

AJDI - mensuel - septembre 2011 - pages 581 à 608 - n° 9

# AJDI

ACTUALITÉ JURIDIQUE  
DROIT IMMOBILIER



## 589 LES GROUPES DE LOGEMENT SOCIAL

Bruno Wertenschlag

581

Les assises de la simplification  
Jean-Pierre Blatter

602

La vétusté, cause exonératoire  
des réparations locatives  
Pierre-Laurent Vidal

610

L'appartenance du droit de construire  
en copropriété  
Stéphane Lelièvre

DALLOZ

VALEURS ET RÉFÉRENCES ÉCONOMIQUES

11 LOYERS COMMERCIAUX  
11 INDEMNITÉS D'EXPROPRIATION



ref: 641109



Jean-Pierre BLATTER est le directeur scientifique de l'Actualité Juridique Droit Immobilier. Il est avocat au barreau de Paris depuis près de quarante ans et spécialiste en droit immobilier. Il est également directeur du JurisClasseur «Bail d'habitation». En sa qualité de professeur des universités associé, il enseigne le droit des baux commerciaux à l'Institut d'études économiques et juridiques appliquées à la construction et à l'habitation (ICH, CNAM). Il est Chartered Surveyor (FRICS). Il prépare actuellement la cinquième édition de l'ouvrage *Droit des Baux commerciaux* (Éditions du Moniteur).



Bruno WERTENSCHLAG est avocat et pratique le droit immobilier depuis environ vingt-cinq ans. Il dirige le département Immobilier-Environnement au sein de la direction parisienne du Cabinet FIDAL. Il assiste une clientèle de promoteurs privés et d'organismes nationaux intervenant dans le logement. Il a ainsi accompagné les grandes restructurations dans le domaine du logement social, intervenues dans la dernière décennie. En matière de maîtrise d'ouvrage, il conseille des utilisateurs, notamment industriels, dans la mise en place des schémas juridiques appropriés à l'acquisition, la construction et à la gestion des immeubles.



Stéphane LELIEVRE est notaire, membre de la Chambre nationale des experts en copropriété et président de la 3<sup>e</sup> commission du 103<sup>e</sup> Congrès des notaires de France sur la «division de l'immeuble bâti».

Pierre-Laurent VIDAL est titulaire d'un Master 1 en droit privé – carrières judiciaires et sciences criminelles (université Panthéon-Assas, Paris II), d'un Master 2 en droit immobilier, construction, urbanisme, d'un Master 2 en droit des contentieux et d'un DU de gestion du patrimoine (université Montpellier 1). Il est élève-avocat (CRFPA de Montpellier), doctorant en droit (Laboratoire de droit privé – EA 707) et chargé d'enseignement à l'université Montpellier 1.

#### Ont également collaboré à ce numéro :

Pierre CAPOULADE, conseiller honoraire à la Cour de cassation  
Nicolas DAMAS, maître de conférences à la faculté de droit de Nancy université, institut François-Gény EA 1138  
Camille DREVEAU, docteur en droit, chargée d'enseignement à l'ICH Ouest  
Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND, professeur à l'université Montpellier I  
Elodie GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, maître de conférences à l'université Paul-Cézanne d'Aix-Marseille III  
René HOSTIOU, agrégé des facultés de droit, professeur émérite de l'université de Nantes  
Danielle LIPMAN-W. BOCCARA, avocat à la cour  
Jean-Pierre MAUBLANC, professeur à l'université Montesquieu-Bordeaux IV  
Stéphane PRIGENT, docteur en droit  
Moussa THIOYE, maître de conférences à l'université Toulouse 1 – Capitole, chargé de cours à l'IEJUC  
Daniel TOMASIN, professeur à l'université Toulouse 1 – Capitole, directeur l'IEJUC

31-35 rue Froidevaux  
75685 Paris Cedex 14  
Tél. rédaction 01 40 64 53 25  
Fax: 01 40 64 54 66  
E-mail: m.bornand@dalloz.fr  
y.rouquet@dalloz.fr

**PRÉSIDENT DIRECTEUR GÉNÉRAL**  
**DIRECTEUR DE LA PUBLICATION**  
Renaud LEFEBVRE

#### RÉDACTION

**Directeur scientifique**  
Jean-Pierre BLATTER, avocat à la cour, professeur des universités associé au CNAM

#### Rédacteur en chef

Yves ROUQUET, docteur en droit

#### Chefs de rubrique :

Yves Rouquet (*Actualités, Bail en général, Bail d'habitation ou mixte*),  
Jean-Pierre Blatter et Marie-Pierre Dumont-Lefrand (*Bail commercial, Bail professionnel*),  
Pierre Capoulade et Daniel Tomasin (*Copropriété*),  
Frédérique Cohet-Cordey (*Credit immobilier, Vente*),  
Alain Lévy (*Droit de préemption urbain*),  
Stéphane Prigent (*Droit rural*),  
Henri Heugas-Darraspen (*Expertise*),  
René Hostiou (*Expropriation*),  
Jean-Pierre Maublanc (*Fiscalité immobilière*),  
Bruno Wertenschlag (*Logement social*),  
Moussa Thioye (*Professions*),  
Sylvaine Porcheron (*En bref, Société immobilière*),  
Grégoire Forest (*Réponses ministérielles*),  
Valeurs et références économiques :  
CNEJ (*Loyers commerciaux - province*)  
Alain Pradel (*Loyers commerciaux - Lyon*),  
Jacques Michard (*Expropriation*).

#### ÉDITION

Philippe WEISS, directeur éditorial

**SECRETARIAT DE RÉDACTION**  
Muriel BORNAND

#### MARKETING - ABONNEMENTS

Marketing : Christelle GENDRAUD  
Abonnements : Yvette NAY

Revue mensuelle, 66<sup>e</sup> année

80, avenue de la Marne - 92541 Montrouge Cedex

Fax: 01 41 48 47 92, e-mail : ventes@dalloz.fr

Service clients : Marie-Hélène Tylman

tél. : 0820800017 (0,12 € TTC/mn)

**Prix de l'abonnement 2011 (1 an)**

**France : 214,41 € TTC / 210 € HT**

**Étranger : 234,83 € TTC / 230 € HT**

**Prix au numéro : 29,61 € TTC / 29 € HT**

ISSN 1286 - 0700 N° CPPAP 1115 T 80062

Imprimerie Jouve 1, rue du Docteur-Sauvé 53100 MAYENNE

Dépôt légal - septembre 2011

#### ÉDITIONS DALLOZ

Société anonyme au capital de 3956040 euros

Siège social: 31-35 rue Froidevaux - Paris 14<sup>e</sup>

RCS Paris 572 195 550 - Siret 572 195 550 00098

Code APE : 5811Z

TVA : FR 69572195550

Filiale des éditions Lefebvre-Sarrut

La reproduction, même partielle,

de tout élément publié dans la revue est interdite.

Ce numéro contient un encart broché à cheval

AJDI/Kiosque

# L'APPARTENANCE DU DROIT DE CONSTRUIRE EN COPROPRIÉTÉ <sup>1</sup>

par Stéphane Lelièvre  
Notaire

*Le droit de construire peut revêtir différentes formes et lorsqu'il est utilisé par un copropriétaire, il convient de déterminer le formalisme afférent à cette utilisation en tant que droit accessoire aux parties communes ou droit privatif.*

Le droit de construire peut être défini comme le droit de consommer la constructibilité d'un terrain et d'y réaliser toutes les constructions, dans le respect des règles législatives et réglementaires.

De cette définition, il ressort que le droit de construire est attaché à l'assiette foncière et lorsque sur cette assiette foncière est logée une organisation en copropriété, qu'elle soit verticale ou horizontale, l'article 3 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 énonce que le droit de surélever, le droit d'édifier et le droit d'affouiller sont des droits accessoires aux parties communes.

Si le droit de construire est un droit accessoire aux parties communes, c'est tout simplement dans la mesure où il est exercé sur des fractions d'immeubles qui ont elles-mêmes le caractère de parties communes, c'est-à-dire l'assiette foncière. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 janvier 2001 (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 janv. 2001, AJDI 2001. 438, obs. Giverdon ; D. 2002. 1521, obs. Giverdon) a en outre considéré que la constructibilité résiduelle d'une assiette foncière était également un droit accessoire aux parties communes. Ainsi, pour la Cour de cassation, la réalisation par un copropriétaire de modifications dans l'utilisation de locaux existants ayant une incidence sur le COS constitue l'exercice d'un droit accessoire aux parties communes. Cette analyse a d'ailleurs été critiquée, en théorie, par certains auteurs, dont notamment Daniel Sizaire et Georges Liet-Vaux, lesquels considèrent que le COS en matière d'urbanisme n'est pas un droit de construire mais une limitation au droit de construire qui est hors du commerce.

Le principe est donc posé par l'article 3 que le droit de construire en copropriété appartient à l'ensemble des copropriétaires. Toutefois, cet article 3 n'est pas d'ordre public puisqu'il précise que « dans le silence ou la contradiction des textes sont réputées parties communes : le sol... » ce qui signifie que le droit de construire, pris dans sa forme multiple de droit de surélever, de droit de construire, de droit d'édifier, de droit d'affouiller, est un droit accessoire aux parties communes mais uniquement dans le silence ou dans la contradiction des textes. Conventionnellement, il sera donc possible de privatiser ce droit de construire.

C'est cette trame qui sera retenue pour étudier l'appartenance du droit de construire en copropriété. Tout d'abord, en partant de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 qui énonce que le droit de construire est un droit accessoire aux parties communes, ce qui nous permettra d'appréhender d'une part les modalités d'utilisation du droit de construire par le syndicat des copropriétaires et d'autre part la réserve du droit de construire issue de l'article 37 de la loi de 1965.

Il conviendra ensuite de cerner les modalités de privatisation du droit de construire lorsque celui-ci est l'accessoire d'une partie privative ou lorsqu'il est la partie privative d'un lot de copropriété.

Enfin, sera abordé succinctement l'impact du droit de l'urbanisme, mais vu exclusivement sous l'aspect de la demande de permis de construire.

## ■ Les modalités d'utilisation du droit de construire par le syndicat des copropriétaires

La création de locaux communs doit être distinguée de celle de locaux privés.

### La création de locaux communs

L'utilisation du droit de construire peut être faite par le syndicat des copropriétaires, soit pour surélever un bâtiment existant, soit pour l'exhausser. Ainsi, le syndicat des copropriétaires pourrait vouloir créer des locaux qui soient destinés à l'usage commun : une salle de réunion, une loge et, pourquoi pas, un parking souterrain ou en surface. Concernant la réalisation d'un parking souterrain ou en surface, et compte tenu des problèmes de stationnement dans les villes, c'est l'une des techniques qui pourrait être utilisée par la copropriété pour créer en sous-œuvre ou en surface des emplacements de stationnement qui resteront parties communes ; les places seront à usage commun et il n'y aura pas de places spécialement affectées. Dans cette hypothèse, c'est le régime juridique de l'article 30 de la loi du 10 juillet 1965 qui s'applique, lequel renvoie à l'article 26 de la même loi. L'article 30 énonce que le syndicat des copropriétaires a la possibilité de voter en assemblée générale à la majorité de l'article 26, "toute amélioration telle que (et c'est la seule amélioration qui nous intéressera) la création de locaux à l'usage commun". Il faut que les travaux, bien entendu, soient des « travaux d'amélioration » (sur cette notion, V. Code de la copropriété Dalloz, L. 10 juill. 1965, art. 30, notes 1 s.).

(1) Si cette étude a été présentée lors du colloque de la Chambre nationale des experts en copropriété qui s'est tenu à Paris le 4 décembre 2009, l'auteur a procédé à son actualisation.

Le critère de nécessité permettra de faire la différence entre les travaux d'amélioration et les travaux de conservation. Dans le cadre de l'exercice du droit de construire par le syndicat des copropriétaires, certaines conditions devront être respectées. L'ordre du jour devra être très précis, bien entendu, et conforme aux stipulations de l'article 11 du décret du 17 mars 1967 qui énonce que, pour la validité de l'assemblée générale des copropriétaires, certains documents doivent être notifiés en même temps que l'ordre du jour. Cet ordre du jour devra notamment prévoir le vote séparé sur l'approbation des conditions essentielles des contrats avec les entreprises, sur la répartition du montant des travaux entre les copropriétaires, sur la répartition des dépenses de fonctionnement, d'entretien, de remplacement des parties communes créées, sur la souscription de l'assurance dommages-ouvrage et son coût et sur les modalités de financement par le syndicat des copropriétaires, soit par les copropriétaires soit par un emprunt par le syndicat des copropriétaires. L'assemblée générale devra approuver le projet à la majorité de l'article 26. Une seconde assemblée pourra être réunie, si, lors de la première assemblée, la décision a emporté l'adhésion de la majorité des membres du syndicat représentant les deux tiers des voix présents ou représentés. Le projet devra être conforme à la destination de l'immeuble, d'où l'intérêt de bien définir dans les règlements de copropriété la destination de l'immeuble qui ne se confond pas avec la destination des parties privatives ; la destination des parties privatives est l'une des composantes de la destination de l'immeuble. Le projet ne devra pas porter atteinte aux parties privatives ou aux modalités de leur jouissance. Ainsi, s'il est envisagé de créer des places de stationnement, des parkings et qu'il soit nécessaire de passer par des caves constitutives de lots privatifs, celles-ci devront alors être cédées.

Le procès-verbal de l'assemblée générale devra être notifié aux copropriétaires opposants ou absents et ladite assemblée ne deviendra exécutoire qu'à l'expiration du délai de deux mois. A noter qu'il existe un recours spécifique du copropriétaire opposant en matière de travaux d'amélioration, et cela afin de faire reconnaître que l'amélioration présente un caractère somptuaire eu égard à l'état ou aux caractéristiques et à la destination de l'immeuble. Outre l'inopposabilité qui pourrait résulter de ce caractère somptuaire qui pourrait être décidé – donc l'inopposabilité au copropriétaire opposant – la décision va obliger les copropriétaires au paiement des travaux, aux dépenses de fonctionnement, d'administration et d'entretien. Par dérogation, on sait que le copropriétaire qui n'a pas donné son accord à la décision pourra demander la participation différée de l'article 33.

### La création de locaux privatifs

Cette hypothèse, définie à l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 est relativement rare car le syndicat des copropriétaires va alors agir en tant que promoteur et il sera nécessaire de recueillir l'unanimité des copropriétaires.

Il est vrai que cette situation reste relativement isolée car la plupart du temps le droit de construire est cédé à un tiers ou à un copropriétaire, dans le principe à la majorité de l'article 26 ou, dans le cas de surélévation d'un immeuble, à la majorité de l'article 25 lorsque le bien est situé dans un périmètre soumis au droit de préemption urbain. A titre d'illustration, on pourrait imaginer que la copropriété décide de procéder à la fermeture de toutes les loggias ou de tous les balcons d'un immeuble. Certains auteurs, Daniel Sizaïre notamment, soutenaient que la fermeture des loggias ou des balcons emportait modification de l'aspect extérieur de l'immeuble et donc modification de l'usage des parties communes tel que fixé dans le règlement de copropriété et qu'à ce titre il convenait de recueillir la majorité de l'article 26.

S'il s'agit de fermer des loggias au moyen de structures légères, et c'est la position de la jurisprudence actuelle, la majorité de l'article 25 pourrait être suffisante.

Dans ces deux cas d'utilisation du droit de construire prévus aux articles 30 et 35 de la loi du 10 juillet 1965, le point commun résulte dans l'utilisation d'un droit accessoire aux parties communes appartenant au syndicat des copropriétaires.

Une autre utilisation peut être faite du droit accessoire aux parties communes : la convention de l'article 37. Pour bien cerner cette convention, il convient de revenir sur la raison première de cet article : faire échec, avant la loi du 10 juillet 1965, à toutes les réserves du droit de construire qui pouvaient être insérées dans les règlements de copropriété et souvent de manière abusive par des promoteurs. C'est la raison pour laquelle le législateur, en 1965, a souhaité encadrer ces réserves en permettant à la copropriété de s'y opposer. Nous ne sommes pas ici dans le cadre de la privatisation

**Le règlement de copropriété doit définir précisément la destination de l'immeuble, notion qui ne se confond pas avec la destination des parties privatives.**

du droit de construire, mais dans l'utilisation d'un droit accessoire aux parties communes que constitue le droit de construire. Concernant le champ d'application de cet article 37, plusieurs conditions doivent être réunies pour valider la convention de réserve de l'article 37. La réserve doit être formulée dans le règlement de copropriété. Le règlement de copropriété, qui réservera au profit d'un copropriétaire ou d'un tiers ce droit de construire, devra indiquer l'importance et la consistance des locaux à construire, le nombre de lots, leur superficie, leur hauteur, leur destination, leur aspect extérieur. Il conviendra d'annexer les plans des futures constructions, tout document technique, et préciser l'incidence de cette future construction au regard des tantièmes de copropriété et de charges attribués aux locaux créés lorsqu'ils seront construits. La convention de réserve de droit de construire sera valable à condition qu'elle soit exercée dans un délai de dix ans. Le titulaire devra donc, avant l'expiration d'un délai de dix ans, soumettre son projet à l'assemblée générale des copropriétaires à la majorité de l'article 25. L'assemblée des copropriétaires pourra bien sûr s'opposer et le bénéficiaire de la réserve pourra solliciter une indemnisation en compensation du préjudice subi.

En pratique, cette réserve de l'article 37 n'a pas été souvent utilisée pour les raisons suivantes :

- il est difficile de procéder à la désignation précise d'un programme dès le départ,
  - il est également difficile de prévoir une véritable contrepartie pour la copropriété dès le départ,
  - l'opposition du syndicat des copropriétaires est souvent une cause de blocage, de même que le doute sur l'indemnisation éventuelle.
- En outre, la reconnaissance du lot transitoire par la Cour de cas-

sation a fait tomber en désuétude le recours à cette convention. Il est en effet plus intéressant de privatiser un droit de construire plutôt que de se réserver un droit accessoire aux parties communes. La convention de l'article 37 permet toutefois à celui qui s'est réservé le droit de construire de ne pas régler de charges de copropriété tant que l'assemblée n'a pas approuvé son projet à la majorité de l'article 25.

Voyons en revanche l'utilisation qui a été faite par les juridictions judiciaires de cet article 37.

**Il est plus intéressant de privatiser un droit de construire que de se réserver un droit accessoire aux parties communes.**

En tant que praticien, nous avons tous rencontré ce type de clauses dans les règlements de copropriété :

*«M. propriétaire de l'immeuble, ses ayants droit auront la faculté d'exhausser la maison à la hauteur permise par les règlements, les travaux seront entrepris aux frais exclusifs de M. untel, qui n'aura pas à solliciter l'accord des copropriétaires.»*

Ou encore *«Le copropriétaire du lot aura le droit d'utiliser la cour commune de l'immeuble et d'y édifier des bâtiments à usage d'habitation de garage»*. Ou encore *«un local commercial au rez-de-chaussée avec la jouissance privative de la terrasse et la faculté de la fermer, avec x tantièmes de copropriété»*. Dans ces exemples, le raisonnement doit être systématiquement le même :

- Est-ce une privatisation du droit de construire ?
- Est-ce une simple pré-autorisation qui serait atteinte de nullité ?
- Est-ce une simple réserve du droit de construire d'une partie accessoire aux parties communes qui serait alors atteinte de nullité dans un délai de 10 ans ?

Certaines décisions judiciaires ont parfois considéré, eu égard au caractère imprécis de clauses figurant dans les règlements de copropriété, que celles-ci étaient atteintes de caducité au bout de dix ans, comme étant assimilées à des conventions relevant de l'article 37.

D'où la préconisation d'être excessivement attentif à la rédaction d'un lot qui va inclure un droit privatif de construire.

## ■ Les modalités de privatisation du droit de construire

Dans cette hypothèse, le droit de construire n'est plus un droit accessoire aux parties communes. Soit il est un droit accessoire aux parties privatives, soit c'est la partie privative d'un lot de copropriété. Toutefois, pour avoir cette qualification, le droit de construire devra faire l'objet d'une individualisation précise et être pourvu de tantièmes de copropriété.

Les tantièmes de copropriété peuvent être déterminés en fonction de la valeur relative, or l'un des éléments de la valeur relative correspond justement à la consistance du lot ; le droit de construire va participer à cette valeur relative, puisqu'il est même très souvent l'élément de consistance principale lorsqu'il s'agit d'un lot transitoire. C'est un élément excessivement important, car sans tantièmes de copropriété attachés à ce droit de construire, on ne peut pas considérer que ce droit de construire a été privatisé. C'est d'ailleurs ce que la Cour de Cassation a eu l'occasion de rappeler : si il n'y a pas de tantièmes attachés à ce droit de construire, ce droit est un droit accessoire aux parties communes et la convention afférente à ce droit de construire se trouve soumise à la caducité de l'article 37 (Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mars 2002, Constr.-Urb. 2002, n° 119, note Sizaire).

## Le droit de construire rattaché à une partie privative préexistante

Il conviendra de désigner de la manière la plus précise l'objet de ce droit de construire. A titre d'exemple : *« un garage et le droit d'utiliser Xm<sup>2</sup> de SHON pour transformer celui-ci en habitation de deux pièces, cuisine, salle de bains avec W-C et les X tantièmes des parties communes générales »*. Autre exemple : *« le droit de surélever le bâtiment d'habitation existant aux fins de création d'un deuxième niveau constitué de deux chambres, ainsi qu'il résulte des plans ci-annexés d'une SHON de Xm<sup>2</sup> »*.

Outre une désignation précise, il convient de tenir compte de ce droit de construire pour déterminer les tantièmes de copropriété. On peut se poser la question de savoir s'il est nécessaire de solliciter l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires pour mettre en œuvre ce droit de construire.

La réponse semble devoir être négative si la désignation est suffisamment précise. Dans le cas contraire, l'assemblée générale des copropriétaires devra approuver la modification de l'aspect extérieur, le projet apportant une novation par rapport à la désignation d'origine.

## Jouissance exclusive et droit de construire

En pratique, des lots de copropriété peuvent bénéficier d'une jouissance privative de jardin, par exemple un appartement en rez-de-chaussée. Il convient de rappeler que le copropriétaire bénéficiaire de cette jouissance n'est pas titulaire du droit de construire.

Le copropriétaire qui bénéficie d'une jouissance n'a pas la possibilité d'affouiller le sol ni de réaliser une quelconque construction sans avoir été autorisé par l'assemblée générale des copropriétaires. Dans un arrêt du 30 mars 2002 (Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mars 2002, AJDI 2002. 773, obs. Capoulade ; D. 2002. 1806 ; Constr.-Urb 2002, n° 173 obs. Sizaire) la Cour de cassation a affirmé sans ambiguïté que le copropriétaire devra solliciter l'accord de la copropriété à la majorité de l'article 26. Le copropriétaire bénéficiaire d'un droit de jouissance exclusive d'un terrain, d'une terrasse utilise alors un droit qui appartient à l'ensemble des copropriétaires, un droit accessoire aux parties communes qu'il est indispensable de mettre en œuvre avec l'accord de la copropriété. Dans cette hypothèse-là, il faudra donc prévoir la création d'un lot auquel sera attaché le droit d'utiliser la SHON nécessitée par le projet. Le projet devra être précis sur la modification de l'aspect extérieur de l'immeuble, il devra être approuvé à la majorité de l'article 25. La modification des tantièmes de copropriété des charges induites par ces travaux et la vente du lot au profit du copropriétaire à la majorité de l'article 26. En outre, l'assemblée devra autoriser le copropriétaire à déposer un permis de construire.

Cet arrêt de 2002 n'avait pas fait la différence entre la construction en dur, qui induit une appropriation définitive du droit de construire et qui nécessite l'ac-

cord de la copropriété à la majorité de l'article 26, et la construction légère. Certains arrêts ont fait la différence entre ces deux notions, la construction légère nécessitant l'approbation de l'assemblée générale des copropriétaires statuant à la majorité de l'article 25 comme étant une modification de l'aspect extérieur de l'immeuble.

Autre question intéressante : le COS utilisé pour l'aménagement d'un lot est-il l'accessoire de ce lot ? Imaginons, par exemple, un propriétaire d'un appartement qui bénéficierait d'une hauteur sous plafond relativement importante et qui souhaiterait créer une mezzanine de plus de 1,80 mètre. La création de SHON nécessite-t-elle l'accord de la copropriété ? Au niveau de l'urbanisme, il conviendra bien évidemment de déposer une déclaration préalable ou un permis de construire en fonction de la SHON utilisée, mais également il conviendra de solliciter l'accord de la copropriété puisqu'il y a bien utilisation d'un droit accessoire aux parties communes, pour autant que l'immeuble ne soit pas déjà en surdensité. Qu'en est-il également du copropriétaire d'un duplex dont la partie supérieure correspondrait à des combles non aménageables au regard de la circulaire n° 90-80 du 12 novembre 1990 qui définit la SHON ? Si le comble n'est pas aménageable, le passage de celui-ci à un comble aménageable va générer la création de SHON. Dans cette hypothèse, notre copropriétaire utiliserait la constructibilité résiduelle de l'assiette de la copropriété et il faudrait alors qu'il se fasse autoriser par l'assemblée générale des copropriétaires.

## Le droit de construire partie privative d'un lot

Nous sommes ici dans le cadre du droit de construire qui constitue non plus l'accessoire d'une partie privative, mais la partie privative du lot de copropriété et c'est l'application la plus fréquente de la privatisation de ce droit de construire : le « lot transitoire » ou « lot d'attente ».

Il s'agit très souvent de terrains non bâtis dont la partie privative est constitutive d'un droit exclusif de construire sur un sol commun des ouvrages dont la consistance doit être suffisamment précisée. Leur utilisation est courante pour définir les futures tranches d'un programme de construction.

La nature de ce lot a été longtemps discutée. La Cour de cassation reconnaît aujourd'hui qu'il s'agit d'un immeuble par nature, d'un véritable lot de copropriété (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 nov. 1989, Bull. civ. III, n° 213 ; 14 nov. 1991, AJDI 1992. 599 ; D. 1992. 277, rapp. Capoulade, note Tomasin ; GADI 2001. n° 53 ; RDI 1992. 109, obs. Capoulade et Giverdon) dont le copropriétaire est débiteur des charges, aussi bien des charges relatives à la conservation et à l'entretien de l'immeuble que les charges relatives aux services et équipements dès l'instant où ils avaient une utilité pour ce lot.

Le lot transitoire, en revanche, ne constitue pas un blanc-seing au profit du promoteur. Le rédacteur du règlement de copropriété devra définir précisément la consistance de ce lot, par référence à un permis de construire obtenu, au plan joint à la demande du

permis de construire et donc au nombre de niveaux, à leur destination.

Dans un arrêt du 15 novembre 1989 (cité ci-dessus) la Cour de cassation avait défini le lot transitoire comme le droit exclusif d'utiliser une surface déterminée du sol pour y édifier des constructions conformes à un permis de construire délivré.

Est-il possible de définir un lot transitoire sans faire référence à un permis de construire ? Certains auteurs le pensent, notamment Jacques Lafond : « *si le lot transitoire confère le droit de construire un bâtiment de trois étages à un emplacement prédéterminé et dont l'emprise est figurée dans un plan annexé, la désignation du lot transitoire sera suffisante au regard des dispositions de l'article 5 de la loi de 65* ».

Il n'en demeure pas moins que l'imprécision dans la désignation ou toute modification dans la consistance de ce lot nécessitera la majorité de l'article 25 ou 25-1. De même, toute modification dans la désignation d'origine, semble-t-il, dès l'instant où elle affecte de manière substantielle le lot, nécessitera cette approbation. Le principe est bien entendu que chaque copropriétaire doit être parfaitement informé de la consistance future de la construction qui va être édifiée ultérieurement. D'où l'intérêt d'affiner la description.

Christian Atias écrivait : « *La définition d'un lot transitoire est une condition nécessaire de son existence, elle n'en est une condition suffisante que si les locaux à construire sont suffisamment déterminés à la fois par leur nature et par leur consistance* » (sur cette notion, V. aussi Atias, *Guide de la copropriété des immeubles bâtis*, Éditions 2009).

Dans un arrêt du 8 juin 2011 (Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2011 (Dalloz actualité, 17 juin 2011, obs. Rouquet), la Cour de Cassation a considéré que « le droit de construire sur le lot n° 2316 n'était pas soumis aux règles d'autorisation de la copropriété puisqu'en vertu du règlement de copropriété son titulaire bénéficiait du droit d'édification de tous bâtiments et constructions ».

Il s'agissait en l'espèce d'un copropriétaire qui demandait à l'organisme d'habitations à loyer modéré, cessionnaire d'un lot transitoire créé en 1969, lors de la mise en copropriété, de rétablir la voie de circulation goudronnée et le rond-point que ce dernier avait détruits. Ce copropriétaire invoquait notamment l'absence de toute précision quant à la consistance des parties privatives d'un lot, déniait ainsi à celui-ci la qualification de lot transitoire, outre que les travaux réalisés affectant l'aspect extérieur de l'immeuble devaient relever du régime de l'article 25 b de la loi du 10 juillet 1965.

La Cour de cassation relève que « l'opération s'était déroulée de manière successive avec à chaque fois la création de lots transitoires pour permettre la construction ultérieure d'immeubles à usage d'habitation et retenu que c'était selon ce processus qu'avait été édifié le bâtiment J dans lequel les époux Giraud étaient copropriétaires. »

Il n'en demeure pas moins qu'en tant que praticiens, nous devons nous attacher à être très précis dans la désignation des lots transitoires et nous assurer qu'à ces lots transitoires sont bien attachés des tantièmes de copropriété qui correspondent à cette consistance du droit de construire.

Quel est le sort réservé aux lots transitoires qui sont devenus inconstructibles ?

La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 avril 2004 (Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avr. 2004, Bull. civ. III, n° 75, AJDI 2004. 733, obs. Giverdon ; D. 2006. 1855 ; Constr.-Urb. 2004, n° 142, obs. Sizaire) a réaffirmé que la disparition de la possibilité d'affouiller le sous-sol ne pouvait faire disparaître la cause juridique de l'obligation aux charges. Donc il

**Le lot transitoire ne constitue pas un blanc-seing au profit du promoteur !**

importe peu que ces lots soient inconstructibles au regard de l'obligation de participer aux charges.

Le copropriétaire du lot transitoire ne pourrait abandonner son lot, contrairement par exemple à la faculté réservée au propriétaire du fonds servant en matière de servitude.

La seule solution consisterait dans le rachat par les copropriétaires de ce lot transitoire ou éventuellement une scission de copropriété.

## ■ Droit de construire et permis de construire

Deux points seront succinctement examinés.

### Permis de construire et accord de l'assemblée générale

L'accord de l'assemblée générale des copropriétaires est-il nécessaire pour déposer un permis de construire ou une déclaration préalable ?

Avant la réforme de 2007, le permis de construire et la déclaration préalable pouvaient être déposés par le propriétaire du terrain, par son mandataire ou par une personne justifiant d'un titre habilitant à construire.

La jurisprudence *Talbot* (CE, 22 mars 1985, Lebon) exigeait la production de l'autorisation de construire qui résultait soit du règlement de copropriété soit éventuellement d'une assemblée générale.

L'administration n'instruisait pas avant d'avoir obtenu cette autorisation.

Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2007, une demande de permis de construire ou de déclaration préalable peut être déposée par le propriétaire et par son mandataire.

En revanche, le dépôt peut également être fait par une personne attestant être autorisée par le ou les propriétaires ou leurs mandataires à exécuter des travaux.

La réforme a donc supprimé le titre habilitant à construire et en conséquence l'obligation de fournir le règlement de copropriété ou l'assemblée générale, ladite obligation étant remplacée par la fourniture d'une simple attestation du pétitionnaire établie sous sa propre responsabilité.

On peut donc se demander s'il est toujours nécessaire d'avoir l'accord de l'assemblée des copropriétaires.

Au niveau de la forme, la réponse est négative car l'administration devra instruire même si le pétitionnaire n'a pas obtenu cette autorisation, dès l'instant où il atteste être dûment autorisé à déposer cette demande de permis ou déclaration.

Au niveau du fond, le pétitionnaire devra bien entendu s'assurer qu'il a effectivement cette autorisation avant de déposer une quelconque autorisation d'occupation du sol, la suppression du titre habilitant à construire au regard du droit de l'urbanisme ne lui permettant pas de s'affranchir des règles du droit de la copropriété.

## VEFA et permis de construire modificatif

Le promoteur dans le cadre d'une vente en état futur d'achèvement peut-il déposer seul un permis de construire modificatif ?

Il est difficile de répondre à cette question dont la réponse donne lieu à l'application d'un certain nombre de règles :

- les règles du droit commun de la vente, toute modification d'un contrat devant nécessiter l'accord du vendeur et de l'acquéreur,
- les règles de la vente en l'état futur d'achèvement et l'obligation pour le vendeur de livrer à chaque acquéreur un bien qui soit conforme aux documents contractuels et plus généralement à tous les documents contractuels : notice, plans, etc.
- les règles de la copropriété qui interdisent les pré-autorisations et qui confèrent la souveraineté à l'assemblée générale des copropriétaires, dès lors notamment que la copropriété est née,
- les règles du droit de l'urbanisme qui nécessitaient autrefois une autorisation et une habilitation à construire et aujourd'hui une simple attestation.

En pratique, peut-on avoir recours à l'article R. 261-5 du code de l'urbanisme pour permettre au promoteur de procéder au dépôt d'un permis de construire modificatif ?

L'article R. 261-5 énonce que la vente d'un immeuble à construire peut être assortie d'un mandat donné par l'acquéreur au vendeur à l'effet de passer les actes de disposition devant affecter les biens et droits vendus et indispensables à la construction du bâtiment dont tout ou partie forme l'objet de la vente. L'utilisation de cet article est fréquente mais ce n'est pas un blanc-seing conféré aux promoteurs ; ce mandat doit être précis et son objet doit être limité. En outre, et c'est là la difficulté, si la copropriété est née, il ne peut plus être utilisé car l'assemblée générale des copropriétaires devient alors souveraine. C'est d'ailleurs tout le problème de la naissance de la copropriété : quand naît-elle ? Ou plutôt quand naît la personnalité morale du syndicat des copropriétaires ?

Elle naît lorsque l'immeuble est bâti, mais qu'est-ce qu'un immeuble bâti ? L'achèvement au sens du code de la construction ? La livraison du lot ? Le dépôt de la déclaration d'achèvement et de conformité des travaux ?

Lors du 103<sup>e</sup> Congrès des notaires de France en 2007 nous avons proposé à l'occasion d'un vœu voté à une large majorité que la personnalité morale du syndicat des copropriétaires prenne naissance à la signature du procès-verbal de livraison du premier lot. Il nous avait semblé utile de figer la date de la naissance de la copropriété.