En effet, le preneur a la possibilité de céder partiellement son bail à plusieurs cessionnaires, ce qui aura pour effet que chacun récupère une quote-part attachée aux droits du titulaire du bail. En conséquence de quoi, chacun des cessionnaires aura les mêmes droits et mêmes obligations envers le bailleur, et ils formeront une copropriété sur le bail. Ces droits seront, à la fin de l'édification, rapportés à des lots bâtis privés, et au sol comme partie commune. De fait, ils entreraient ainsi sous l'égide la *loi du 10 juillet 1965* relative à la copropriété.

Egalement, le preneur peut céder totalement ses droits au bail sans que cela ne pose de difficultés particulières. Il faudra néanmoins en notifier le bailleur, comme le prévoit l'article 1324 nouveau du Code civil. Celui-ci ne peut pas participer à la cession puisqu'il a été reconnue nulle et sans effet la clause d'agrément du bailleur pour le cessionnaire⁹. Cette cession entraîne une publicité foncière ainsi que la naissance de la Taxe sur la Valeur-Ajoutée (TVA) immobilière, qui diffère selon que l'immeuble construit à plus ou moins de cinq ans.

A côté de cela, le preneur peut également constituer uniquement des servitudes passives. Ce sont par exemple, celles qui vont permettre l'accès d'eau, d'électricité, il n'y pas de liste exhaustive. Globalement, ce sont des servitudes dites indispensables à la construction. Celles-ci survivront à l'extinction du bail et elles ne peuvent lui être refusées d'y consentir par contrat. C'est une interdiction d'ordre public (*article L251-8 CCH*). A défaut de caractère indispensable, les servitudes peuvent être limitées par le bail ou subordonnées au consentement du bailleur, ainsi que l'a décidé la **Troisième chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 juillet 1998**¹⁰. Dans le cas où la servitude ne fait pas l'objet

⁹ Civ 3^{ème}, 24 sept. 2014, n°13-22.357 ;

¹⁰ Civ 3^{ème}, 16 juil. 1998, n°96-21.180 ;

d'une interdiction mais qu'elle a été constituée sans le consentement du bailleur, alors elle prendra fin en même temps que le bail à construction (*L251-6, alinéa 1 du CCH*).

Ces prérogatives ne sont finalement permises que par la possibilité de disposer entièrement du bien par le bailleur. Finalement cette liberté de disposition semble avoir été posée par le législateur de façon à attiser les faveurs des propriétaires d'époque. Cependant il peut être regrettable de constater que cette propriété est également limitée dans son existence.

§2. UNE PROPRIETE LIMITEE DANS LE TEMPS

Tous les types de baux ont la particularité d'être institués pour un temps compté. Le bail à construction n'échappe pas à la règle, si ce n'est que son temps à lui peut donner un goût de perpétuité en ce qu'il doit être à minima conclu pour dix-huit ans et au maximum pour quatre-vingt dix-neuf ans. Pour autant, le caractère principal restant la temporalité du bail à construction (I). Un paradoxe peut apparaître en ce que dans certains cas les droits qui en sont issus s'avèrent quant à eux perpétuels (II).

I – LA NATURE TEMPORAIRE DU BAIL A CONSTRUCTION

Le bail étant à durée limitée ses effets doivent l'être également. Tel est le cas des droits réels constitués en faveur du preneur qui s'éteignent en même temps que le bail (A). Mais, une question se pose quant à perduration des droits qui ont été créés au profit des tiers (B), s'éteignent-ils également à l'extinction du bail ? Peuvent-ils continuer à exister ?

A. L'EXTINCTION DU BAIL ET L'EXTINCTION DES DROITS DU PRENEUR

Tel que l'emphytéose, le bail à construction est de ces types de contrats qui ont le caractère réel notamment à cause de la durée de leur existence. En effet, par principe le bail à construction peut aller de dix-huit à quatre-vingt dix neuf ans, sans tacite reconduction aucune, ainsi que l'est prévu à l'article *L251-1, alinéa 3 du Code de la construction et de l'habitation*. Cette longue durée a elle même connue une évolution. Initialement, le bail a été prévu pour une période allant de dix-huit à soixante-dix ans. Ce n'est que par la loi du 31 décembre 1975, codifiée à l'article pré-cité que sa durée a été étendue à quatre-vingt dix neuf ans. Durée qui n'est applicable qu'aux baux conclus à partir du 3 janvier 1976. L'esprit de

cette extension était de favoriser la construction de locaux d'habitation locatifs. Jusqu'à lors ce bail était prédestiné à la construction à des logements locatifs sur les terrains communaux. Cependant, il n'est nullement indiqué que c'est une règle d'ordre public. Cela va sans dire que le bail doit avoir une durée minimale de dix-huit ans et une durée maximale de quatre-vingt dix neuf ans légale. La fixation reste libre entre les parties, à partir du moment où la durée ne comprend pas un caractère perpétuel. L'interdiction du caractère perpétuel de certaines conventions créant des droits réels (de jouissance spéciale en l'espèce) pour le preneur a récemment été confirmée par la jurisprudence dans un arrêt de la **Troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 8 septembre 2016, « Maison de Poésie 2 »** (14-26.953).

Généralement, cette fixation se fait en considération des avantages fiscaux et financiers qui en découlent. Par exemple, si l'immeuble a plus de trente-ans lors de son retour dans le patrimoine du bailleur, alors il y aura exonération de la plus-values¹¹. Autre exemple, si le coût des constructions a été élevé, il serait préférable pour le preneur de prévoir un bail avec une durée non négligeable afin de permettre la rentabilisation des frais dépensés.

Toutefois, contrairement aux baux à usage d'habitation et parfois dans la pratique des baux commerciaux, le bail à construction ne peut être prolongé par tacite reconduction. En effet, en posant cette interdiction l'idée du législateur est d'éviter la superposition deux droits, avec un droit de propriété pour le preneur qui prendrait un caractère perpétuel. En conséquence, un bail avec clause qui prévoit une tacite reconduction sera réputé nul, ainsi que l'a jugé la **Troisième Chambre civile de la cour de cassation dans son arrêt en date du 15 décembre 1999**¹².

Peut alors se poser la question de savoir si la prorogation expresse est admise ? Le législateur ne prévoit que la tacite reconduction, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas en principe. La doctrine et la jurisprudence se sont entendues sur une double réserve s'agissant de cette prorogation expresse. Celle-ci sera admise dans la limite des quatre-vingt dix neuf ans à compter de la date de conclusion du contrat, à condition que les parties se soient trompées dans leurs prévisions de construction en terme de durée initialement impartie dans le bail, ou que les parties ont prévues de nouvelles constructions sur le même terrain. Par extension, l'administration fiscale a admis qu'il peut y avoir prorogation expresse pour cause

¹¹ Article 33 du Code Général des impôts

¹² Civ 3è., 15 décembre 1999, n°99-10.430

de fiscalité, sans que cela soit considéré comme un renouvellement de bail¹³, à la seule condition que ce soit justifié « par des raisons économiques »¹⁴.

L'explication de l'interdiction du caractère perpétuel du bail s'entend naturellement sur le fait d'éviter de laisser les parties dans une situation de superposition de leurs droits pour une même assiette. Globalement, l'idée est que durant ce laps de temps, le preneur à bail est entier propriétaire de tous les édifices qui sortent de terre, et le bailleur reste propriétaire du sol.

Concrètement, la conclusion d'un bail à construction, ainsi que le prévoit *l'article L251-1 du Code de la construction et de l'habitation* suppose que le plein propriétaire initial du terrain (et donc de la surface et du tréfonds) cède la propriété de la surface pour un temps limité à un tiers, preneur à bail. Ainsi, pendant la durée du bail à construction le preneur se voit octroyer la qualité de propriétaire de la surface du sol. Egalement, ce bail met à son encontre une obligation principale positive de construction, d'où les termes « bail à construction ».

L'idée sous-jacente est que par le mécanisme de l'accession, le propriétaire de la surface devient alors propriétaire des constructions qui y sont édifiées. En conséquence de quoi, les droits du propriétaire initial du fonds, et en particulier le mécanisme de l'accession, est anesthésié pendant la durée du bail sur cette surface. Clairement, on voit ici naître une accession différée à la fin du bail, sauf hypothèses contraires. Rappelons que le droit d'accession est défini à *l'article 546 du Code Civil* comme « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement* ». Plus, exactement pour les choses immobilières, *l'article 552 du même code* dispose « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ». Le propriétaire du sol devient donc entier propriétaire des constructions du dessus, et des découvertes ou constructions en sous-sol.

A noter également, comme l'a prévu la ***chambre des requêtes en son arrêt du 24 juin 1941***, que la règle suivant laquelle la propriété du sol comporte la propriété du dessous ne doit pas être étendue au-delà de ses termes, et la présomption de l'article 552 ne saurait s'appliquer, en reversant cette règle, au propriétaire du dessus, qui n'est point, par principe, présumé propriétaire du sol. Autrement dit, par accession le propriétaire du fonds peut devenir propriétaire des immeubles qui s'y incorporent. Cependant, le propriétaire du dessus, comme serait le preneur dans notre bail à construction, ne peut devenir propriétaire du sol par le

¹³ CE, 25 janvier 2006, n° 271523

¹⁴ *Compte rendu du comité fiscal de la Mission d'organisation administrative, du 30 juin 1999*

même mécanisme de l'accession. De fait, ici c'est le bailleur qui retire les meilleurs avantages du bail.

Ce mécanisme de l'accession, qui est de droit commun, n'est pas d'ordre public, il est donc admis une dérogation. En droit ne dit-on pas « *specialibus generalis derogat* », le spécial déroge au général ? Le code civil, d'où sont issus ces textes sur l'accession, est de droit commun, tandis que la règle posée par le législateur dans le Code de la construction et de l'habitation vient telle une exception à ce droit commun. Ainsi, le bail a construction a été conçu pour déroger aux règles générales. Ce en quoi, *l'article L251-1 du CCH* est lui même la dérogation absolue de l'accession, ce qui semble vouloir dire qu'il n'y ait nullement besoin que le bail lui même prévoit que le preneur a bail deviendra le propriétaire des constructions. C'est ainsi que par le mécanisme de l'accession différée, au terme du bail le propriétaire du sol, le bailleur, deviendra le propriétaire des constructions. Ainsi s'achèveront les droits qu'a pu avoir le preneur sur les constructions. Toutefois, à ce principe, le bail peut prévoir une exception. En effet, les parties entres-elles pourraient convenir qu'au terme du bail, le preneur resterait propriétaire de ses constructions, moyennant pour le bailleur une contrepartie pécuniaire ou sous forme de remise en nature en cours de bail. En ce dernier cas, une copropriété va se mettre en place entre désormais l'ex-bailleur et l'ex-preneur devenu propriétaire des constructions. Cette copropriété aura pour particularité d'avoir le sol pour partie privative (question qui sera plus longuement développée plus tard).

Dans le cas où il n'y ait pas abandon de ce mécanisme d'accession différée par le bailleur, alors celui-ci devient l'entier propriétaire des constructions en surface ou en sous-sol, selon ce que prédisposait le bail, édifiées par le preneur. Ce qui signifie que tous les droits du preneur ont également une durée limitée, ce qui peut être assez surprenant quand nous savons que par principe le droit de propriété est perpétuel. Cependant, comme l'a été dit plus tôt, le droit de propriété s'éteint en même temps que disparaît son assiette. De fait, la fin du bail peut être considérée comme la disparition des constructions du patrimoine du preneur à bail.

Se pose alors la question, peut-on avoir une propriété temporaire ? Cela ne peut pas être analysé tel un démembrement, puisque celui-ci suppose uniquement un transfert de jouissance du nu-propriétaire à l'usufruitier. Egalement, cela ne peut être un quasi-usufruit puisqu'il n'y a pas disparition matérielle de l'objet pour un rendu au nominal. Ici il y a le rendu de l'objet avec son accroissement, sa plus-value. Nous pourrions penser à une indivision, qui est instituée telle une situation temporaire/ intermédiaire avant de recouvrir l'entière propriété.

Dans ce cas, cela ne peut non plus fonctionner car l'indivision suppose que soit le droit de propriété d'un des indivisaires se reconstitue pleinement sur sa tête, soit tous les indivisaires perdent leur droit par la vente de l'objet assiette de l'indivision, c'est notamment le cas lors de la vente judiciaire. Le cas où est reconnu le droit de propriété temporaire est dans le cadre d'un droit de jouissance partagé, le « *Time-sharing* ». Le Time-Sharing se définit aujourd'hui comme une sorte de propriété collective, où chacun des propriétaires occupe durant une période déterminée l'immeuble qu'ils ont construit en commun, et ce moyennant un loyer. C'est une sorte de location saisonnière mais aux différents propriétaires de l'immeuble. Cette pratique presque abandonnée à cause des frais exorbitants qui peuvent en découler pour les différents propriétaires, a trouvé son régime juridique dans la société d'attribution de jouissance partagée. Cela entend clairement que cette situation est mise en place grâce à une société d'attribution.

Dans le cas du bail à construction, cette propriété temporaire est faite sur la base d'un bail, et non d'une société à laquelle bailleur et le preneur auraient pu s'associer.

Cette temporalité des droits semble vraiment trouver son caractère dans l'opportunité de la situation. Il n'était pas possible de demander aux propriétaires de céder la propriété de leur terrain, à une époque où celle-ci valait de l'or. Ce fut un moyen incitatif pour leur permettre de donner tout en gardant la main mise sur la valeur du terrain en fin de bail. La durée exceptionnelle de ce bail n'est pas non plus anodine. Les baux perpétuels étant interdits, il fallait prévoir un terme assez long afin également d'inciter les constructeurs à bien vouloir conclure ce type de bail. En effet, leur permettre une propriété temporaire certes, mais de longue durée, leur assure à eux une rentabilité par les revenus dégagés des constructions mises en vente, ou en location. Le caractère temporaire de la propriété semble vraiment être opportun à la situation de l'époque.

Pour autant, la temporalité des droits du preneur entraîne donc leur extinction en même temps que le bail prend fin, ce qui signifie que tous les droits dont il a pu bénéficier lui ou en faire bénéficier à d'autres, devraient par principe également s'éteindre.

B. LA TEMPORALITE DES DROITS CREES AU PROFIT DES TIERS

« *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait* », ainsi que le dispose l'article 1103 du Code civil. Le bail étant un simple contrat, produit ses effets entre le bailleur et le preneur. Tous deux conviennent que leurs droits sont, pour l'un, mise en sommeil durant le bail, et, pour l'autre sur-développés par rapport à sa simple qualité de « locataire » durant un certain temps. Au fond, cela signifie que passé ce temps, tout est rétabli : le propriétaire redevient propriétaire, ce qui réveille les droits jusqu'alors anesthésiés, le locataire perd sa qualité et sera un tiers à la propriété du preneur.

Cette situation n'est pas véritablement opposable aux tiers au bail. En effet, le preneur peut, durant la période d'existence du bail, passer tous les actes nécessaires, indispensables ou non, sur les constructions. Ainsi, comme le prévoit l'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation, il peut vendre son droit au bail ou l'apporter en société, il peut constituer des sûretés réelles sur les constructions ou encore faire des servitudes nécessaires à la pérennité des constructions, il peut également mettre en vente ou en location des constructions qui sont issus du bail.

En prenant cet élément et en ajoutant le caractère temporaire du droit de propriété du preneur, quel sera le sort des droits conférés aux tiers à l'extinction du bail entre preneur et bailleur ?

Par principe, selon l'article 1103 du Code civil, les tiers ne devraient pas souffrir du bail à construction passé entre bailleur et preneur. Cependant, ces tiers tiennent quant à eux leurs droits du preneur. Ces droits du preneur étant eux mêmes temporaires, par déduction, les droits des tiers sont également temporaires. Mais en réalité c'est l'article L251-6 du Code de la construction et de l'habitation qui vient régler le sort des droits consentis à des tiers par le preneur. En effet, l'article en son alinéa premier dispose : « *Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L.251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail sauf pour les contrats de bail de locaux d'habitation* ». Là nous pouvons clairement considérer que le législateur a voulu un retour dans le patrimoine du bailleur exempté de toutes charges pesant sur les constructions. Par principe donc, toutes les servitudes, hypothèques, baux et titres d'occupation s'éteignent. Par exception vont survivre les servitudes dites passives, ou indispensables, aux constructions et également les baux sur locaux à usage d'habitation. Pour cela, on retrouve l'esprit de l'acquisition par un tiers d'un immeuble loué. Lorsque le droit de

préemption du locataire a été purgé, le tiers cessionnaire devra, à quelques exceptions près, reprendre les locations et donc les locataires déjà présents dans l'immeuble lors de l'acquisition. Ici, finalement, le bail d'habitation consenti entre le locataire et le preneur survit et est opposable au bailleur qui récupère sa propriété. Cependant, cette disposition de l'article L251-6, mise en place par la loi ALUR de 2014, n'est pas d'ordre public de fait le preneur et le locataire peuvent tout à faire prévoir que les droits de ce derniers s'achèveront à l'extinction du bail à construction, ou encore le bailleur peut prévoir qu'il n'y aura pas de continuité de la convention de location. Bien entendu, ces considérations perdent tout leur effet s'il est prévu dans le bail que le preneur demeurera l'entier propriétaire des constructions à la fin du bail à construction.

Dans le cas d'une extinction anticipée du bail à construction pour cause de résiliation amiable ou judiciaire ou autre, alors il y aura survit des droits consentis par le preneur. En effet, c'est l'alinéa 3 du même article qui prévoit : *« Par ailleurs, si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au premier alinéa et inscrits, suivant le cas, avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail. »*

Pourquoi prévoir une telle disposition ? Lorsque le preneur a institué ces sûretés sur les constructions, cela était dans un esprit de garantie des crédits qu'il avait pu contracter. Les créanciers du preneur ont eux contracté en toute connaissance de cause du caractère temporaire des droits du preneur sur les constructions. Cependant, afin de ne pas les léser dans le cas d'une résiliation judiciaire ou amiable, il convenait de prévoir un mécanisme permettant de protéger leurs intérêts. De fait, le législateur a prévu que leurs droits survivraient en cas d'extinction anticipée du bail à construction. Finalement, cette survie est quant à elle opposable au bailleur, qui en récupérant les constructions en tant que propriétaire y subit le droit de suite des créanciers sur les constructions assiette de leur créance. Autrement dit, jusqu'à l'extinction de leur créance, les créanciers pourront se désintéresser sur les biens sortis du patrimoine du preneur, désormais devenus la propriété du bailleur.

Toutefois, se pose là un autre problème. Dans le cas où le créancier va faire jouer l'adjudication des biens hypothéqués, l'adjudicataire obtient automatiquement le droit de propriété du bien. Concrètement, il obtiendra la propriété de la superficie. Cette propriété se heurtera à la propriété du bailleur. On aura alors deux propriétaires sur le même bien, mais

tous deux avec des droits d'origines différentes, tout en gardant en tête que le sol sera de la propriété du bailleur. Ainsi, comment conjuguer le droit de propriété de l'adjudicataire et celui du bailleur sur le même bien ? La doctrine est mal aisée à tenter une solution, la jurisprudence n'a jamais eue à connaître de ce type de situation.

Ces deux droits sont issus de conventions différentes. Existe-t-il une hiérarchie entre les conventions ? A priori, cela n'est pas admis. Raisonner en terme de propriété et de sa protection fondamentale au titre de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ou de l'article 1^{er} du Protocole I de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, pour sa protection, n'y changera pas grand chose puisque malgré leur qualité différente et les origines, ces deux personnes (bailleur et adjudicataire) ont un réel droit de propriété.

Doit-on faire primer le principe de l'accession (qui comme nous le savons pertinemment n'est pas d'ordre public et donc peut tomber par simple preuve) en considérant que le propriétaire du sol est le propriétaire de la surface et des constructions ? Cela pourrait porterait préjudice aux créanciers qui n'auraient aucune sécurité en terme d'effectivité de leur créance lors de sa conclusion, cela n'aurait donc également aucun intérêt en terme d'économie du contrat, et plus généralement du bail même puisque par simple peur le preneur ne se verrait plus accorder de crédit à l'avenir. Raisonner également sur le principe de la publicité foncière, le premier publié « l'emporte », n'a rien d'avantageux puisque lors de l'accession à la propriété le bailleur a du passer par la publicité foncière pour y inscrire sa qualité de propriétaire sur les immeubles. L'adjudicataire quant à lui ne venant qu'en seconde publication, ses droits ne peuvent naître. C'est en réalité une question très complexe qui fait là cohabiter deux droits mais non plus à l'issue de la volonté des parties, plutôt par obligation.

Considérer qu'il peut y avoir une copropriété sur la surface n'est pas non plus adéquate au sens où on se retrouve davantage dans une situation d'indivision de droits de deux propriétaires sur un même bien. Il n'y aurait pas de partie privative, la partie commune pouvant quant à elle être considérée comme étant le sol. La seule possibilité d'extirpation de cette situation est peut être de la considérer comme une indivision qui se résoudrait par un partage judiciaire. Mais les dommages collatéraux en seront tout aussi importants, puisque l'un d'entre eux, malgré une indemnisation, sera privée de sa propriété. Celui qui indemnise pourra alors se retourner contre le preneur initial ou contre le créancier.

Cependant, toutes ces situations pourraient s'éviter dans le cas où le preneur et le bailleur considéreraient qu'in fine les constructions resteront dans le patrimoine du preneur et ainsi tous les droits consentis par le preneur perdureront sous une autre forme.

II – LA PERPETUITE DES DROITS CREES PAR LE BAIL A CONSTRUCTION

Par principe, les droits consentis aux tiers s'éteignent en même temps que les droits du preneur, ainsi à l'extinction du bail à construction. Cependant, à quelques exceptions d'origine légale près, il existe des moyens détournés d'éviter une telle situation. Ces moyens sont mis en place entre le preneur et le bailleur lors de la conclusion du bail à construction, il s'agit là d'un réaménagement du sort des constructions (A), mais ne prendront effet qu'au terme dudit bail. En conséquence de quoi, il faudra prévoir une organisation spécifique à la situation (B).

A. L'AMENAGEMENT DU SORT DES CONSTRUCTIONS EN FIN DE BAIL

Un bail à construction à l'envers fait partie du mode d'acquisition de la propriété, mais cette fois, par le preneur à bail et non le bailleur. Autrement dit, c'est une situation dans laquelle le preneur et le bailleur concluent dès l'origine la possibilité pour le preneur, à l'extinction du bail, de devenir propriétaire du sol des constructions. De fait, en devenant propriétaire du sol au nom du mécanisme de l'accession il demeurera propriétaire des constructions édifiées ou renouvelées en cours de bail. Mais, il est tout à fait possible également pour les parties de prévoir que le preneur aura une indemnité en fin de bail permettant une sorte d'indemnisation pour les constructions et améliorations faites.

Le mécanisme d'accession immobilière par le bailleur est une règle supplétive de volonté lorsque les parties n'ont pas mis en exergue leur liberté contractuelle quant au sort des constructions en fin de bail. En effet, les parties peuvent prévoir que les constructions échapperont au patrimoine du bailleur en restant dans celui du preneur. Dans ce cas, il s'agirait d'un régime de location-accession.

Cette possibilité semble totalement contradictoire avec l'esprit même du bail à construction, cependant, il faut bien comprendre que la qualification du bail ne change pas tant que l'obligation de construction et l'obligation d'entretien par le preneur, en plus d'autres hypothèses prévues par le bail, sont remplies.

Cette hypothèse de la location accession a même été prévue en l'article 25 (désormais abrogé) de la loi du 16 décembre 1964. Aujourd'hui elle est reprise à *l'article 151 quater du Code général des impôts*, qui fait application de l'article 26 de la loi de 1964. Autrement dit, cette possibilité est légalement reconnue. De fait, le législateur a donc fait en sorte que le mécanisme de l'accession différée du bailleur ne soit véritablement qu'une option en cas de silence de la convention.

Pour que cette situation puisse être possible, il faut que les parties l'aient prévue conventionnellement dès la conclusion du bail. Ainsi sera prévue une clause de préférence, ou encore une promesse unilatérale d'achat ou une promesse unilatérale de vente voire même un contrat de vente sous condition suspensive de paiement total du prix. De façon globale dès lors que la construction reste la prestation principale, le bail sera qualifié de bail à construction. La situation à terme ne relevant que de la liberté contractuelle des parties.

Tout autant de possibilités permettant de faire du preneur le plein propriétaire des constructions et du sol. En pratique, l'acquisition du sol se fera essentiellement par le versement d'un acompte qui est révisable de sorte qu'à la fin du contrat le prix du sol sera pleinement satisfait. Cet acompte prendra la forme du loyer qui est versé au bailleur par le preneur. Il ne s'agira en aucun cas d'un loyer complémentaire, mais bien du même loyer qui sera acquitté dans le but de l'acquisition du sol. C'est ainsi qu'on tombe dans la location-vente, ou la location accession. Une location qui a pour but in fine d'acquisition et donc la cession du bien loué.

C'est en ce sens que finalement l'article 151 quater du Code Général des Impôts intervient véritablement. En effet, cet article dispose en ses deux premiers alinéas : *« Lorsque le bail à construction prévu par les [articles L. 251-1 à L. 251-8](#) du code de la construction et de l'habitation est assorti d'une clause prévoyant le transfert de la propriété du terrain au preneur moyennant le versement d'un supplément de loyer, la plus-value dégagée à l'occasion de la cession du terrain est imposée dans les conditions prévues aux [articles 35, 150 U, 244 bis et 244 bis A](#).*

Pour l'application des dispositions de l'article 150 U, le montant de la plus-value nette est déterminé au moment de la signature du bail d'après la valeur du bien à cette date ; la durée de possession pris en compte pour l'établissement de la plus-value est la période comprise

entre la date d'acquisition du bien par le bailleur et la date de transfert de propriété en fin de bail ».

Cela signifie que l'avantage premier pour le bailleur de mettre en place un mécanisme de location-accession est l'exonération de la plus-value dégagée suivant la durée de détention du bien et la date de transfert de propriété. Autrement dit, c'est un avantage fiscal évident, notamment lorsqu'au final les constructions ont plus de trente ans où l'on a une exonération totale de la plus-value.

S'agissant du preneur, l'avantage de cette location-accession est pour lui l'étalement dans le temps du prix du foncier. Ce mécanisme permet également au preneur de rassurer les tiers dans les droits qu'il peut leur octroyer.

En effet, nous avons pu voir précédemment que les droits des tiers s'éteignaient, sauf dans certains cas précis et visés par la loi, au même instant que le bail à construction touche à son terme. Ce qui au final pourrait poser des difficultés quant à la prévoir la sécurisation juridique de la pérennité de leurs droits. Ainsi, par la location-accession il y aura la confusion de la qualité de preneur et de bailleur sur la tête du bailleur. Dans ce cas, pour les hypothèques ou servitudes ou tout autre droit à terme consenti, qui prenaient fin à la fin du bail, perdureront le temps nécessaire à la réalisation de son obligation par le preneur maintenant devenu propriétaire. En conséquence de quoi également, les baux consentis à des locataires (autres que les baux à locaux d'habitation) par le preneur pourront eux également être maintenus en ayant le preneur-bailleur en tant que bailleur-propriétaire désormais.

Ce qui par ailleurs répondrait efficacement à la question des cessions des locaux dont on ne saurait dire leur avenir à l'expiration du bail si devait être joué le mécanisme de l'accession différée au profit du bailleur initial. Ici, il n'y aurait plus de souci apparent quant à leur qualification, ni leur source, ni leur sécurité. Nous nous retrouverons alors dans une copropriété avec pour partie privative les lots vendus à des tiers et comme partie commune, entre le preneur désormais propriétaire et ces tiers, le sol ou autre emplacement considéré en tant que tel. Cette situation nouvelle appelle à une réorganisation nouvelle.

B. UNE PERDURATION A CONSEQUENCES

En mettant en place la location-accession, cela a pour conséquence de pérenniser les droits des tiers qui ont pu être créés au fil du bail. Ainsi, il y aura coexistence de plusieurs propriétaires différents sur un même bien. Ce qui a pour conséquence de mettre en place une copropriété entre les propriétaires existants.

A noter que cette copropriété aurait pu être mise en place au cours du bail entre le preneur et le tréfoncier (hypothèse développée au *Chapitre 2*).

S'agissant de cette copropriété avec des tiers au bail, et plus précisément des tiers accédants, il faudra établir les lots de chacun. C'est ainsi que vont prendre place les dispositions prévues par la loi du 10 juillet 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis. En effet, en application de l'article Premier de cette loi, qui a un caractère impératif, la copropriété s'applique à « *Tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes* ». Egalement, même en absence d'acte juridique prévoyant l'application du régime, la copropriété sera de mise dès lors qu'un immeuble sera composé d'au moins deux lots composés d'un droit privatif et de parties communes.

Effectivement, par l'acquisition de certains lots par des tiers accédants, et l'acquisition du sol par le preneur, qui par accession devient également propriétaire des autres lots non encore vendus, il y aura une copropriété entre ces protagonistes. Dans ce cas il faut obligatoirement faire application des dispositions du régime de la copropriété.

Ainsi, il convient de déterminer précisément les lots attachés aux droits de chacun. S'agissant des parties privatives, selon l'article 2 de la loi du 10 juillet 1965 ces parties se définissent comme « *Sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé. Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire* ». Cependant, il n'existe pas de réelle liste permettant de désigner chaque élément comme étant privatif ou non. Pour autant il existe une sorte de définition générale qui pose comme critère de l'usage exclusif de la partie pour la désigner en tant que privative. Cependant, ce critère fait suite à un aménagement contractuel entre les parties. A titre d'exemple, il peut être prévu que l'usage d'un jardin sera privatif, puisque ne pouvant y être accédé que par le lot privatif, mais pour autant il se détermine en tant que partie commune dans l'état descriptif de division.

La contenance des parties communes sera déterminée en fonction des quotes-parts que détiennent chacun des propriétaires sur leur partie privative. Globalement, sont considérées comme parties communes : le sol, les parcs et jardins, cours, voies d'accès, gros œuvres des bâtiments, éléments d'équipement communs (ascenseur, canalisation, antenne de télévision, etc.) ou encore les locaux de services communs (local poubelle, loge de concierge...) les passages et les corridors, ainsi que leurs accessoires. Cette liste non exhaustive se retrouve à l'**article 3, alinéa 2 de la Loi de 1965**.

C'est ainsi que sera mis en place l'état descriptif de division. C'est un document qui renseigne sur la consistance des lots de copropriété et qui sera destiné à la publicité foncière. Cependant, au sens de l'arrêt de la **Troisième Chambre civile du 8 juillet 1992**¹⁵, « *L'état descriptif de division dressé seulement pour les besoins de la publicité foncière, n'ayant pas de caractère contractuel ...* ». En pratique, ce document sera établi avant même la mise en copropriété afin de déterminer exactement les lots privatifs de chacun et les parties communes, ainsi que les fractions et tous les éléments nécessaires à leur identification, leur emplacement et autres. Autrement dit, dans le cadre du bail à construction avec à terme une location-vente, l'état descriptif de division interviendrait dès la signature d'un avant-contrat prévoyant la vente d'un premier lot à un tiers accédant, soit donc avant la mise en place de la copropriété.

A noter également qu'au titre de l'**article 71 du Décret du 14 octobre 1955**, l'état descriptif de division doit être dressé par acte authentique et sera ainsi obligatoirement publié. A partir de sa publication, le document deviendra opposable aux tiers.

L'état descriptif de division permettra au propriétaire du lot de passer tous les actes nécessaires sur son bien.

Dès lors que la copropriété sera véritablement établie, il faudra prévoir d'autres éléments indispensables à son fonctionnement, tels que le règlement de copropriété permettant entre autre de déterminer la destination de l'immeuble, le syndic de copropriété ou encore le syndicat de copropriété¹⁶.

Ainsi voyons nous la mise en place d'un système permettant au preneur de ne pas véritablement se trouver lésés à la fin du bail. En effet en acquérant la propriété du sol et en gardant celle des constructions nouvelles ou améliorées, il lui est permis de rentabiliser les dépenses engendrées dans le cadre des travaux et lorsque les emprunts (s'il en avait contracté)

¹⁵ Civ 3^{ème}, 8 juillet 1992, Bull. Civ III, n°241

¹⁶ Ce sont des thèmes qui seront définis plus précisément au cours du Chapitre 2.

ont été remboursés, cette situation lui permet de dégager un revenu notamment dans le cadre des loyers des biens mis en location.

Egalement, c'est un système confortatif en terme de droits aussi bien pour le preneur que pour les tiers accédants. Une chose est certaine c'est qu'une telle réorganisation permet aux accédants d'en ressortir biens lotis. Egalement pour le désormais ex bailleur, cette réorganisation a pour effet de lui éviter de subir des droits réels qui ont pu être consentis à des tiers durant le bail. Egalement, durant toute la durée du bail il a pu retirer un loyer et au terme de celui-ci les parties ont pu prévoir une sorte de prime d'acquisition du sol (en plus des loyers) pour le bailleur. Rappelons que la fixation de telle sorte de gratification est de l'ordre de la liberté contractuelle entre les parties du bail à construction.

Toutefois, l'administration fiscale n'est guère partisane à ce type de réaménagement, de réorganisation de la propriété au terme du bail à construction, et notamment la confusion de la qualité de preneur et bailleur sur la tête du preneur. En effet, en terme d'imposition le Conseil d'Etat a tendance à voir la location-accession plutôt comme une « *résiliation amiable du bail impliquant la remise des immeubles au bailleur* »¹⁷. Une fois les constructions remises à celui-ci, il est censé revendre le terrain et les constructions au preneur. En conséquence de quoi, il y aura une double imposition car on a une double mutation de propriété. Cependant, les jurisprudences récentes montrent une atténuation de cette frigidité à ce mécanisme d'accès à la propriété, en considérant que la taxation ne devrait intervenir que sur les compléments de loyers équivalents à la valeur des constructions faites et qui reviendraient au preneur au terme du bail¹⁸.

Finalement, le bail à construction peut être un moyen détourné d'accéder à la propriété plus facilement, aussi bien pour le preneur que pour les tiers bénéficiaires. Ce qui par ailleurs permet au bailleur de se décharger de la vétusté des constructions lors de leur entrée dans son patrimoine, notamment si elles ont plus de trente ans. Aussi attrayant que ce système puisse paraître sur le plan civiliste, il souffre néanmoins de l'instabilité au plan fiscal. Au nom du principe de l'autonomie du droit fiscal, l'administration fiscale vient parfois alourdir la procédure en prévoyant un procédé qui n'aura pas l'effet incitatif escompté par le législateur. Autrement dit, cette instabilité fiscale peut être un motif de retranchement des potentiels accédants à la propriété, mais également des preneurs à bail.

¹⁷ CE, 5 décembre 2005, req. n° 256916

¹⁸ CE, 11 avril 2008, req. n° 297961

Egalement, il s'avère possible de monter un régime de copropriété à partir d'un bail à construction. Cette possibilité s'entend de part une organisation conventionnelle entre les parties, mais également de par l'institution même du bail à construction qui de façon implicite sous-tend à cette copropriété.

CHAPITRE 2 – L’ORIGINE DE LA MISE EN COPROPRIÉTÉ PAR LE BAIL À CONSTRUCTION

Le bail à construction est un savant mélange de renouveau et d’incitation. Le législateur en instituant cette nouvelle forme de bail n’avait pas en tête uniquement l’idée de faciliter les constructions par un tiers à moindres coûts.

En étudiant de façon plus approfondie cette loi du 16 décembre 1964, il apparaît évident que le législateur a voulu faire une application plus discrète de la loi de 1938 régissant à l’époque le statut de la copropriété. La période demandait un renouveau en terme d’habitation, de nouvelles constructions et un accès plus facilité à la propriété. La copropriété quant à elle était, à la même époque, clairement en déclin quant à l’insuffisance des dispositions de la loi de 1938. C’est la raison pour laquelle celle-ci a été repensée par la loi du 10 juillet 1965, qui est toujours en vigueur.

L’idée sous-jacente du législateur était de faire une alliance entre ces deux régimes, sans pour autant affirmer explicitement l’institution d’une copropriété par le biais d’un bail à construction.

Le législateur a été davantage minutieux quant aux choix et l’emplacement des mots. Aucunement cela ne semble être hasardeux. En effet, sa principale innovation est le caractère du loyer, qui peut être en nature, ou en espèce. Ce paiement en nature ne demeure pas sans effet sur la poursuite du bail.

Egalement, a demi-mot, il semble avoir voulu laisser cours à la liberté contractuelle des parties, qui doit en principe compléter certaines lacunes de la loi. Cependant, il est de constat que cette liberté de principe reste influencée par la le législateur même.

Ici, tout semble avoir réellement été mis en œuvre pour assouvir la naissance d’une copropriété entre les parties preneuses à bail et le bailleur. Reste néanmoins qu’à cause, sans doute, de l’urgence de la situation de l’époque, plusieurs situations n’ont pas été préalablement prévues, ce qui a pu conduire à un nouveau déclin de ce montage d’une copropriété par le bail à construction.

SECTION 1 – L’ORIGINE LEGALE DE LA COPROPRIETE PAR LE BAIL A CONSTRUCTION

La copropriété d’origine légale dans le bail à construction se met en place par la nature du loyer payé. De fait, selon le choix des parties, il peut y avoir naissance ou non d’une copropriété. En ce sens il est important de déterminer dès la conclusion du bail les modalités de son paiement (§1). Suite à cela, dans le cas où les parties aient suivies la volonté législative, il faudra mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires prévues par la loi du 10 juillet 1965 sur l’encadrement de cette copropriété (§2).

§1. LA CARACTERISATION DU LOYER POUR UNE MISE EN COPROPRIETE

Dans tous les types de baux, le paiement du loyer fait partie d’une obligation du preneur. Dans le cadre du bail à construction, le loyer sera le fait générateur de la mise en copropriété (I). Cependant, se pose la question de savoir si ce fait générateur est une simple présomption mise en place par le législateur ou est réellement un principe qu’il a souhaité instituer (II).

I – Le fait générateur de la copropriété

Le loyer est un caractère essentiel à la caractérisation de tous les baux (A). Dans le cadre du bail à construction l’originalité quant à ce paiement se caractérise par le mode de paiement employé par le preneur, soit le paiement en nature qui équivaut à la remise d’une des constructions (B). Cette remise sera l’élément déclencheur de la copropriété.

A. LE PAIEMENT DU LOYER COMME UN ELEMENT ESSENTIEL DU BAIL

L'article 1728 du Code civil dispose : « *Le preneur est tenu de deux obligations principales : 1° (...), 2° De payer le prix du bail au terme convenu* ». Ainsi clairement, dans le droit commun des baux, le loyer fait partie d'une des obligations essentielles que le preneur a à accomplir. Le loyer fait partie d'un élément caractéristique du bail, à défaut il y aurait une requalification vers le contrat de prêt à usage, qui ne requière aucune contrepartie financière ou en nature, mais simplement une restitution de la chose prêtée. Contrairement à cela, le contrat louage, qui est régi par les articles 1713 et suivants du Code Civil, suppose une contrepartie à la chose délivrée. Cette contrepartie peut se faire sous forme de loyer en espèce, qui est en pratique le plus courant, et notamment dans le cadre de loyer pour locaux d'habitation, ou en nature voire parfois par équivalent.

Le paiement des loyers n'échappe pas au bail à construction. Cependant une partie de la doctrine a vu là l'occasion de déroger au principe commun du paiement de loyer de façon mensuelle voire annuelle, selon les modalités de la convention.

En effet, à constater que l'article L251-3 du Code de la construction de l'habitation qui pose l'exigence d'un loyer, ne prône pour autant pas le paiement d'un loyer substantiel. De fait, certains auteurs ont pu en conclure qu'un loyer dit à titre symbolique suffirait à garder la qualification du contrat de bail à construction. En ce sens, ils ont opté pour la remise de certaines constructions mais uniquement en fin de bail.

BOURGOIS, dans « *Etudes de cas sur l'utilisation du bail à construction* » estime que le bailleur se voit suffisamment rémunéré à la fin du bail par l'entrée des constructions en son patrimoine, à cela il serait superfétatoire d'y ajouter le paiement d'un loyer mensuel ou en nature durant l'existence du bail. La simple remise d'une construction à titre symbolique devrait suffire à caractériser sérieusement la contrepartie du bail. En ce sens, la Cour de cassation¹⁹ a également estimé que ce type de rémunération « *constitue une contrepartie sérieuse du bail à construction* ».

Ces deux mêmes positions peuvent avoir un réel fondement légitime en ce que le bailleur reçoit à la fois le loyer en cours de bail, en plus des constructions en fin de bail (dans le cas de l'accession différée) et à cela, seront ajoutés les loyers dégagés du fait de la mise en location de certains locaux. Finalement, le bailleur se trouve extrêmement bien indemnisé du fait de la

¹⁹ Civ 3^{ème}, 21 septembre 2011, n°10-21.920

privation de son droit de propriété durant la période d'existence du bail à construction. En contrepartie de cela, le preneur à bail, à l'extinction de celui-ci, perd tous les avantages et n'en retirera aucun loyer suite à la remise des constructions au bailleur. L'explication légitime de ce loyer symbolique est tenable.

Mais, ne dit-on pas que ce qui est légitime n'est pas forcément légal ? C'est en cela que d'un point de vue juridique, le symbolisme d'un prix ne peut être admis, selon l'autre partie de la doctrine. En effet, il y aurait là confusion entre le loyer et la contrepartie de jouissance d'un terrain et l'acquisition de la propriété par voie d'accession différée. En effet, la remise de constructions en fin de bail sera automatiquement faite dès lors que les parties ne leur ont pas prévu une autre issue, au sens de l'article L251-2 du Code de la construction et de l'habitation. De fait, analyser la remise de construction tel qu'un loyer symbolique n'est pas concordant puisqu'au final cela signifierait que la bail aurait été conclu sans prix ou pour vileté du prix, ce qui aura pour conséquence sa nullité (défaut d'un élément essentiel du contrat). Egalement, cela voudrait signifier que durant le bail il n'y aurait aucun versement de loyer donc ce qui pourrait conduire à une requalification de la nature de la convention. Et plus précisément, la remise de constructions, au sens de l'article L251-3 dudit Code, est totalement acceptée mais à condition que cela soit fait en cours d'exécution du bail à construction et non à son extinction.

Concrètement, cette possibilité de loyer symbolique ou de remise de construction en fin de bail ne peut tenir juridiquement puisqu'il y aurait manquement à un fondement même du bail, au versement de son loyer. La remise de constructions en fin de bail au profit du bailleur se confondrait totalement avec le principe de l'accession différée du bailleur à celle-ci à l'extinction du bail. Nous constatons la contradiction de cette analyse avec la loi du 16 décembre 1964.

Par ailleurs, permettre le versement d'un loyer substantiel c'est ce qui va permettre de distinguer le bail à construction du bail emphytéotique, qui prévoit la faculté (et non l'obligation !) de construire en contrepartie d'un faible loyer²⁰.

A contrario, le versement d'un loyer dérisoire ou vil sera passible d'une nullité relative, pour défaut à un élément essentiel du contrat – avant la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016, il y aurait eu nullité pour défaut de cause. Cependant cette réforme a supprimé la cause dans la formation du contrat. Laisse donc

²⁰ *En ce sens, Paris, 19 décembre 1989, JCP n°1990 II*

supposer que la nullité s'analyserait pour manquement à une obligation essentielle de l'exécution du contrat.

Afin d'éviter une contradiction légale, il peut être préférable de suivre la visée législative et notamment les prescriptions de l'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation, en ce que cet article prévoit les modalités de paiement du loyer.

B. L'ORIGINALITE DE CE BAIL : UN LOYER PAYABLE EN NATURE

C'est l'article **L251-3 du Code de la construction et de l'habitation** qui dispose en son premier et second alinéa :

« 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.

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 ».

Cet article prévoit ainsi un loyer payable en nature par la remise d'immeubles ou fractions d'immeubles ou un loyer payable en espèce. Dans le cas où les parties ont opté pour le paiement en espèce, l'article retombe sur le droit commun par l'institution d'une révision triennale du montant des loyers. Aujourd'hui, dans le cadre du bail d'habitation cette révision est subordonnée par un indice de prix qui prendra en considération différents éléments extérieurs, au sens de la Loi ALUR de 2014, afin de déterminer la réévaluation. Il est tout à fait possible pour les parties de déterminer une indexation en basant l'indice sur le montant du coût des travaux ou autre indice portant sur un autre objet du contrat ou de prévoir, comme pour la révision des loyers d'habitation, une réévaluation annuelle²¹.

Cette indexation n'aura lieu que si les parties ont opté pour le paiement d'un loyer périodique. Les parties peuvent également choisir un versement unique du loyer en cours de bail. Cet article n'étant pas d'ordre public, les parties sont libres de prévoir l'aménagement du prix des loyers. Ici, le législateur et a fortiori la jurisprudence a voulu mettre un panel d'idées à suivre pour l'indexation du prix. Ainsi, au même titre que la détermination de la valeur de base du loyer est libre, le choix d'indexation l'est également.

²¹ Civ 3^{ème}, 4 mars 1981, n°79-13.960

Dans le cas d'une contestation du prix des loyers, aux termes de l'article L251-5, alinéa 4 du CCH, le président du tribunal de grande instance sera compétent pour connaître du litige. Il statuera au sens du Décret du 30 septembre 1953 relatif aux rapports entre bailleur et locataires (article R251-3). Cette compétence est d'ordre public. La date de paiement est quant elle libre, elle doit être prévue par les parties, toutefois il est préférable qu'il intervienne en cours de bail pour des raisons de qualification du contrat de bail et éviter la vileté du prix. Egalement, puisque le paiement en fin de bail se confondrait à l'accession différée du bailleur.

En son premier alinéa, l'article pose également la possibilité pour les parties de prévoir le paiement en nature, soit donc par la remise d'immeuble ou fractions d'immeubles ou titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de ces immeubles. Cette remise ne peut être que partielle. De fait il s'agira d'une sorte de paiement hybride dont une partie pourra être acquittée en espèce et l'autre partie en nature. Ici il y va de la volonté contractuelle des parties.

Cette remise en nature, qu'elle soit partielle ou totale est un point au cœur de l'originalité de ce bail. En effet, dans le droit commun des baux, il est rare voire même quasi inexistant de retrouver la possibilité de payer un loyer par la remise d'un bien en nature. La jurisprudence admet même dans le cas du bail à construction, que le bien remis soit issu d'une autre opération que le preneur a bail mène parallèlement au travail sur le terrain du bailleur. En ce sens, l'arrêt de la *Troisième Chambre civile du 13 octobre 1999*²². Cette solution aurait pour effet d'éviter la conséquence immédiate du paiement en nature du loyer qui est donc l'institution d'une copropriété entre bailleur et preneur sur l'immeuble remis en cours de bail.

Ici, une explication est de mise. En prévoyant la remise au bailleur d'immeuble ou fractions d'immeuble, donc par voie directe, ou de titres ayant vocation à la propriété ou la jouissance, soit donc par voie sociétaire, nous arrivons obligatoirement à un transfert de propriété.

En effet, il faut se remémorer que dès lors où le bail est conclu entre le bailleur et le preneur, ce dernier devient automatiquement propriétaire de toutes les constructions qu'il a pu édifier ou rénover durant le bail. Ainsi, en tant qu'entier propriétaire il peut aliéner à titre onéreux ou gratuit ses droits sur les immeubles, au titre de son droit réel immobilier. En effectuant une remise au bailleur que ce soit un immeuble entier ou de fractions d'immeubles, il transfert

²² Civ 3^{ème}, 13 oct. 1999, n°97-15.994

également la propriété ainsi que les risques sur la chose. Le bailleur devenant alors entier propriétaire du bien remis. En conséquence de quoi, le preneur restera propriétaire des autres immeubles construits ou rénovés et le bailleur lui le sera sur celui qui a été remis. Ainsi, sur une même assiette on aura deux propriétaires différents, dont les droits seront répartis suivant l'attribution de lots qui aura été déterminé en amont dans le bail même, ce qui au final donnera une copropriété au sens de l'article Premier de la loi du 10 juillet 1965. Plus précisément, il y aura le transfert d'une partie des droits réels immobilier du preneur sur les constructions en faveur du bailleur.

Cette remise pourrait s'analyser comme une fin anticipée du caractère différé de l'accession. Bien que la remise ne puisse porter que sur une partie de l'immeuble et l'autre restant à la seule propriété du preneur, ce qui aura pour conséquence de créer une copropriété entre eux deux, celle-ci viendra en anticipation à l'entrée finale de cette partie des constructions dans le patrimoine du bailleur. Cela ne pose pas de problème en ce que c'est directement prévu par voie législative. Autrement, cette situation n'aurait-elle pas entraînée une rupture anticipée de l'accession différée du bailleur à cette partie de l'immeuble remis ? Il y aurait ici une réunion importante de pouvoirs entre les mains du bailleur seul. En conséquence de quoi cette anticipation à l'accession aurait le même effet sur les autres constructions et ainsi mettrait fin par anticipation au bail à construction même, ce qui aurait pour effet de déclencher la fiscalité qui y est attachée ? Autrement dit, peut-on mettre fin de façon anticipée à l'accession différée pour une seule partie de l'immeuble ?

C'est peut-être pour éviter ce type de question que le législateur a prévu textuellement la situation.

Toutefois, par ce transfert de propriété, ici on aura une copropriété assez originale puisque le bailleur, propriétaire du tréfonds et donc du sol, a, avant remise du bâtiment, la propriété pleine et entière de la partie constituant la partie commune du lot, au sens de l'**article 3, alinéa 2 de la Loi de 1965**. Ainsi, le preneur quant à lui dispose uniquement que de parties privatives, que représente son droit réel immobilier. Le preneur transfèrera ainsi une partie de son droit réel immobilier et le bailleur aura alors à la fois la titularité de tantièmes de ce droit réel immobilier et la propriété du tréfonds. Cette perplexité a fait couler beaucoup d'encre et a eu des débuts jurisprudentiels peu glorieux²³.

²³ Cf: §2 – *La matérialisation de la mise en copropriété, I, B*

Cependant, en se penchant davantage sur l'article L251-5 CCH, nous pourrions douter du hasard de sa construction. Le législateur n'a vraisemblablement pas voulu laisser aux parties un véritable choix quant à la caractérisation de la nature du paiement du loyer.

II – UN PRINCIPE OU UNE OPTION ?

Il s'agit ici d'analyser la réelle volonté du législateur par l'institution de l'article L251-5 du Code de la construction et de l'habitation, et plus précisément quant au caractère du paiement en nature. En effet, par la construction de l'article le législateur semble réellement vouloir mettre en place une copropriété tout en laissant aux parties la liberté de la choisir (A). En optant pour l'application législative cela aura pour conséquence d'appliquer le régime de la copropriété prévue par la loi du 10 juillet 1965 (B).

A. APPLICATION DE LA LOI OU DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE ?

Il convient de reprendre les deux premiers alinéas de l'**article L251-5 du Code de la construction et de l'habitation** afin de permettre une analyse du choix des mots du législateur. Ainsi, cet article dispose en ses deux premiers alinéas :

« 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.

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 ».

Sur la structure même de l'article, on voit que dans le premier alinéa, celui qui généralement pose le principe, institue le paiement en nature. Ce n'est qu'au second alinéa, qui est généralement la place du choix subsidiaire ou de l'exception, qu'est émise l'hypothèse du paiement en espèce. A première vue, il s'agit déjà d'un emplacement de choix de suggérer le paiement en nature.

S'agissant du choix des termes employés, nous remarquons qu'en lisant le premier alinéa de manière isolée, le législateur emploie le verbe pouvoir, « *peut consister* ». De prime abord, ce verbe semble laisser place à un choix aux parties. Cependant, ce terme « *peut* » pourrait également se rapporter au choix quant au mode de remise du paiement en nature, il peut s'agir d'immeubles, de fractions d'immeuble ou de titres. Ainsi, cela ne se rapporterait pas façon évidente à la liberté contractuelle des parties de choisir le paiement en nature, mais plutôt à la liberté contractuelle des parties de choisir l'exacte consistance du paiement en nature.

En lisant les deux aliéna de façon combinées l'on peut comprendre que le terme « *peut* » pose un choix aux parties d'opter entre le paiement en nature, ou le paiement en espèce. Cependant, l'introduction de ce second alinéa par les mots « *S'il* », laisse également libre court à une interprétation. En effet, utiliser cette conjonction, ou tout du moins sa contraction, n'est pas anodine. « *Si* » pose le plus souvent une hypothèse, un événement dont la réalisation n'est pas certaine. Ici, dans le cadre de cet article, cette conjonction tend à une possibilité qui s'avère subsidiaire pour les parties.

Ce que l'on peut retirer de cette brève analyse c'est que le législateur n'a pas rédigé ce texte au hasard. Il a sans aucun doute, dès l'origine de la loi, voulu instituer une copropriété, en cours d'exécution du bail. Cependant, pour ne pas cloisonner les parties dans une telle situation, il était préférable de leur donner le choix. Peut être qu'en 1964, année du bail à construction, la copropriété faisait encore peur du fait de son manque d'encadrement juridique. Aujourd'hui, ou tout du moins depuis la loi du 10 juillet 1965, poser l'option de la copropriété sans passer par un sous-entendu serait accueillie plus favorablement.

Quoiqu'il en soit, il faut noter que de par cette rédaction et le choix des mots employés nous pourrions nous demander si les parties ont une vraie liberté contractuelle ou seraient-elles davantage attirées par les prédispositions législatives ? L'idée de la copropriété est palpable, puisqu'elle peut être instituée par une remise totale des immeubles ou fractions d'immeubles, voire par une remise partielle, qui serait complétée par un loyer en espèce. A bien s'y pencher, uniquement dans le premier alinéa, il y a plusieurs façons d'arriver à une copropriété : directement ou indirectement par voie sociétaire.

Ce qui est certain c'est qu'à travers cet article et cette construction, le législateur a voulu faire passer un message fort aux parties. Son idée était telle qu'il fallait donner un souffle nouveau aux constructions et à la copropriété. Le bail à construction n'étant qu'un moyen d'y parvenir.

Désormais, en optant pour le paiement en nature les parties s'exposent à une mise en copropriété, ce qui implique également la mise en place du régime qui s'y rapporte. Autrement dit, l'option du paiement par remise d'immeuble ou de fractions d'immeubles implique l'imbrication de la loi du 10 juillet 1965 au régime de la loi du 16 décembre 1964.

B. L'inéluctable application de la loi du 10 juillet 1965

Ainsi le paiement en nature amène à constitution d'une copropriété, régie par la loi du 10 juillet 1965. Cette loi met en place de nombreuses obligations aux fins d'encadrement de la situation des copropriétaires.

Comme nous avons pu le voir précédemment l'article 1^{er} de la loi vient définir ce qu'est la copropriété et son champ d'application. A côté de cela, dès connaissance et avant même la mise en place de la copropriété doit être établi un état descriptif de division afin d'organiser la répartition et connaître la consistance des parties communes et des parties privatives des parties, ainsi que leur dénomination et leur emplacement.

Egalement, il va falloir organiser la vie collective des copropriétaires. A cette fin, sera mis en place le règlement de copropriété, qui est prévu à l'article 8 de la loi de 1965. Vont adhérer à ce règlement toutes les personnes ayant vocation à devenir propriétaire de lot privatif sur un bien soumis au statut de la copropriété. Dans le cas du bail à construction, la relation bailleur preneur sera également soumise à ce règlement, qui a force obligatoire du fait de sa nature à la fois règlementaire²⁴ et conventionnelle entre les parties. Autrement dit, ce règlement s'imposera à la fois aux propriétaires mais également aux locataires des lots privatifs loués par les propriétaires. A titre d'exemple, ce règlement donnera la destination de l'immeuble, si celui-ci est de nature bourgeoise (ce qui peut par exemple interdire l'exercice de certaines activités au sein de la copropriété), il déterminera si l'immeuble est uniquement à usage d'habitation ou peut être mixte (commercial et habitation), si les parties peuvent être modifiées avec ou sans accord de la copropriété et plus exactement s'il faut passer par le syndicat de copropriété. Egalement, ce règlement déterminera l'obligation posée à l'article 10, alinéa 3 de la loi, à savoir le règlement des charges de copropriété.

²⁴ Civ 3^{ème}, 8 juin 2006, « les cabanes juives »

A ce titre, dans le cas du bail à construction, il peut être admis que les loyers qui peuvent être versés, notamment dans le cas d'un paiement hybride (en nature et en espèce), soient considérés comme des charges de la copropriété entre le bailleur et le preneur à bail. Ces charges serviront au fonctionnement de la copropriété et aux rénovations que doivent être faites à titre d'exemple dans les parties communes.

A cela, sera ajouté un organe décisionnel qu'est le syndicat des copropriétaires. Au sens de l'article 14 de la loi, il s'agit d'un groupement formé par la collectivité des copropriétaires. Sa naissance est subordonnée à la cession du premier lot. Autrement dit, ce syndicat ne sera constitué que lorsque la copropriété sera instituée. Au fur et à mesure de l'aliénation des autres lots les autres copropriétaires s'y retrouveront également.

S'agissant du bailleur et du preneur à bail à construction, le syndicat de copropriété va se former dès la remise d'un bâtiment au titre du paiement du loyer. C'est à ce moment que va naître la copropriété. Dans ce cas, tous deux formeront le syndicat de copropriétaires. Ce syndicat a une personnalité morale. Son rôle est essentiellement la prise de décision dans le cadre de la vie en collectivité, la propriété collective. Il va par ailleurs être le créancier du recouvrement des charges de copropriété et débiteur des paiements des prestations effectuées par des tiers. Le syndicat aura le plus souvent le rôle de gestion et d'administration, entretien des immeubles. A ce titre, au nom des parties communes, le syndicat de copropriété peut exercer des actions en justice, pour les parties privatives il en va du libre arbitre de leur propriétaire. Ces actions en justice sont généralement de trois ordres d'intervention : la sauvegarde (juridique ou matérielle) des droits afférents à l'immeuble (article 15, alinéa 1), le respect du règlement de copropriété (les copropriétaires peuvent également le faire à titre individuel), enfin sur la bonne administration des parties communes (exercer toutes les actions pour le paiement des charges communes, par exemple). Ses pouvoirs sont en réalité très étendus.

L'organe exécutif à cet organe fonctionnel, sera le syndic de copropriété. Au titre de l'article 28 du décret du 17 mars 1967, est la personne physique ou morale sur laquelle l'administration même de la collectivité repose. L'article 29 du décret prévoit les conditions de sa rémunération, en ce que cette personne exerce une véritable profession exécutive au sein de la copropriété, et, en cela, il n'agit pas uniquement dans le but du respect des décisions prises par le syndicat. A titre d'exemple, l'arrêt de la **Troisième chambre civile du 26 avril 2006** a jugé que le syndic doit mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des personnes au service de la copropriété. En tant que mandataire, il reste révocable à la majorité, au sens de l'article 25 de la loi.

Ainsi finalement, nous pourrions comprendre pourquoi le législateur veut éviter le terme de « copropriété » directement dans l'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation, et préfère passer par un mécanisme plus sous-jacent pour l'instituer. En effet, au vu de ce bref aperçu des éléments principaux de la mise en place de la copropriété, au sens de la loi de 1965, il apparaît évident que sa création et son administration peuvent être davantage contraignantes en pratique. En effet, bien que le règlement de copropriété soit un acte unilatéral mis en place par l'instigateur de la copropriété, à savoir dans notre cas le preneur à bail, il faut instituer une entente entre le bailleur et lui-même en ce que cet acte reste quand même une convention qui peut être modifiée avec l'accord des parties. Cette modification s'inscrivant à l'ordre du jour de l'assemblée des copropriétaires, doit être actée par le syndicat de copropriété. Ce syndicat serait lui même, dans le cas le plus marginal d'une mise en copropriété uniquement entre le bailleur et le preneur avant même la commercialisation des autres lots, constitué de deux personnes. Ce qui finalement revient à la question de la majorité et de l'entente entre ces deux protagonistes. A côté de cela, il s'agit d'un coût financier également que d'instituer une copropriété au sens où cela engendre des charges de copropriété, aussi bien pour bailleur en tant que copropriétaire et le preneur à bail en la même qualité. Ces charges sont eux mêmes recouverts par un syndic qui généralement est un tiers investis de cette mission et qui dans la majorité des cas exerce à titre exclusif au sein d'une copropriété, ce qui donc amène à sa rémunération (à défaut d'être un copropriétaire qui exerce cette fonction bénévolement). Il reste toutefois la possibilité de décentraliser cette fonction au sein de sociétés prévues à cette effet d'agir en tant que syndic et instituer le syndicat de copropriété, mais il reste néanmoins le coût de la charge financière.

Bien qu'à bien des égards la copropriété puisse paraître comme une situation louable, elle peut également avoir un revers de contraintes évident. Dans le cadre de la relation entre bailleur et preneur, la mise en copropriété par le bail à construction peut entraîner des originalités et difficultés autres au niveau de sa matérialisation.

§2. LA MATERIALIZATION DE LA MISE EN COPROPRIETE

La mise en copropriété dans le cadre du bail à construction peut, à première vue, ne pas avoir d'originalité, au sens où sa répartition se fait classiquement entre le bailleur et le preneur comme entre tous les copropriétaires (I). Cependant, dans le cadre de ce bail, cette répartition des lots peut avoir son effet original dès lors qu'il procède d'une indivision (II).

I – La division classique des lots entre copropriétaires

La classique division des lots s'entend de la répartition des lots en fonction des quotes-parts respectives de chacun des copropriétaires (A). Cependant, dans cette détermination, la doctrine et la jurisprudence ont eu des difficultés à s'entendre quant à la qualification du sol (B).

A. LA DETERMINATION DES QUOTES-PARTS DE PARTIES COMMUNES ATTACHEES AUX PARTIES PRIVATIVES

Ce sont les articles 2 à 7 de la loi du 10 juillet 1965 qui règlent la question de la répartition des lots entre parties communes et parties privatives.

La consistance de la partie privative de chacun des copropriétaires laisse planer une certaine perplexité. En effet, certains auteurs ont considéré qu'il n'y aurait pas de séparation entre parties privatives et parties communes dans l'immeuble. Celui-ci serait entièrement commun, et les seules parties privatives seraient le volume d'air, mur, cloisons englobant l'espace de vie privatif de chacun des copropriétaires. C'est une vision moniste de la copropriété, qui se rapprocherait davantage de la réalité de la situation de chacun des propriétaires. Pourtant cette vision aurait du mal à être acceptée puisque cela signifierait que chacune des personnes accédant à la propriété dans un immeuble soumis à une copropriété ne serait propriétaire que d'un volume d'air. Contrairement à cela, la loi prévoit une vision dualiste, en mettant en place cette dichotomie entre parties privatives et parties communes. Cette vision ci se retrouve aux articles 2 et 3 de la loi de 1965.

Il s'agit là de comprendre la détermination des parties communes en fonction des parties privatives. C'est ***l'article 5 de la loi de 1965*** qui prévoit la consistance des parties communes en disposant : « *Dans le silence ou la contradiction des titres, la quote-part des parties communes afférente à chaque lot est proportionnelle à la valeur relative de chaque partie privative par rapport à l'ensemble des valeurs desdites parties, telles que ces valeurs*

résultent lors de l'établissement de la copropriété, de la consistance, de la superficie et de la situation des lots, sans égard à leur utilisation ». Afin de déterminer la consistance des parties communes, il faut prendre en considération certains éléments de pondération des parties privatives, tels que la consistance et la situation du lot. S'agissant de la consistance ce sont les éléments relatifs à la nature du lot, la qualité des constructions, les éléments de confort, la dimension et la hauteur des pièces, etc. A tous ces éléments seront attribués un certain coefficient d'aménagement ou d'étage. Ces coefficients serviront au calcul de la quote-part (ce qui aurait également pour effet de déterminer le montant des charges de chaque copropriétaire). Cette grille de pondération mise en place, il faut appliquer un ratio en millièmes aux lots afin de déterminer la part de chacun des copropriétaires sur les parties communes. Ainsi, les lots de parties communes seront divisés en millièmes ou tantièmes de quotes-parts des parties privatives, permettant également de déterminer le nombre de voix dont disposent chacun des copropriétaires aux assemblées (article 22, alinéa 2 de la loi).

La particularité des parties communes est qu'elles se trouvent toutes dans une indivision. En effet, l'article 4 de la loi dispose « *Les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement* ».

Là se pose une véritable fracture avec le droit commun s'agissant de cette indivision. Tel que le dispose **l'article 815 du Code civil**, « *Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et partage peut être toujours provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention* ». Concrètement, l'indivision est une situation temporaire, transitoire, qui ne peut être amenée à durer dans le temps. A la fin de cette indivision un des indivisaires obtiendra la propriété pleine et entière du bien assiette de l'indivision, ou aucun des indivisaires n'en aura la propriété, mais un rachat de leurs droits indivis. La propriété aura été transférée à autrui.

Cependant, dans le cadre de la copropriété, la loi impose cette indivision sur les parties communes. Cette situation ne peut être résolue par un partage puisque cette indivision sur les parties communes est le corollaire de la propriété exclusive sur chacune des parties privatives. Ainsi donc, même en cas de cession du lot privatif, l'indivision de la partie commune sera maintenue et le cessionnaire ne pourra que s'y incorporer en tant que nouvel indivisaire. Autrement dit, dans le cadre de la copropriété il y a une indivision forcée sur les parties communes entre tous les copropriétaires.

C'est l'article 3 de la loi de 1965 qui détermine quels endroits de la copropriété peuvent être considérés comme parties communes, et « dans le silence ou la contradiction des titres ». A titre d'exemple, seront réputés parties communes à titre principal : « le sol, les cours, les parcs et jardins..., les locaux de services communs, les passages et corridors », et à titre accessoire aux parties communes : « *le droit de mitoyenneté afférent aux parties communes, le droit d'édifier des bâtiments nouveaux dans des cours, parcs ou jardins constituant des parties communes, ...* ». Ainsi ces parties appartiendront de manière indivise à tous les copropriétaires qui pourront en jouir de manière commune. Pourtant, dans certains cas, un copropriétaire peut être titulaire d'une jouissance exclusive sur une partie commune, tel est le cas par exemple d'un jardin considéré comme partie commune, mais dont l'accès ne peut se faire que par un lot privatif, ou encore un balcon avec la même idée. Dans ce cas, toute modification apportée par le propriétaire exclusif du lot sur cette partie doit être soumise à l'agrément de la collectivité des copropriétaires.

Cette situation peut poser problème dans le cadre de copropriété dite horizontale, qui est un cas qui se rapproche assez de la particularité du bail à construction. En effet, le preneur en tant que propriétaire de la surface se trouvant au dessus du tréfonds n'a en réalité qu'une jouissance sur le sol, car il est uniquement propriétaire des constructions. Pour autant cela reste une copropriété puisque l'assiette foncière n'est pas divisée en lot.

Dans le cas du bail à construction une difficulté est apparue de par le paiement du loyer en nature qui a pour conséquence de créer une copropriété entre bailleur et preneur. La situation est telle que le bailleur est le propriétaire du sol, alors que le preneur celui des constructions. En affectant un immeuble ou une fraction de l'immeuble au titre de loyer, alors celui-ci devient une copropriété. Cependant, le sol restera de la propriété exclusive du bailleur. Au sens de l'article 3 de la loi de 1965, le sol doit être considéré comme une partie commune de la copropriété. La situation pratico-technique est contradictoire à la règle législative. Cela a donné lieu à un véritable débat entre jurisprudence et doctrine.

B. LE SOL COMME PARTIE COMMUNE : SIMPLE PRESOMPTION OU REGLE IMPERATIVE ?

Tout l'enjeu de cette question tourne autour de l'article 3 de la loi de 1965 et de l'interprétation qu'en est faite par la doctrine et la jurisprudence, et notamment son caractère d'ordre public ou simplement supplétive.

Cette étude débute par un arrêt de ***la Première Chambre de la Cour d'Appel de PAU, en date du 22 janvier 1992***, « *Syndicat des copropriétaires de la résidence Sunset c. SARL Hôtel Sunset Carlina et a.* ». En l'espèce, la question est de savoir si le bail à construction pouvait être compatible avec le statut de la copropriété. La cour d'appel répond expressément non, puisque selon sa décision « *on voit mal comment un bail à construction comportant un droit de propriété démembré pour le bailleur et un droit de superficie pour le preneur serait compatible avec le régime de la copropriété alors que la construction et le terrain sont indivis entre tous les copropriétaires* ». Ici, ce qui dérange la cour d'appel ce n'est pas tant l'instauration d'une copropriété, mais plutôt comment construire une copropriété alors que le sol serait considérée comme une partie privative et non comme une partie commune comme le voudrait l'article 3 de la loi de 1965. Pour la cour, il faudrait nécessairement une indivision du sol entre les copropriétaires, et donc qu'il soit partie commune, pour que soit instaurée une copropriété. A défaut, le bail à construction ne peut pas mettre en place la copropriété par le paiement en nature du loyer. Cette décision de la cour d'appel de 1992 vient confirmer celle de la cour d'appel de Bayonne de 1990, qui elle aussi ne pouvait concevoir l'existence d'une copropriété à partir du bail à construction.

L'analyse de cette décision tend à dire que pour la cour, le bail à construction n'instaure qu'un démembrement de propriété entre le bailleur et le preneur. Le preneur n'aurait qu'un droit réel de superficie. Cependant, cette analyse ne fait pas obstacle à l'instauration d'une copropriété, ainsi que le relève la doctrine. Cette jurisprudence a connu de vives critiques des auteurs, et notamment SAINT-ALARY.

Ce sont les auteurs B. STEMMER et B. TERRIER-LAVIROTTE qui viennent contredire cette vision de la cour d'appel en faisant des considérations autres. La cour, en considérant le sol comme nécessairement indivis, ne fait qu'une stricte application de l'article 3 de la loi de 1965. Cependant, la rédaction de cet article vient clairement disposer qu'il n'en sera fait application qu'à défaut de convention contraire. De fait, il va de soi que cet article n'est pas

une règle impérative d'ordre public, et ainsi il peut y être dérogé. Autrement dit, en ne considérant pas cet article comme étant d'ordre public, mais uniquement comme une simple présomption, alors il peut être clairement possible de considérer le sol comme relevant d'une partie exclusive et non commune à la copropriété. Ainsi, il peut donc exister une copropriété sans qu'il y ait une indivision sur le sol. Le conseil à soumettre est de prévoir expressément dans l'état descriptif de division entre bailleur et preneur, dans un premier temps, puis dans un second temps dans le règlement de copropriété l'affectation du sol en tant que partie privative et non commune. A défaut, au titre de l'article 3 de la loi de 1965, le sol sera considéré comme partie commune.

L'originalité de cette copropriété par le bail à construction c'est qu'au final le bailleur aura la propriété pleine et entière de tréfonds, ainsi que des tantièmes de propriété du droit réel du preneur, en ce qu'il lui aura transmis une fraction ou l'immeuble construit au titre du loyer. Il apparaît alors évident que le bailleur ne sera guère lésé dans ce type de montage. Pour autant la situation peut se complexifier dès lors que le preneur accède lui-même à une part de la propriété du sol.

II – L'ORIGINALITE D'UNE DIVISION DES LOTS A PARTIR D'UNE INDIVISION

Dans le cadre du bail à construction, la mise en copropriété peut avoir des effets inextricables dès lors que les parties ont procédé à des montages originaux durant le bail. C'est notamment le cas lorsque sol devient une propriété indivise entre le preneur et le bailleur (A). En conséquence de quoi, la mise en copropriété pourrait peut-être faire naître une confusion des droits en sa faveur (B).

A. LA CESSION DE QUOTE-PART DU TERRAIN AU PROFIT DU PRENEUR

La situation précédemment expliquée ne pose véritablement pas de difficultés pratiques, à condition que soit bien précisé dans le bail que le sol sera une partie privative du bailleur.

Toutefois, durant l'existence de cette copropriété, les parties peuvent convenir d'une cession d'une partie de ce sol, et plus précisément des millièmes de ce terrain assiette de la copropriété, au profit du preneur à bail. En conséquence de quoi s'instaure alors une indivision entre bailleur et preneur sur l'assiette physique de cette copropriété.

Généralement cette cession intervient obligatoirement dans le cadre d'une vente à terme ou une vente en l'état futur d'achèvement des constructions édifiées sur le terrain (L261-10 CCH). Un contrat de promotion immobilière (L222-1 CCH) pourrait également être conclu en ce qu'il ne distingue pas qu'il y ait ou non cession d'une fraction divise ou indivise du terrain, aux termes de l'article L222, alinéa 3 du CCH. Son application sera facilitée par l'acquisition d'une société du terrain où doivent se bâtir les locaux.

Ces textes ne devant être appliqués que dans le cadre d'une vente de locaux d'habitation.

Afin d'appliquer le régime de L261-10 CCH il faut trois conditions : un engagement d'édifier l'immeuble à usage d'habitation, des versements ou dépôts de fonds antérieurs à l'achèvement et un contrat prévoyant le transfert de propriété. S'agissant du bail à construction l'obligation d'édifier l'immeuble et dès lors remplie, le versement de dépôt de fonds va se faire grâce à l'obtention de crédit, mais pour la dernière condition cela implique que le preneur à bail ait la propriété du sol pour qu'il puisse transférer ses droits aux tiers acquéreurs dans le cadre de la vente à terme ou en état futur d'achèvement. De fait, pour le preneur il s'agit d'obtenir avant même la commercialisation la propriété du sol qui soumettra à la vente. Ainsi, cela implique à ce que le bailleur lui cède des quotes-parts de ce sol, plus précisément des millièmes qui formeront avec les constructions le lot à transférer. A défaut, le contrat pourrait être nul mais surtout le bailleur, sauf convention contraire, se retrouverait plein propriétaire des biens construits sur le sol par le mécanisme de l'accession. Ce qui poserait problème en ce que ce n'est pas le but recherché.

Dans le cas de cette cession de fractions divises ce qui posera sérieusement difficultés est la contrepartie de remise de locaux. Dans ce cas, il y a obligation de rendre le cédant, le bailleur, propriétaire de certains locaux. Cette cession de millièmes du sol aura ainsi donc pour effet, comme dans le cadre de L261-10 CCH, de créer une indivision entre les parties sur la propriété du sol. De fait, par le mécanisme de l'accession les co-indivisaires du sol deviennent également Co indivisaires des constructions. Ce qui est contraire à l'idée de départ au sens où les parties souhaiteraient instituer une copropriété.

En pareil cas il est opportun de conclure un état descriptif de division avant même la cession afin de procéder à la division de l'immeuble en lot. En ce cas, les parties deviendraient copropriétaires au moment de la cession de fractions indivises et non co-indivisaires. Cet état descriptif devra être joint à l'acte de cession des millièmes du terrain afin d'individualiser les lots au moment de l'achèvement des travaux. Toutefois, cette situation implique qu'à

l'extinction du bail à construction, sauf convention contraire, le bailleur se retrouvera propriétaire de certains lots bâtis, mais démuné de millièmes de son sol qui auront été cédés au preneur durant l'exécution du bail. C'est en cela qu'il paraît important de conclure conventionnellement la continuité de cette copropriété après même extinction du bail. Autrement dit, prévoir que le preneur restera propriétaire des constructions édifiées et des millièmes du sol, et que le bailleur sera propriétaire du bâtiment qui lui aura été affecté au titre de loyer ainsi que le sol.

Se pose alors une autre question, dans le cas où le preneur souhaiterait démembrement les droits qu'il a acquis sur le sol du fait de cette cession indivise dans le cadre de la copropriété. Comment résoudre la cohabitation des droits du bailleur copropriétaire, du preneur nu-propriétaire également copropriétaire et d'un usufruitier tiers ? Est-ce la situation démembrée ou la situation de copropriété qui doit primer ?

En amont à cela, s'il est convenu que les protagonistes (bailleur et preneur) se retrouvent dans une situation de copropriété pour le sol, au termes de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1965, ce démembrement doit être convenu suite à une décision d'assemblée générale des copropriétaires car ce sol reste également l'assiette physique de la copropriété sur les immeubles bâtis. En pareil cas, il conviendrait que les prises de décision sur cette partie démembrée devraient appartenir uniquement au nu-propriétaire, preneur copropriétaire. Etant donné que le sol se retrouve dans une situation de copropriété, il doit y avoir un règlement de copropriété dans lequel le bailleur et le preneur devraient prévoir ce type de conflit. Ainsi, il faudrait faire prévaloir la situation de copropriété plutôt que celle de démembrement. Ce qui peut paraître logique au sens où la copropriété pourrait avoir vocation à perdurer même après l'extinction du bail à construction, tandis que le démembrement de propriété ne saurait être perpétuel.

Cependant, la solution la plus sûre dans le cadre de ce montage complexe serait peut être de constituer une société d'attribution entre eux deux, pour faciliter l'entrée des tiers à cette copropriété déjà créée, afin de faciliter les relations.

La cession indivise de millièmes du sol par le bailleur, entraîne à ce que le preneur ait à la fois des millièmes de droits réels sur le sol et des droits réels sur les biens édifiés. Dans le cas du paiement en nature, le bailleur en obtenant les droits réels du preneur sur les constructions, il obtient également ceux portant sur le sol. Ainsi, il pourrait avoir plus de pouvoirs sur les constructions que d'autres tiers-accédants à cette copropriété.

B. L'extinction du bail par confusion au profit du bailleur ?

En pratique, la cession de fractions du sol au profit du preneur peut engendrer des difficultés, qui pourrions-nous dire, favorables au bailleur. En effet, en accédant à la propriété des immeubles bâtis, tel qu'exposé précédemment, le bailleur acquière des droits réels du preneur aussi bien sur ces bâtiments que sur le sol. Ainsi, en ses mains se réunissent plus de droits que d'autres tiers partisans à cette copropriété. Autrement dit, les tiers n'auront que lots privatifs prévus à cet effet, sans avoir un tel accès étendu au sol.

Ce qui peut poser problème est en réalité de savoir si une telle concentration entre ses mains ne parviendrait pas une extinction du bail à construction par confusion ?

Au même titre que le preneur qui acquière la propriété du sol, sur la tête duquel se réunissent les qualités de bailleur (envers les tiers) et de preneur, il y a une extinction anticipée du droit au bail. Ici, il peut être considéré que cette solution pourrait également s'étendre à la situation du bailleur. Le bailleur aurait en réalité à la fois, sa partie de sol propre, des millièmes de droits réels du preneur sur le sol et ses droits sur les constructions transmises au titre de du paiement en nature. Il est ainsi constatable une réelle différence entre la situation des différents copropriétaires.

Par analogie, autant que la civil a pu affirmer cette possibilité concernant le preneur, autant nous pourrions considérer que la réponse serait la même pour le bailleur. En pareil cas, cette situation conduirait à ce que soit retirés aux autres copropriétaires leurs droits qu'ils détiennent du preneur sur le sol (les millièmes de droit transmis).

Cependant, d'un point de vue fiscal, il y aurait obligatoirement la même solution au sens où l'administration fiscale considère cela comme une « *résiliation amiable* » du bail à construction. En ce cas, selon elle, cela entraîne la remise gratuite de façon anticipée au bailleur des constructions qui auront été faites par le preneur. Ainsi, les effets fiscaux seraient une imposition de la valeur de ces immeubles au titre des revenus fonciers entre les mains du bailleur²⁵.

Il y a-t-il réellement un avantage à reconnaître cette situation de confusion ? Rien n'est moins sûr. Cela pourrait constituer un véritable contentieux, non encore résolu, en ce qu'il y aurait

²⁵ Conseil d'Etat, 21 nov. 2011, « Merlet, Gazeau, Chomorat et Bonin ».

une atteinte aux droits des autres copropriétaires. Ceux-ci ne pourraient au final que se retourner contre le preneur en guise d'une réparation en dommages et intérêts, et résolution du contrat passé. Ce qui est évident est l'atteinte du droit de propriété de chacun d'entre eux.

En érigeant un paiement du loyer en nature, le législateur n'a sans doute pas prévu ce type de situation, qui en cours de bail peut s'avérer d'une complexité telle que sans doute même le droit ne saurait trouver de solution. Tout devrait être prévu par le contrat de bail.

Sans nul doute que le législateur a voulu faire participer les parties dans l'encadrement d'une quelconque situation litigieuse. La liberté contractuelle est ainsi de mise, mais parfois peut clairement s'avérer insuffisante dans le cas d'une accession à la copropriété par voie législative. Pourrions-nous penser que l'accession à la copropriété par voie contractuelle offrirait une situation davantage confortable pour les parties ?

SECTION 2 – L’ORIGINE CONVENTIONNELLE DE LA COPROPRIETE A PARTIR DU BAIL A CONSTRUCTION

Le bail a construction peut être un qu’un moyen de parvenir à la conclusion d’une copropriété. En effet, la copropriété peut se mettre en place durant l’exécution du bail par le versement de loyer en nature. Egalement, la copropriété peut être prévue en amont même de la signature du bail à construction. Autrement dit, le bail à construction serait conclu dans le but de cette copropriété (I). A terme de ces explications, le législateur a-t-il pu intervenir efficacement pour la création d’une copropriété par le bail à construction ? (II).

I – La création de la copropriété dès la conclusion du bail à construction

Deux moyens, parmi tant d’autres, peuvent prévoir la mise en copropriété dès la conclusion du bail. Il s’agit, tout d’abord d’un accord entre le bailleur et le preneur à bail (A). C’est également la possibilité pour le preneur à bail de céder ses droits au bail à des tiers (B). Le premier moyen apparaissant comme une forme davantage classique que le second.

A. UNE COPROPRIETE A TERME ENTRE BAILLEUR ET PRENEUR A BAIL

Il s’agit là de laisser libre court à la liberté contractuelle des parties.

Le bail à construction reste avant tout un contrat synallagmatique entre deux personnes. Certes d’abord conclu afin de faire prospérer un terrain laissé encore nu par son propriétaire et ainsi permettre la construction de locaux qui auront des destinations différentes, ce bail à regorge de possibilités autres. Nous avons pu voir précédemment que la copropriété fait partie inhérente du bail à construction, notamment en cours de bail par la stipulation (liberté contractuelle ou option aiguillée du législateur ?) du paiement du loyer en nature. Cette copropriété peut également être le but du bail à construction. Autrement dit, le bail à construction en serait la voie d’accès.

En effet, il s’agit là de prévoir dès la conclusion du contrat le sort des constructions édifiées ou renouvelées par le preneur. Cette possibilité n’est pas dérogoire à la pratique au sens où les

neuf articles consacrés à la conclusion de ce type de contrat n'interdisent pratiquement jamais un montage. A contrario prévoir dès l'origine une copropriété permettrait d'éviter les nombreuses difficultés qui ont pu être exposées précédemment, et notamment l'option du paiement du loyer en nature. Dans ce dernier cas, il serait dérisoire de prévoir une telle possibilité car cela pourrait, caricaturalement, amener à la mise en place d'une copropriété au sein d'une copropriété avec les mêmes copropriétaires et sur la même assiette copropriété.

En pareil cas, il faudrait prévoir le règlement de détails afin que la convention légalement formée ait force obligatoire entre les parties dans le cas d'un litige avenir. Le côté synallagmatique de cette convention est justement également faite pour éviter ce type d'événement.

Lorsque les parties décident de prévoir une copropriété en fin de bail, cela doit être expressément mentionné au sein du contrat de bail à construction. A défaut, le principe de l'accession différée serait applicable de plein droit.

Dès lors qu'il en a été décidé ainsi, et avant même la conclusion du bail, il faut mettre en place un état descriptif de division des constructions à venir. Ce document permettra de définir les lots de chacun des deux acteurs du bail et voire même les lots qui seront affectés à d'autres copropriétaires tiers qui pourraient y entrer. Cela permettra également de définir les quotes-parts affectées aux parties communes. A rappeler que la copropriété, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965, ne va véritablement naître que lorsqu'il y aura au minimum un immeuble bâti dont la propriété sera répartie entre deux voire plusieurs personnes.

De fait, à ce stade pourra être réglée la question du sol. Bien que la copropriété soit prévue en amont, la division dans le cadre du bail à construction reste claire : le tréfonds reste à la propriété du bailleur, le preneur n'ayant que des droits réels immobiliers sur l'espace sus-jacent à ce sol. Ainsi, dès lors par combinaison des règles vues en amont, il peut être convenu que le sol resterait dans le patrimoine du bailleur jusqu'à extinction du bail, donc en tant que partie privative, et qu'à la fin de celui-ci des millièmes puissent être revendus aux autres copropriétaires afin d'en faire une partie commune au sens de l'article 3 de la loi de 1965. Autrement, il peut également être convenu que le sol serait affecté dès la copropriété dès sa mise en place. Cependant, on peut craindre que cette solution puisse faire échec à la qualification du bail à construction au sens où il y aurait une dérogation à la répartition de la surface assiette dudit bail. Il serait dans tous les cas préférable d'affecter le sol en tant que partie commune ce qui permettrait à tous les copropriétaires de pouvoir céder, plus tard, à la

fois à leurs droits sur les constructions ainsi qu'aux quotes-parts y afférents sur le sol en tant que partie commune, au lieu de ne pouvoir céder que leurs droits sur les constructions en laissant le sol telle une partie privative.

Également, doit être réglée la question du loyer. Dans le cas d'une future mise en copropriété qui finalement interviendra dès l'édification d'un bâtiment, il serait donc plus adéquat d'opter pour le paiement du loyer en espèce. Ainsi, ce paiement ne serait pas tellement assimilé à un loyer mais ferait plutôt acte de charges de copropriété. Puisqu'effectivement, dès lors qu'il y a mise en place d'une copropriété il faut alors payer les charges, qui seront validées par le syndicat des copropriétaires et recouvert par le syndic de copropriété.

Enfin devra être mis en place un règlement de copropriété dont l'objectif principal est de d'instaurer, au sens de l'article 8 de la loi de 1965, la destination des lots privatifs et communs. Ce règlement régira les relations entre le bailleur et le copropriétaire aussi bien durant l'exécution du bail qu'après son extinction. Il en va sans dire qu'également dans celui-ci il faut être minutieux et essayer de prévoir le maximum d'événements pouvant amener à un litige entre les copropriétaires.

Concrètement, les protagonistes se retrouveront avec un bail à construction dans lequel seront régies toutes les dispositions relatives à leurs obligations et interdiction dans le cadre de l'exécution et celui-ci. A cela, sera ajouté (à fin de dépôt pour enregistrement) l'état descriptif de division annonçant la copropriété future mais qui n'a pas d'effet obligatoire en soi. C'est un acte qui saura réellement se faire valoir dès la mise en place de la copropriété. A cela, il faut ajouter le règlement de copropriété qui une fois celle-ci établie viendra régir les rapports entre copropriétaires.

Ce type de mise en copropriété est totalement possible et entre ainsi dans l'esprit du législateur de 1964. Sans entrer dans les considérations fiscales, ce type de montage pourrait alors être envisagé plus sérieusement. L'avantage c'est qu'au cours de bail, le preneur n'aura pas à subir seul, à titre d'exemple, les travaux de vétusté des constructions, ou encore les garanties afférentes aux constructions. Ici, tout sera partagé entre les copropriétaires. Cela a donc pour effet de soulager les obligations pesant sur le constructeur.

Le bail à construction avec un terme en copropriété n'est pas le seul attribut de ce bail. Le preneur peut également user son droit de cession du bail pour en créer une.

B. LA CESSION DE DROITS AU BAIL A DES TIERS PRENEURS À BAIL

Dans cette hypothèse seront invoquées deux types de situations. La première est relative de la cession partielle de ses droits au bail par le preneur. La seconde est relative à la création d'une copropriété par des tiers au bail à construction. En somme, il s'agira de voir l'émergence d'une copropriété en sortant de la relation unique entre preneur et bailleur. Ici nous sommes au moment où le bail à construction n'a pas encore été conclu ou est juste conclu mais les constructions non encore édifiées.

Au titre de l'article L251-3 du Code de la construction et de l'habitation, le preneur peut librement céder tout ou partie de ses droits. Cet article est d'ordre public (article L251-8 du CCH). Cela signifie entre autre que la clause prévoyant l'agrément du bailleur pour le nouveau cessionnaire est nulle. En effet, au sens de la *Troisième Chambre civile du 24 septembre 2014*²⁶, cette clause ne peut produire d'effet en ce qu'elle contraint les droits du preneur. Ce qui est intéressant de voir dans ce cas c'est la cession partielle du droit au bail. La cession totale n'entraînant pas une copropriété, cela constituerait uniquement au transfert de plein droit des droits réels du preneur qui sont attachés au bail. Il faudra simplement prévoir que le preneur se porte garant du cessionnaire jusque la fin des constructions.

S'agissant de la cession partielle, cela peut être également gage à l'émergence d'une copropriété. En effet, dans ce cas le bail sera divisé entre plusieurs cessionnaires et le bailleur. En conséquence de quoi, la titularité du bail sera détenue par différentes personnes. La particularité de cette copropriété c'est qu'ici rien ne touche au sol ou aux constructions. Il s'agit d'une copropriété qui se borne aux droits au bail et qui aura pour répercussion qu'à l'extinction du bail, elle porte sur les immeubles bâtis. Cette situation peut être conclue dans le cas où le preneur à bail souhaite dès l'origine obtenir à la fin du bail une copropriété. En cours de bail, les droits issus du bail seront donc affectés aux différents lots, et ainsi se substitueront à la place du sol, en tant que partie commune.

Implicitement cela signifie qu'il devra conclure un bail à l'envers afin de permettre aux autres co-titulaires du droit au bail, ainsi qu'à lui même, d'obtenir à l'extinction du bail la propriété du sol, notamment lorsqu'il a voulu écarter le bailleur de l'opération de copropriété. Cela aux

²⁶ Civ 3^{ème}, 24 sept. 2014, n°13-22.357

fins de sécurisation des droits des preneurs à bail, mais également pour respecter au mieux, bien que ce ne soit pas une règle impérative, l'article 3 de la loi de 1965 sur la place du sol en tant que partie commune.

Peut être également prévu que plusieurs personnes voulant accéder à la propriété viennent contacter le bail à construction auprès du même bailleur. En ce cas, afin de faciliter leurs relations, et en dehors de toutes techniques sociétaires, ces personnes peuvent vouloir se placer à terme sous le régime de la copropriété. De fait, devra également être prévue l'instauration d'un régime de location-accession afin de leur assurer la propriété du sol, selon leurs droits respectifs sur les lots privatifs affectés à chacun. Ce qui permet de faire échec à l'accession différée du bailleur. Egalement, il peut être prévu un simple mécanisme de rachat du sol par les différents copropriétaires à la fin du bail. En ce cas, les loyers versés en cours de bail ne seront pas considérés comme étant affecté à l'acquisition du terrain, mais bien en tant que loyer au titre de l'occupation de la superficie du terrain. Les copropriétaires quant à eux devront s'acquitter, dès l'achèvement d'un premier lot de copropriété, des charges s'y afférentes.

Est-il, par ailleurs, possible de prévoir que dès l'origine ce soit le syndicat de copropriété qui puisse être preneuse à bail ? La réponse est évidemment non. Le syndicat de copropriétaire n'existe qu'à la constitution physique de la copropriété. Lors de la conclusion du bail, la copropriété n'est pas encore formée et donc cet organe administratif n'existe pas encore.

Il ne serait pas de trop d'insister sur l'échec de l'accession différée du bailleur en fin de bail. Dès la conclusion du bail, les parties doivent prévoir que le sol sera affecté à la copropriété et ne peut donc être laissée en tant que partie privative du bailleur, si tant est qu'il accepte la prolongation de la copropriété à l'extinction du bail. C'est en quoi la liberté contractuelle qu'offre la loi de 1964 sur le bail à construction n'est pas un réel fardeau. En effet, cela, permet aux parties de ne pas s'enfermer dans un encadrement législatif et de prévoir diverses possibilités correspondantes à leurs situations, leur aspiration quant à l'aspect juridique du montage. C'est en cela, que nous pourrions parler de la contractualisation de la perpétuité des droits des tiers et des preneurs à bail au terme de celui-ci.

II – L'ÉCONOMIE DE LA SITUATION AU XXIÈME SIÈCLE

Il s'agit là de faire un bilan de ces deux régimes. A première vue, le bail à construction et la copropriété ne semblent pas réellement compatibles. L'un offre la superposition de deux droits de propriétés différents sur une même assiette physique. Une situation tout à la fois complète en droit, car ce sont des droits réels, mais également limitées puisque le preneur n'a pas accès à la propriété du sol, mais une simple occupation via ses constructions, et le bailleur n'est pas propriétaire des constructions édifiées sur sa propriété. Là dessus même une certaine perplexité apparaît. Pour l'autre, la copropriété, il offre moins un régime de superposition de deux propriétés exclusives, mais plutôt une propriété collectives parfois agrémentée d'une indivision. Ainsi une propriété exclusive est antagoniste à l'idée d'une propriété exclusive. Pour autant, il s'avère que ces deux régimes se complètent (parfaitement ?!), à condition de bien les organiser.

Le législateur en 1964 voulait à la fois redémarrer les constructions et permettre une accession plus facile à la propriété. A cette même époque le déclin de la copropriété faisait mine, à cause de la carence de la loi de 1938 (en vigueur à cette période) sur l'encadrement d'une telle situation.

Est-ce un véritable hasard que la loi du bail à construction soit du 16 décembre 1964 et la nouvelle loi relative à la copropriété soit du 10 juillet 1965, soit donc sept mois plus tard ? Le doute peut planer, notamment lorsque l'étude des disposition de la loi de 1964 montre que celle-ci tanguent à demi-mot vers l'instauration d'une copropriété entre les parties (cf : le paiement du loyer en nature). En tout état de cause, la jurisprudence bien que contraire à l'idée à une certaine période semble s'être imprégnée de la combinaison de ces deux régimes. Economiquement parlant, le bailleur n'avait qu'à concéder à autrui la propriété de l'espace au dessus du sol, et parfois même en sous-sol, afin que celui-ci puisse bâtir de nouveaux

La doctrine quant à elle déplore une armature mal ficelée sur l'encadrement de ces deux lois combinées, à l'instar de Béatrice TERRIER-LAVIROTTE.

Ce manque d'encadrement peut être un entrain pour les parties afin qu'elles déterminent elles mêmes, sans grande contraintes législatives, les conditions d'application de ces deux situations. Dans le même temps, cette carence est peut être la cause de l'inapplicabilité de ces deux régimes. En effet, plusieurs situations assez complexes naissent de cette combinaison.

Dès l'origine, uniquement sur la question de la qualification du droit du preneur sur l'espace sus-jacent le sol du bailleur, porte à de multiples interprétations. Aujourd'hui encore, ce n'est pas de façon unanime que l'invocation d'un droit de superficie se fait. Bien qu'elle soit l'analyse majoritaire, et la plus adéquate, elle n'obtient pas forcément gain de cause en ce que certains y voient autre chose.

Nous pourrions par ailleurs nous demander, s'il s'avérait qu'il n'y avait pas eu reconnaissance d'un droit de propriété superficielle mais uniquement d'un démembrement de propriété, est-ce que ces avantages auraient été possibles ? Cette situation n'aurait pas permis les constructions par un tiers et tout du moins cela n'aurait pas incité une grande attention. En effet, le démembrement ne permet qu'une situation temporaire et l'usufruitier voit ses droits limités à l'usufruit, la jouissance. Tout autre acte, notamment de disposition, devrait obligatoirement passer par le nu-propriétaire, qui peut bloquer toute action venant méconnaître son droit de propriété.

Il est de constat que reconnaître un droit réel immobilier permettait de relancer l'économie immobilière de l'époque et d'ailleurs même aujourd'hui.

Ensuite, en combinant ces deux régimes, nous remarquerons que le législateur a légalement prévue la mise en copropriété par le paiement en nature mais n'a pas poussé sa réflexion plus loin s'agissant des difficultés qui peuvent en découler. C'est la même situation lorsque la copropriété est d'origine conventionnelle, il y a une absence réelle des conséquences réelles que peuvent apporter certaines situations. A cela, il faut y faire face au regard de l'interprétation de situations similaires ou par analogie de la combinaison des dispositions prévues. Cependant, il reste que la combinaison de la copropriété et du bail à construction reste rare et ce qui est la cause, dans une certaine mesure, de l'absence d'appui législatif dans certaines situations. Pourtant, fiscalement parlant, cette situation peut s'avérer favorable pour l'une et l'autre des parties. En effet, le preneur lui peut passer tous les frais engagés (emprunts, loyers, charges de rénovation des locaux ...) en charge dans sa comptabilité. Le bailleur quant à lui peut se voir exonérer d'une plus-value lorsque l'immeuble à plus de trente ans, ou ne sera juste imposer au titre des prélèvements sociaux si les constructions ont plus de vingt-trois ans. A cela, d'autres abattements peuvent intervenir. Ce qui peut lui paraître défavorable est l'imposition des loyers numéraires au titre des revenus fonciers, comme tout à chacun, ce qui peut parfois le conduire vers une imposition dans les tranches les plus élevées de l'imposition des personnes.

En conclusion de quoi, pourrions nous dire que l'idée du législateur fut bonne. Cependant afin de connaître le succès espéré et ne pas laissé la combinaison de ces régimes tomber dans une désuétude, au profit d'autres mieux encadrés tels que le bail emphytéotique ou plus récemment le bail de droit réel immobilier, il est important de panser les carences et de faire évoluer certaines dispositions à la lumière du modernisme de notre époque.

La contemporanéité peut se manifester autrement et grâce à ce montage de bail à construction et de copropriété. En effet, par voie de techniques sociétaires et notamment la société d'attribution, plusieurs questions laissant place à une perplexité du fait du montage des deux régimes, peuvent y être résolues plus facilement.

PARTIE II – LA MISE EN COPROPRIETE PAR LA SOCIETE

D'ATTRIBUTION

La société d'attribution a connu des frasques difficiles à ses débuts. Longtemps en concurrence avec la société coopérative, dont l'objet est limité à la construction d'immeubles à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation et où les cessions de parts sont interdites contrairement aux sociétés d'attribution, les promoteurs ne pouvant se borner qu'au statut de prestataire de service, la pratique a rapidement abandonné cette technique par laquelle une mise en copropriété peut être possible.

C'est un concept assez novateur du législateur. Auparavant régie par une loi de 1938, la société d'attribution n'a pas connu le succès tant espéré. Le législateur est ainsi intervenu pour repenser à sa modernisation, tout en gardant un certain esprit de la loi de 1938, par une loi du 16 juillet 1971, qui aujourd'hui encore fait office de référence. Voilà plus d'une quarantaine d'années que cette technique sociétaire s'est mise au service de l'accession à la propriété pour ses associés. La plus grande novation, dérogoire aux sociétés civiles et commerciales de droit commun, c'est qu'ici le but n'est pas de réaliser un bénéfice et donc d'avoir des dividendes numéraires, mais bien d'accéder à la propriété soit une attribution en nature de la participation à la société. Autrement dit, ce n'est que grâce à leur participation en numéraire que les associés obtiendront la propriété des bâtiments construits. Par ailleurs, cette propriété, contrairement aux autres formes sociétaires, ne peut s'acquérir qu'à la dissolution de la société. Ainsi, il n'y aura pas d'attribution d'une propriété au fur et à mesure de la vie de la société et l'édification des constructions, mais uniquement à la dissolution de la société. Ainsi se mettra en place une copropriété. Semblerait-il que ce type de société soit plutôt dérogoire au droit commun.

Par ailleurs, l'accession à la propriété, et notamment à la copropriété peut également s'obtenir via la technique pratico-juridique qu'est le bail à construction. Dans cette hypothèse, il ne s'agit pas pour une personne, un promoteur, de souscrire individuellement en tant que personne physique au bail à construction. Il s'agirait plutôt de voir que la société d'attribution ainsi constituée sera preneuse à bail. Cette société pouvant être créée par un promoteur seul voire même par différents futurs copropriétaires. L'esprit restant qu'à terme il y ait création d'une copropriété.

Avant tout il s'agit d'apprécier la compatibilité entre le bail à construction et la société d'attribution (chapitre Premier), afin de parvenir au but ultime d'une mise en copropriété (Chapitre Second)²⁷.

CHAPITRE 1 – LA SOCIÉTÉ D'ATTRIBUTION ET LE BAIL A CONSTRUCTION

La société d'attribution peut apparaître comme suffisante à elle seule pour l'accession à la propriété. Ce n'est qu'en réalité qu'une application directe de l'esprit législatif (section1). Cependant le fait de concourir au bail à construction pour y parvenir peut paraître bien efficace à différents niveaux. Cette combinaison a connu un vrai succès dans le monde du droit positif (section 2). La société d'attribution pouvant apparaître comme un moyen de pallier aux difficultés que peuvent rencontrer les baux à construction seuls, et permet également d'appliquer la réelle volonté des parties, ou autrement dit des associés dans ce cas.

SECTION 1 – LES ATTRIBUTS DE LA SOCIÉTÉ D'ATTRIBUTION

La société d'attribution a pris du temps avant de se faire accepter complètement dans le droit interne. Son attractivité s'est faite tout du long une évolution de son régime (§1), afin que soit en dégager une réglementation spécifique (§2) dans le but de la protection de ses actionnaires.

§1. L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ D'ATTRIBUTION

Laissé pour compte du fait du manque d'encadrement législatif et d'une carence de d'identité par rapport aux autres types de sociétés existantes déjà l'époque, la société d'attribution a connu des débuts difficiles (A). Par le renouvellement de la loi de 1971, le législateur a entendu lui donner une seconde vie afin qu'elle connaisse un avenir plus prometteur (B). Nous nous plaçons là dans l'esprit de l'institution de la société ainsi que dans celui de son évolution au fil des années.

²⁷ Par pur arbitraire, nullement ne sera fait état des règles de droit commun relatives à la constitution de la société, s'agissant de la capacité des parties à constituer une société, les divers types d'apports, la rédaction des statuts ou encore les formalités de publicité, etc.

I – DES DEBUTS DIFFICILES

La société d'attribution a dès ses débuts été instituée pour être un moyen de commercialisation de l'accession à la propriété (A). Bien que très attrayante dans l'idée, ses utilisateurs se sont vite rendus à l'évidence d'un manque de protectionnisme (B), entraînant ainsi son déclin.

A. UN MOYEN DE COMMERCIALISATION IMMOBILIERE

Son origine se trouve dans la loi du 28 juin 1938, qui avait posé les premières formes de sociétés permettant de prévoir une construction et une attribution d'immeubles collectifs. Au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, le législateur avait voulu inciter à un boom des constructions.

Ces sociétés étaient telles qu'elles proposaient une construction en commun par plusieurs accédants à la propriété, voulant avant tout diminuer leurs frais. C'est également en ce sens que la forme de la société était d'être soit civile, soit commerciale notamment sous forme de société anonyme. Cette forme ne fut pas abandonnée par la loi de 1971, ainsi que l'a rappelé la *Chambre commerciale dans son arrêt du 26 juin 1994*. La forme civile a pour intérêt d'instaurer une marge de manœuvre plus grande en faveur de ses associés pour la rédaction des statuts. La société anonyme quant à elle permet une responsabilité limitée des associés et la possibilité de céder les actions. De part le choix de sa forme civile, la société d'attribution offre une approche généreuse dans le but de la construction d'un bien immobilier.

C'est d'ailleurs ce qu'en a retiré les promoteurs de l'époque. En effet, rapidement l'objectif de la société fut détourné par les promoteurs immobiliers qui y ont vu un moyen de commercialisation des constructions à usage d'habitation (principalement). La pratique était de vendre les parts aux futurs propriétaires au fur et à mesure des constructions, pour qu'à la fin ceux-ci se retrouvent seuls et puissent accéder à la propriété, en fonction de leurs droits respectifs.

Cette forme sociale permettait ainsi une accession indirecte à la propriété par les futurs copropriétaires. Durant la vie de la société, ces personnes se voyaient attribuées la simple jouissance des locaux. Ce qui d'ailleurs commençait à poser de sérieux doutes. Les associés avaient dans l'idée d'accéder à la propriété et non pas tellement d'avoir juste une jouissance des locaux. Le temps de la construction pouvait être long, l'attente d'accession au statut de

propriétaire également et cela agrémenté du fait qu'il fallait au fur et à mesure de l'avancement des travaux répondre aux appels de fonds. Une acceptation psycho-sociologique de cette situation était donc nécessaire, mais difficile. Ce n'est qu'à la dissolution de la société, il leur était attribué la pleine propriété grâce au partage de l'actif social. Cette forme sociétaire d'accession à la propriété semblait à première vue très attrayante. Les promoteurs immobiliers menaient de bon train leur projet tout en rendant « service » à ces personnes voulant accéder à la propriété à moindres coûts. Aussi bien que l'idée fût bonne, cette pratique a cependant tourné à des manœuvres frauduleuses, au détriment des accédants.

B. LA CARENCE D'UN PROTECTIONNISME

Lorsque l'idée était vendue par les promoteurs, les acquéreurs des parts sociales s'exposaient à la possibilité, qui a été le cas en pratique, à l'évanouissement du promoteur initial (ou des investisseurs financiers) une fois toutes les parts vendues. De fait, les travaux ne pouvaient plus avoir lieu. Les actionnaires eux ne pouvaient poursuivre la société en justice sans se poursuivre eux-mêmes. Leur seul recours était ainsi de continuer seul le programme de construction afin d'arriver à terme à la propriété des biens. Cela ne pose pas de véritables problèmes lorsque l'accédant a les moyens de poursuivre ces travaux, mais lorsque l'esprit de la loi était d'avoir accès à la propriété à moindre coût nous pouvons légitimement douter de la capacité financière de tout à chacun de se permettre une telle poursuite.

Cette technique apporta une complexité telle qu'elle a été très rapidement abandonnée par la pratique.

Ainsi ces scandales démontraient la carence du protectionnisme de l'accédant. De façon plus générale, cela ne faisait qu'appuyer l'absence d'encadrement d'une telle pratique. Ici, la liberté contractuelle de la forme sociale ne pouvait pas forcément régler les désordres de telle sorte. Il apparaissait ainsi dangereux de conclure une telle formule.

A côté de cela, il ne faut pas nier le succès de cette société d'attribution jusqu'à une certaine période. Toutefois, fort de son succès, le législateur de l'époque dans sa tentative de protectionnisme des accédants a produit l'effet contraire. Si son succès tenait, en plus de l'idée attrayante de la construction, à la fiscalité avantageuse, le législateur a entendu lui supprimer cet avantage. Ce qui a eu pour effet un déclin de la société d'attribution en faveur

d'autre type de technique telle que la vente d'immeuble à construire précisée par la loi du 3 janvier 1967.

Bien qu'essayant de donner un nouveau souffle à cette technique, le législateur resté vainc face à l'émergence d'autres formes de promotion immobilière, et notamment lorsque les immeubles à construire étaient essentiellement constitués de locaux à usage d'habitation. Le durcissement des règles d'application restait désuet face à la peur de la pratique. Ainsi, il a fallu revoir en profondeur l'esprit de cette loi afin de lui souffler un renouveau.

II – UN AVENIR PROMETTEUR ?

Si le législateur a été rapidement saisi du déclin de cette technique notamment en zone urbaine, il fallait quand même un moyen de la maintenir en vie pour les zones rurales où la société d'attribution continuait son plein essor. C'est ainsi que la loi de 1938 a été repensée et remaniée par une loi du 16 juillet 1971 (A). Il a voulu également apporter une réponse à ce défaut de protection des accédants, et ce notamment dans le cas où la société devrait construire des immeubles à usage d'habitation ou mixtes (professionnels et habitation) (B).

A. UN NOUVEAU SOUFFLE LEGISLATIF ?

Suite à ces nombreuses illusions perdues au fil des années, il était important de revoir la loi de 1938. C'est ainsi en ce sens qu'est intervenue la loi du 16 juillet 1971, en son titre II de l'époque, qui aujourd'hui est transposée aux articles L212-1 à L212-7 du Code de la Construction et de l'habitation, ainsi que dans la partie réglementaire du code aux articles R212-1 à R212-18. A cela, il faut ajouter les règles communes aux sociétés d'attribution et sociétés de coopérations, qui sont prévues aux articles L214-1 à L214-9 du même code.

Dans la construction du Code, le législateur a entendu instituer des règles spécifiques pour les sociétés ayant vocation à construire des immeubles à « usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ». Ces dispositions étant d'ordre public, au sens de l'article L212-13 du code.

Apparaît donc un foisonnement de règles toutes aussi importantes les unes que les autres permettant d'instituer une certaine sécurité, et ainsi répondre aux inquiétudes antérieures.

C'est l'article L212-1 qui vient donner une définition de la société d'attribution, comme étant des « *sociétés ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance* ». Egalement, ces sociétés assurent la gestion et l'entretien des immeubles jusqu'à ce que soit mise en place une autre organisation. S'agissant de la forme sociale de la société, cette loi nouvelle n'apporte aucune modification. Il appartient aux constituants de décider qu'elle sera établie sous forme commerciale ou civile.

Cependant, cette loi est venue instaurer une différenciation selon que la société a été créée avant ou après le 31 décembre 1972. Pour les sociétés nées avant cette date, elles sont restées soumises aux dispositions de la loi de 1938. Les sociétés postérieurement créées voient de plein droit leur appliquer la loi de 1971. Cette différenciation a été atténuée par un décret d'application en date du 5 mars 1975, codifié à l'article R212-17 et R212-18 du Code de la construction et de l'habitation, qui est venu préciser la transposition de la loi nouvelle pour les sociétés antérieures au 31 décembre 1972.

Cependant certains auteurs, tels que P. LANCEREAU ou encore V. MALLET, font expressément état du déclin profond de cette loi en ce qu'elle ait venue mettre en place des règles spécifiques dès lors que les constructions comprenaient à minima 10% des logements d'habitation privés. De grâce, les promoteurs et les particuliers ont ainsi préféré se tourner vers des techniques moins contraignantes et plus avantageuses que sont les contrats de vente d'immeuble à construire ou constituer des sociétés de vente.

Ainsi, en mettant en place davantage de rigueur pour plus de protectionnisme, la loi n'a su trouver qu'un effet inverse qu'est la fuite de cet encadrement trop dur. Cela d'autant plus que les parties ne pouvaient y déroger aux règles en ce qu'elles sont d'ordre public. Aujourd'hui encore, si les promoteurs ou les futurs copropriétaires s'entendent à construire sous forme société et par le biais d'une société d'attribution leur futurs immeubles à usage d'habitation, il leur seront imposées les règles du secteur logement. Ce qui a contrario veut signifier que lorsque les locaux sont destinés à un usage professionnel ou commercial ces dispositions contraignantes ne s'appliquent pas. Ainsi, la loi viserait essentiellement une catégorie de promoteurs, ce qui apparaît contraire à son esprit de départ, en 1938, qu'était le boom du logement d'habitation.

En somme, c'est en ces dispositions spécifiques que la loi est apparue finalement plus contraignante qu'attractive. Il est alors loin le temps de l'essor du logement que la société d'attribution a pu provoquer.

B. DES DISPOSITIONS PARTICULIERES AU SECTEUR DU LOGEMENT

Ces dispositions apparaissent dans le secteur du logement. Il est important d'en faire un aperçu à ce stade puisque dans la suite du développement, nous verrons l'alliance au bail à construction ce qui peut parfois ramener à ces dispositions particulières, qui finalement peuvent être toujours applicables.

Ces règles vont s'appliquer lorsque l'opération de construction comporte un minimum de 10% de locaux à usage d'habitation ou à usage d'habitation et professionnel, c'est ce qui relève de l'article L242-1 du Code de la construction et de l'habitation. Cela implique donc que les immeubles à usage commercial ou encore des bureaux sont d'ors et déjà exclus de ces règles. La portée de cet article montre une application à la fois des règles spécifiques du secteur du logement, mais également les règles d'ordre général applicable à tous les secteurs confondus.

Ces dispositions impliquent pour les associés ou le prometteur de conclure un contrat de promotion immobilière, ainsi le prévoit l'article L212-10 en son alinéa Premier du Code de la construction et de l'habitation. Ces contrats s'entendent comme ceux d'immeuble à construire ou encore un contrat de vente de maison individuelle ou autres contrats permettant la construction de bâtiment. Echappent à cette règle toutes les personnes qui font office de promoteur immobilier. Est promoteur « l'agent économique qui réalise un ou plusieurs immeubles afin d'en faire acquérir la propriété à une ou plusieurs personnes nommées accédants à la propriété ».

Egalement au titre du même article en ses alinéas 2 et 3, il est posé l'interdiction d'exiger ou d'accepter avant la conclusion de ce contrat tous versements autres que ceux nécessaires pour faire face au paiement des études techniques et financières du programme et à l'achat du terrain. Cette règle est relative aux appels de fonds, qui sera développée plus tard. L'article L212-11 pose quant à lui l'interdiction de conclure pour les cessions de parts un avant contrat autre qu'un contrat préliminaire spécialement règlementé. A cela est ajoutée une réglementation particulière de la cession de parts. Ces aspects seront également développés postérieurement.

Enfin la cinquième règle d'ordre impérative du secteur protégé du logement est l'obligation de mettre en place un conseil de surveillance selon les termes prévus aux articles L214-6 à L214-9 du Code de la construction et de l'habitation. Cette obligation variera selon la forme

de la société d'attribution. Mais de façon générale si est constituée une société civile dont la construction porte sur le secteur protégé du logement, alors les articles précités à suivre imposent conseil de surveillance qui sera constitué d'au moins deux associés désignés annuellement. Ces derniers auront pour mission de contrôler et de surveiller la gestion du promoteur immobilier (et les dirigeants sociaux). Pour cela, il devra rendre compte de l'avancée des travaux et de leur mission trimestriellement. Si toutefois les constructions sont faites par une société de type commerciale, et entre autre une société anonyme, la loi du 24 juillet 1966 s'appliquera. Elle prévoit la présence d'une assemblée des actionnaires, d'un conseil d'administration et de son président ou un conseil de surveillance et son directoire. Uniquement sur cette dernière obligation nous remarquons la poussée du protectionnisme en faveur des accédants à la propriété.

Globalement, ces aspects de la loi sont venus certes apporter un encadrement à des reproches d'hier, mais cela dans un esprit de contraintes qui, comme l'ont constaté les auteurs, constituent un « repoussoir » à la constitution d'une société d'attribution afin d'accéder à la propriété. Cependant, il serait absurde de nier que cette nouvelle loi ne prend pas en compte l'aspect financier des constituants dans le cadre de construction de logements d'habitation ou mixtes. En effet, si un tel sur-protectionnisme est mis en place c'est essentiellement pour que les associés de la société ne se retrouvent pas dans la situation naguère, où, après l'effervescente disparition du promoteur, ils se voyaient contraints à payer le prix du reste des constructions. Tout est mis en place afin que le promoteur ou les autres associés puissent avoir un contrôle direct sur l'avancée des constructions et de sa gestion.

Cette protection poussée ne s'arrête pas au secteur du logement. Egalement dans le fonctionnement même de la société, certaines obligations spécifiques ont été prévues de sorte qu'aucun des associés ne puissent se sentir lésés à un moment ou un autre

§2. LES REGLES SPECIFIQUES A LA SOCIETE

Le fonctionnement de la société d'attribution implique qu'il y ait des règles pointues permettant de la caractériser (I). A cela, sont ajoutés des documents de vie qui sont propres à l'exécution de l'objet de la société (II). Rien n'est laissé au hasard, le législateur a prévu un encadrement spécifique.

I – LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES

La société d'attribution se démarque des autres sociétés de part son objet spécifique (A). Egalement, nous ne figurons pas dans une société à profit numéraire, mais plutôt vers un profit en nature issu d'une division originale de son capital social (B).

A. L'OBJET PROPRE A LA SOCIETE

Dans le droit commun, une société doit nécessairement détenir un objet pour qu'elle soit valable. De fait, à première vue il ne semble pas évident de faire un point sur cette question. Cependant, dans le cadre de la société d'attribution, le législateur de 1971 et a fortiori le code de la construction et de l'habitation, l'objet de la société est le cœur d'une règle spécifique, distinctive et essentielle pour qu'elle puisse se démarquer des autres sociétés.

L'article L212-1 du Code de la construction et de l'habitation dispose : « *Les sociétés ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance peuvent être valablement constituées sous les différentes formes prévues par la loi, même si elles n'ont pas pour but de partager un bénéfice.*

L'objet de ces sociétés comprend la gestion et l'entretien des immeubles jusqu'à la mise en place d'une organisation différente ».

A la lecture de cet article nous pouvons retirer que l'objet de la société peut porter sur « la construction ou l'acquisition d'immeubles » et « la gestion et l'entretien des immeubles ». L'objet de la société est vraiment déterminé et cloisonné à ces possibilités. Cependant cet article ne donne pas d'information quant à la possibilité pour la société d'être propriétaire du terrain sur lequel elle construit. En absence d'information nous pouvons légitimement penser qu'elle peut être propriétaire du sol. Egalement, il n'y a pas de précision quant à l'opération juridique d'ensemble que la société doit recourir en vue des constructions. Ainsi, il

semblerait, au nom du principe en droit français « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer », que la société peut recourir à une autre technique juridique, à l'instar du bail à construction et ainsi elle serait titulaire d'un droit réel immobilier. Cette partie de la disposition de la loi permet une interprétation large également quant aux types de constructions concernées. Au sens de certains auteurs cela peut concerner à la fois des divisions horizontales (maisons individuelles) que verticales (des immeubles collectifs en vue de leur division).

La société de par leur construction ou leur acquisition se doit d'assurer la gestion et l'entretien des immeubles. Ainsi cette obligation devient une règle et non plus une possibilité à prévoir contractuellement. Pourrions nous invoquer l'adage latin « *Accessorium sequitur principale* » ? Cette règle ne semblant n'être que l'accessoire de l'objet principal de la société qu'est la construction ou l'acquisition d'immeubles. Cet accessoire ayant valeur impérative au même.

« (...) jusqu'à la mis en place d'une organisation différente » fait référence à la précarité de l'existence de la société. Comme toutes sociétés de droit commun, la société d'attribution est constituée dans un but précis, son objet rempli elle doit être dissoute.

L'organisation différente dont parle l'article fait écho à la dissolution de la société qui va réaliser l'objet essentiel de la société : « en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance ». Autrement dit, l'opération de construction n'est qu'un moyen de parvenir à la propriété « ou » à la jouissance des immeubles. La conjonction « ou » pose une alternative que les parties doivent définir. On peut soit acquérir la jouissance, soit la propriété. Cependant, s'agissant de l'attribution en jouissance, elle peut être à la fois l'objet principal de la société, dont le choix implique l'interdiction de demander l'attribution en propriété du lot, mais également elle peut n'être qu'une étape avant l'attribution en propriété des immeubles bâtis.

Depuis la loi du 6 janvier 1986 relative à la société d'attribution à temps partagé, l'attribution en jouissance des constructions et plus particulièrement des logements, n'a plus de réelle importance. En effet, cette attribution en jouissance ne sera plus régie par la loi de 1971 et ce depuis l'entrée en vigueur de la loi spécifique. Son utilité était lorsque les constructions étaient encore soumises à la loi de 1938. Cette attribution en jouissance pourrait ne produire d'effet que sur un bien autre qu'un logement immobilier.

A côté de cet objet spécifique, la société d'attribution regorge d'autres surprises comme son capital social.

B. UNE DIVISION ENCADREE DU CAPITAL SOCIAL

L'article 1804 du Code civil vient poser la définition d'une société. En effet, elle dispose en son alinéa Premier « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

A priori, la création de la société se fait dans le but de partager un bénéfice ou de profiter de l'économie qui en est issue. Il est de mise, le plus souvent, que les bénéfices soient numéraires et distribués sous forme de dividendes par la société aux associés à hauteur de leur participation au capital social.

L'article 1834 du Code civil vient préciser : « *Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet* ». C'est ainsi que se démarque la société d'attribution. En effet, en l'article L212-1 du Code de la construction et de l'habitation (*cf : l'objet de la société*) précise ces sociétés d'attribution « *n'ont pas pour but de partager un bénéfice* ». Quelle dérogation à la règle de droit commun sur la formation d'une société aussi bien civile que commerciale !

Dans le cadre de la société d'attribution la recherche des associés n'est pas tant une opération économique (bien qu'en pratique elle soit de mise de par le fait de trouver un moyen de diminuer les coûts) mais bien la construction d'immeuble, généralement en vue d'en devenir propriétaire. En conséquence de quoi le bénéfice de droit commun sera substitué en lots d'immeubles.

Concrètement, le capital de la société connaît une organisation propre. Sous la loi de 1938 le problème qui se posait était la différenciation des lots affectés aux promoteurs, généralement gourmands, et pour le reste, ils étaient affectés aux autres propriétaires. Cette situation s'expliquait par le fait que la répartition n'était pas règlementée et l'absence de fongibilité des lots. Leur consistance se différenciant d'un lot à l'autre, il était donc facile de lésés un propriétaire au profit d'un autre. La vente aux différents autres propriétaires était faite à des prix bien supérieurs que la valeur réelle des lots.

Les propriétaires lésés ont intentés des actions sous plusieurs fondements tels que l'enrichissement sans cause. Cette action ne pouvait aboutir les propriétaires l'invoquaient avant même la dissolution. Cet argument n'était possible que lorsqu'ils devenaient plein propriétaires, soit donc à la dissolution de la société. D'autant que les tribunaux constataient l'absence de « cause » puisque cette répartition était prévue dans le contrat, et les parties

l'ayant ainsi signé en ont donné accord. De fait, sous le fondement de l'article 1674 du Code civil, a été intentée une action en rescision pour lésion de plus de 7/12^{ème}. Cette action ne protégeant que le vendeur, elle ne pouvait aboutir. Enfin, a été tenté l'action en nullité pour erreur sur une qualité substantielle de la chose, c'est à dire le prix en pratique. Aux termes de l'arrêt de la Troisième Chambre civile du 31 mars 2006, « *l'appréciation erronée de la rentabilité économique d'une opération n'est pas constitutive d'une erreur sur la substance de nature à vicier le consentement de la société d'attribution à qui il appartenait d'apprécier la valeur économique et les obligations qu'elle souscrivait* ». Autrement dit, l'erreur sur le prix n'est pas telle à invoquer la nullité.

Les tribunaux étaient donc dans une impasse pour la « réparation » de cette « erreur ». A contrario, la jurisprudence et la doctrine entendaient se baser sur la force obligatoire du contrat (ancien article 1134 du Code civil) et sur la licéité de la répartition inégale du capital social dans les sociétés commerciales. Ainsi, ces manœuvres posaient des difficultés pratiques mais étaient légalement justifiées mais bien que légitimement répréhensibles.

C'est encore dans un esprit de correction à ce défaut technique que le législateur a entendu institué l'article 212-15 du CCH, qui vient prévoir la répartition de ces lots. En effet, cet article prévoit désormais une proportionnalité en fonction de la valeur de l'immeuble, ainsi repris par la cour de cassation²⁸. En cas d'inégalité sera ouverte une action en révision de la répartition. Ainsi, il y a un abandon clair et définitif d'une répartition libre des droits de chacun des propriétaires. Cet article n'est pas sans rappeler la loi de 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis en ce qu'elle prévoit expressément que les: « *les droits des associés dans le capital social doivent être proportionnels à la valeur des biens auxquels ils ont vocation par rapport à la valeur de l'ensemble telles que lesdites valeurs résultent de la consistance, de la superficie, de la situation et des possibilités d'utilisation des biens appréciées au jour de l'affectation à des groupes de droits sociaux déterminés* ». Deux grands principes sont dessinés. Le premier étant la proportionnalité des droits sociaux et le second la détermination de la valeur de l'immeuble en fonction de certains critères (consistance, superficie, situation ...etc). A ces principes seront appliqués des coefficients et une pondération.

Il est de droit de constater que le législateur pousse dans les retranchements afin que les parties recourent au mieux à la copropriété.

²⁸ Civ 3^{ème}, 3 mai 1977

L'attribution de ces lots dans la société d'attribution est d'ordre public. Les parties ne peuvent en prévoir autrement dans les statuts de la société. Dans le cas où il y aurait atteinte à l'égalité de cette répartition, l'associé lésé de plus d'un quart peut se voir accorder une action individuelle en remboursement de l'excédent. Le dédommagement qui en sera issu est une somme personnelle, ne profitant qu'à l'associé désavantagé. Parallèlement s'ouvre une action à l'encontre de l'associé avantagé par une erreur de plus d'un quart à son profit, alors l'article L212-5 alinéa 4 prévoit qu'une action sociale peut être ouverte à son encontre. Cette action tend à demander à cet associé la différence de la somme lui ayant permis d'être avantagé. Contrairement à l'action en remboursement, le montant versé sera ici attribué à la société qui le répartira entre tous les associés. C'est une action collective et non individuelle en ce cas. Une obligation procédurale doit toutefois être respectée pour permettre ces actions, elle est prévue à l'article R212-7 du CCH.

De cette répartition procède un effet important qu'est l'appel de fonds, prévu à l'article L212-3 du Code de la construction et de l'habitation. Ces fonds vont permettre le financement des constructions par la société, c'est en pratique le seul revenu que peut tirer la société. En ce qu'il est important de bien déterminer en amont la répartition du capital social entre les associés, ce n'est que parce qu'ils seront redevables de ces appels de fonds à proportion de la valeur de leur droit dans le capital social. Il faut bien comprendre que dans le cadre de la société d'attribution les lots sont attribués aux associés et non vendus, ainsi toute erreur en amont commise aura conséquence sur cet appel de fonds.

A ces dérogations mises en place dans le cadre de la société d'attribution y sont ajoutés de la documentation spécifique dès sa constitution. Les parallèles avec la copropriété ne se font pas latentes, l'évidence est flagrante.

II – UNE DOCUMENTATION SPECIFIQUE A LA SOCIETE

Dans sa loi de 1971 le législateur a pensé tout prévoir dès l'origine afin que les associés ne se retrouvent pas dans des situations antérieurement frauduleuses. Ainsi conventionnellement va être organisée la vie juridique de la société, en plus des statuts lors de sa constitution, dans un état descriptif de division (A) et dans le règlement de jouissance (B) pour les associés. Ces documents ne se trouvant pas dans le droit des sociétés montrent la spécificité de la société de la société d'attribution.

A. L'ÉTAT DESCRIPTIF DE DIVISION

L'article L212-1 du Code prévoit « *un état descriptif de division délimite les diverses parties de l'immeuble social en distinguant celles qui sont communes de celles qui sont privatives* ». Cet article n'est pas sans rappeler l'état descriptif de division obligatoirement présenté dans le cadre d'une mise en copropriété. Cette première partie du texte montre qu'il y a lieu à distinguer clairement les groupes de parts et actions qui sont déjà prévues dans les statuts. Cet état descriptif de division se fait donc dans un aboutissement clair à une copropriété.

Le même texte dispose également « S'il y a lieu, il fixe la quote-part des parties communes afférentes à chaque lot ». Cette seconde partie introduit donc une division entre parties communes déterminées dont la quote-part est déterminée en fonction des parties privatives. Néanmoins cette phrase pose elle-même une certaine atténuation à cette division, par « S'il y a lieu », ce qui signifie que cette division n'est pas systématique et ainsi que les quotes-parts de parties communes ne seraient pas existantes.

En effet, en pratique, ce sera le cas lorsque les constructions effectuées par la société et donc leur attribution, ne porte que sur des maisons individuelles, dont le sol sera divisé entre les associés. Nous ne sommes donc pas là dans l'établissement d'une copropriété, puisqu'il n'y a pas « d'équipement communs à ces diverses maisons », mais nous sommes en présence d'une « juxtaposition de propriétés privatives », qui reposent sur une fraction divisée du terrain d'assiette.

Ainsi au-delà de cette dernière exception, l'état descriptif de division n'est pas sans rappeler aux associés que la société d'attribution se doit, dans la plupart des cas, être conçue dans le but d'établir une indivision entre eux. Ainsi, le législateur a prévu dès l'origine même les éléments essentiels de cette future copropriété.

L'état descriptif de division doit être publié à la conservation des hypothèques et être publié à la publicité foncière en application du décret du 14 octobre 1955. En cas de cession de ses droits en cours de vie de la société par un associé, le cessionnaire devra se voir remettre cet état descriptif de division ainsi que le statut de la société, le règlement de jouissance et le contrat de promotion immobilière.

Cependant, en ce que ce document, ou plutôt ces documents, sont établis en amont de la véritable mise en copropriété il n'y avait pas lieu de renvoyer les associés à la loi de 1965 pour le respect des prescriptions. C'est ainsi que le législateur de 1971 de manière sous-

jacente ne fait que reprendre la documentation essentielle, et parfois en simplement changeant leur appellation afin de les faire correspondre à la situation de la société.

B. LE REGLEMENT DE COJOUISSANCE

Le règlement de jouissance, n'est également pas sans rappeler dans son appellation le règlement de règlement de copropriété. C'est l'article L212-2, en son alinéa 2 qui dispose : « *Un règlement détermine la destination des parties réservées à l'usage exclusif de chaque associé, et, s'il y a lieu, celle des parties communes affectées à l'usage de tous les associés ou de plusieurs d'entre eux.* », ainsi que l'alinéa 4 qui prévoit : « *Le règlement ne peut imposer de restrictions aux droits des associés sur les parties réservées à leur jouissance exclusive, en dehors de celles qui sont justifiées par la destination de l'immeuble, par ses caractères ou par sa situation.* »

Cet article fait écho à l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 relatif au règlement de copropriété. En effet, dans le cadre de la copropriété c'est le règlement de copropriété qui détermine la destination des immeubles et pose les droits de chacun des propriétaires notamment sur les parties communes. Il ne peut y permettre de restriction à l'utilisation des parties privatives par son propriétaire à moins que cette utilisation porte atteinte à la destination de l'immeuble.

Et cela va sans dire que l'alinéa 3 de l'article L212-2 dit expressément que ce règlement de jouissance doit être conclu en conformité de cette loi dans le cas où il y aurait attribution en propriété d'une ou plusieurs fractions de l'immeuble. L'hypothèse posée est donc la mise en place d'une copropriété à la dissolution de la société, ou par le retrait d'un des associés. Cet article n'est pas un hasard en ce que le législateur aiguille vivement les associés vers l'établissement d'une copropriété en fin de bail. Nous voyons donc que la société d'attribution peut entraîner à elle seule une copropriété. En pratique, ce sera l'aboutissement le plus fréquent.

Pourquoi ne pas prévoir dès l'origine l'établissement d'un règlement de copropriété dans ce cas ? Le règlement de copropriété, comme le rappelle la loi de 1965, ne peut être mis en place que lorsque la copropriété sera elle même formée, au sens de son article Premier. Avant cela, la société ne peut que juste prévoir son établissement final mais ne peut pas la mettre en place

durant la vie de la société. Ce qui signifie que la loi de 1965 n'est pas d'application immédiate bien que la solution finale soit elle même une copropriété.

A contrario, s'il y avait application de la loi de 1965 cela devrait signifier que toutes ses dispositions devraient également être mise en œuvre durant la vie de la société. Intraçquement cela se rapporte, à titre d'exemple, à la création du syndicat de copropriété. Cependant ce syndicat ne peut exister que lorsque la copropriété est statutairement établie. Comme l'a très vivement rappelé la Troisième Chambre civile dans un arrêt du 3 mai 1977, « *Ce n'est seulement qu'à compter de dissolution (ou le cas échéant du premier retrait) qu'apparaît une copropriété* ».

Concrètement ce règlement de jouissance sera subrogé par le règlement de copropriété. Ainsi, afin d'éviter toutes difficultés à la dissolution de la société, il est conseillé aux associés de distinguer clairement les dispositions qui continueront à s'appliquer à la mise en place de la copropriété à la dissolution de la société. L'assimilation est claire mais l'amalgame également. C'est évidemment pour cette subrogation que le législateur a prévu que le règlement de jouissance doit être établi conformément à la loi de 1965, et notamment à l'article relatif au règlement de copropriété, et de façon générale aux prescriptions de la copropriété. Rien n'est laissé au hasard. Le cadre protectionnisme est encore une fois poussé.

Toutefois cet article 3 prévoit également le cas où il n'y aurait pas de mise en place de copropriété à la dissolution de la société. En effet, dans le cas, vu plus haut, où il y aurait construction de maisons individuelles (opération d'un ensemble immobilier) ou lorsqu'il y aurait attribution en pleine propriété, avec uniquement des services communs sans parties communes. Dans ces cas, l'établissement du règlement de jouissance est libre. Les associés ne sont pas soumis à la loi de 1965.

Au travers de cette documentation et du régime propre à la société d'attribution, le législateur de 1965 a voulu rectifier les erreurs de la loi de 1938 en offrant une protection davantage poussée aux futurs accédants à la propriété par le biais de cette technique sociétaire. De façon discrète ce protectionnisme peut encore être augmenté si ces les futurs associés veulent acquérir leur propriété par voie sociétaire grâce au bail à construction.

SECTION 2 – L’INTIME RELATION ENTRE SOCIETE D’ATTRIBUTION ET BAIL A CONSTRUCTION

La société d’attribution peut parfois n’être qu’un tremplin pour parvenir à terme à la situation espérée. La société ne sera qu’une organisation sociale de personnes physiques souhaitant accéder à la propriété, et généralement à moindre coûts. C’est pourquoi, il peut leur être proposé d’utiliser le bail à construction afin de se décharger de la charge tréfoncière, tout du moins durant l’existence du bail, tout en devenant propriétaire de leurs constructions. Cette possibilité est d’autant plus attrayante qu’elle a été reconnue par l’ensemble du monde juridique (§1) et qu’elle laisse une grande marge de manœuvre à la liberté des associés (§2).

§1. UNE RECONNAISSANCE DISTINGUEE

Cette reconnaissance est issue de l’unanimité de l’avis du panel juridique (I). Egalement elle se manifeste matériellement parlant par la position du preneur à bail par rapport à la société (II). Ces deux régimes semblent faire œuvre d’une compatibilité absolue.

I – L’UNANIMITE JURIDIQUE EN FAVEUR DU MONTAGE

De manière détournée, le législateur a mis en place la possibilité d’une alliance entre technique sociétaire et bail à construction. Ce qui par la suite a trouvé un avis favorable auprès de la jurisprudence et de la doctrine.

L’article L251-3 du Code de la construction et de l’habitation, relatif au bail à construction dispose de la possibilité pour le preneur à bail de « *céder tout ou partie de ses droits ou de les apporter en société* ». D’ors et déjà il est prévu que le preneur à bail puisse s’allier à une forme sociétaire pour réaliser son obligation de construction. Parallèlement à cela, l’article L212-1 du même code dispose « les sociétés ayant pour but les constructions ... », ce qui montre que le bail à construction et la société d’attribution ont un but commun : la construction. En ce cas, il s’agit d’une opération de construction passant par un montage particulier.

Dans une pareille situation, le preneur n’a pas la qualité de maître d’ouvrage de l’opération de construction mais c’est la société qui devra remplir ce rôle.

Egalement, ainsi, le bail à construction aura pour effet de permettre à la société de pouvoir construire sur un terrain, et donc de remplir une de ses obligations. S'agissant de la société, elle permettra la réalisation de l'opération de construction en ce qu'elle ne sera qu'un moyen pour le preneur. C'est ainsi qu'en a décidé un arrêt de la Troisième Chambre civile du 31 mars 2005²⁹, dans lequel la cour de cassation juge décide que « *la construction d'immeuble étant l'objet d'une société d'attribution, le recours à un bail à construction n'était pas contraire à cet objet et était même un moyen de le remplir* », qui vient donc confirmer la construction législative de ces deux régimes. Cet arrêt permet donc une imbrication du bail à construction et de la société d'attribution.

La combinaison de ces deux régimes ne pose pas de grandes difficultés puisque tous deux se rendent réciproquement possible la réalisation de leur objet. L'un étant un moyen, le bail à construction, et l'autre représentant l'effectivité de la réalisation, la société d'attribution.

Reste à savoir comment allier les deux régimes, et leurs dispositions durant leur existence combinée.

Le bail à construction tout comme la société, bien que règlementés par deux lois distinctes, ont le caractère commun d'être adapté en fonction de la volonté des parties. Ce sont des contrats synallagmatiques. Le bail n'étant qu'un moyen de fournir un terrain assiette des constructions, et la société va servir à la satisfaction de l'obligation de construction. Egalement, la société d'attribution aura pour obligation d'entretenir et de gérer les biens construits. Voyons ainsi que la société fait écho à la volonté des parties et devient ainsi preneuse à bail. De fait, durant l'existence du bail, la société sera débitrice des loyers, qui seront eux payés grâce aux appels de fonds effectués durant l'existence de la société d'attribution. Au même titre, ces appels de fonds permettront d'assouvir l'opération de construction. Mais, les loyers peuvent également être payés en nature, ce qui ferait du bailleur un des associés de la société d'attribution.

Durant l'existence du bail à construction la société sera propriétaire des bâtiments, et les associés eux auront un droit de jouissance jusqu'à dissolution ou retrait un des associés de la société. Ainsi, la société d'attribution offrira le régime principal à suivre tout en remplissant les obligations du bail à construction (paiement des loyers et entretien des immeubles). Les

²⁹ Civ 3^{ème}, 31 mars 2005, n°03-20.096

parties devront alors organiser la vie de la société et le sort des immeubles également en fonction du bail à construction, qui n'est que temporaire.

En effet, là est une différence entre les deux régimes. La société bien qu'elle n'ait pas vocation à durer, à son extinction permet aux associés de devenir propriétaires de leur lots et ainsi de constituer une copropriété. A contrario, le bail à construction à son terme va mettre en place le mécanisme de l'accession différée au profit du bailleur. Ainsi, si l'attention n'y est pas prêtée, une fois la société dissoute les preneurs à bail risque de ne pas voir l'assiette de leurs constructions leur revenir. C'est en cela qu'il devient essentiel de prévoir dès les statuts de la société et dans l'état descriptif de division qu'à la fin du bail à construction, la société acquerra le tréfonds, le sol qui fait reste objet de la propriété du bailleur. Ainsi, dès l'origine se voit être mis en place un bail à construction à l'envers pour ne pas se heurter à une telle difficulté.

De par cette prévoyance, à la fin du bail et une fois la société dissoute, les associés deviendront copropriétaires des constructions et le sol deviendra une partie commune à cette copropriété, ainsi que l'entend l'article 3 de la loi de 1965. Ainsi une difficulté auparavant posée peut être résolue par la société d'attribution.

De façon générale, le législateur a, de façon sous-jacente, essayé de tout mettre en œuvre afin de relancer les constructions. La doctrine voit d'un très bon œil la possibilité de combiner ces deux régimes puisqu'ils permettent de régler certaines situations restant délicates, notamment lorsqu'à terme va être mis en place une copropriété. C'est ainsi que cette combinaison peut être le fait d'une personne seule (un promoteur), qui va ensuite prévoir une opération de promotion immobilière, ou de l'alliance de plusieurs futurs accédants à la propriété.

II – LA POSITION DU PRENEUR A BAIL

Dans cette situation le preneur à bail peut être différente personne. En effet, aussi bien le bail à construction que la société d'attribution rien n'oblige que leur lien de filiation soit uniquement fait par une personne physique, ou plusieurs personnes physique ou qu'il y ait interdiction qu'ils soient contractés par une personne morale. Une grande liberté quant à la qualité du preneur à bail qui est mise.

Ce preneur peut être une personne seule. C'est le cas lorsqu'un promoteur immobilier, qui a la volonté de commercialiser les immeubles dont il est propriétaire grâce au bail à construction. Afin de faciliter l'accession des futurs propriétaires à la propriété de ces immeubles, le preneur à bail peut créer la société d'attribution en cours d'exécution du bail. Ainsi, il apportera ses droits réels sur les constructions à la société et par la suite, la société les cédera aux futurs associés.

Egalement, le promoteur peut décider de créer la société avant même de conclure le bail à construction. En ce cas, c'est la société qui sera preneuse à bail. Elle sera titulaire des droits réels qui en résultent et donc propriétaires des constructions qu'elle cédera pas lots au fur et à mesure des constructions.

Les textes ne font pas référence à un moment dit « propice » pour la création de la société. De fait, elle peut être soit créée en cours de bail, soit en amont du bail à construction. Egalement, toutes les décisions seront prises collectivement, évitant alors un certain arbitraire et le suivi des constructions sera facilité par le conseil de surveillance qui est obligatoire dans le cadre d'édification d'immeubles à usage d'habitation. La création de cette société reste totalement possible dans le cas où le seul constituant ou les associés souhaiteraient créer des locaux à usage commercial. La société leur permet de jouir de leurs biens durant son existence, jouissance qui sera alors transformée en propriété à la dissolution de la société. La mise en jouissance des locaux à usage commercial permet aux associés de rentabiliser leurs investissements, notamment ceux liés aux appels de fonds.

Egalement, le preneur à bail peut en réalité être des preneurs à bail à construction. C'est le cas notamment lorsqu'un groupe de futurs copropriétaires voulant accéder à la propriété de leurs constructions peut créer une société d'attribution en propriété en amont de la signature du bail. Ainsi la société contractera le bail. Cette situation faciliterait ainsi la démarche dans l'acquisition du terrain, puisqu'il leur suffirait de prévoir l'achat du terrain en fin de bail, mais également la vie du groupe car celle-ci sera régie en fonction des statuts de la société et les lots attribués selon l'état descriptif de division. Une fois la société dissoute, le bail à construction pourra toujours sous poursuivre sous la forme d'une copropriété, dans laquelle le règlement de cojouissance aura laissé place au règlement de copropriété et ainsi toutes les modalités auront été prévues à l'avance.

L'idée de procéder à la création d'une société dans le cadre du bail à construction est de diminuer les coûts liés aux constructions puisque ici ils seront tous mutualisés.

Lorsque la société sera preneuse à bail, il appartiendra aux associés de s'assurer du respect des règles notamment le paiement du loyer et l'obligation d'entretien. Cette dernière obligation se retrouve dans la loi s'agissant de la société d'attribution, comme étant d'ailleurs une règle d'ordre public, et fait partie d'une des obligations dans le bail de droit commun et a fortiori dans le bail à construction, ce n'est donc pas sans dire que les associés ne peuvent y déroger.

Avantageusement, la mise en place de cette société permettra de pallier à certaines difficultés liées au bail seul, de par la grande liberté qu'elle offre à ses associés. Ce montage présente des caractères réellement utiles à la facilitation de la vie en groupe.

§2. LA MANIFESTATION DE LA LIBERTE DES ASSOCIES

L'avantage d'une société ainsi que d'un bail à construction, hormis les règles impératives, il appartient aux protagonistes de définir librement leur choix dans le montage des opérations. C'est ainsi que pourront être réglés les droits dont dispose chacun des associés (II). Au même titre, le législateur a également prévu de ne pas laisser apparaître une situation hermétique, ainsi les parties sont libres de sortir du statut social (I).

I – LE NON CLOISONNEMENT A UN STATUT SOCIAL

La situation présentée est celle où les associés peuvent librement céder leurs parts sociales, ainsi que leurs droits au bail selon la situation (A). Cette cession emportera des effets (B).

A. LA POSSIBILITE DE CEDER LES PARTS SOCIALES

La cession de parts sera l'opération permettant à des personnes étrangères à l'opération originale de s'y associer et ainsi en supporter les risques comme les autres associés. Elle est prévue à l'article L212-1 du CCH. Il est entendu que l'achèvement des constructions ne met fin ni à la société d'attribution, ni au bail à construction. Tous deux devant se perdurer jusqu'au terme initialement prévu à moins dissolution anticipée, dans le cadre de la société d'attribution. Ainsi, la cession de parts sociales peut intervenir à tout moment, pendant les constructions ou après celles-ci.

Historiquement, la loi de 1938 ne posait guère de disposition permettant de garantir les cessionnaires dans leur accession à la propriété. Ainsi les tribunaux étaient désarmés notamment en cas de litiges pour prononcer la nullité de la cession. La jurisprudence a usé de l'interprétation extensive du droit commun pour parvenir à la nullité des cessions.

La nouvelle loi est ainsi venue apporter des rectifications permettant de protéger au mieux les intérêts de chacun. C'est ainsi que l'on peut distinguer un régime simplifié de droit commun et un régime renforcé dans le cadre du secteur du logement.

Avant tout, comme dans le droit commun, toute cession peut être soumise à un agrément. Dans le cadre de la société d'attribution s'est posée la question de savoir si en cas de cession de ses parts par le gérant de la société, lui-même associé à celle-ci, devait-il être soumis à l'agrément des autres associés ? A cette question la cour de cassation est venue répondre « *Aucune disposition légale n'imposait que le gérant, lorsqu'il était associé, soumette la cession de ses parts à l'agrément de l'assemblée générale* », en son arrêt de la **troisième chambre civile du 17 janvier 1966**. Cette solution vient dire deux choses. La première est que la société d'attribution être soumise aux règles de l'agrément, ce qui est d'autant plus compréhensible que c'est une société à fort intuitu personae de par la poursuite d'un objectif commun qu'est la construction d'immeubles. La seconde chose est qu'il est important de prévoir les modalités de la cession des parts, et plus globalement de la sortie d'un des associés de la société.

Cette cession de parts, notamment en cours de construction, présente des règles particulières. Ces règles s'appliqueront bien que les sociétés soient ou non constituée pour la construction d'immeuble d'habitation ou mixte.

Plus précisément, c'est l'article R212-11 du Code de la construction et de l'habitation qui vient poser certaines obligations, notamment les mentions obligatoires et les annexes devant figurer dans le contrat de cession. Ces mentions concernent principalement trois aspects : « *Le nombre de parts ou actions cédées, la désignation du ou des lots auxquels les droits cédés donnent vocation, leur consistance telle qu'elle résulte des plans, coupes et élévations, avec les cotes utiles et l'indication des surfaces de chacune des pièces et des dégagements, et, s'il y a lieu, la désignation sommaire de l'ensemble immobilier ; e prix à payer au cédant, tant pour la cession des droits sociaux que pour le remboursement des sommes qu'il a déjà versées à la société ; e prix à payer au cédant, tant pour la cession des droits sociaux que pour le remboursement des sommes qu'il a déjà versées à la société* ». A cela vont être ajoutés les

annexes qui sont : les statuts de la société, l'état descriptif de division et règlement de jouissance, le contrat de promotion immobilière ou l'écrit présentant l'opération confiée au représentant de la société si la cession touche à un immeuble d'habitation ou mixte. Enfin, il ne faut pas oublier de signifier cette cession à la société.

A côté de cela est mis en place un régime renforcé, qui vient en complément au régime de droit commun. Au stade de la construction, il y a essentiellement deux règles protectrices. La première concerne la date de la cession et la seconde les annexes au contrat. Ainsi que l'a été mentionné plus tôt dans cet exposé, avant toute cession, il faut prévoir un contrat de promotion immobilière dans le cadre du secteur protégé. C'est l'article L212-10 in fine de son alinéa 3 qui prévoit cette règle. Plus précisément cette règle veut que la cession de parts ou actions soit interdite avant la conclusion d'un contrat de promotion immobilière ou l'approbation de l'écrit équivalent. En pratique cette règle devra s'appliquer lorsqu'ont déjà été engagés des sommes nécessaires au paiement des études techniques et financières du programme et pour l'acquisition du terrain, et par extinction on peut supposer également lorsque les loyers de l'occupation du terrain si l'on se trouve dans un bail à construction. Avant cela, les auteurs pensent que les « parts ne représentent aucun actif et l'on ne peut envisager la cession ». C'est une opération économique avant tout.

Il est également envisageable de contracter un avant-contrat avant la cession des parts sociales, notamment dans le cas du régime renforcé.

En somme, cette cession de parts sociales reste offerte un régime permettant de protéger le cessionnaire à l'opération d'acquisition. Ce protectionnisme est tant poussé puisqu'en pratique les attributaires de la société sont des professionnels tels que des investisseurs ou des promoteurs qui vont chercher à vendre leurs parts sociales à des personnes souhaitant accéder à la propriété. Ainsi, afin d'éviter toute situation frauduleuse comme a été le cas suite à la loi de 1938, il était important pour le législateur de prévoir un niveau supérieur de protection. Cela peut paraître certes contraignant mais paraît-il efficace dans les faits, notamment dans le secteur du logement d'habitation par son régime renforcé, en ce qu'il permet également aux juges d'avoir une base sur laquelle se reposer dans le cas de manœuvres frauduleuses. La cession de parts aura des effets différents pas la suite à la fois sur le cessionnaire que sur le cédant.

B. LES EFFETS DE LA CESSION DES PARTS SOCIALES

La cession de parts sociales aura des effets différents selon la personne. Avant tout, la cession de parts sociales, comme tout autre type de cession entraîne irrévocablement le transfert de la chose. Cette cession est soumise aux règles de signification prévues à l'article R212-8 du Code de la construction et de l'habitation ou aux règles du Code civil pour les sociétés de forme civile.

Lorsque le cédant cède ses parts sociales, il sera tenu de certaines obligations à l'égard de la société mais également à l'égard du cessionnaire.

Le cédant reste tenu à l'égard de la société s'agissant des appels de fonds déjà prévus avant la cession. Au sens de l'article L212-8, alinéa 2, le cédant reste tenu de l'obligation sauf si la société l'en dégage expressément.

A l'égard du cessionnaire le cédant doit répondre de plusieurs obligations découlant du droit commun.

Il a d'abord une obligation de délivrance, se matérialisant par l'inscription du cessionnaire sur les registres sociaux. Il serait difficile de remettre matériellement la titularité d'un droit immatériel. Cette cession doit être soumise à publicité et à notification de la société au sens de l'article 1690 du Code civil à faut d'acte authentique.

Ensuite, il a une obligation de garantie. C'est celle-ci qui pose le plus de problème en pratique, jusqu'à même entraîné une divergence jurisprudentielle sur la question notamment à cause du fait que la cession de parts sociales peut être assimilée à une cession de créance.

La cession de parts sociales en elle-même a connu une divergence de jurisprudence, mais encore aujourd'hui une question subsiste.

En effet, la jurisprudence a tendance à l'assimiler à une cession de créance. Ce qui impliquait qu'au titre de l'article 1693 du Code civil, la garantie ne portait que sur son existence et son exercice. Ce qui limité l'extension de cette garantie en cas de vices de construction. Rappelons que la cession de parts n'en est pas une en tant que telle, c'est une cession de quotes-parts d'un immeuble, ce que le cessionnaire aura au final ce sera un bien immobilier³⁰, ainsi il faut prévoir par extension à la cession de parts sociales, la garantie de ce bien. Ainsi en a été faite application par le tribunal de Paris dans un jugement du 29 avril 1967.

³⁰ TGI Seine, 11 janvier 1961

Cette vision a cependant été rejetée par la cour de cassation qui refusait de voir un même régime entre la cession de parts sociales et la vente d'immeuble et ce d'autant plus qu'ils se trouvaient dans une société de la loi de 1938, en ce sens son arrêt de la Troisième 6 mars 1973. En pratique la cour de cassation avait raison. De manière générale, la société d'attribution est souvent créée par des investisseurs et promoteurs immobiliers qui vont par la suite céder leurs parts ou actions à des futurs copropriétaires tiers. En cas de lésion, en appuyant leur action sur la garantie de vice caché, les cessionnaires poursuivaient en réalité la société et donc eux mêmes. Ils n'avaient en réalité aucun recours contre les personnes physiques promoteurs et investisseurs, qui finalement se trouvaient les mieux lotis. Ils ne pouvaient qu'au mieux (ou au pire ?!) avoir intenté un recours contre le constructeur et/ou les architectes sur le terrain délictuel.

En somme, il n'y avait pas d'assimilation possible entre la cession de parts sociales et une vente d'immeuble. Au mieux les juges accordaient une résolution de la vente au motif du manquement à son obligation de délivrance par le cédant. Egalement au sens de l'arrêt de la Troisième Chambre civile du 5 mai 1981³¹, pour l'assimilation à une vente déguisée lorsque la cession en bloc de toutes les parts intervient après l'achèvement des travaux.

La situation reste difficile à décoder. Les cessionnaires ne pouvaient que très rarement trouver gain de cause.

Cependant, la cour va instituer un régime également renforcé dans le cas où la vente de parts sociales est subordonnée à la construction d'immeuble de type habitation ou habitation et professionnel (ils doivent représenter à minima 10% de la construction). Dans certaines situations, cette vente de parts sera assimilée à la vente d'immeuble et ainsi le régime leur sera appliqué. Comme dit plus tôt en ce cas, un contrat de promotion immobilière devra être souscrit par la société d'attribution et c'est ainsi que sur le vendeur reposera la garantie de malfaçon et de défaut de conformité de l'immeuble que l'on retrouve chez le constructeur.

Ce régime ne s'appliquant qu'au secteur protégé du logement, qu'en est-il pour les immeubles commerciaux ou les opérations de construction ayant moins de 10% de construction d'habitation ou mixte ? La question reste encore entière. C'est peut-être en ce sens qu'il est important pour les parties, et sur les conseils du notaire, de prévoir dans l'acte de cession que le cédant reste tenu de certaines garanties au moins jusqu'à l'achèvement des travaux ou au

³¹ Civ 3^{ème}, 5 mai 1981, RDI 1981.387

plus pendant une ou deux années après l'achèvement des travaux. C'est en cela que la liberté contractuelle des parties prend tout son sens. Il reste néanmoins que le législateur devrait se hâter d'intervenir sur ce point afin d'encadrer les parties, et notamment le cessionnaire.

Parallèlement, le cessionnaire est également tenu de certaines obligations, que nous pourrions qualifier de droit commun. En effet, comme dans toute opération d'aliénation à titre onéreux, le cessionnaire est tenu de payer le prix de la vente au cédant. Cependant, dans le cadre de la société d'attribution il sera dégagé des appels de fonds mis en recouvrement à la date de la cession, sauf stipulation contraire dans l'acte de cession (article L212-8, alinéa 1 du CCH).

Enfin, le cessionnaire sera souvent tenu d'apporter une garantie à la société d'emprunt. En ce cas, aux termes de l'article L212-7 du Code de la construction et de l'habitation il lui sera possible d'obtenir une caution hypothécaire de la société, qui est durant les constructions la seule propriétaire de l'immeuble. C'est ainsi que cela a été conforté par un jugement de la Première Chambre de Nîmes en date du 28 janvier 2003, dans l'affaire « SCI de la Forge c/ BNP Paribas ». L'article pose quand même trois conditions afin de permettre cette caution hypothécaire. La première étant que ce cautionnement réel doit être autorisé par les statuts, la seconde est qu'il doit porter exclusivement sur le lot qui sera destiné à être attribué au cessionnaire emprunteur et enfin, il ne peut être donné un montant supérieur à celui des appels de fonds déjà réglés pour ce lot et de ceux qui restent à régler.

En permettant la cession de parts sociales, le législateur a prévu que les associés puissent ne pas rester dans une situation fermée durant la vie de la société. Cependant, notons bien qu'il s'agit d'une cession de parts, soit alors qu'il y a subrogation entre le cédant et le cessionnaire, qui va poursuivre l'objectif initialement posé. Les effets seraient différents en cas de retrait d'un des associés sans qu'il soit remplacé par une autre personne.

Egalement, la société d'attribution permet autrement la manifestation de la liberté des associés. En effet, suivant les discussions posées dans le cadre du bail à construction seul, la société d'attribution peut venir résoudre certaines questions jusqu'à lors restées sans réponses. C'est ainsi que les associés au travers de son statut peut régler leurs droits.

II – LE REGLEMENT DES DROITS DES ASSOCIES

C'est ici le cœur de l'avantage de la société d'attribution. En effet, la société, bien que sa nature soit soumise à des divergences doctrinales, reste un contrat dans lequel les associés vont régler leurs droits en fonctions de leurs objectifs.

C'est en cela que la société d'attribution fait preuve d'originalité, puisque hormis les dispositions d'ordre public, elle laisse une grande marge de manœuvre aux associés.

Cette marge de manœuvre est d'autant plus importante lorsqu'est souscrit un bail à construction. Cet exposé tend à donner les avantages à recourir à la société d'attribution lorsque sera souscrit un bail à construction.

La question qui dans le cadre du bail à construction seul est restée sans réponse est de savoir comment peut être réglée la situation du démembrement de la fraction divisée par un des copropriétaires. La doctrine tendait à faire en sorte que les droits de votes restent au nuropriétaire pour ne pas contraindre le bailleur copropriétaire de la fraction. Mais, les parties peuvent prévoir autrement dans le bail. Cependant, rien n'est certain quant à l'entente des parties, notamment lorsqu'ils sont à deux généralement uniquement le bailleur et le preneur.

Dans le cadre d'une société d'attribution, cette question connaîtrait immédiatement réponse dans la loi même.

En effet, c'est l'article 1844 du Code civil qui vient régler cette question en prévoyant : « *Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent* ». Cette règle étant impérative, comme l'a rappelé la chambre commerciale dans son arrêt du 15 décembre 2010, il n'y a pas lieu de discuter du droit de vote en cas de démembrement. Ici en cas d'indivision d'une part sociale entre deux copropriétaires, c'est le mandataire qui viendra régler les questions du droit de vote.

Ce même article vient également prévoir que dans le cadre d'un démembrement, c'est au nuropriétaire à qui reviendrait le droit de vote. Dans le cadre de la société d'attribution alliée au bail à construction, s'il y a démembrement d'une fraction du sol, cela passera par la société. Nous pourrions considérer que le bailleur soit également partie à la société ce qui aura pour effet que leurs droits seront accordés selon la loi. Dans le cadre de la société il sera plus facile de se référer aux dispositions législatives, plutôt que dans le cadre du bail à construction seul de prévoir des situations par analogie uniquement. Le sort des sociétés est davantage mieux encadré, ce qui a pour effet de régler plus égalitairement les droits des associés.

Cela d'autant plus que cette même loi prévoit que les statuts peuvent en prévoir autrement. Ainsi les associés peuvent réarrangés les dispositions législatives en fonction de leurs attentes respectives et leurs besoins propres. Cependant, le législateur compte quand même sur une situation égalitaire entre les parties. Le juge viendra sanctionner toute dérision.

Au même titre que pour le démembrement d'une part, les statuts peuvent également prévoir le sort des garanties dans le cas d'une cession avec vices cachés. Ainsi que la prévu l'arrêt de la chambre commerciale du 16 juin 1970, le cédant peut prévoir contractuellement qu'il accordera des garanties complémentaires à celles prévues légalement au cessionnaire. Cette possibilité est importante dans le cadre d'une cession dans un cadre autre que celui du secteur protégé.

Egalement, s'agissant des loyers du bail à construction qui sont payables en nature ou en espèce, il y va qu'il sera important de bien prévoir contractuellement la suite à donner à cette association. En effet, le paiement des loyers en nature dans le cadre d'une société d'attribution revient à accorder des parts sociales de la société au bailleur. Ce qui a pour conséquence qu'il deviendra un associé de la société d'attribution. Ceci étant qu'il sera un associé particulier, du moins durant l'existence du bail et la période de construction. Le bailleur aura à la fois des parts de la société et la propriété pleine et entière du sol. Cela peut paraître inégalitaire. Dans ce cas, il peut être prévu contractuellement, en tout cas dans les statuts de la société et dans le bail, que le bailleur en fin de bail renonce à sa possibilité d'accession et vend ses droits au sol aux différents associés, à la dissolution de la société ou à vente à la société durant la période d'existence de celle-ci, tout en gardant la partie correspondante à la quote-part de sa partie privative. En conséquence de quoi, le bailleur et les autres associés de la société deviendront copropriétaire.

Mais, cette situation ne peut se régler qu'au terme de l'existence du bail. S'il y a vente des droits au sol en cours de bail à la société, alors il y aura défaut du principe même du bail à construction qui veut que le preneur, ici la société, n'ait que la partie surplombant le tréfonds, qui resterait à la propriété du bailleur jusqu'à l'extinction du bail. Cela peut entraîner un risque de requalification du bail.

Dans le cas où le paiement se ferait en espèce, les loyers seront entendus dans les appels de fond de la société. Ces appels de fonds permettront les constructions et le paiement des charges dont les associés sont obligataires.

En somme, la société aura pour effet à la fois de régler la question du règlement des loyers et faire échec à l'accession différée du bailleur. Clairement, la société viendra limiter les droits du bailleur sur les constructions.

La société d'attribution réglant les soucis qui puissent être liés au bail à construction répond également, au même titre que ce dernier, à la volonté des parties de la constituer en vue de se mettre dans une copropriété. Rien n'est ici encore négligeable. La société d'attribution étant elle même, dans la majeure partie des cas, créée en ce but ultime.

CHAPITRE 2 – LA MISE EN FORME DE LA COPROPRIETE PAR LA SOCIETE D'ATTRIBUTION

La société d'attribution peut en effet donner lieu à une mise en copropriété. La doctrine rappelle souvent qu'elle est dans la majorité des cas constituée dans ce but ultime. A travers ce chapitre, il sera fait état de deux façons principales de concourir à cette mise en copropriété. En effet, les associés de la société sont libres d'y rester, de céder leurs parts ou de se retirer de la société. On peut avoir une accession à la copropriété de façon anticipée selon l'action de l'associé. Mais, de manière générale, la mise en copropriété s'effectuera à la dissolution de la société d'attribution.

SECTION 1 – UNE MISE EN COPROPRIETE PAR ANTICIPATION

Ici, il sera fait allusion au retrait d'un des associés à la société. Ce retrait entraîne une mise en copropriété de façon anticipée. Avant ce retrait, les associés pourront prendre jouissance de leurs biens une fois achevés, et ce avant même le partage après dissolution de la société (§2). Cette prise de jouissance est également, dans une certaine mesure, assimilée à une copropriété (§1).

§1. L'ASSIMILATION PAR L'ENTREE EN JOUISSANCE

L'entrée en jouissance fait partie des droits des associés durant la vie de la société (I). Toutefois, cette situation présente un caractère précaire important (II).

I – L'ATTRIBUTION EN JOUISSANCE EN COURS DE VIE

Cette attribution fait partie des prérogatives de l'accédant à la propriété, sa nature a été soumise à discussion (A). Il va sans dire qu'il faut par la suite donner consistance de ce droit de jouissance (B).

A. UNE PREROGATIVE DEROGATOIRE AU DROIT

COMMUN

C'est l'article L212-5 du Code de la construction et de l'habitation prévoit que cette attribution en jouissance découle des droits pour chaque associé de ses droits dans le capital social.

Cette prérogative n'est que temporaire car, l'attribution en jouissance intervient durant la période allant de la fin des travaux de construction à avant la dissolution de la société d'attribution. Pourtant la prérogative que détiennent les associés quant à cette attribution connaît une nature juridique détonante du droit commun. C'est une pure construction.

Sur la nature de ce droit, la doctrine a longtemps été embêtée sur la question. Dans un premier temps une partie de la doctrine en a vu un fruit de la société, qui, comme le prévoit l'article 587 du Code civil, s'acquière au jour le jour. Cependant, cette analyse ne pouvait aboutir puisque la société restait pleine propriétaire de l'immeuble jusqu'au partage, alors que l'on sait que dans le cadre d'un usufruit le propriétaire initial voit son droit de propriété démembré, il en devient nu-propriétaire et ne dispose donc plus que de sa prérogative de disposition. Les prérogatives d'*usus* et de *fructus* étant passées à l'usufruitier. Cette analyse ne concordait donc pas avec l'esprit de droit commun. Il n'y a pas de passation d'un droit réel quelconque.

La doctrine ainsi que la jurisprudence, et notamment dans un arrêt de la Troisième Chambre civile du 7 juillet 1982, partagent une vision bien plus originale de cette prérogative. En effet, selon il s'agirait d'un droit personnel de jouissance qui serait attaché aux parts sociales. Est-ce donc une créance qu'ont les associés envers la société ? La créance étant un droit personnel du créancier envers le débiteur. Cela y ressemble, on peut y faire allusion par analogie. Cependant, la doctrine est d'accord pour dire que ce droit personnel de jouissance attaché aux parts sociales est une pure création législative.

A partir de là, l'associé peut donc en tant qu'attributaire de la jouissance se prévaloir d'une jouissance en conformité avec l'état descriptif de division, sans pour autant manquer à leurs obligations.

En effet, les associés ont des obligations avant l'achèvement des travaux qui est pour l'essentiel de répondre à l'appel de fonds. Egalement, ils ont des obligations après l'achèvement des travaux. Ces dernières obligations sont principalement, de contribuer au

fonctionnement et à la maintenance des immeubles et ce jusqu'à dissolution de l'entité. Cette obligation étant prévue à l'article L212-6 du Code de la construction et de l'habitation. En pratique souvent, cette obligation sera reprise du droit relatif à la copropriété, par le biais de renvoi, puisque dans la plupart des cas l'immeuble à vocation à devenir une copropriété. En ce sens, leur obligation d'entretien passe par la contribution aux charges qui seront calculées en fonction des droits de la valeur des parties privatives comprises dans le lot.

Cependant, contrairement à la copropriété, ici il n'y aura pas de syndicat pour calculer le montant des charges ou de syndic pour procéder à leur recouvrement. Pour l'action en révision des droits de participation de chacun ou encore les droits de vote dans la prise de participation les alinéas 4 et in fine de l'article L212-6 du CCH renvoient aux articles 12 et 24 de la loi de 1965 relative à la copropriété pour leur détermination.

Ces règles montrent une assimilation de l'entrée en jouissance à la mise en copropriété. Bien que matériellement pas constituée la copropriété reste palpable dans l'entrée en jouissance. Cette assimilation ne s'arrête pas dans la nature ou la portée de cette attribution en jouissance mais également en son contenu.

B. LA CONTENANCE DU DROIT DE JOUISSANCE

Ce droit de jouissance reste effectivement assimilable à la copropriété en son contenu. Cette société d'attribution rend la mise en copropriété d'autant plus facile que ses associés ont, à peu de différences près, les mêmes prérogatives qu'un véritable copropriétaire.

Malgré cette entrée en jouissance, la société, en tant que plein propriétaire des constructions, reste tenue envers les associés quant à la délivrance de cette jouissance et les garanties de malfaçons. Cette dernière est une obligation de résultat de la société. Cependant, cette question reste encore irrésolue quant à la protection lors aux cessions de parts sociales hors secteur protégé du logement. Néanmoins, en 1995 la cour de cassation rappelle que seule la société peut agir en garantie biennale et décennale contre les constructeurs.

Sur l'obligation de délivrance de la chose, l'associé peut se prévaloir du manquement de la conformité de cette jouissance à ce qui avait été prévu dans l'état descriptif de division. Ainsi, La cour de Montpellier dans un jugement du 12 février 1960 en a considéré que le caractère précaire du droit de jouissance ne peut pas être assimilé à l'associé.

Le droit de jouissance donne à l'associé quatre prérogatives essentielles.

La première étant la possibilité pour lui d'occuper le local correspondant à ses parts, et ce dans le respect du règlement de cojouissance mis en place dès la création de la société.

La seconde prérogative est la possibilité pour l'associé de céder son droit de jouissance à bail. Dans ce cas, nous aurons un associé jouissant de ce droit qui va le céder par voie bailleresse à un tiers qui va également jouir de ce droit. Cela ressemble à une sorte de sous-location, tout du moins durant l'existence de la société propriétaire des constructions. Là dessus la jurisprudence est claire, cela ne peut être assimilable à une sous location dès lors que le but final est une mise en copropriété. Autrement le caractère de la copropriété l'emporte sur le fait matériel produit. Mais cette cession reste totalement relative en ce qu'elle est inopposable à la société, qui peut donc demander l'expulsion du locataire défaillant de l'associé. En contrepartie à cela, la cour de Paris considère quant à elle que cette cession par bail est opposable à l'associé.

La troisième prérogative est la possibilité pour l'associé est de céder son droit de jouissance et de le donner en nantissement mais seulement sous forme de cession ou de donation de parts en nantissement. Concrètement cela revient à mettre leurs parts sous peine de saisie, mobilière en raison du caractère personnel du droit de jouissance³².

La quatrième prérogative, enfin, est celle de la possibilité d'exercer une action à l'encontre de la société si la jouissance n'est pas conforme à ce qui avait été prévue en amont (exemple : un problème d'isolation phonique). Cela va même jusqu'à la possibilité pour l'associé de demander la démolition de l'immeuble lorsque le lot est contraire au cahier des charges ou au règlement de cojouissance³³.

Ces actions sont intentées puisque la jurisprudence considère que la société a une obligation de résultat. Toutefois, la garantie décennale ne peut être intentée que par la société propriétaire des constructions.

De fait, l'associé entrant en jouissance dispose de pouvoirs étendus sur le lot qui lui est attribué. Il dispose de droit réels et d'usufruit sur ce bien, et ce au même titre d'un copropriétaire. A ce même titre l'exercice de ses droits pourra être limité par le règlement de cojouissance dont il a pris part dès son association aux statuts de la société.

Toutefois, bien que ce ne soit un droit personnel de la société et non un usufruit à cause de l'absence de démembrement du droit de propriété de la société, l'associé va voir son droit de jouissance être limité.

³² CA, Versailles, 27 mars 1987.

³³ Cass 3^{ème}, 11 octobre 1983.

II – LA PRECARITE DE LA SITUATION

La précarité de la situation s'entend à l'égard des tiers du fait que ce droit de jouissance leur soit inopposable mais également du fait que la situation n'est qu'une étape avant transformation.

En effet, la précarité s'établit à l'encontre des tiers, il s'agirait d'une situation précaire dans les droits. La situation ne leur est nullement opposable. Ici, les tiers sont les créanciers qui voudraient saisir le lot à cause du défaut de paiement de la société. Dans le cas où la saisie ait eu lieu, la vente de l'immeuble pourra s'effectuer bien que l'associé attributaire ait pris jouissance des lieux. L'acquéreur, adjudicataire, pourra alors faire expulser cet associé des lieux au sens du Tribunal de Grande Instance de Seine dans son jugement du 25 janvier 1961. Ainsi, le droit de jouissance dont dispose l'associé n'est pas opposable aux tiers créanciers sociaux de la société. En conséquence de quoi, il faudrait réellement se poser la question de la portée de cette attribution. Autrement quel intérêt a l'associé de jouir des lieux ? Une possible explication serait basée sur une acception socio-psychologique, consistant à dire qu'en prenant possession de leur lieu d'habitation ou en les donnant en ce sens (dans le cas d'un bail commercial par exemple), l'associé aura un sentiment d'accomplissement du but poursuivi. Matériellement parlant, il sera dans les lieux mais la propriété des lieux sera encore détenue par la société.

Egalement, la société sera détentrice du droit de propriété plein et entier des immeubles. Ce en quoi, il faut voir le droit de jouissance des associés comme étant précaire dans le temps. C'est ainsi également que le prévoit le texte relatif à la société d'attribution lorsqu'il dispose que cette situation est mise en place jusqu'à ce qu'une autre vienne la subroger.

Le droit de jouissance de l'associé lui sera attribué dès lors que les constructions auront été achevées et avant la dissolution de la société entraînant la mise en propriété des associés. Cette situation précaire ne doit pas être confondue avec celle des sociétés d'attribution en jouissance à temps partagé, prévues par la loi du 6 janvier 1986. Dans ces dernières, il n'y a pas de possibilité de mise en propriété, ce qui exclut alors toute possibilité de mise en copropriété. Les droits des associés restent subordonnés à leur participation à la société.

Ce n'est que par la dissolution de la société que la situation de précarité aussi bien des droits que dans le temps s'achèvera en faveur de l'associé. Certainement cette situation peut paraître

pesante pour les associés qui préfèrent, au lieu de céder leurs droits dans la société, se retirer du montage. Ce retrait entraînant une mise en copropriété ... particulière.

§2. LE RETRAIT AVANT TERME D'UN ASSOCIE

De par longévité de la situation et de la précarité des droits des associés sur les constructions édifiées, certains associés peuvent s'essouffler. Ainsi, décident-ils de se retirer de la société. Ici, nous parlons de retrait d'un ou deux associés, donc un retrait partiel (I), et non le retrait total qui aurait pour conséquence de faire disparaître la société. Ce retrait partiel aura lui aussi des conséquences plus ou moins particulières (II).

I – LE RETRAIT PARTIEL

Parler du retrait partiel sera en adéquation avec le sujet étudié. En effet, c'est une prérogative qui marque une nouvelle fois la liberté des associés (A) à ne pas rester dans ce type de situation. Mais, ce retrait sera soumis à certaines formalités pour éviter une situation frauduleuse (B).

A. UNE PREROGATIVE DE LA LIBERTE DE L'ASSOCIE

Ce retrait anticipé de l'un des associés entraîne un partage partiel de l'actif social, qui dans le cadre de cette société d'attribution se résume en les constructions édifiées. Autrement dit, l'associé qui use de cette faculté se voit attribuer en pleine propriété son lot de l'immeuble.

Cette situation a été prévue par le législateur dans le cas où, essentiellement, il n'y aurait pas encore de décision de partage total de l'actif soit par la dissolution de la société. Auparavant prévue mais uniquement que dans les statuts de la société sous l'empire de la loi de 1938. Cette possibilité a été actée à l'article L212-9 du Code de la construction et de l'habitation par la loi de 1971. Autrement dit on a une faculté discrétionnaire à condition de l'avoir prévue devenue un droit qui reste quand même discrétionnaire sur sa mise en œuvre.

C'est une faculté qui peut être avantageuse pour tous les associés de la société d'attribution en ce qu'elle peut être exercée à tout moment (selon certaines conditions). Toutefois, son

exercice sera limité dans le cas où l'associé souhaiterait se retirer pour limiter les droits du créancier social. Cela éviterait la saisie du lot qui lui serait attribué. Bien entendu le retrait d'un associé est opposable aux tiers, notamment les créanciers sociaux. C'est ainsi que le tribunal d'Aix en Provence dans un jugement de sa Première Chambre du 24 janvier 2002, « *Logirem c/ Cohen* » vient préciser que ce retrait ne peut être effectué dans le cas où une procédure collective aurait été ouverte à l'encontre de la société. Ainsi est posée une limite à ce droit de l'associé. Cette limite s'explique par le fait que le retrait d'un associé entraîne pour la société la création d'une créance antérieure à l'ouverture de la procédure. La créance serait née par la souscription aux parts sociales. Ce à quoi, en application de l'article L622-7 du Code de commerce la société n'a guère le droit de payer une créance qui serait née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Ainsi bien que cette solution peut paraître non équitable pour l'associé, l'intérêt de la société, et notamment les règles des procédures collectives, vont surplomber les droits de l'associé. De fait il y a une claire application du principe selon lequel les intérêts de la société ne sont pas forcément ceux des associés, qui est également valable en sens inverse.

En somme, il faut comprendre que le retrait de l'associé est un droit qui lui est accordé par la loi de 1971, mais qui reste limité à l'intérêt de la société dans le cadre de procédures collectives. Toutefois, l'associé ne pourra exercer ce droit que s'il a lui même rempli d'autres conditions.

B. PROCEDURE ET FORMALITE DU RETRAIT

Le retrait de l'associé ne pourra se faire que s'il a rempli certaines conditions. Au nom de l'article L212, alinéa 4 l'associé ne peut se retirer que s'il a répondu et est à jour dans les appels de fonds. Ces appels de fonds ne vaudraient que pour ceux liés à l'opération de construction³⁴, a priori cela ne saurait donc toucher ceux liés à leur entretien³⁵. Autrement dit, si l'associé n'est pas à jour de ses paiements il ne pourra exercer son droit de retrait. A cela, sera ajouté une autre condition, le retrait ne pourra être exercé que si l'assemblée générale aura constaté l'achèvement de l'immeuble (sans malfaçons présentes) et de sa conformité avec l'état descriptif de division.

³⁴ Paris, 23 décembre 1980

³⁵ Civ 3^{ème}, 3 février 1981.

Egalement, ce retrait doit être prévu par acte authentique, aux fins d'opposabilité aux tiers. Cet acte devra être signé par l'associé lui-même et un organe représentatif de la société. En cas de refus, il faudra saisir le président du tribunal de grande instance pour autoriser le retrait.

Cependant une précaution reste à prendre s'agissant de l'état des parts du retenant. En effet, il convient de vérifier qu'aucune action en garantie ou nantissement n'ait été mise en œuvre par le créancier personnel de l'associé. Dans le cas où cela aurait été le cas et l'associé débiteur ne le mentionne pas, cela pourra être considéré comme une fraude aux droits de ses créanciers car l'annulation des parts de l'associé leur prive également d'assiette de créance. Cette annulation de part sociale aura également des conséquences sur la société directement.

II – LES EFFETS PROPRE AU RETRAIT D'UN ASSOCIE

Il y a deux conséquences principales à ce retrait. La première est la réduction du capital social. En effet, le retrait entraîne l'annulation des droits de l'associé dans le capital social. Ainsi aux termes de l'article L212-9, alinéa 9 in fine il faudra modifier les statuts sociaux en ce sens.

La seconde conséquence est la création de la copropriété. En effet, l'associé qui se retire perd sa qualité mais il n'abandonne pas pour autant l'attribution de ses parts. Ainsi, cette attribution ne se fera pas en jouissance mais bien en propriété. De fait, l'ex associé va devenir copropriétaire avec la société des constructions édifiées. Ce qui est en tout point original puisqu'il y aura une copropriété entre une personne physique individuelle, et une société, une personne morale constituée de plusieurs associés. La copropriété sera restreinte jusqu'à dissolution de la société où là les autres associés deviendront également copropriétaires.

Ainsi ces deux personnes seront alors soumises au statut de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis. L'une comme l'autre seront soumises aux obligations, notamment les charges. Egalement entre la société et l'ex associé il y aura un règlement de copropriété, mais le règlement de jouissance continuera à s'appliquer entre des associés s'étant fait attribuer leur droit de jouissance.

En conséquence sur une même construction trois régimes peuvent cohabiter : la société d'attribution preneuse à bail à construction, pour au final donner une copropriété. Cependant, le régime de la société d'attribution n'est que précaire. La société ne pouvant être éternelle devra à être dissoute.

SECTION 2 – UNE MISE EN COPROPRIETE AU TERME DE LA SOCIETE D'ATTRIBUTION

La société d'attribution le plus souvent constituée en vue d'une mise en copropriété. La mise en copropriété anticipée ne peut certes plus être modifiée mais ne permet pas la disparition de la personne morale. En ce cas, il faudra procéder à la dissolution de la société (II) pour que tous les associés puissent devenir pleinement copropriétaires des constructions (II).

I – L'EXTINCTION DE LA PERSONNE MORALE

La société d'attribution doit en effet connaître un terme. La dissolution (A) aura pour effet d'entraîner la liquidation de la société et donc de procéder au partage des parts sociales (B) en pleine propriété aux associés.

A. DE LA DISSOLUTION

La société d'attribution peut être dissoute dans les hypothèses de droit commun prévues à l'article 1844-7 du Code civil, qui dispose : « *La société prend fin :*

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article [1844-6](#) ; / 2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ; / 3° Par l'annulation du contrat de société ; / 4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés ; / 5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ; / 6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article [1844-5](#) ; / 7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ; / 8° Pour toute autre cause prévue par les statuts. »

Dans la pratique, la société d'attribution prendra essentiellement fin par décision de l'assemblée générale, ainsi que le prévoit l'article L212-9 du Code de la construction et de l'habitation. L'alinéa premier de cet article pose deux règles quant à cette dissolution. La première étant que l'assemblée générale statue à double majorité des deux tiers des associés afin de procéder à la dissolution. Sur les observations de V. J Erb dans « *Les conditions de dissolution d'une société d'attribution* », publié en 1979, cette condition est une dérogation au droit commun des sociétés aussi bien civiles qu'anonymes. D'autant que la jurisprudence a même jugé que la dissolution devra être prononcée sous les conditions de majorité bien qu'il n'y ait pas d'entente entre les associés³⁶. Il y a donc clairement une limitation de l'application des possibilités de dissolution prévues par le droit commun.

La jurisprudence n'y a pour autant pas dérogé ainsi que l'a été jugé dans un arrêt de la Chambre commerciale du 3 avril 2007, « SCI Résidence Edison c/ Pilon ». Ce dernier arrêt pose un principe particulier permettant la dissolution de la société dès l'achèvement des travaux, notamment lorsque la société poursuit plusieurs programmes en même temps.

Ce qui introduit la seconde règle prévoyant que la dissolution peut être demandée bien qu'il ait qu'une attribution en jouissance, au sens des articles L214-3 à 214-5 du Code de la construction et de l'habitation.

En tout état de cause, dès lors que la décision de dissolution a été prise, l'assemblée devra élire un ou plusieurs liquidateurs.

B. A LA LIQUIDATION ET AU PARTAGE

La dissolution ouvre une période durant laquelle le liquidateur va procéder à un projet de partage sous forme authentique. Ce projet doit être approuvé par l'ensemble des associés sous forme authentique. Ils vérifieront essentiellement la conformité aux statuts des locaux qui leurs sont attribués par rapport à l'état descriptif de division. Ces règles sont prévues à l'article L219-3 du Code de la construction et de l'habitation. En cas de contestation, les associés auront quinze jours pour assigner le liquidateur en rectification devant le tribunal de grande instance. A défaut, l'attribution définie dans le projet deviendra définitive et opposable

³⁶ Paris 3^{ème}, 27 nov. 1998, « SCI Résidence Edison c/ Calpas »

aux associés absents ou représentés ou incapables³⁷. Reste toutefois possible une action en rescision pour lésion lorsqu'il a été omis un élément partageable.

Pour que cette dernière action soit possible, l'opération de partage sera soumise à l'approbation des comptes du programme de construction par l'assemblée générale. Egalement le partage doit mentionner les attributions de fractions d'immeubles et la répartition du passif conformément aux dispositions statutaires et l'état descriptif de division. Enfin le partage ne pourra être fait qu'en faveur des associés à jour de leurs obligations et notamment des appels de fonds. Ces conditions sont prévues à l'article L212-9 aux alinéas 3 et 5.

Dans le cas où un des associés est décédé, et que sa succession n'est pas encore liquidée ses droits et charges seront divisés entre ses ayants droits.

Cette situation ressemble à la situation du passif non apuré de la société. Contrairement au droit ici, le passif pourra être apuré après la distribution de l'actif. Le droit commun aurait été plus contraignant puisque le temps de l'apurement du passif aurait pu retarder le partage de l'actif.

Ainsi comme le prévoit l'article 212-9, alinéa 3, l'apurement du passif doit être conforme aux dispositions statutaires et l'état descriptif de division.

La répartition de l'actif et du passif entre la société et les associés n'est pas connue par les créanciers sociaux. Ces derniers peuvent donc demander à tous les associés de participer au remboursement des dettes selon la répartition de leur part dans le capital. En conséquence de quoi l'associé ayant déjà apuré sa propre dette pourra être tenu d'une partie de celle d'un autre associé. Cela peut être évité si les créanciers acceptent de ne pas poursuivre la société et donc l'ensemble des associés mais uniquement les associés débiteurs, ce qui en pratique réduit leurs chances de remboursement. Cependant, ce changement de débiteur entraîne donc une novation qui entraîne la disparition des sûretés attachées à la créance. Les créanciers n'acceptaient alors guère cela.

Le législateur est ainsi intervenu pour déroger à cette règle et permettre que seuls les créanciers débiteurs puissent être poursuivis. Cette règle a été étendue à tous les créanciers. La loi du 16 juillet 1971 a ajouté un alinéa 2 à l'article 1279 du Code civil qui vient

³⁷ *CA Paris, 28 juin 2001*

désormais préciser que les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés à la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur à condition d'avoir l'accord des propriétaires des biens grevés.

L'alinéa 8 prévoit que la publication du partage devra être faite u fichier immobilier

II – L'INELUCTABLE MISE EN COPROPRIETE

De par cette dissolution, le partage débouchera à l'attribution des droits de chacun des associés. Ces droits auront la particularité d'être en nature (A). Ainsi est mise en place une copropriété. Cette copropriété entraînera également des conséquences fiscales.

A. L'ATTRIBUTION DES DROITS EN NATURE

Se cache ici la fin de la société d'attribution. Le capital social liquidé, les parts de chacun leurs sont attribués.

Cette société d'attribution a l'originalité d'avoir été créée non pas pour faire des bénéfices comme pour la majorité des sociétés. Cette société d'attribution a été créé pou réaliser un objectif qu'est celui de construire des immeubles. Ainsi, comme dit plus tôt au cours de cet exposé, le capital social bien qu'apporté en numéraire par les associés aura fait une plus-value qui en sortira sous forme de lots ou fractions d'immeubles. Autrement dit, d'un apport en numéraire se dégage une plus-value en nature.

Chaque lot ou fractions vont être distribués aux associés en fonction de la valeur de leurs apports et sous forme de pleine propriété. C'est ainsi qu'il y aura une juxtaposition de droits de propriété, de droits réels, sur un même bien immobilier. Nous sommes en présence d'une copropriété.

Ainsi s'appliquera la loi du 16 juillet 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis. Cette loi mettra en place un régime spécifique venant régir la situation des propriétaires. Comme nous l'avons vu précédemment, le règlement de copropriété se subrogera au règlement de cojouissance mis en place dans la société d'attribution. Au même titre, les charges liées aux appels de fonds de la société lié à l'entretien des immeubles construits seront désormais des charges de copropriété. Une fois la copropriété créée sera mise en place le syndicat de copropriétaire constitué par tous les copropriétaires qui prendra les décisions principales liées

à la vie commune en copropriété. Le syndic de copropriété sera l'organe exécutif des décisions prises par le syndicat de copropriété. A cela, la majeure différence sera que lorsque la copropriété est mise en place suite à la dissolution de la société, l'attribution en jouissance en faveur des associés sera désormais une attribution en pleine propriété, de leurs lots privatifs et une indivision quant aux parties communes représentant des tantièmes de quotes-parts des parties privatives.

C'est un vrai régime organisationnel qui sera mis en place et qui sera désormais le seul qui régira la vie des copropriétaires.

Dans le cas où la société était preneuse à bail à construction, nous pouvons supposer que sa dissolution interviendra après l'extinction du bail à construction. Dans le cas contraire, nous pourrions supposer également que la société céderait son droit au bail aux différents associés qui désormais sont copropriétaires de manière à ce qu'ils soient désormais preneurs à bail. En ce cas, les différents associés seront redevables du loyer, qu'il serait préférable d'honorer en nature afin d'éviter que le bailleur n'entre dans la copropriété établie grâce au paiement en nature. Egalement, il appartient aux copropriétaires de prévoir l'acquisition du sol afin d'en faire une partie commune et pour faire échec à l'accession différée du bailleur en fin de bail. En cours de bail, nous retombons alors dans l'acception doctrinale qui est de considérer que le bail puisse ne pas être une partie commune à la copropriété.

Cette mise en copropriété, au delà de ses considérations juridique, va également entraîner des effets fiscaux, notamment sur les constructions.

B. LES CONSEQUENCES FISCALES DE CETTE MISE EN COPROPRIETE

Par principe, la société d'attribution est soumise à un régime fiscal de transparence. Lors du retrait d'une des associés ou encore la dissolution, la fiscalité ne va pas forcément connaître de mouvement.

S'agissant des droits d'enregistrement, afin de bénéficier d'un régime fiscal de faveur notamment un droit fixe allant de 375€ à 500€ selon que le capital social est inférieur ou non à 225 000€, l'article 828 I-2° du Code général des impôts prévoit qu'il doit s'agir d'un partage en nature entre les associés d'immeuble ou de fractions d'immeubles issus d'une

construction, acquisition ou gestion par la société et auxquels les associés avaient droit. Ce partage doit également être effectué à titre pur et simple (sans soulte, ni retour).

Le régime fiscal de faveur restera applicable même s'il existait un passif au moment du partage, à condition que celui-ci ait été distribué entre tous les associés à proportion de leurs parts. Dans le cas où les créanciers de la société avaient refusé la poursuite des associés non débiteurs, cette application peut être soumise à discussion.

S'agissant de la plus-value. La société étant soumise au principe de « transparence fiscale », aucune plus-value ne sera dégagée des actes de partage ou de dissolution. Concrètement, passé de la société d'attribution (société transparente) à la copropriété n'entraîne pas de conséquences sur les impôts directs, ce partage et attribution en pleine propriété ne dégagent pas de plus value.

Cependant, dans le cas où l'associé devenu propriétaire de son lot souhaite sa revente, celle-ci dégagera une plus-value qui sera calculée à partir de la date et du prix d'acquisition (ou souscription) des titres. Le prix de revient lui comprend le prix d'acquisition des titres auquel sera ajouté le montant des appels de fonds pour la réalisation des constructions (objet social).

Comptablement, lorsque les parts étaient inscrites à l'actif du bilan de la société soumise aux Bénéfices Industriels et Commerciaux ou à l'Impôt sur les Sociétés, la substitution des immeubles aux parts au moment du partage n'affectera pas de plus-value. Cependant, la société devra apporter une rubrique à son bilan précisant les modifications, c'est à dire que les immeubles construits ont été substitués par la copropriété immobilière dans son patrimoine. En dehors de l'apport de cette précision, elle ne doit aucunement toucher aux écritures comptables.

Enfin, sur la Taxe Sur Valeur Ajoutée (la TVA) elle sera redevable si l'immeuble attribué en propriété est vendu. Cette vente peut alternativement être également soumise aux droits d'enregistrement.

Autrement dit, les conséquences fiscales sont moindres pour le passage en copropriété. C'est là encore un des nombreux avantages de ce montage, à condition de respecter les conditions posées par le Code Général des Impôts.

CONCLUSION

Ce montage répond aux espérances du législateur. Il aurait permis à l'époque de booster les constructions afin de donner un nouveau souffle à l'accès à la propriété.

Cependant cela semble rester un montage risqué en terme d'investissements. Certes que la société d'attribution et le bail à construction permettraient d'étaler les coûts de la construction dans le temps, mais les charges continueront à être plus ou moins élevés lors de la mise en copropriété avec pour méfait que cela durera le temps que la copropriété existera ou que le copropriétaire décidera de vendre son lot à un tiers. Economiquement les frais à avancer sont très importants et il faut dès le début prévoir les frais de construction.

Pourtant, l'analyse d'une telle combinaison n'est pas anodine mais plutôt opportune. Il faut se référer aux origines du bail à construction pour comprendre que le législateur a tout mis en œuvre pour booster les nouvelles constructions dans l'après-guerre. Offrir aux preneurs autant de prérogatives qu'au propriétaire initial, le bailleur, permettait de séduire les plus hésitants. Ici tout le monde a y gagner, le preneur lui qui ne se voit aucunement limité dans ses prérogatives, et le bailleur qui ne peut que profiter de la plus-value apporter par les constructions sur son terrain en fin de bail et des loyers en cours de bail. La société d'attribution venant comme l'entité permettant de réaliser ces constructions, les futurs copropriétaires avaient cet avantage de pouvoir être rassurés dans leur entreprise. La copropriété aurait été la finalité.

Cependant il va sans dire que les efforts du législateur sont restés vains. En effet, le mariage de ces trois régimes paraît assez repoussoir puisque malgré tout il y a un engagement sur le long terme. Ce notamment dans le cadre du bail à construction. Actuellement, la propriété privée est recherchée de manière exclusive et grâce à un accès rapide. Dire aux personnes qu'elle ne peuvent être pleinement propriétaires de leurs constructions durant la vie de la société d'attribution n'est pas psychologiquement acceptable.

Dans la plupart des cas, ce n'est que par le fait de promoteurs que nous pouvons voir apparaître des copropriétés. Cela d'autant plus que l'accès à la connaissance de ces montages reste encore très limité pour les personnes lambda.

Dans le cadre des constructions à vocation commerciale et de la promotion immobilière également cette technique passe inaperçue. Dans la plupart des cas c'est un seul promoteur ou groupe commercial qui va construire un complexe et mettre à bail les locaux qui y sont situés.

Il n'y aura pas d'accès à la propriété. Pourtant pour y arriver le bail à construction est vivement utilisé.

Une des raisons qui pourrait expliquer un tel phénomène de détournement est que parallèlement à toute cette organisation, le législateur a également créé des techniques propres à la construction et à la commercialisation rendant l'accès à la propriété plus facile, et clés en mains. Nous parlons donc, à titre d'exemple, la vente en état d'achèvement, la vente à terme, la vente d'immeuble à construire. Ce sont toutes les techniques de promotion immobilière ayant des caractères plus attractifs que le bail à construction et la société d'attribution. Pourtant pour en arriver à là les promoteurs peuvent user de ces techniques sociétaires ce qui est assez paradoxal.

Cela est d'autant plus paradoxal qu'une « nouvelle » forme de bail de droit réel a récemment fait son apparition. Il s'agit du bail réel immobilier. Issu de l'ordonnance du 20 février 2014, ce bail est également un bail de longue durée. Il attribue également un droit de propriété à son preneur, contrairement aux baux classiques qui n'offrent qu'un droit de jouissance. L'objet de ce bail est de permettre une rénovation des locaux pris. Tel que le bail à construction, il ne donne pas accès à la propriété au sol et reste temporaire. Il présente les mêmes caractéristiques que le bail à construction, et même au terme de son existence.

La particularité de ce bail est qu'il arrive à un moment où la recherche de la propriété se fait avant tout selon les moyens économiques dont dispose le futur acquéreur. C'est ainsi que ce bail, plutôt opportun, pour être accepté va proposer un allègement de 30% du coût de l'investissement et va également permettre aux personnes disposant de revenus élevés de pouvoir bénéficier d'un logement à prix intermédiaire.

A travers cela, nous pourrions comprendre que le législateur n'est plus disposé à donner un « coup de jeune » aux régimes existant d'ors et déjà. Il se base sur un choix politique de rendre la propriété plus accessible en créant de « nouveaux » dispositifs, qui en réalité ne font que reprendre ceux existants tout en les adaptant à l'ère moderne.

Aujourd'hui, le manque d'intérêt pratique pour les dispositions existantes pourrait être justifié par la carence d'autres dispositifs permettant de les rendre davantage attrayants, tels qu'une possible défiscalisation au travers d'une société d'attribution ou encore une réduction d'impôt dans le cadre d'un bail à construction. Le législateur devrait-il au final reprendre peu à peu ces techniques et les dépoussiérer à l'ère moderne, permettant ainsi d'éviter un foisonnement législatif pouvant porter à confusion.

Table des matières

Introduction	p 05	
PARTIE I – LA MISE EN COPROPRIETE PAR		
LE BAIL A CONSTRUCTION.....	p 11	
Chapitre 1 - Les attributs du bail à construction : la création		
d'un droit de propriété au profit du preneur	p 11	
§1. Une propriété limitée dans l'espace	p 13	
I – La surface du sol comme unique assiette		p 13
A. Le sol restant à la seule disposition du bailleur	p 13	
B. Une obligation de construire sur l'espace superficiare	p 15	
II - L'exploitation des droits réels du preneur.....		p 19
La constitution de droits au profit de tiers		
§2. Une propriété limitée dans le temps	p 23	
I – La nature temporaire du bail à construction		p 23
A. L'extinction du bail et l'extinction des droits du preneur	p 23	
B. La temporalité des droits créés au profit des tiers	P 28	
II - La perpétuité des droits créés par le bail à construction		p 31
A. L'aménagement du sort des constructions en fin de bail	p 31	
B. Une réorganisation à conséquences	p 34	
Chapitre 2 – La mise en copropriété par le bail à construction		p 38
Section 1 – Le caractère originellement légal de la copropriété		
entre le bailleur et le preneur	p39	
§1. La caractérisation du loyer pour une mise en copropriété	p 39	

I – Le fait générateur de la copropriété	p 39
A. L'élément essentiel du bail : le paiement du loyer	p 40
B. L'originalité de ce bail : le paiement en nature	p 42
II – Principe ou une option ?	p 44
A. L'application de la loi ou de la liberté contractuelle ?	p 44
B. L'inéluctable application de la loi du 10 juillet 1965	p 47
§2. La matérialisation de cette mise en copropriété	p 50
I – La division classique des lots entre copropriétaires	p 50
A. La détermination des quotes-parts de parties communes attachées aux parties privatives	p 50
B. Le sol comme partie commune : simple présomption ou règle impérative?	p 52
II – L'organisation originale de la division des lots à partir d'une indivision....	p 54
A. La cession de quotes-parts du sol au profit du preneur.....	p 54
B. L'extinction du bail par confusion au profit du bailleur ?	p 57
Section 2 – Le caractère originellement conventionnel de la copropriété	p 59
I – La création d'une copropriété dès la conclusion du bail à construction	p 59
A. La copropriété à terme entre bailleur et preneur	p 59
B. La cession des droits au bail à des tiers preneurs à bail	p 61
II – L'économie de cette situation au XXIème siècle	p 64

PARTIE II – LA MISE EN COPROPRIETE PAR SOCIETE D’ATTRIBUTION

VIA BAIL A CONSTRUCTIONP 67

Chapitre 1 – La société d’attribution et le bail à constructionp 68

Section 1. Les attributs de la société d’attributionp 68

§1. L’évolution de la société d’attribution.....p 68

I. Des débuts difficilesp 68

A. Un moyen de commercialisation immobilière.....p 68

B. La carence d’un protectionnismep 70

II. Un avenir prometteur ?p 71

A. Un nouveau souffle législatif.....p 71

B. Les dispositions particulières liées au secteur du logement.....p 73

§2. Les règles spécifiques à cette société.....p 75

I. Les caractéristiques essentielles.....p 75

A. L’objet spécifique de la sociétép 75

B. Une division encadrée du capital socialp 77

II. Une documentation spécifique à la société.....p 79

A. L’état descriptif de division.....p 80

B. Le règlement de jouissancep 81

Section 2. L’intime relation entre société d’attribution et bail à construction...p 83

§1. Une reconnaissance distinguée.....p 83

I. L’unanimité juridique en faveur du montage.....p 83

II. La position du preneur à bailp 85

§2. Une manifestation de la liberté des associés.....	p 87
I. Le non cloisonnement à un statut social	p 87
A. La possibilité de céder les parts sociales.....	p 87
B. Les effets de cette cession.....	p 90
II. Le règlement des droits des associés.....	p 93
Chapitre 2 – La mise en forme de la copropriété	p 96
Section 1. L’anticipation à la mise en copropriété.....	p 96
§1. Une assimilation par une jouissance	p 96
I. L’attribution en jouissance en cours de vie.....	p 96
A. Une prérogative originale	p 97
B. La contenance du droit de jouissance	p 98
II. Une situation précaire.....	p 100
§2. Le retrait avant terme d’un associé	p 101
I. Le retrait partiel.....	p 101
A. Prérrogative de la liberté de l’associé.....	p 101
B. Procédure et formalités du partage partiel	p 102
II. Les effets propres au retrait d’un associé	p 103
Section 2. La mise en copropriété en fin de vie de la société.....	p 104
I. L’extinction de la personne morale.....	p 104
A. De la dissolution	p 104
B. A la liquidation et au partage	p 105
II. L’inéluctable mise en copropriété.....	p 107
A. L’attribution des droits en nature	p 107
B. Les conséquences fiscales de cette mise en copropriété.....	p 108
Conclusion	p 110

BIBLIOGRAPHIE

- Site **DALLOZ**, Code civil, Code de la construction et de l'habitation, Légifrance ;
- « Bail à construction et copropriété », commentaire par Béatrice TERRIER-LAVIROTTE et Bernard STEMMER ;
- DROIT DE LA CONSTRUCTION, Marianne FAURE- ABBAD, éd. Lextenso, 2016
- Mémento Pratique, URBANISME CONSTRUCTION, éd. Francis LEFEBVRE, 2015
- DROIT DE LA PROMOTION IMMOBILIERE (précis), P.Malinvaud, P.Jestaz, P.Jourdain, O.Tournafond, éd. Dalloz, 8^{ème}, 2009
- DROIT DE L'URBANISME ET DE LA CONSTRUCTION, J-B AUBRY, H. PÉRINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, éd. LGDJ, 10^{ème}, 2015
- DROIT CIVIL – Les biens, Droits réels principaux, Tome II, 4^{ème} éd. , C. LARROUMET, éd. Economica, 2004