

Les contrats de construction adaptés à l'opération de surélévation

Vivien Zalewski-Sicard

DANS **DROIT ET VILLE** 2014/1 N° 77 , PAGES 245 À 260

ÉDITIONS **INSTITUT DES ÉTUDES JURIDIQUES DE L'URBANISME, DE LA CONSTRUCTION ET DE L'ENVIRONNEMENT**

ISSN 0396-4841

ISBN 9782954085357

DOI 10.3917/dv.077.0245

Date de mise en ligne : 01/01/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-droit-et-ville-2014-1-page-245?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les contrats de construction adaptés à l'opération de surélévation

Vivien ZALEWSKI-SICARD¹

Maître de conférences HDR à l'Université de Corse

La surélévation consiste à construire de nouveaux étages sur le toit d'un bâtiment existant. Elle permet notamment de réduire le problème du foncier², d'amoindrir l'étalement urbain et lorsque l'immeuble est soumis au statut de la copropriété, de générer une ressource financière qui pourra utilement être investie pour améliorer l'efficacité énergétique de l'existant.

Pour toutes ces raisons et d'autres encore, le gouvernement entend faire disparaître les obstacles aux opérations de surélévation. Ainsi, le projet de loi ALUR (loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové) prévoit notamment de modifier l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 qui impose que soit recueillie l'unanimité des voix des membres du syndicat lorsque la décision est prise de surélever le bâtiment aux fins de créer de nouveaux locaux à usage privatif³ et, lorsqu'il s'agit d'adopter la décision de céder le droit de surélever aux mêmes fins, de respecter l'article 26 et d'obtenir, en outre, l'accord unanime des occupants du dernier étage⁴. Il est soutenu que cette exigence conduit à des blocages par abus de pouvoir et que les occupants du dernier étage captent l'essentiel de la valeur

1. Membre IRDP EA 1166, CRDI ICH Ouest, IEJUC.

2. G. Vigneron, La surélévation de l'immeuble en copropriété, IRC, n° 459, nov. 2000, p. 17. – M.- C. Ruffet, La surélévation de l'immeuble en copropriété « *Lift and Loft* », IRC, juillet-août 2006, n° 520, p. 23.

3. Sur la majorité applicable lorsqu'il s'agit de la création de locaux communs : T. Dubaele, Dix questions sur... les travaux en copropriété, Opérations immobilières, mars 2013, p. 19.

4. Sur cette protection : J.-R. Bouyeure, La qualité de copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment à surélever : RD imm. 1980, p. 399 ; J.-P. Forestier, La surélévation et les voisins du dessous : Administrer 1983, n° 137, p. 19.

ajoutée créée par le projet⁵. L'article 28 bis B du projet de loi ALUR prévoit donc de supprimer l'exigence d'unanimité, telle que prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 35, pour la remplacer par la majorité de l'article 26 et de supprimer également l'exigence d'un accord unanime des occupants du dernier étage. Pour ne pas toutefois que cette suppression soit faite sans compensation, est instauré un nouveau droit de préemption au profit des copropriétaires du dernier étage en cas de vente des locaux créés ou du droit de surélévation.

Cette modification de l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965, si elle est adoptée, aura pour effet de rendre plus facile les opérations de surélévation. Il est dès lors plus qu'intéressant de rechercher quels sont les contrats de construction adaptés à l'opération de surélévation. Il peut être immédiatement précisé qu'il n'existe pas en droit de la construction de contrat spécifique à la surélévation, comme il en existe pour la construction de bâtiments ou la rénovation de bâtiments existants. Toutefois, il peut être soutenu que la surélévation correspond à une rénovation lourde, majeure, les travaux affectant la structure de l'immeuble, tout en risquant de compromettre sa solidité⁶.

Quoi qu'il en soit, pour déterminer quels contrats sont susceptibles d'être conclus par le syndicat pour aboutir à la surélévation de l'immeuble, nous distinguerons suivant le rôle que celui-ci entend assumer, qu'il s'agisse de celui d'un constructeur-vendeur ou de celui d'un vendeur ou d'un bailleur non constructeur.

I. LE SYNDICAT, CONSTRUCTEUR-VENDEUR

Lorsque le syndicat décide de procéder lui-même à la réalisation des travaux, il va alors se comporter comme un promoteur qui, d'une part, va conclure un contrat pour la réalisation des travaux puis, d'autre part, va procéder à la vente des locaux⁷.

5. V. Le toit, solutions pour libérer la production de logements, Association Promotoit, mars 2012 (www.promotoit.org) et La surélévation, Rapport au président de l'AFDA, Ministère de logement, Ministère du développement durable par B. Eyraud et N. Testu, janvier 2013.

6. V. Vendrell, La rénovation d'immeubles en droit immobilier. Essai de théorisation, Thèse, Montpellier I, 2012.

7. Sur une telle possibilité pour le syndicat : B. Stemmer et O. Faure, La surélévation de l'immeuble en copropriété par le syndicat : JCP N 1976, I, 2775. – J.-R. Bouyeure, Les travaux dans la copropriété, p. 86, n° 196 et s., Ed. Sirey, 1989. – F. Givord, C. Giverdon et P. Capoulade, La copropriété 2012/2013, n° 1150, Dalloz. – J. Lafond et J.-M. Roux, Code de la copropriété 2014, p. 1129, Lexisnexis.

A. LES TRAVAUX DE SURÉLÉVATION

Pour la réalisation des travaux, le syndicat peut soit recourir à un mandat soit conclure directement les contrats nécessaires à la réalisation de la surélévation.

1) La conclusion d'un mandat

Le plus souvent, les locaux réalisés seront à usage d'habitation. Autrement dit, les règles du secteur protégé du droit de la construction sont susceptibles de recevoir application. Il reste toutefois, s'agissant de la surélévation d'un bâtiment existant, à vérifier que les travaux de surélévation entrent bien dans le champ d'application du secteur protégé. Différents contrats sont susceptibles d'être conclus.

En premier lieu, le syndicat, par l'intermédiaire du syndic, pourrait songer à la conclusion d'un contrat de promotion. Il s'agit d'un mandat par lequel le maître de l'ouvrage confie à un promoteur la réalisation globale de la construction d'un immeuble en le chargeant de tous les aspects juridiques, administratifs et financiers que le programme implique. Un régime général est prévu pour ce contrat dans le Code civil et des dispositions supplémentaires, prévues dans le Code de la construction et de l'habitation, s'appliquent en secteur protégé. Sans énoncer toutes les dispositions protectrices, rappelons que l'article L. 222-3 du CCH impose la rédaction d'un écrit comportant des mentions obligatoires, rédaction devant intervenir avant tout commencement d'exécution. Le promoteur aura l'obligation de fournir une garantie financière extrinsèque couvrant les dépassements de prix dont la charge pèse sur le promoteur. Pour le syndicat, il est donc particulièrement intéressant de pouvoir bénéficier de ce régime de protection.

Pour autant, il reste à vérifier si le champ d'application des règles du contrat de promotion lui permet d'en invoquer une application, voire une application impérative.

En premier lieu, l'article 1831-1 du Code civil vise précisément la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices. Et, *a priori*, la surélévation d'un bâtiment existant ne correspond pas à la construction d'un ou plusieurs édifices. Toutefois, il est vrai qu'en matière de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), la Cour de cassation a assimilé construction

et rénovation lourde⁸ et que, depuis la loi ENL du 13 juillet 2006, il résulte de l'article R. 262-1 CCH que l'agrandissement d'un bâtiment existant échappe aux règles de la vente d'immeuble à rénover (VIR), étant alors assimilé à une construction. La surélévation pourrait donc être considérée comme une construction et entrer dans le champ d'application du contrat de promotion. Il demeure que s'agissant du contrat de construction de maison individuelle (CCMI), la Cour de cassation a exclu récemment toute application à une rénovation : le CCMI ne s'applique qu'à la construction d'une maison individuelle, pas à la rénovation de celle-ci⁹. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur la question pour le contrat de promotion immobilière. On peut relever néanmoins qu'elle a approuvé une Cour d'appel d'avoir retenu la qualité de promoteur de fait à l'égard d'une société qui avait conçu un projet de restauration immobilière¹⁰. Quant aux juridictions du fond, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 novembre 2011, a jugé « qu'il résulte de ces textes que la construction d'un ou plusieurs édifices doit être l'objet principal du contrat de promotion immobilière ; qu'en l'espèce, il n'a été procédé à aucune construction d'édifice mais au contraire à des démolitions et uniquement des confortements de bâtiments existants, sans aucune rénovation intérieure ; que cette opération ne peut être assimilée à l'objet visé par l'article 1831-1 du code civil ; qu'il n'y a donc pas lieu à requalification du contrat »¹¹. A l'inverse, la Cour d'appel de Toulouse, le 21 septembre 2009, a retenu que « la réalisation d'une opération complexe, étendue, affectant significativement le gros-oeuvre des bâtiments et, ramenant en fait l'ensemble immobilier quasiment à l'état des seuls murs extérieurs de ses différents bâtiments... matérialise une véritable reconstruction intérieure dont le syndicat des copropriétaires est fondé à soutenir qu'il constitue une opération de rénovation lourde et caractérise ainsi une véritable opération de construction, peu important à cet égard qu'elle ait pu, du point de vue de la législation de l'urbanisme, ne requérir que des déclarations de travaux et non un permis de construire ; Attendu que, s'agissant de la création de locaux à usage d'habitation, l'opération de construction doit être située en secteur protégé... que la S.A.R.L. CLOS L. et les

8. Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 2004, n° 03-13.860.

9. Cass. 3^e civ., 20 mars 2013, n° 11-27.567.

10. Cass. 3^e civ., 8 avr. 2009, n° 07-20.706 ; 07-21.304 ; 08-11.577.

11. CA Paris, 5 nov. 2011, n° 09/07883 : JurisData n° 2011-026766.

consorts S., professionnels de l'immobilier, ont pris l'initiative et le soin principal de l'opération de construction immobilière et doivent être considérés comme les promoteurs de celle-ci au sens des dispositions des articles 1831-1 et suivants du code civil, au-delà de la qualification juridique de chacune des diverses conventions séparées dont ils ont été les initiateurs et dont ils ne sont pas recevables à se prévaloir pour tenter de se soustraire aux obligations résultant des dispositions d'ordre public des articles L. 222-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation en secteur protégé ».

S'agissant de la doctrine, elle est majoritairement en faveur de l'application des règles du contrat de promotion immobilière à la rénovation et donc nécessairement à la surélévation. En ce sens, il est considéré que l'article 1831-1 du Code civil résulte d'une loi antérieure à la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 qui a substitué le vocable d'ouvrage à celui d'édifice dans l'article 1792 du Code civil. Bien que non effectuée dans l'article 1831-1 du Code civil, cette substitution pourrait également être prise en compte pour déterminer le champ d'application du contrat de promotion immobilière. Ainsi, ce contrat s'appliquerait à tous ouvrages immobiliers¹² sachant qu'il ne fait pas de doute qu'une surélévation, telle que définit pour l'application de l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965, peut être considérée comme un ouvrage immobilier, en raison notamment de la mise en œuvre de techniques de travaux de bâtiments et de l'apport de matière, tout en affectant le gros œuvre.

En deuxième lieu, s'agissant des règles du secteur protégé, l'article L. 222-1 du CCH vise la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation. A nouveau, il pourrait être considéré que la surélévation ne correspond pas à la construction d'un immeuble. Toutefois, dès lors, d'une part, que la jurisprudence assimile parfois rénovation lourde et construction (pour la VEFA notamment jusqu'à l'entrée en vigueur de la VIR), d'autre part, que l'article R. 262-1, lorsqu'il exclut de la vente d'immeuble à rénover l'agrandissement et la restructuration complète, semble assimiler rénovation lourde et construction, et bien qu'il soit fait référence à une construction, une surélévation

12. J.-Ph. Tricoire, J.-Cl. Civil Code, Art. 1831-1 à 1831-5, n° 13 s., 2012.

donnerait lieu à application, toutes les autres conditions étant remplies, à application impérative des règles du contrat de promotion.

Reste néanmoins à appliquer le seuil de 10 %, un immeuble étant considéré comme à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation lorsque 10 % au moins de sa superficie est affectée à de tels usages (CCH, art. L. 242-1). Ce pourcentage ne devrait être appliqué que par rapport aux lots à construire et donc sans prendre en considération les lots existants. Ainsi, le syndicat d'une copropriété comprenant uniquement des lots commerciaux pourrait exiger la conclusion d'un contrat de promotion immobilière si les lots à construire en surélévation sont à usage d'habitation. Il convient de tempérer immédiatement cette affirmation puisque l'alinéa 2 de l'article L. 222-1 précise que les dispositions du premier alinéa ne sont pas obligatoires lorsque le maître de l'ouvrage est une personne qui construit un ou plusieurs immeubles en vue de la vente. Dès lors, si le syndicat prévoit de céder les lots construits et non de les louer, les règles du contrat de promotion immobilière ne s'appliqueront pas de façon impérative.

Il est donc loisible au syndicat de s'orienter vers un contrat de délégation de maîtrise d'ouvrage. Tout comme le contrat de promotion immobilière, il s'agit d'un mandat auquel il peut être librement recouru chaque fois que l'opération n'entre pas dans le champ d'application du secteur protégé du contrat de promotion immobilière. Le maître d'ouvrage délégué va ainsi s'obliger à passer, pour le compte et au nom du syndicat mandant, les actes juridiques nécessaires à la réalisation de la surélévation : contrats d'entreprise, assurance dommages-ouvrage, assurance responsabilité décennale, réception des travaux, etc. Le syndicat ne disposera alors d'autres protections que les règles du droit commun du mandat. Ainsi, il ne sera pas engagé par les actes conclus en dépassement des pouvoirs confiés par le mandat, sauf s'il les ratifie expressément ou tacitement (article 1988 du Code civil). Il pourra rechercher la responsabilité contractuelle du mandataire, par exemple, s'il a commis une faute dans l'exécution de sa mission en ne respectant pas les délais de paiement des entrepreneurs, avec lesquels le syndicat peut d'ailleurs entrer directement en relation.

2) La conclusion d'un contrat d'entreprise

Le syndicat peut tout à fait décider de conclure lui-même les différents contrats conduisant à la surélévation du bâtiment existant. Il ne doit pas alors oublier qu'il s'agit de mettre en place une opération complexe, tant sur le plan technique que financier¹³.

D'ailleurs, comme lorsqu'il recourt à un mandat, il ne pourra bénéficier des dispositions protectrices du secteur protégé. En effet, en secteur protégé, les travaux de rénovation réalisés sur un bâtiment existant ne donnent lieu à aucune réglementation spécifique.

En particulier, le syndicat ne pourra pas invoquer l'application des règles du CCMI. Le champ d'application du CCMI avec fourniture de plan est défini par l'article L. 231-1 comme s'appliquant à : « toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer, [qui] doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2 ». Et la Cour de cassation a jugé « qu'un contrat portant sur la rénovation ou la réhabilitation d'un immeuble existant ne constitue pas un contrat de construction de maison individuelle au sens de l'article L. 231-1 CCH »¹⁴. Il n'y a dès lors pas à respecter les règles du CCMI lors d'une surélévation commandée par un syndicat. Il faut, en outre, relever que même si la Cour de cassation avait réalisé une lecture extensive de l'article L. 231-1, ces dispositions n'auraient pu recevoir application chaque fois qu'il y aurait eu réalisation de plus de deux logements.

On peut regretter ici qu'il n'existe pas de contrat spécifique à la rénovation en secteur protégé tout comme il existe une vente d'immeuble à rénover¹⁵. Cela permettrait ainsi, dans le cadre d'une opération de surélévation, aux syndicats de pouvoir s'engager en réduisant les risques de l'opération, notamment si les règles légales imposaient le respect d'un formalisme particulier, le versement du prix au fur et à mesure de la réalisation des travaux et l'obligation de

13. Ch. Levinshon, Surélévation et copropriété : AJDI 2000, p. 205. – B. Stemmer et O. Faure, La surélévation de l'immeuble en copropriété par le syndicat : JCP N 1976, I, 2775. – M.-C. Ruffet, La surélévation de l'immeuble en copropriété « *Lift and Loft* » : D. 2006, inf. rap. p. 23.

14. Cass. 3^e civ., 20 mars 2013, n^o 11-27.567.

15. Sur la proposition d'instauration d'un contrat de rénovation de maison individuelle : J.-Ph. Tricoire, obs. ss. Cass. 3^e civ., 20 mars 2013 : G.P., 18 mai 2013, n^o 138, p. 38.

fournir une garantie extrinsèque de livraison à prix et délai convenus. La protection du syndicat pourra toutefois être partiellement assurée s'il décide de conclure un contrat de maîtrise d'œuvre. Le maître d'œuvre, qui peut être un architecte, aura pour rôle de concevoir, de coordonner et de contrôler la bonne exécution des travaux. La maîtrise d'œuvre peut être assurée par n'importe quel constructeur, sauf pour ce qui relève de la mission relevant du monopole architectural. Elle peut être dissociée en maîtrise d'œuvre de conception et en maîtrise d'œuvre d'exécution. Restera tout de même au syndicat à décider du sort des locaux créés par la surélévation.

B. LA VENTE DES LOCAUX PROVENANT DE LA SURÉLÉVATION

Le syndicat peut bien entendu décider de conserver les lots résultant de la surélévation afin de les louer. Il lui faudra alors financer l'ensemble des dépenses de construction. Il peut également décider de céder les lots construits, ce qui lui permettra ensuite de réaliser le financement de travaux importants notamment afin d'améliorer la performance énergétique de l'immeuble. Si l'article 28 bis B du projet de loi ALUR est adopté et donc l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 modifié, les copropriétaires de l'étage supérieur du bâtiment surélevé bénéficieront d'un droit de priorité. Dès lors, préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs lots, le syndic notifiera à chaque copropriétaire de l'étage supérieur du bâtiment surélevé l'intention du syndicat de vendre, en indiquant le prix et les conditions de la vente. Cette notification vaudra offre de vente pendant une durée de deux mois à compter de sa notification

Cette vente peut intervenir soit avant l'achèvement des travaux soit après achèvement. Quel que soit le choix fait par le syndicat, ce dernier ne devra pas oublier de prendre en compte le fait que la surélévation correspond à des travaux de construction entrant dans le champ d'application de la garantie décennale et qu'il sera réputé constructeur¹⁶. Cette garantie pourra être étendue aux dommages aux existants dès lors qu'ils sont de nature à compromettre la solidité ou la destination de l'immeuble, s'ils trouvent leur origine dans les travaux réalisés¹⁷. S'agissant de la preuve de cette origine, la

16. M.-C. Ruffet, La surélévation de l'immeuble en copropriété « *Lift and Loft* » : IRC, juillet-août 2006, n° 520, p. 23.

17. Sur ce point : S. Bertolaso, Quelles garanties en cas de désordres aux existants : Actes pratiques et ingénierie immobilière, oct.-nov.-déc. 2012, p. 34.

troisième chambre civile de la Cour de cassation se montre peu exigeante. Trois critères sont susceptibles de recevoir application :

- celui de l'indivisibilité de la partie neuve et de l'existant : tel est le cas notamment lorsqu'un existant a été incorporé à la partie nouvelle d'un ouvrage ou d'incorporation de la partie neuve à l'ouvrage existant¹⁸ ;
- celui des dommages consécutifs aux travaux et affectant l'existant : par exemple, a été retenue la garantie décennale suite à l'effondrement d'un mur dont l'origine se trouvait dans les travaux de rénovation de l'immeuble¹⁹ ;
- celui de l'atteinte à la destination de la partie neuve procédant d'un vice propre de l'existant : dans cette hypothèse, l'atteinte à la destination de la partie neuve procède d'un vice propre de l'existant et rend applicable l'article 1792 du Code civil²⁰.

Quoi qu'il en soit, le syndicat est tenu de souscrire non seulement une assurance responsabilité décennale, celle-ci s'imposant pour toute personne susceptible de voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1792 du Code civil, mais également une assurance dommages-ouvrage. Ces assurances-construction couvrent tout à la fois les ouvrages réalisés et les ouvrages existants à l'ouverture du chantier dès lors qu'ils sont totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en devenant techniquement indivisibles. Cette déduction peut être faite à partir d'une lecture *a contrario* du II de l'article L. 243-1-1 du Code des assurances : « *ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier à l'exception de ceux qui totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles* ». Si ces conditions d'incorporation totale dans l'ouvrage neuf et d'indivisibilité faisaient défaut, les dommages survenant aux existants ne seront pas couverts par les assurances obligatoires. En ce cas, le syndicat a intérêt à souscrire une assurance facultative couvrant les désordres affectant les existants non incorporés dans la partie neuve.

Si le syndicat choisit de conclure une vente de droit commun, il lui faudra dès lors financer l'intégralité des travaux. Ce qui *a priori* peut

18. Cass. 3^e civ., 30 mars 1994, n° 92-11.996.

19. Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1990, n° 89-11.967. V. aussi : Cass. 3^e civ., 24 janv. 2012, n° 11-13.165.

20. Cass. 3^e civ., 31 oct. 2001, n° 99-20.046.

apparaître comme un handicap peut également être regardé comme un avantage. En effet, en secteur protégé de la VEFA, il n'est pas possible de conclure une vente avec l'engagement du vendeur de livrer un immeuble qui ne serait pas achevé au sens de l'article R. 261-1 CCH. Ce qui n'est pas possible dans le cadre d'une VEFA peut, par contre, parfaitement être envisagé dans le cadre d'une vente de droit commun. Ainsi le syndicat peut parfaitement décider de ne réaliser qu'une partie des travaux puis décider de vendre à un moment où les lots sont « bruts de décoffrage ».

Si le syndicat décide de vendre avant l'achèvement des travaux, ce qui lui permettra de ne pas avoir à financer la totalité de ceux-ci, il devra obligatoirement conclure des VEFA, si bien entendu les locaux sont à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation.

A cet égard, il convient de préciser que l'engagement étant pris de procéder à une surélévation et bien que les travaux interviennent sur un bâtiment existant, les dispositions de la vente d'immeuble à rénover ne peuvent ici recevoir application. En effet, le champ d'application de la vente d'immeuble à rénover est défini par l'article L. 262-1 CCH et précisé par l'article R. 262-1 CCH. Il en résulte notamment que ne relèvent pas de la vente d'immeuble à rénover les travaux d'agrandissement et de restructuration complète de l'immeuble. Et ainsi que le précisent les professeurs Malinvaud, Jestaz, Jourdain et Tournafond, il convient de bien distinguer les notions d'agrandissement et de restructuration complète de l'immeuble. En effet, seule la restructuration complète de l'immeuble donne lieu à application des critères prévus par l'article R. 262-1 CCH²¹.

Le syndicat doit alors respecter toutes les règles du secteur protégé. Ainsi, si la demande de permis de construire est déposée après le 31 décembre 2014, il doit obligatoirement justifier de l'existence d'une garantie extrinsèque d'achèvement ou de remboursement²². Il sera également redevable des différentes garanties dues par un vendeur d'un immeuble en état futur d'achèvement. Les engagements ainsi pris peuvent être considérés par les copropriétaires comme étant trop lourds et ceux-ci hésiteront alors peut être à s'engager sur cette voie. Ils peuvent alors préférer celle d'une cession du droit de surélever ou la constitution d'un droit réel.

21. Droit de la promotion immobilière, 8^e éd., p. 448, n° 460, Dalloz, 2009.

22. G. Durand-Pasquier, Mesures et conséquences de la disparition programmée des garanties intrinsèques d'achèvement : Constr.-urb. 2013, alerte 83.

II. LE SYNDICAT, VENDEUR OU BAILLEUR NON CONSTRUCTEUR

A titre préalable, il faut préciser que bien entendu le droit de surélever doit être un droit accessoire aux parties communes²³. Or, tel n'est pas le cas si l'état descriptif de division et le règlement de copropriété qualifient le droit de surélever comme un droit privatif²⁴ ou bien encore si ce droit a fait l'objet d'une cession²⁵. En supposant donc que le droit de surélever apparaît bien comme un droit accessoire aux parties communes, le syndicat peut envisager de céder purement et simplement le droit de surélever moyennant des espèces sonnantes et trébuchantes. Il peut également vouloir conserver une partie de ce qui sera construit, qu'il s'agisse de parties communes ou de parties privatives. En fonction du projet envisagé, il peut décider soit de céder le droit de surélever soit de consentir à la constitution d'un droit réel par la conclusion d'un bail.

A. LA CESSION DU DROIT DE SURÉLEVER

Avant de céder le droit de surélever, il convient préalablement de modifier l'état descriptif de division et le règlement de copropriété²⁶. En effet, c'est un lot correspondant à la surélévation qui va être cédé. Il peut d'ailleurs parfaitement s'agir d'un lot transitoire qui est un lot de copropriété comme un autre²⁷. Même si la Cour de cassation ne semble pas l'exiger²⁸, il est tout de même préférable de préciser l'importance et la consistance des locaux à construire, ce afin d'éviter tout contentieux ultérieur²⁹. Il convient également d'établir

23. L. A. Barrière, Le droit de surélévation en copropriété : JCP N 1992, 100523. - J.-M. Roux, Les droits accessoires aux parties communes, IRC, n° 519, juin 2006, p. 26.

24. J.-M. Gélinet, La réserve du droit de surélévation : l'article 37 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 : Administrer nov. 1995, n° 272, p. 19. - T. Alonso-Perez, La réserve du droit de surélévation de l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965 : AJDI 2002, p. 443.

25. G. Vigneron, La surélévation de l'immeuble en copropriété : IRC, n° 459, nov. 2000, p. 17. - S. Lelièvre et S. Chaix-Bryan, L'utilisation du droit de construire en copropriété : Defrénois 2007, art. 38609, p. 917.

26. B. Stemmer et O. Faure, La surélévation de l'immeuble en copropriété par le syndicat : JCP N 1976, I, 2775. - J. Lafond, Cession du droit de surélévation ou de droits dans le sous-sol : J.-Cl. Notarial Formulaire, V° Copropriété, fasc. 242.

27. Cass. 3° civ., 14 nov. 1991, Bull. civ. III, n° 275.

28. Cass. 3° civ., 4 nov. 2010, Bull. civ. III, n° 198 ; AJDI 2012, p. 353, obs. D. Tomasin.

29. M.-C. Ruffet, La surélévation de l'immeuble en copropriété : Inf. rap. copr. 1990, p. 67.

un prix, prix fixé dans le cadre d'une décision prise en assemblée générale³⁰. Le candidat acquéreur peut d'ailleurs parfaitement demander, afin de ne pas faire de dépenses inutiles, une autorisation de principe. Après avoir obtenu cette autorisation, le candidat prendra alors utilement contact avec un géomètre-expert qui établira un modificatif de l'état descriptif de division et du règlement de copropriété, une nouvelle grille de répartition des charges et un plan délimitant les parties à céder, le tout aux frais de l'acquéreur. A partir de ces éléments notamment, la valeur vénale du droit de surélever pourra être déterminée³¹. Le candidat acquéreur peut ainsi adresser une proposition d'achat à l'assemblée générale des copropriétaires qui décidera des suites à donner³².

Il ne faudra pas oublier de respecter le droit de priorité que l'article 28 bis B du projet de loi ALUR entend intégrer dans l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 au bénéfice des copropriétaires de l'étage supérieur.

Si cession il y a, le prix, encaissé par le syndic, sera réparti entre les copropriétaires au prorata de leurs tantièmes de copropriétés. Ce lot de copropriété peut d'ailleurs parfaitement être cédé à une société de construction-attribution. La société sera elle-même copropriétaire³³, l'essentiel étant que ladite société puisse diviser le lot par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance (article L. 212-1 CCH). Ce lot peut parfaitement correspondre à un macro-lot, qui sera remplacé une fois les travaux achevés par des lots définitifs composés de parties privatives effectivement édifiées.

Le syndicat, plutôt que de céder purement et simplement le droit de surélever, pourrait également décider de convertir tout ou partie du prix en charge d'effectuer des travaux, ces travaux consistant ou non en la réalisation de constructions. Il peut d'ailleurs tout à fait conclure une cession de lot de copropriété moyennant remise de locaux à construire, que ceux-ci correspondent à des parties communes ou à des parties privatives. Du côté de l'acquéreur, cela présente l'avantage de ne pas avoir à financer l'intégralité du prix du lot transitoire. Du côté du syndicat, cela lui permet de recevoir des locaux qu'il pourra décider par la suite de céder sans avoir eu

30. N. Figuière, Le rachat de parties communes : IRC n° 592, oct. 2013, p. 51.

31. P. Benoit et N. Benoit, L'estimation de la valeur vénale des parties communes d'un immeuble : AJDI 2012, p. 578.

32. Sur la nécessité d'une assemblée : Cass. 3^e civ., 13 nov. 1974, Bull. civ. III, n° 414.

33. P. Walet, Sociétés de construction-attribution, p. 86, n° 109, Joly, 1997.

à se préoccuper de la construction de ceux-ci. Si deux méthodes peuvent être envisagées, la cession de millièmes ou la double vente, lorsqu'il s'agit de la cession d'un terrain contre remise de locaux à construire, une seule nous paraît intéressante lorsqu'est en cause la cession d'un lot transitoire, à savoir la double vente. Pour éviter que ne s'appliquent les règles du secteur protégé de la VEFA, il est recommandé d'exclure tout versement avant l'achèvement des travaux, ce conseil n'étant pas toujours suivi³⁴. Il sera prévu dans l'acte que le lot transitoire est vendu pour un prix de x euros, payable à une date postérieure à l'achèvement de la construction et que les locaux servant de contrepartie sont vendus pour un prix de x euros payable également après achèvement. Lors de l'achèvement, les deux créances de prix s'éteindront, en partie ou en totalité, par compensation. Afin d'assurer la protection du syndicat, l'acte contiendra une garantie extrinsèque d'achèvement³⁵. Le résultat qui peut être atteint par une cession de lot moyennant remise de locaux peut également l'être par la voie de la constitution d'un droit réel.

B. LA CONSTITUTION D'UN DROIT RÉEL

Lorsque le syndicat est désireux de conserver les locaux construits, tout en faisant réaliser des travaux afin, par exemple, d'améliorer la performance énergétique du bâtiment existant, il est envisageable de recourir à un bail à construction ou à un bail emphytéotique. Ces baux vont conférer un droit réel sur le lot transitoire au preneur et ce dernier sera propriétaire des locaux construits pendant toute la durée du bail. A l'issue du bail, le preneur perdra la propriété des locaux, sauf si la convention a prévu le contraire. Le syndicat n'a pas alors à se préoccuper de la réalisation des travaux, le preneur ayant la qualité de maître de l'ouvrage et ayant notamment la charge de souscrire les assurances-construction.

Concernant le recours à ces baux, il doit être vérifié s'il est possible qu'ils aient pour assiette un lot de copropriété.

S'agissant du bail à construction, l'article L. 251-1 du CCH précise que constitue un bail à construction le bail consenti par ceux qui ont le droit d'aliéner et par lequel le preneur s'engage à édifier sur le

34. V. par ex. : Cass. 3^e civ., 21 juin 2006, n° 05-12.499 : JurisData n° 2006-034179. – Cass. 1^{ère} civ., 26 oct. 2004, n° 02-15.730

35. Sur un tel recours : CA Lyon, 8 févr. 2011, n° 09/06002.

terrain du bailleur. De l'article L. 251-3 du CCH, il résulte, en outre, que le bail à construction confère au preneur un droit réel immobilier. Il peut être signalé, à titre préalable, qu'un arrêt de la Cour d'appel de Pau a retenu que le bail à construction serait incompatible avec la copropriété³⁶.

Pour autant et pour admettre qu'un bail à construction puisse avoir pour assiette un lot de copropriété, il faut, tout d'abord, qu'on ne s'en tienne pas à la lettre du texte qui vise un terrain. En outre, tout comme pour les volumes et en paraphrasant Jean-Luc Tixier, il peut être considéré que les lots de copropriété ne sont pas les frères ennemis du bail à construction et qu'ils en constituent au contraire le complément moderne et adapté, indispensable à une mise en valeur du patrimoine foncier, ce qui justifie de dépasser la lettre du texte³⁷.

Il est vrai également que le copropriétaire ne dispose pas sur son lot des prérogatives d'un propriétaire ordinaire³⁸. Néanmoins, si l'on s'en tient à l'analyse majoritaire du lot de copropriété³⁹ dont il résulte que les droits du copropriétaire correspondent à une propriété privative ayant pour accessoire une quote-part de copropriété des parties communes⁴⁰, tout comme le copropriétaire peut opérer une scission temporelle de la maîtrise du lot, l'usufruitier devenant alors un propriétaire temporaire du lot, le copropriétaire doit pouvoir conclure un bail à construction ayant pour assiette son lot de copropriété⁴¹.

Ainsi, s'il peut être soutenu que tout lot de copropriété est susceptible de constituer l'assiette d'un bail à construction, encore faut-il que les travaux qui doivent être réalisés dans ce lot correspondent à des travaux entrant dans le champ d'application du bail à construction. S'il est vrai qu'*a priori*, celui-ci a pour objet l'édification de nouvelles constructions et que la Cour de Cassation, dans un arrêt

36. CA Pau, 22 janv. 1992 : Rev. loyers 1992, p. 418.

37. J.-L. Tixier, *Le bail à construction. De la théorie à la pratique*, p. 59, n° 99, Ed. Litec, 2006. Sur ce débat relativement aux projets photovoltaïques : H. Périnet-Marquet, *Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque* : RD imm. 2010, p. 358.

38. C. Givord, *Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements* : Mélanges Voirin, 1967, p. 262.

39. La conception unitaire, défendue notamment par William Dross, conduit à retenir que le copropriétaire est un propriétaire concurrent de l'ensemble de l'immeuble tout en bénéficiant d'un droit jouissance exclusif et définitif sur une partie de l'immeuble (*Droit civil. Les choses*, p. 404, n° 214, LGDJ, Lextenso Editions, 2012).

40. V. article 2 al. 2 de la loi du 10 juillet 1965 et Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 1955 : JCP G 1955, II, 9004.

41. V. également, pour des raisons différentes : R. Saint-Alary, *Baux à construction et copropriété*, Mélanges dédiés à Louis Boyer, p. 659, P.U.S.S., 1996.

du 20 mai 1992, a précisé que pour que la qualification de bail à construction puisse être retenue, le preneur doit s'engager à titre principal à édifier des constructions⁴², il est généralement admis qu'un bail à construction puisse uniquement comporter l'obligation de surélever un immeuble. Cette solution doit être admise d'autant plus facilement que la surélévation entraîne création de nouveaux locaux. Lorsqu'il s'agit d'un lot transitoire et que ce lot donne le droit à son propriétaire de procéder à la surélévation de l'immeuble, il peut alors être soutenu, à notre avis, que ce lot peut constituer l'assiette d'un bail à construction.

Ce qui vaut pour le bail à construction doit également valoir pour le bail emphytéotique, défini par l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime, qui ne peut également être valablement consenti que par ceux qui ont le droit d'aliéner⁴³.

Quant au choix du bail à conclure, il faut ici tenir compte des précisions apportées par la jurisprudence. Ainsi, relativement à l'activité du preneur, la Cour de cassation a admis que celle-ci puisse être encadrée dans le bail à construction⁴⁴ mais elle retient une solution inverse pour le bail emphytéotique⁴⁵. Toutefois, s'agissant d'un bail ayant pour assiette un lot transitoire, cette différence entre ces deux baux apparaît d'une portée réduite, les prérogatives du preneur étant nécessairement limitées par les droits accordés par le lot transitoire.

Par ailleurs, s'agissant des modalités du bail à construction, il peut tout à fait être envisagé que la contrepartie consistera notamment en la remise de locaux en cours de bail et/ou la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique de l'existant. En effet, le prix du bail peut consister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles, ainsi que le précise l'article L. 251-1 du CCH.

On ne peut conclure sans faire état de la proposition de création d'un nouveau bail conférant également un droit réel, mais qui viendrait prendre la place du bail à construction, du bail emphytéotique et du

42. G.P. 1992.2, par. 243.

43. Article L. 452-1 du Code rural et de la pêche maritime.

44. Cass. 3^e civ., 7 avr. 2004, Bull. civ. III, n^o 70.

45. Cass. 3^e civ., 15 mai 1998, Bull. civ. III, n^o 101.

bail à réhabilitation⁴⁶. L'intérêt d'une telle proposition est d'instaurer un régime unique et d'éliminer tout problème de frontière entre les différents baux existants. Ainsi, ce nouveau bail, si le législateur venait à le consacrer, pourrait être utilisé par un syndicat dans le cadre d'une opération de surélévation, sans qu'il n'existe aucune incertitude sur la possibilité d'y recourir. La surélévation pourrait alors prendre son envol...

46. J.-L. Tixier, *Le bail réel immobilier*, RD imm. 2013, p. 398. - P. Malinvaud, *Offre de loi du Club des juristes* : RD imm. 2013, p. 396. - P. Delvolvé, *Le bail réel immobilier administratif* : RD imm. 2013, p. 405. - Proposition de rédaction d'un texte sur le bail réel immobilier : RD imm. 2013, p. 413.