

LA SURELEVATION A L'INITIATIVE D'UN COPROPRIETAIRE OU D'UN TIERS A LA COPROPRIETE

Introduction

Evolution et renouvellement sont de la nature même d'une copropriété, qu'elle soit horizontale ou verticale : mutation des lots, modification du syndicat des copropriétaires, changement de syndic, travaux, ...transforment la physionomie d'une copropriété.¹

Parmi ces modifications, il en est une qui revêt une importance toute particulière puisqu'elle modifie à la fois la composition, la physionomie et la contenance d'une copropriété : la surélévation.

Non définie dans la loi du 10 juillet 1965, la surélévation a été caractérisée par la jurisprudence comme l'adjonction de parties privatives ou communes modifiant le faitage de la toiture et créant de nouvelles constructions en dur prolongeant la façade de l'immeuble²

Le régime de la surélévation est issu de la loi du 10 juillet 1965³ fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis qui prévoit pas moins de quatre articles concernant la surélévation et d'autre part des dispositions de l'article L 421 – 1 du Code de l'urbanisme.

Aux termes de l'article 3 de la loi de 1965, le droit de surélever est réputé accessoire aux parties communes, et le syndicat des copropriétaires est ainsi, dans le silence ou la contradiction des textes, titulaire de ce droit.

Toutefois, en pratique, l'aménagement de locaux à usage privatif par le syndicat des copropriétaires reste exceptionnel.

En effet, la surélévation par un copropriétaire ou par un tiers est plus fréquente : dans cette hypothèse, le maître de l'ouvrage ne sera plus le syndicat des copropriétaires, mais le copropriétaire ou le tiers auteurs des travaux qui seront exécutés sous la responsabilité de ces derniers.

La surélévation exécutée par un copropriétaire ou un tiers est prévue aux articles 35 et 37 de la loi du 10 juillet 1965 :

- L'article 35, alinéa 2 et 3, prévoit la possibilité pour le syndicat « *d'aliéner* » le droit de surélever

¹ Jérôme Hocquard, « *La surélévation à l'initiative du syndicat des copropriétaires* » : Information Rapides de la Copropriété, n° 491, octobre 2003

² Jean de Vignan, « *la surélévation* », Dictionnaire général du bâtiment, DICOBAT, page 916, édition Arcature
Cass.civ.3^{ème}, 15 novembre 1993 : Loyers et copr. 1994, comm. N°133
Cass.civ.3^{ème}, 6 mars 1991, n° 89 – 18.758, S.D.C. de l'immeuble 31 rue de lorraine à Saint Germain en Laye
c / Mme Keller et autres : Bull.civ. III, n° 79

CA Nancy, Chambre 1, 3 novembre 1997, Cabaret c/ Cabaret

CA Paris, 9 octobre 1997 : Loyers et copr. 1998, com. 57

CA Paris, Chambre 23, Section B, 26 janvier 1996, S.D.C. du 16 rue d'Alembert à Paris c/ Blanchard

Cass.civ.3^{ème}, 6 mars 1993, affaire Boukobza : Loyers et copr. 1993, com. 443

³ Articles 3, 35, 36, et 37 de la loi n° 65 – 557 du juillet 1965, publiée au JO du 11 juillet 1965

- L'article 37 envisage la convention par laquelle un copropriétaire ou un tiers se réserve l'exercice du droit de surélever.

A ces deux articles, une troisième méthode de réserve du droit de surélever a été créée par la pratique des professionnels de la promotion immobilière, et encadrée par la jurisprudence : la constitution de lot dont le propriétaire se réserve le droit de propriété⁴.

La présente étude ne concerne que sur la surélévation à l'initiative d'un tiers à la copropriété ou d'un copropriétaire.

La surélévation à l'initiative du syndicat des copropriétaires ayant fait l'objet d'une étude récente⁵, nombres de points communs avec la surélévation à l'initiative d'un tiers ou d'un copropriétaire y étant étudiés, le lecteur sera renvoyé à cette étude concernant la définition de la surélévation, les obligations urbanistiques de l'auteur des travaux et les corollaires juridiques de la surélévation.

L'une des différences majeures entre la surélévation à l'initiative de la copropriété et celle à l'initiative d'un copropriétaire est que le copropriétaire n'est pas titulaire du droit de surélever : il doit acquérir ce droit.

Les procédés qui permettent à un tiers ou à un copropriétaire de devenir titulaire du droit de surélever sont au nombre de trois, et relèvent tous du domaine contractuel : ils ne sont concevables que dans le cadre des documents de la copropriétés (règlement de copropriété et état descriptif de division) :

- La réserve du droit de surélévation dans les documents constitutifs de la copropriété (état descriptif de division)⁶,
- La cession par le syndicat des copropriétaires du droit de surélever⁷.
- La constitution de lots, lors de la mise en copropriété, comportant pour leur propriétaire le droit de surélever⁸,

A bien y regarder, ces trois moyens mis à la dispositions des tiers ou des copropriétaires pour initier et exécuter des travaux de surélévation peuvent être chronologiquement classés puisqu'il interviennent à des moments différents : la constitution d'un lot comportant le droit de surélever intervient au moment de la création de la copropriété, la réserve du droit de surélever échoit au moment de l'élaboration de l'état descriptif de division, et la cession du droit de surélever par le syndicat peut être votée à n'importe quel moment de la vie de la copropriété.

Aussi, lorsque un copropriétaire, ou un tiers à la copropriété, décide de surélever un immeuble en copropriété, il devra préalablement vérifier s'il est effectivement titulaire de ce droit dans les actes de copropriété (I), ou, à défaut, obtenir ce droit en l'achetant au syndicat des copropriétaires (II).

⁴ Cass.civ.3^{ème}, 23 avril 1992 : Revue Administrer, janvier 1993, p.32

⁵ Jérôme Hocquard, « *La surélévation à l'initiative du syndicat des copropriétaire* » : Information Rapides de la Copropriété, n° 491, octobre 2003

⁶ Article 37 de la loi du 10 juillet 1965

⁷ Article 35, alinéa 2 et 3, de la loi de 1965

⁸ Cette possibilité n'est pas prévue par la loi de 1965, mais s'est développée dans la pratique et a été encadrée par la jurisprudence

I/ LE COPROPRIETAIRE OU LE TIERS EST TITULAIRE DU DROIT DE SURELEVER AUX TERMES DES ACTES DE COPROPRIETE :

Comme il a été préalablement rappelé, l'article 3 de la loi de 1965 érige le droit de surélever en droit accessoire au partie commune, c'est à dire un droit commun à la copropriété, exercé par le syndicat de copropriétaire.

Toutefois, deux limites doivent être apportées à ce caractère commun : d'une part le droit de surélever est commun « *dans le silence ou la contradiction des titres* », et d'autre part l'article 3 n'est pas d'ordre public.

Cela signifie que, d'une part les titres, c'est à dire les actes de copropriété, peuvent prévoir la possibilité de réserver le droit de surélever à un copropriétaire, et d'autre part que le droit de surélever peut être privatif.

Avant d'envisager les travaux de surélévation et leurs conséquences, il convient de s'interroger sur le droit de surélever, et plus particulièrement sur le point de savoir si le copropriétaire, ou le tiers en est titulaire.

La question est fondamentale car si les travaux sont engagés par un copropriétaire ou un tiers sans qu'il soit titulaire du droit de surélever, ce dernier est réputé avoir toujours été accessoire aux parties communes, et les travaux pourront être annulés⁹.

L'auteur des travaux de surélévation, copropriétaire ou tiers, devra vérifier s'il est titulaire du droit de surélever, soit parce qu'il est propriétaire d'un lot constitué de ce droit (décrit ainsi dans l'état descriptif de division) (A), soit qu'il s'est réservé ce droit dans le règlement de copropriété (B).

A°) Le droit de surélever est érigé en lot de copropriété :

Comme il a été rappelé, la surélévation ne peut s'exercer que dans le cadre contractuel des actes de copropriété (règlement de copropriété, et état descriptif de division).

Un lot de copropriété peut ainsi être constitué du droit de surélever¹⁰.

Le copropriétaire de ce lot est titulaire du droit de surélever, qui devient un droit privatif, certains auteurs n'hésitant à le qualifier de « droit privatif, accessoire à une partie privative »¹¹

Cette titularisation du droit de surélever au profit du copropriétaire du lot constitué de ce seul droit n'était pas prévue dans la loi de 1965.

⁹ Cass.civ.3^{ème}, 22 mars 1995, Arrêt n° 680, Avezard C/ SDC du 20 quai de Lunel à Nice et autres : Loyers et copr. 1995, comm. N°345

CA Paris, 23^{ème} Chambre, Section A, 8 mars 2000, affaire n° 108 730, De Jesus Moreila C/ Marques

¹⁰ Cass.civ.3^{ème}, 23 avril 1992 : Revue Administrer, janvier 1993, p.32

¹¹ Charles Levinshon, « *Surélévation et copropriété* » : L'actualité Juridique – Droit immobilier, 10 mars 2000, p. 209

Il s'agit d'une pratique développée par les professionnels de la promotion immobilière, et validée par la jurisprudence.

Les juridictions qui ont eu à connaître des litiges portant sur ce mode d'acquisition du droit de surélever ont reconnu cette possibilité sous la condition que le droit de surélever soit érigé en lot au sens de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965¹².

Ainsi, dans cette hypothèse, le lot de copropriété constitué exclusivement du droit de surélever doit obligatoirement recevoir l'attribution d'une quote-part des parties communes¹³.

Cette quote-part sera calculée en fonction de l'importance dans la copropriété des futures constructions.

Cette hypothèse se rencontre le plus fréquemment dans les copropriété horizontales lorsque le bâtiment à surélever appartient à un seul propriétaire.

Dans les copropriété verticales, il est fondamentale que l'état descriptif de division soit le plus précis possible sur la composition de ce lot¹⁴.

Ainsi, il a été jugé qu'un copropriétaire bénéficiait d'un droit privatif de surélévation lorsque le règlement de copropriété a classé ce droit dans les parties privatives de son lot, avec affectation d'un certain nombre de millièmes dans la répartition des charges communes¹⁵.

Cette hypothèse se rencontre également dans la pratique des lots transitoires : un promoteur immobilier crée des lots temporaires constitués par des terrains non bâtis sur lesquels seront édifiés plus tard les bâtiments (il s'agit d'un plan de « construction par tranches »).

La jurisprudence a jugé que ces lots transitoires étaient de véritables lots de copropriété, comprenant le droit privatif de surélévation¹⁶.

Ce mode d'acquisition du droit de surélever est important car il transforme le droit de surélever en droit privatif.

Son titulaire pourra ainsi l'exercer librement, sans aucune autorisation du syndicat des copropriétaires¹⁷.

Le seul vote soumis éventuellement au syndicat des copropriétaires concernant l'exécution des travaux, dans l'hypothèse où ces derniers modifient l'aspect extérieur de l'immeuble ou touchent des parties communes¹⁸.

¹² Cass.civ.3^{ème}, 22 mars 1995 : Loyers et copr. 1995, comm. N°345

¹³ Cass.civ.3^{ème}, 23 avril 1992 : Revue Administrer, janvier 1993, p. 32

¹⁴ Cass.civ.3^{ème}, 14 juin 1982 : JCP 1983, Ed. G. IV 74

Cass.civ.3^{ème}, 14 décembre 1982 : JCP 1983 ; Ed. G. II 20106

CA Paris, 17 janvier 1990 : Loyers et copr. 1990, comm. 96

CA Paris, 11 octobre 1994 : Loyers et copr. 1995, comm. 243

¹⁵ Cass.civ.3^{ème}, 22 mars 1995 : Loyers et copr. 1995, comm. N°345

¹⁶ Cass.civ.3^{ème}, 14 novembre 1991 : Dalloz 1991, info. Rap. 292

Cass.civ.3^{ème}, 8 février 1995 : Revue Administrer, mars 1996, p.73

Cass.civ.3^{ème}, 30 juin 1998 : JCP 1999, Ed. N, p. 13

¹⁷ CA Paris, 13 mars 1998 : Revue Administrer, février 1999, p.68

¹⁸ Article 25 b de la loi de 1965.

Ce mode d'acquisition du droit de surélever n'est toutefois pas très répandu car il est toujours délicat de vendre un droit, les candidats à la copropriété souhaitant davantage être propriétaire d'un bien immobilier.

De plus, il convient de relever que les tribunaux exercent un contrôle assez restrictif des actes de copropriété.

Ainsi, si la constitution d'un tel lot existe dans le règlement de copropriété, mais est absent ou imprécis dans l'état descriptif de division, dans la contradiction de ces textes, le droit de surélever est demeuré l'accessoire des parties communes¹⁹

Pour ces derniers, la loi de 1965 a prévu la possibilité de se réserver le droit de surélever.

B°) Le droit de surélever a été réservé par le copropriétaire ou un tiers :

Aux termes de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965, un copropriétaire ou un tiers peut se réserver le droit de surélever, de construire ultérieurement de nouveaux locaux dans un immeuble en copropriété.

Cette réserve s'effectue par la signature d'une convention entre un copropriétaire, ou un tiers (par exemple le constructeur de l'immeuble ou le promoteur), avant la mise en copropriété de l'immeuble.

Ainsi, si la réserve de copropriété et la constitution d'un lot composé du droit de surélever interviennent au même moment, lors de la constitution de la copropriété, il est toutefois une différence majeure entre les deux modes d'acquisition du droit de surélever :

- Dans le premier cas, la création d'un lot constitué du seul droit de surélever, le droit de surélever est privatif, c'est un accessoire des parties privatives, et s'exerce librement par le propriétaire de ce lot ;
- Dans le second cas, la réserve du droit de surélever, ce dernier est commun, il reste un accessoire aux parties communes de l'immeuble²⁰ ;

Ainsi, la convention par laquelle un copropriétaire ou un tiers se réserve le droit de surélever l'immeuble en copropriété s'analyse comme la réserve d'un droit accessoire aux parties communes en application des dispositions du règlement de copropriété.

Toutefois, en considération de son caractère dérogatoire au droit commun de la copropriété, notamment aux règles et principes d'utilisation des parties communes, cette réserve du droit de surélever a été restreinte dans ces possibilités, limitée dans le temps, précisée dans son contenu, et son exécution peut toujours se heurter à l'opposition de l'assemblée générale des copropriétaires.

¹⁹ Cass.civ.3^{ème}, 22 mars 1995 : Loyers et copropriété 1995, comm. n° 345

²⁰ CA Versailles, 1^{er} Chambre, 1^{er} Section, 23 avril 1992, Dahan c/ Lumbroso

- Restriction des possibilités de réserve au seul cas prévu par l'article 37 :

L'article 37 prévoit expressément que la réserve ne peut porter que sur le droit de construire ultérieurement des locaux privatifs, sur (ou à partir) des parties communes.

Les tribunaux apprécient restrictivement cet article, et excluent du champ d'application de l'article 37, les conventions qui confèrent aux copropriétaires un droit privatif de surélever, et non plus un droit accessoire aux parties communes.

Ainsi, un copropriétaire ne pourra se prévaloir du régime de l'article 37 lorsqu'il souhaite surélever sur une partie privative d'un lot²¹, ou, comme il a été développé précédemment, lorsque le droit de surélever est privatif.

De même, un éminent auteur, Monsieur Jean Robert Bouyeure a rappelé, à juste titre, que le syndicat des copropriétaires ne peut prétendre réserver le droit de surélever lorsqu'il a préalablement cédé le droit de construire sur les parties communes²².

De plus, pour que l'article 37 soit appliqué, la convention devra être claire, sans ambiguïté ni contradiction, car dans le cas contraire, le droit de surélever est supposé être resté un accessoire aux parties communes²³.

- Limitation de la durée de validité de la convention :

L'alinéa 1^{er} de l'article 37 limite la durée de validité de ces conventions à 10 ans, à compter de la date de convention comportant la réserve du droit de construire.

Ce délai est un délai de caducité : à l'expiration de celui-ci le droit de surélever disparaît.

Il est toutefois à noter que la réalisation des travaux n'est pas exigée pour interrompre ce délai : un simple début d'exécution suffit à interrompre le délai²⁴.

- Définition du contenu de la convention :

A peine de nullité de la convention doit préciser le nombre de futurs lots, leur superficie, leur consistance, et leur destination.

De plus, toujours à peine de nullité, la convention doit également mentionner la répartition des charges et des tantièmes de copropriété issue des nouvelles constructions.

Ainsi, en pratique, le bénéficiaire de la convention devra annexer à la convention les documents et plans techniques des futurs locaux.

²¹ CA Versailles, 7 novembre 1983 : *Revue des loyers* 1985, p. 386

²² Jean Robert Bouyeure, « *Surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux* » : *Gaz.Pal.* 1973, doctrine 631

²³ Cass.civ.3^{ème}, 22 mars 1995 : *Loyers et copropriété* 1995, comm. n° 345

²⁴ Jean Maurice Gélinet, « *La réserve du droit de surélévation* » : *Revue Administrer*, novembre 1995, p.19

L'opposition du syndicat des copropriétaires :

Le caractère dérogoire de l'article 37 explique que le législateur de 1965 ait laissé aux autres copropriétaires la possibilité de s'opposer à l'exercice du droit de surélever pendant les 10 années de la validité de la réserve.

Aussi, par un vote pris à la majorité de l'article 25 de la loi, c'est à dire la majorité de tous les copropriétaires, l'assemblée générale peut refuser l'exécution des travaux de surélévation.

Point important : le syndicat des copropriétaires ne peut pas revenir sur la réserve du droit en votant l'annulation de la convention, il ne peut que s'opposer à l'exécution des travaux décrits dans les annexes.

De plus, en cas d'opposition, le syndicat devra dédommager le tiers ou le copropriétaire qui ne peut plus réaliser les travaux projetés.

Conformément au droit de la copropriété, le titulaire de la réserve du droit de surélever pourra toujours dénoncer à la justice ce vote par une assignation devant le Tribunal de Grande instance, dans le délai de deux mois à compter de la réception du procès-verbal de l'assemblée générale, sur le fondement de l'abus de droit ou de l'abus de majorité.

Même si l'intérêt pratique de cette réserve du droit de surélever par un tiers ou un copropriétaire est aujourd'hui remise en question²⁵, elle n'en reste pas moins un moyen légal d'acquérir le droit de surélever.

II. LE COPROPRIETAIRE OU LE TIERS ACHETE LE DROIT DE SURELEVER :

Lorsque le tiers ou le copropriétaire souhaite surélever l'immeuble en copropriété, il doit justifier avant tout débat ou tout vote du droit de surélever.

S'il n'en est pas titulaire aux termes des documents de la copropriété, ce droit est accessoire aux parties communes²⁶, et le copropriétaire doit alors l'acquérir²⁷.

Cette possibilité lui est offerte, à tout moment, par les dispositions de l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 : « *La décision d'aliéner aux mêmes fins le droit de surélever un bâtiment existant exige, outre la majorité prévue à l'article 26, l'accord des copropriétaires de l'étage supérieur du bâtiment à surélever et, si l'immeuble comporte plusieurs bâtiments, la confirmation, par une assemblée spéciale des copropriétaires des lots composant le bâtiment à surélever, statuant à la majorité indiquée ci-dessus* ».

Ainsi, l'assemblée générale vote et autorise cette convention de cession du droit de surélever (A), mais doit principalement, et c'est bien là le point plus délicat de l'opération, en fixer le prix (B).

²⁵ Guy Vignerou, « *La surélévation de l'immeuble en copropriété* » : Informations Rapides de la Copropriété, n°459, novembre 2000, p.19

²⁶ Article 3 de la loi de 1965

²⁷ CA Paris, 23^{ème} Chambre, 8 mars 2000, inédit

A./ Sur l'autorisation de la cession :

L'autorisation de la cession du droit de surélever requiert un vote de l'assemblée générale des copropriétaires.

La cession du droit de surélever suppose donc la réunion de l'assemblée générale (1), et un vote de cette dernière (2).

1°) La convocation à l'assemblée générale :

La cession du droit de surélever, droit accessoire aux parties communes, doit respecter un formalisme important dans le régime est issu du décret du 17 mars 1967²⁸.

Au delà de la préparation des dossiers technique et juridique nécessaires à la parfaite information des copropriétaires (modificatif de l'état descriptif de division, modification du règlement de copropriété, plan des futures constructions, réparations des préjudices prévus)²⁹, le projet d'acte de cession, avec une précision du prix, doit être joint à la convocation³⁰

Par ailleurs, la convocation à l'assemblée obéit un formalisme strict issu des dispositions du décret de 1967.

L'article 11 – 5° du décret de 1967 impose que soit joint à la convocation de l'assemblée générale un projet de résolution.

Le projet de résolution devra prévoir l'approbation de l'assemblée sur plusieurs points :

- le projet d'acte de cession, contenant nécessairement le prix³¹
- le projet de surélévation
- les termes du mandat donné par le syndic pour signer les différents actes
- l'évaluation des différents préjudices
- la répartition de la prise en charge de ces préjudices³²

On ne saurait trop recommander au copropriétaire de bien préparer cette assemblée, et notamment la rédaction du projet de résolution.

En effet, une résolution imprécise risque d'obliger à une explication supplémentaire postérieure, ou à tout du moins d'entraîner une interprétation qui peut être différente pour le copropriétaire qui a acheté le droit de construire et pour le syndicat cessionnaire.

Ce manque de clarté peut ainsi retarder le début des travaux, et même motiver une contestation du permis de construire.

²⁸ Décret n° 67 – 223, du 17 mars 1967, portant application de la loi du 10 juillet 1965

²⁹ Jérôme Hocquard, « *La surélévation à l'initiative du syndicat des copropriétaire* » : Information Rapides de la Copropriété, n° 491, octobre 2003

³⁰ Article 11 – 4 du décret

³¹ Article 11 – 3° du décret

³² Article 36 de la loi de 1965 indemnisant les copropriétaires dont le lot a subit une diminution définitive de valeur ou un trouble de jouissance grave, comme il est prévu à l'article 9 de la même loi.

2°) Le vote de l'assemblée :

Dans l'hypothèse où la cession est autorisée par l'assemblée, cette dernière doit alors également se prononcer sur la modification du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division.

- Le vote de la cession :

La loi de 1965 pose le principe selon lequel ce vote doit être obtenu à la majorité des deux tiers de l'article 26.

Ce principe est d'ailleurs rappelé avec force, constance, et fermeté par la jurisprudence³³.

Il doit toutefois être précisé que ce principe supporte quatre exceptions, quatre cas dans lesquels le vote est soumis à l'unanimité de l'assemblée générale :

- Lorsque la surélévation porte atteinte à la destination de l'immeuble³⁴
- Lorsque la surélévation affecte les modalités de jouissance des parties privatives³⁵
- Lorsque la cession intervient sans aucune contre partie financière³⁶
- Lorsque le règlement de copropriété prévoit expressément une clause indiquant une majorité différente pour une cession du droit de surélever : si l'unanimité est expressément prévue pour la cession du droit de surélever dans une clause du règlement de copropriété, la majorité de l'article 26 ne sera pas appliquée.

Après le vote par l'assemblée générale, le copropriétaire ou le tiers doit demander l'autorisation des copropriétaires concernés par les travaux, c'est à dire, ceux du dernier étage.

Ces copropriétaires devront exprimer chacun leur accord : il ne s'agit plus d'un vote commun.

De plus, l'article 35 prévoit que, dans les copropriétés composées de plusieurs constructions, le copropriétaire ou le tiers doit obtenir, en plus, l'accord de l'assemblée de copropriétaires résidant dans l'immeuble concerné par la surélévation.

En conséquence, deux cas doivent être distingués :

- La copropriété est composée d'un seul bâtiment : le constructeur devra obtenir une double autorisation : d'une part celle de l'assemblée générale (majorité de l'article 26), et d'autre part celle de chaque copropriétaire du dernier étage.

³³ Cass.civ.3^{ème}, 6 février 1973 : JCP, édit. G 1973, IV, 113

CA Versailles, 1^{er} Chambre, 1^{er} Section, Bigouin c/ SDC Hameau des Chevrins, 6 juillet 1987, Juris-data

CA Paris, 23^{ème} Chambre, Section A, SDC c/ Bokobza, 13 décembre 1988 : Dalloz 1989, info.rap. p. 20

CA Aix en Provence, 4^{ème} Chambre Section 4, Draperi c/ Degus, 20 mars 1992, Juris-data

³⁴ Jean Robert Bouyeure, « *Les travaux dans la copropriété* » : Paris 1989, n° 449

³⁵ Jean Maurice Gélinet, « *Le droit de surélévation en vue de créer des locaux privatif* » : Revue Administrer, décembre 1993, p.9 et suivants

³⁶ TGI Paris, 6 juillet 1972 : Gazette du Palais 1973, 2 p. 731

Jean Robert Bouyeure, « *La surélévation de l'immeuble en copropriété et la construction de bâtiments comportant de nouveaux locaux* » : Gaz.Pal. 1973, doctrine 631

- La copropriété est composée de plusieurs bâtiments : le constructeur devra obtenir une triple autorisation : d'une part celle de l'assemblée générale (majorité de l'article 26), d'autre part celle de l'assemblée des copropriétaires du bâtiment concerné par la surélévation (majorité de l'article 26), et pour finir celle de chaque copropriétaire du dernier étage du bâtiment concerné par la surélévation.

- *Le vote de la modification des documents de la copropriété :*

Comme il a été rappelé, une surélévation entraîne une modification de la répartition des tantièmes de copropriété et des charges.

Le jour du vote, l'assemblée doit se prononcer sur la cession du droit de surélever, mais également sur les modifications du règlement de copropriété et des charges.

Il convient de relever que ces modifications sont normalement votées à l'unanimité : article 15 alinéa 1^{er} de la loi de 1965.

La doctrine s'est alors interrogée sur le point de savoir si, dans lors du vote de la cession du droit de surélever, l'unanimité était requise pour la modification du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division.

Les auteurs sont unanimes pour reconnaître que, lorsque l'assemblée générale a autorisé la cession du droit de surélévation, la modification du règlement de copropriété et de l'état descriptif sont des mesures d'exécution nécessairement complémentaires de ce vote autorisant la cession.

Ainsi, dans cette hypothèse, la modification du règlement de copropriété et de l'état descriptif de division, est voté à la majorité de l'article 26, celle des deux tiers.

Dans l'occurrence où la cession du droit serait accordée, mais où la modification des documents de copropriété serait refusée, la validité de la cession du droit est acquise, mais le tribunal doit être saisi aux fins de désignation d'un expert avec mission d'établir le nouveau règlement et le nouvel état descriptif³⁷.

B/ Sur le prix de la cession :

La question du prix de la cession du droit de surélever est une question importante car d'une part le prix doit être indiqué dans la proposition de résolution³⁸, et d'autre part il conditionne l'application de la majorité de l'article 26³⁹.

De plus la fixation de ce prix est difficile à faire car il n'existe pas de marché du droit de surélévation qui pourrait servir de référence de calcul.

³⁷ « *Copropriété : Cession du droit de surélévation* » : Juris Classeur Construction, fascicule 97 – 25, n°37

³⁸ Article 11 – 4 du décret de 1967

³⁹ CA Paris, 9 octobre 1997 : Loyers et copr. 1998, comm. n° 57

On ne saurait se référencer aux prix du m² dans la copropriété puisque ce dernier correspond à un mètre carré terminé, achevé, habitable, ce qui n'est aucunement le cas de notre espèce.

Par ailleurs, le prix doit être intéressant pour les deux parties : si la copropriété n'a aucun intérêt à « brader » le droit de surélever, elle ne peut pas pour autant le vendre à un prix qui trop important pour l'acheteur qui, lui, à d'autres frais importants à engager (architecte, entrepreneurs, assurance, notaire, ...).

Aussi, afin que la fixation du prix soit la plus juste possible, il convient d'évaluer au mieux ce prix, au besoin avec l'aide d'un professionnel.

En tout état de cause, la meilleure fixation de prix sera celle fondée sur une réelle évaluation du droit de construire.

Toutefois, les méthodes d'évaluation immobilière sont très variées, et toutes ne s'appliquent pas aux mêmes biens immobiliers : on ne peut évaluer pareillement un fonds de commerce, un terrain à bâtir et un lot de copropriété !

La première question à se poser est donc de trouver la méthode d'évaluation la plus appropriée au droit de surélever.

En l'espèce, il semble qu'il faille se référer aux méthode d'évaluation des terrains à bâtir⁴⁰.

En effet, la cession du droit de surélever des immeubles préexistants est imposée au titre de la TVA immobilière, en application de l'article 257 – 7° du Code général des impôts, comme les terrains à bâtir.

C'est donc le régime fiscal de la mutation des terrains à bâtir qui est appliqué à la cession du droit de surélever.

En définitive, on peut admettre que le prix de la cession du droit de surélever, par l'application du régime fiscal de la mutation des terrains à bâtir, peut être évaluer comme celui des terrains à bâtir.

Afin de fixer le prix de cession du droit de surélever, il conviendra d'évaluer la valeur du droit de surélever (1) et d'appliquer la meilleur méthode d'évaluation (2).

1°) Les facteurs de la valeur du droit de surélever :

Ces facteurs sont de trois ordres : facteurs matériels, facteurs juridiques, et facteurs économiques.

Définir la valeur est important car la valeur est l'évaluation réelle et objective du bien à évaluer.

Si le prix fixé par le vendeur et l'acheteur est identique à la valeur du bien, le prix est alors juste.

Si le prix fixé est supérieur à la valeur du bien vendu, le vendeur fait une bonne affaire.

Si le prix fixé est inférieur à la valeur du bien vendu, l'acheteur fait une bonne affaire

⁴⁰ « L'évaluation des terrains à bâtir », Mémento Francis Lefebvre, page 56 et suivants, n° 260 et suivants

- Les facteurs matériels :

Le droit de surélever, c'est d'abord le droit de construire sur un sol, ou un support qui, par son étendue, sa situation, sa desserte, son encombrement ou son environnement doit se prêter à la construction.

Plus ces éléments sont favorables, plus la valeur sera évidemment élevée.

- Les facteurs juridiques :

La valeur du droit de surélever dépend également de facteurs juridiques (la réglementation d'urbanisme applicable à l'immeuble, Plafond légal de densité, PLD et COS, servitudes d'utilité publiques,).

Ces facteurs, soit diminuant le volume constructible, soit en augmentant le coût des constructions réalisables, font que les droit de surélever des immeubles identiques peuvent être estimés sur des bases différentes.

- Les facteurs économiques :

La valeur du droit de surélever dépend de son utilité et de sa rareté relative : l'augmentation de la population en milieu urbain majore d'autant l'utilité de construire en surélévation.

La rareté fait augmenter la valeur du droit de surélever.

La valeur d'un droit de surélévation est fonction de la valeur du produit fini : le lot de copropriété.

Pour l'essentiel, il est admis que plus la quantité d'immeubles pouvant être surélevés est faible, et plus le prix de ce droit est élevé.

Le prix du droit de surélever dépend essentiellement de la rareté de ce droit.

2°) Les méthodes d'évaluation :

Plusieurs méthodes existent, mais le choix de la méthode doit correspondre aux compétences des personnes évaluant le droit de construire : si l'évaluation est faite par le copropriétaire acheteur, ou par le syndicat des copropriétaires, les méthodes d'évaluation les plus simples sont conseillées, alors que si l'évaluation est faite par un professionnel, la performance et la perfection recherchée justifieront l'utilisation de méthodes plus compliquées.

- La méthode d'évaluation à la valeur économique :

Cette méthode est la plus simple.

Elle consiste en une soustraction entre le prix de vente du produit fini (le lot de copropriété) et le coût de la construction.

Cette méthode est intéressante pour l'acheteur puisqu'elle tient compte du prix des travaux qui vont suivre la convention, et pour la copropriété puisqu'elle prend en compte la valeur du lot de copropriété fini (valeur financièrement importante et facilement comparable au reste de la copropriété).

- La méthode d'évaluation au prix moyen du mètre carré :

Cette méthode est également reconnue pour sa simplicité.

Elle consiste à relever un certain nombre de mutations du droit de surélever comparables au droit de surélévation à évaluer et à en dégager un prix moyen que l'on applique au droit de surélever en cause.

Cette méthode présente toutefois l'inconvénient d'être très exigeante dans les critères de valeurs qui permettent la comparaison : dès l'instant où l'élément prépondérant de la valeur est la possibilité de construire, l'utilisation de cette méthode devient délicate : deux droits de surélever des appartements de configuration analogue auront une valeur différente suivant le standing de la copropriété, des exigences d'urbanisme, ...

Une erreur dans le choix des facteurs de la valeur risque de fausser la comparaison et d'aboutir à la fixation d'un mauvais prix.

De plus, il n'existe pas de marché du droit de surélévation dont la cession n'est pas très fréquente : le nombre de cession du droit de surélever n'est pas très élevé, et la comparaison est donc difficile.

- La méthode d'évaluation par la charge foncière :

Cette méthode est fondée sur la constatation que le droit de surélever est un élément du prix de revient global, et donc du prix de vente d'un lot construit.

La valeur du droit de construire est, pour ce motif, étroitement liée au nombre de mètres carrés de plancher que l'on peut édifier sur un lot donné, et au prix auquel le lot de copropriété peut être vendu.

La charge foncière correspond à la part représentée par le prix de revient du droit de surélever dans le prix de vente du lot achevé.

Cette méthode revient à diviser la valeur du droit de surélever par le nombre de m² plancher développés dans la lot de copropriété construit.

Cette méthode est plus complexe à mettre en œuvre que les précédentes, et est souvent utilisée par les promoteurs et les autres professionnels de l'immobilier.

Conclusion :

La surélévation est un moyen d'améliorer l'immeuble en copropriété qui peut présenter un intérêt considérable pour le copropriétaire⁴¹.

Ce droit peut être exercé par un copropriétaire, ou par un tiers, qui alors recevra la responsabilité de la construction.

Le copropriétaire, ou le tiers, titulaire du droit de construire aura alors la qualité de Maître d'ouvrage.

Comme tout constructeur, il devra souscrire une assurance dommage-ouvrage, spécialement souscrite pour les travaux.

Il devra également obtenir un permis de construire auquel il devra joindre la justification de son droit de construire⁴².

La communication du justificatif du droit de surélever ne dispense pas le copropriétaire ou le tiers constructeur de solliciter l'autorisation de l'assemblée générale en application de l'article 25 b de la loi du 10 juillet 1965, si les travaux de surélévation portent atteinte aux parties communes ou à la destination de l'immeuble.

Le copropriétaire ou le tiers constructeur devra également faire réaliser une construction conforme aux documents techniques annexés à la convocation à l'assemblée générale.

A défaut, même si le principe de la possibilité de construire ne sera pas remis en cause, mais les tribunaux pourront condamner le copropriétaire ou le tiers à détruire l'ouvrage existant, et à reconstruire comme il avait été initialement prévu.

Ce qu'il faut retenir :

- **La surélévation est un droit accessoire aux parties communes dont l'exercice appartient au syndicat des copropriétaires.**
- **Toutefois, le droit de surélever peut être exercé par un tiers ou un copropriétaire selon trois possibilités :**
 - . **Réserver ce droit à un copropriétaire ou à un tiers au moment de la division de la copropriété (article 37 de la loi de 1965)**
 - . **Création d'un lot de copropriété constituer uniquement par le droit de surélever au moment de la division de la copropriété (méthode non prévue**

⁴¹ Jérôme Hocquard, « *La surélévation à l'initiative du syndicat des copropriétaires* » : Information Rapides de la Copropriété, n° 491, octobre 2003

⁴² CE, 6 avril 1992 : Droit administratif 1992, n° 270
CE, 26 septembre 1996 : JCP 1995 éd. N. II, p.28

par la loi, mais développée dans la pratique, et autorisée par la jurisprudence)

- . Cession de ce droit par le syndicat à la majorité de l'article 26 de la loi de 1965 (article 35 de la loi de 1965)

Jérôme HOCQUARD

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet HOCQUARD & ASSOCIES