



## **RAPPORT DE M. BOYER, CONSEILLER**

**Arrêt n° 334 du 11 juillet 2024 (B) – Troisième chambre civile**

**Pourvoi n° 23-12.491**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes du 15 décembre 2022**

**la société Sma**

**C/**

**la société Cadusun**

---

### **1 - Rappel des faits et de la procédure**

La société Cadusun a confié, en 2010, à une entreprise assurée auprès de la société Sagena, devenue SMA, la fourniture et la pose de panneaux photovoltaïques sur les toitures de deux poulaillers et d'un hangar appartenant à M. [E].

L'entreprise installatrice a été mise en redressement puis en liquidation judiciaire.

Se plaignant de dysfonctionnements affectant la production d'énergie de l'installation, la société Sagena, a après expertise, assigné la société SMA en réparation sur le fondement de la garantie décennale.

Par jugement du 5 novembre 2021, le tribunal de commerce de Vannes a condamné la société SMA à payer diverses sommes à la société Cadusun ( 81 295,09 euros en réparation de son préjudice matériel, 20 000 euros au titre de son préjudice financier et moral, la demande au titre des pertes d'exploitation ayant été rejetée).

En cours d'instance, M. [E] et la société Cadusun ont conclu un bail emphytéotique.

Sur appel de la société SMA, la cour d'appel de Rennes a, par arrêt du 15 décembre 2022, confirmé le jugement sauf en ce qu'il l'a condamnée à payer la somme de 20 000 euros au titre du préjudice moral et financier et en ce qu'il a rejeté les demandes de la société Cadusun au titre de frais accessoires et, statuant à nouveau, a rejeté la demande au titre du préjudice financier et moral et a condamné la SMA à payer à la société Cadusun la somme de 4 340,52 euros au titre des frais annexes.

C'est l'arrêt attaqué par le pourvoi de la société SMA du 15 février 2023.

Mémoire ampliatif du 15 juin 2023 (article 700 : 3 000 euros)

Mémoire en défense du 21 juillet 2023 (article 700 : 3 500 euros).

La procédure est régulière et l'affaire en état d'être jugée.

## 2 - Analyse succincte des moyens

**Un moyen**, en deux branches, fait grief à l'arrêt de la condamner à payer certaines sommes à la société Cadusun.

- première branche (violation de l'article 1792 du code civil) : pour avoir énoncé que le bail emphytéotique du 14 janvier 2020 conférait à l'emphytéote, la société Cadusun, un droit réel immobilier sur l'emprise des panneaux photovoltaïques, leurs accessoires et l'espace non bâti les surplombant et qu'à ce titre, elle avait qualité pour agir en responsabilité décennale, alors qu'elle avait constaté que les installations litigieuses avaient été commandées plus de dix ans avant la conclusion du bail emphytéotique, de sorte que seul M. [E] avait la qualité de maître d'ouvrage des panneaux photovoltaïques précédemment réalisés sur des biens qui lui appartenaient, et qui ne faisaient alors l'objet d'aucun bail emphytéotique, lui seul pouvant donc agir, sur le fondement de la garantie décennale, en réparation des désordres survenus avant la conclusion du bail emphytéotique.

- seconde branche (manque de base légale au regard des articles 1792 et 1134 du code civil dans sa rédaction applicable en la cause) : pour en pas avoir caractérisé l'existence, au sein du bail emphytéotique conclu le 14 janvier 2020, d'une clause expresse autorisant la société Cadusun à exercer l'action en garantie décennale contre le constructeur des installations photovoltaïques réalisées sur les bâtiments appartenant à M. [E] en 2010.

## 3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le droit réel attaché au bien donné à bail emphytéotique confère-t-il au preneur qualité à agir en responsabilité décennale contre le constructeur ou l'assureur de celui-ci à raison de désordres de nature décennale ayant affecté des travaux réalisés à sa demande sur le bien du bailleur **avant** la conclusion du bail emphytéotique ?

## 4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

### - Recevabilité du moyen

La recevabilité du moyen est contestée en défense, en ce que celui-ci serait nouveau et mélangé de fait et de droit.

Il est vrai que la société SMA n'avait à aucun moment contesté dans ses conclusions la qualité à agir de la société Cadusun sur le fondement de la responsabilité décennale au motif qu'elle n'aurait été ni le maître de l'ouvrage ni le propriétaire des installations à la date de la survenance des désordres.

La cour d'appel a cependant, en cours de délibéré, invité la société Cadusun à lui transmettre le contrat la liant à M. [E], propriétaire des bâtiments agricoles, ce qui a conduit les parties à communiquer plusieurs notes en délibéré (arrêt, p. 3).

La SMA a ainsi adressé une note en délibéré du 18 novembre 2022 (production n° 6), qui est visée par l'arrêt.

Cette note, qui avait pour objet principal de contester la recevabilité de la note en délibéré argumentative de son adversaire en ce que celle-ci, et les pièces l'accompagnant, étaient « *sans lien avec la demande* » formulée par la cour, contestait secondairement l'argumentation soutenue par l'intimée.

Il résulte, par ailleurs, de la production n° 4 (avis de la cour aux avocats constitués) que (1) la cour n'avait pas autorisé de notes en délibéré, ayant seulement demandé la production du contrat de bail emphytéotique, (2) a notifié que les discussions et pièces qui ne se rapportaient pas à cette convention étaient écartées ( ce que l'arrêt confirme en p.4 : sont écartés des débats « *les points de discussion sans rapport avec le document sollicité par la cour* », (3) a accordé aux parties un délai de quinze jours pour, le cas échéant, solliciter une réouverture des débats, ce qu'aucune d'elles n'a fait.

La société Cadusun en déduit que, faute pour la SMA d'avoir sollicité la réouverture des débats, celle-ci n'a pas contesté la qualité du preneur à bail emphytéotique à agir sur le fondement de l'article 1792 du code civil, de sorte que la question est nouvelle à hauteur de cassation et mélangée de fait et de droit, puisque le contenu de la convention ne résulte d'aucune constatation de l'arrêt, ajoutant que le motif critiqué, qui ne répond à aucune argumentation dont la cour d'appel aurait été saisie, est surabondant.

Il conviendra de rechercher si le moyen n'est pas né de la décision attaquée, comme en dispose l'article 619, 2° du code de procédure civile.

### - Au fond

#### 1- Le principe

En dépit des termes de l'article 1792 du code civil qui vise le « maître ou l'acquéreur de l'ouvrage » et d'assez fortes réserves doctrinales<sup>1</sup>, la Cour de cassation juge depuis de

---

<sup>1</sup> Ainsi, entre autres Laurent Karila, *RDI* 2013, 95., « Le locataire n'est pas bénéficiaire de l'action en garantie décennale » ; Mathieu Poumarède, *RDI* 2023, 537 « L'usufruitier titulaire de l'action en garantie décennale, à la

très nombreuses années que l'action en responsabilité décennale appartient au propriétaire de l'ouvrage.

## 2- La critique

Elle est exprimée ainsi par M. Poumarède dans la [RDI 2023, p.537](#):

*« Ce faisant, il résulte de cette jurisprudence désormais bien établie que la qualité de maître de l'ouvrage suppose que deux conditions soient réunies : au premier chef, la conclusion d'un marché, le maître de l'ouvrage étant celui pour le compte de qui les travaux sont exécutés. Au surplus, la qualité de propriétaire ou de titulaire d'un droit réel immobilier confère le droit de construire, à l'exclusion des titulaires d'un droit personnel de jouissance, tel le locataire.*

*À vrai dire, le fondement textuel d'une telle restriction à la qualité de maître de l'ouvrage n'a rien d'évident au point que l'on peine à comprendre pour quelle raison la Cour de cassation s'y attache avec tant de zèle... Outre les définitions précitées, l'article 1792 du code civil dispose, en effet, seulement que « tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage ». Nulle part ce texte n'évoque directement la qualité de propriétaire ; et la déduire du fait qu'il vise, à côté du maître de l'ouvrage, l'acquéreur, paraît fragile... Il est toutefois vrai, en contrepoint, que la qualité de propriétaire s'invite dans d'autres textes. Tel est le cas, d'une certaine manière, de l'article 1793 du code civil concernant le marché à forfait ou de l'article 1796 du code civil : tous deux, en lieu et place du maître de l'ouvrage, visent le « propriétaire ». Plus probant, l'article L. 242-1 du code des assurances est net : c'est au propriétaire qu'il impose de souscrire l'assurance dommages-ouvrage.*

*In fine, bien que mal étayée l'a donc emporté l'idée que la qualité de maître de l'ouvrage, ou, peut-être plus exactement, la qualité pour agir sur le fondement de la garantie décennale et souscrire l'assurance dommages-ouvrage, est subordonnée à la propriété de l'ouvrage. »*

P. Malinvaud et G Legay soulignaient quant à eux, [dès leur commentaire de l'arrêt fondateur 3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2009](#) qui a dénié le bénéfice de l'action en garantie décennale au locataire qui avait commandé les travaux pour lui reconnaître le seul exercice de l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, les conséquences en résultant en matière d'assurance de responsabilité obligatoire des constructeurs contractuellement liés au locataire, en ces termes :

*« Or, les locateurs d'ouvrage étaient, à notre sens - et sans doute, bien entendu avant le sinistre, également à celui de leur propre assureur - tenus de souscrire une garantie d'assurance de responsabilité décennale, du moins pour la responsabilité qu'ils étaient susceptibles d'encourir vis-à-vis du propriétaire qui, sans avoir commandé lui-même l'ouvrage, avait cependant nécessairement autorisé son locataire à faire exécuter les travaux de la nature de ceux entrepris.*

---

condition d'être propriétaire » ; sur les conséquences de cette jurisprudence sur le sort de l'assurance obligatoire [P. Malinvaud et G. Leguay RDI 2009](#), « La qualité de maître de l'ouvrage est attachée à la propriété de l'ouvrage » ; à propos de l'usufruitier et spécialement de l'arrêt publié, 3<sup>e</sup> Civ., 16 novembre 2022, n° 21-23.505, publié, [Julien Laurent Recueil Dalloz 2023](#), p.387 : « Une solution illogique : l'usufruitier ne peut pas exercer en garantie l'action décennale »

Alors, et l'on en arrive à la question fondamentale posée par l'espèce, comment admettre qu'un assureur :

- qui a accordé sa garantie pour couvrir une certaine nature de risque (des vices cachés d'une certaine gravité),

- qui a certainement fait payer la prime correspondante à son client, d'ailleurs initialement considéré par tous, y compris par l'assureur lui-même, comme assuré pour le type de sinistre survenu ultérieurement,

puisse, pour refuser sa garantie, se retrancher derrière une très subtile analyse juridique de la qualité de maître de l'ouvrage et, en conséquence, la référence, pour un même risque pour lui, à un article du code civil non expressément visé, et donc non garanti, par le contrat d'assurance souscrit?

Même si la décision est juridiquement imparable, la réponse à cette question ne peut être que très nette : c'est tout à fait inadmissible ! »

Et de préconiser « À cet effet, il serait absolument impératif de prévoir, au titre des contrats d'assurance souscrits pour couvrir les responsabilités pouvant être engagées à la suite de vices cachés d'une certaine gravité, que la responsabilité est couverte quel que soit le fondement juridique de l'action engagée à l'encontre de l'assuré. »

Avant de conclure : « Et, il serait peut-être également souhaitable, pour en terminer par un vœu que l'on espère non pieux, que les instances professionnelles et de contrôle de l'assurance recommandent aux assureurs de respecter une certaine éthique. »

### 3- Les déclinaisons

Ainsi, **le locataire**, qui ne dispose que d'un simple droit de jouissance, n'a pas la qualité de maître de l'ouvrage au sens de l'article 1792 et ne peut donc pas agir en garantie décennale au sens de ce texte (3<sup>e</sup> Civ., 25 janvier 1989, n° 87-16.071, Bull. n°21 ; 3<sup>e</sup> Civ., 12 juillet 1995, n° 92-20.946 ; 3<sup>e</sup> Civ., 27 mai 1999, n° 97-19.599 ; 3<sup>e</sup> Civ., 8 septembre 2010, n° 09-14.967).

Y compris lorsqu'il a lui-même commandé les travaux (3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-14.714, Bull. n° 162 ; 3<sup>e</sup> Civ., 23 octobre 2012, n° 11-18.850 et 11-19.650).

Il est cependant admis :

- que le preneur à bail, qui a été autorisé par le bailleur à construire sur le bien loué, puisse agir en responsabilité décennale, dans la mesure où, au visa de l'article 555 du code civil, il est regardé comme propriétaire des ouvrages qu'il fait construire jusqu'à la fin du bail (1<sup>re</sup> Civ., 23 octobre 1990, n° 88-20.296, Bull. 217).

- que le propriétaire puisse donner mandat au locataire pour exercer en son lieu et place l'action décennale (3<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2011, n°10-30.189 ; 3<sup>e</sup> Civ., 12 avril 2012, n°11-10.380)

- et que le locataire est recevable à agir en responsabilité décennale par voie oblique (ancien article 1166 du code civil) en lieu et place du propriétaire qui négligerait d'agir contre les constructeurs (3<sup>e</sup> Civ., 16 juillet 1986, n°84-17.492, Bull. n°111).

Dans le **crédit-bail immobilier**, l'action en responsabilité décennale est réservée au crédit-bailleur tant que le crédit-preneur n'a pas utilisé sa faculté d'acquisition (3<sup>e</sup> Civ., 26 février 2003, n° 01-13.579), même lorsque le crédit-preneur intervient en qualité de maître de l'ouvrage délégué dans le cadre de l'opération de construction (3<sup>e</sup> Civ., 27 mai 1999, n° 97-19.599).

Mais une clause dérogatoire peut conférer au crédit-preneur qualité à agir en responsabilité décennale (3<sup>e</sup> Civ., 2 octobre 2002, n° 01-01.783, Bull. n° 201) et le crédit-bailleur peut donner mandat au crédit-preneur pour exercer en son nom et pour son compte cette action (3<sup>e</sup> Civ., 19 décembre 2012, n° 11-27.593).

Le **preneur à bail à construction** est titulaire d'un droit réel immobilier sur le terrain objet du bail en application de l'article L. 251-3 du code de la construction et de l'habitation, et l'article L. 251-2 dispose que, sauf convention contraire, le bailleur devient propriétaire des constructions qui y sont édifiées en fin de bail.

Il en résulte que le preneur bénéficie d'un droit de propriété temporaire sur les constructions (Com., 24 juin 1997, n° 95-13.038, n° 202). Il a donc qualité à agir en responsabilité décennale (3<sup>e</sup> Civ., 15 janvier 2003, n° 01-15.317 ; 3<sup>e</sup> Civ., 7 octobre 2014, n° 13-19.448 ; 3<sup>e</sup> Civ., 2 mars 2022, n° 20-16.470).

Dans cette hypothèse, le propriétaire du sol, qui n'a pas commandé les travaux, deviendra titulaire de l'action en garantie décennale à la fin du bail par le transfert de la propriété de l'ouvrage qui s'opère : il s'agit alors du simple jeu de l'article 1792 du code civil qui prévoit que l'action se transmet avec la propriété de l'ouvrage.

La question de l'**usufruitier** a été tranchée par 3<sup>e</sup> Civ., 16 novembre 2022, n° 21-23.505, publié et 3<sup>e</sup> Civ., 13 avril 2023, n° 22-10.487, publié.

Dans le premier arrêt, il a été énoncé : *« L'usufruitier, quoique titulaire du droit de jouir de la chose comme le propriétaire, n'en est pas le propriétaire et ne peut donc exercer, en sa seule qualité d'usufruitier, l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage et non à sa jouissance. »*, dans une espèce où l'usufruitier avait pourtant signé les marchés de travaux sur existant.

Dans le second : *« Si, en vertu de l'article 552 du code civil, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, le droit d'accession du nu-propriétaire du fonds sur lequel l'usufruitier édifie une construction nouvelle est régi, en l'absence de convention réglant le sort de cette construction, par l'article 555 du même code et n'opère, ainsi, qu'à la fin de l'usufruit (3<sup>e</sup> Civ., 19 sept. 2012, pourvoi n° 11-15.460, Bull. 2012, III, n° 128). »*

Il en résulte que l'usufruitier, qui dispose du droit de construire, est propriétaire temporaire des constructions qu'il a fait édifier par le jeu de l'accession qui n'opère pas immédiatement, mais seulement à l'extinction de l'usufruit, en faveur du nu-propriétaire,(3<sup>e</sup> Civ., 19 septembre 2012, n°11-15.460), .

Il peut donc, à ce titre, non pas en sa seule qualité d'usufruitier (première décision), mais en sa qualité de propriétaire, agir en responsabilité décennale à raison des constructions qu'il a fait réaliser, action qui n'est donc pas ouverte au nu-propiétaire durant l'usufruit, sauf convention contraire (2<sup>ème</sup> décision).

L'apparente contradiction entre les deux décisions a conduit la doctrine à s'interroger sur le point de savoir si l'action ouverte à l'usufruitier durant le temps de l'usufruit, en sa qualité de propriétaire temporaire des constructions, ne s'appliquait qu'à la construction d'un ouvrage nouveau ( 2<sup>ème</sup> espèce) et non à la réalisation de travaux sur existants (1<sup>re</sup> espèce).

V. Zalewski-Sicard <sup>2</sup> tire des faits ayant donné lieu aux deux arrêts de 2002 et 2023 qu'il y aurait lieu de distinguer : l'usufruitier ne pouvant agir en responsabilité décennale qu'à raison des ouvrages qu'il a fait construire et ne le pouvant pas, s'agissant de travaux sur la construction existante.

M-L Pagès-de-Varenne<sup>3</sup> fait la même interprétation des deux arrêts, jugeant fort sévèrement celui de 2022.

En revanche, M. Poumarède estime qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux situations, l'exclusion de la garantie décennale au bénéfice de l'usufruitier exprimée par l'arrêt de 2022 ne tenant pas au fait que les travaux avaient été réalisés sur l'existant (il s'agissait du remplacement d'une charpente) mais à la seule qualité en laquelle le demandeur à l'action disait agir « en sa seule qualité d'usufruitier » comme prend soin de le préciser l'arrêt, et non pas de propriétaire du nouvel ouvrage par accession, qui n'était pas spécialement revendiquée<sup>4</sup>.

## 4- Le bail emphytéotique

### 4.1- Origine, définition et nature

Le bail emphytéotique, régi par les dispositions de l' article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, dispose :

« Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction ».

Ce bail,<sup>5</sup> issu du droit romain, et non codifié dans le code civil malgré sa reconnaissance prétorienne tant sous l'Ancien régime qu'après la Révolution, a une

---

<sup>2</sup> *La Semaine juridique notariale et immobilière*, n°26, 30 juin 2023, 1128 : L' usufruitier et la garantie décennale : 2e épisode

<sup>3</sup> *Construction - Urbanisme* n° 6, Juin 2023, comm. 72 « Action en garantie décennale exercée par un nu-propiétaire s'agissant d'une construction nouvelle réalisée par l'usufruitier »

<sup>4</sup> M. Poumarède, *RDI* 2023. 537, op. cité

<sup>5</sup> Sur ces points *JurisClasseur Construction-Urbanisme*, Fasc. 109 : Bail emphytéotique J-P. Moreau et F. Roussel

origine rurale : il s'agissait pour l'essentiel de permettre à de grands propriétaires terriens de faire assurer par le preneur, appelé emphytéote, la valorisation de leurs fonds pendant une longue durée.

Il confère au preneur un droit réel immobilier sur l'immeuble loué, qui l'autorise à hypothéquer ce droit ou à le céder, ce droit pouvant être saisi.

La qualification, ici, non contestée, de bail emphytéotique suppose, d'une part, que la convention ait été conclue pour une longue durée (plus de 18 ans) et, d'autre part, que le preneur soit titulaire d'un droit réel librement cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque.

L'article L. 451-10 du même code dispose que l'emphytéote profite du droit d'accession pendant toute la durée du bail. Il devient donc propriétaire au fur et à mesure des constructions ou plantations nouvelles qu'il réalise sur le terrain donné à bail.

Dans leur article dans le Jurisclasseur, MM. J-P. Moreau et F. Roussel écrivent :

*« Ainsi, et en principe (sauf clause contraire dans le bail ; V. C. rur., art. L. 451-3, al. 2 ), le preneur à bail emphytéotique se voit conférer un droit de superficie temporaire, véritable droit de propriété immobilière, sur les améliorations, constructions et autres plantations dont il est l'auteur, qui s'ajoute, à titre d'accessoire, au droit réel de jouissance portant sur l'immeuble »*

Le bail emphytéotique, établi par acte authentique, est publié au service de la publicité foncière du lieu de la situation de l'immeuble loué.

Suivant l'article L. 451-8 du code rural, applicable à défaut de disposition contraire, le preneur emphytéote est tenu de toutes les contributions et charges de l'héritage (premier alinéa).

En ce qui concerne les constructions existant au moment du bail et celles qui auront été élevées en exécution de la convention, il est tenu des réparations de toute nature, mais il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments, s'il prouve qu'ils ont été détruits par cas fortuit, par force majeure ou qu'ils ont péri par le vice de la construction antérieure au bail (second alinéa).

En cela, l'emphytéote se distingue de l'usufruitier, qui n'est pas tenu de grosses réparations (article 605 du code civil).

Il est ainsi jugé *« qu'en application de l'article L. 451-8 du code rural et de la pêche maritime, applicable à défaut de stipulation contractuelle relative au sort des biens déjà dégradés au début du bail, la société [l'emphytéote] est tenue de procéder aux réparations relatives aux parties des bâtiments même en mauvais état lors de la prise de possession »* (3<sup>e</sup> Civ., 17 décembre 2015, n° 14-25.415).

Un arrêt de la troisième chambre civile du 12 mars 1970 (pourvoi n° 67-14.067, Bull. III, n° 193) énonce que l'accession opère de plein droit, sauf convention contraire et, au cas d'emphytéose, profite à l'emphytéote pendant la durée du bail, de sorte que les constructions édifiées par l'emphytéote n'ont pas à être exclues de la saisie-immobilière pratiquée ensuite de l'hypothèque que celui-ci avait consenti sur les droits qu'il tenait sur ces biens à une banque.



4.2 - L'emphytéote est maître de l'ouvrage des nouvelles constructions qu'il fait réaliser sur le bien donné à bail pendant la durée de celui-ci.

Il est généralement admis en doctrine que, s'agissant des constructions nouvelles que l'emphytéote a fait réaliser sur le terrain donné à bail, il puisse exercer l'action en responsabilité décennale.

Une décision de la troisième chambre civile du 23 juin 2004 (pourvoi n° 03-10.342) est citée par le mémoire en défense, dans une espèce où la qualité de maître de l'ouvrage du preneur à bail emphytéotique agissant en réparation de désordres de nature décennale n'était pas contestée.

Un arrêt est également souvent cité en doctrine pour établir que l'emphytéose dispose de la qualité de maître de l'ouvrage lui permettant de revendiquer le bénéfice de la garantie décennale en cas de désordres affectant l'installation qu'il a lui-même réalisée sur le bien donné à bail (3<sup>e</sup> Civ., 28 janvier 2009, n°07-20.891, Bull. n°22).

Mais cette décision n'a pas la portée qu'il lui est généralement prêtée, d'une part, en ce qu'il résulte de l'arrêt que la convention alors conclue par une commune avec une société d'économie mixte autorisait expressément le preneur emphytéote à exercer les droits du propriétaire et, ou, d'autre part, le litige portait essentiellement sur les règles régissant la propriété d'une centrale d'énergie, qu'un concessionnaire de service public, qui avait conclu une convention avec le preneur emphytéote, avait fait construire : intégration immédiate dans le domaine public ou accession au profit du délégant en fin de concession ? C'est au demeurant ce dernier point qui a justifié la publication de la décision.

Le Conseil d'Etat admet que le preneur emphytéote dispose de l'action en garantie décennale, s'agissant des ouvrages qu'il a fait construire durant le bail.(CE 22 mars 1991, Synd. mixte du parc naturel des volcans d'Auvergne, req. n° 89502 , Lebon p. 104.

Compte tenu de la règle de l'accession prévue à l'article L. 451-10 du code rural, il n'est pas douteux que, s'agissant des constructions que le preneur a fait réaliser sur le bien donné à bail, il en est, sauf convention contraire, le propriétaire temporaire durant toute la durée du bail, le bailleur n'en devenant propriétaire qu'à son expiration.

A cet égard, la jurisprudence développée à propos de l'usufruitier et du nu-propiétaire dans notre arrêt de 2023 apparaît transposable : le bailleur, qui ne deviendra propriétaire des constructions nouvelles qu'à l'issue du bail emphytéotique n'a pas la qualité de maître de l'ouvrage, de sorte que pendant la durée du bail, seul le preneur pourra agir en responsabilité décennale à raison des désordres affectant les ouvrages qu'il a fait réaliser.

4.3 - Mais *quid*, des désordres affectant des travaux que le futur preneur a fait réaliser, antérieurement la conclusion du bail emphytéotique, sur un existant appartenant au bailleur ?

### **Arguments des parties**

Le mémoire ampliatif soutient, en substance, que si les droits spécifiques que le preneur tient du bail emphytéotique sont susceptibles de lui conférer la qualité de

maître d'ouvrage, et de lui permettre ainsi de revendiquer le bénéfice de la garantie décennale en cas de désordres affectant l'installation qu'il a lui-même réalisée sur le bien donné à bail, tel n'est pas le cas des désordres affectant les locaux déjà construits lors de la conclusion du bail.

Il se prévaut à cet égard de la règle d'accession de l'article L. 451-10 du code rural et de la pêche maritime (« *l'emphytéote profite du droit d'accession pendant toute la durée du bail* »), qui ne vaut que pour les améliorations, constructions et autres plantations que l'emphytéote fait réaliser durant la durée du bail, et soutient que cette règle s'ajoute au « *droit réel de jouissance* » portant sur l'immeuble, en citant plusieurs auteurs qui retiennent une telle qualification (S. Bertolaso, J-P Moreau et F Rousel).

Le mémoire en défense, au contraire, fait valoir :

- que l'un des éléments caractéristiques du bail emphytéotique est de conférer au preneur un droit réel sur le bien immobilier, qui est absolu, dès lors que toute restriction à l'exercice de ce droit exclut la qualification d'emphytéose (3<sup>e</sup> Civ. , 3 octobre 1991, n° 90-15.889, Bull. n° 222 ; 3<sup>e</sup> Civ., 29 avril 2009, n° 08-10.944, Bull. n° 92 ; 3<sup>e</sup> Civ., 13 mai 1998, n° 96-13.586, Bull.n° 101), et que ce droit n'est pas un « droit réel de jouissance », comme il est vainement soutenu,

- que le bail produit les mêmes effets que la vente, le bien ne figurant plus dans le patrimoine du bailleur que comme un droit de retour à la fin du contrat,

- qu'à la différence de l'usufruitier, l'emphytéote est tenu des réparations de toute nature,

- et qu'à la différence du preneur à bail à construction, l'emphytéote n'est pas tenu de construire, de sorte que les droits réels attachés au bien immobilier donné à bail s'entendent nécessairement des droits attachés aux biens existants et ne sauraient se limiter aux nouvelles constructions.

### Sur la notion de droit réel de jouissance

Le droit réel de jouissance **spéciale** a été consacré par un arrêt dit "Maison de la poésie" (3<sup>e</sup> Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-16.304, Bull. n°159) qui a reconnu le droit du propriétaire de consentir « *sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, distinct du droit d'usage et d'habitation* », l'enjeu de la question étant alors de savoir si un tel droit pouvait ou non excéder une durée de trente ans.

La nature juridique de ce droit est discutée<sup>6</sup>.

Certains auteurs rattachent le droit de jouissance spéciale au droit de superficie, lequel est analysé de longue date comme un véritable droit de propriété par dissociation de la propriété du sol et de la propriété des plantations qui s'y trouvent (Req. 5 novembre 1866, DP 1867, 1, 32 ; 27 avril 1891, DP 1892, 1, 219 ; 3<sup>e</sup> Civ., 6 mars 1991, Bull. n°84 ; Cass civ 20 février 1851, DP 1851, 1, 54 ; 18 mai 1858, DP 1859,1, 218 ; 16 décembre 1873, DP 1874, 1 249).

---

<sup>6</sup> Sur ce point cf Rapport de M. Baraké sous 3<sup>e</sup> Civ., 18 janvier 2023, n° 21-23.000

Le droit réel de jouissance spéciale est plus couramment rattaché à l'idée d'un démembrement de la propriété, le droit de jouissance privative étant envisagé comme un droit réel comportant, au profit d'un autre que le propriétaire, certains attributs du droit de propriété. Il a pour objet de conférer à son titulaire l'une des prérogatives du droit de propriété sur un bien appartenant à un tiers. Il est alors défini comme **un droit réel d'usage limité à telle utilité particulière d'un bien** <sup>7</sup>.

En cela, le droit réel attaché à l'emphytéose ne peut pas être un droit réel de jouissance **spéciale**, l'emphytéose étant incompatible avec une clause limitant l'usage du bien donné à bail (3<sup>e</sup> Civ., 13 mai 1998, n° 96-13.586, 96-14.076, Bull. n° 101 : «*Viole l'article L. 451-1 du Code rural la cour d'appel qui juge qu'un bail est emphytéotique alors qu'elle avait constaté que ce bail comportait une clause limitant l'usage auquel le bénéficiaire pouvait affecter les lieux loués.* »)

Dans un commentaire de l'arrêt du 3<sup>e</sup> Civ., 13 avril 2023, n° 22-10.487, déjà cité, sur les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire,<sup>8</sup> S. Berolaso écrit :

*« Concernant la faculté d'agir de l'emphytéote, il semble possible de raisonner par analogie avec le régime applicable au preneur à bail à construction. Dans le cadre d'un bail emphytéotique, le preneur est titulaire d'un droit réel sur le bien. Ce droit lui offre des prérogatives beaucoup plus larges que celles dont dispose un locataire ordinaire dans la mesure où il peut transformer, exploiter, hypothéquer, louer ou sous-louer le bien, et céder son droit. En particulier, l'emphytéote dispose de la faculté de réaliser des constructions sur l'immeuble objet du bail. Selon l'article L. 451-10 du Code rural, il « profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ». Sauf clause contraire stipulée dans le contrat (C. rur., art. L. 451-3, al. 2), **il en résulte que le preneur est titulaire d'un droit de superficie temporaire, véritable droit de propriété immobilière** sur les améliorations, constructions et autres plantations dont il est l'auteur. Ce droit s'ajoute, à titre d'accessoire, au droit réel de jouissance portant sur l'immeuble objet du bail. Sur ces bases, l'emphytéote ne paraît pas soumis au même régime que celui appliqué au preneur qui a fait réaliser des travaux dans le cadre d'un contrat de bail classique. Son droit de propriété temporaire sur l'installation qu'il a réalisée, telle l'adjonction de modules photovoltaïques en toiture d'un bâtiment agricole, pourrait lui permettre de revendiquer le bénéfice de la garantie décennale en cas de désordres affectant l'installation elle-même. En revanche, le simple droit réel immobilier de jouissance dont il est titulaire sur les bâtiments agricoles ne devrait pas l'autoriser à se prévaloir de cette garantie afin d'obtenir réparation des désordres affectant l'existant. »*

Il y aurait donc lieu, selon cet auteur, de distinguer entre ouvrages nouveaux, propriétés temporaires de l'emphytéote par accession, et ouvrage existant donné à bail, dont la propriété n'aurait pas, en tant que telle, été transférée.

Si une telle distinction peut s'autoriser de la règle de l'accession de l'article L. 451-10 du code rural et de la pêche maritime, comment peut-elle s'articuler avec le transfert de droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèque sur l'ensemble des biens donnés à

---

<sup>7</sup> F. Terre et Ph. Simler, « Les biens », n° 865.

<sup>8</sup> *Responsabilité civile et assurances* n° 1, Janvier 2023, comm. 4 , « Qualité de l'usufruitier à agir en garantie décennale (non) ou en responsabilité contractuelle de droit commun (oui) » Sabine Bertolaso

bail, le droit de superficie invoqué par cet auteur, qui est un véritable droit de propriété, et l'obligation mise à la charge du preneur de réaliser les grosses réparations ?