

Doctrine

38609. L'UTILISATION DU DROIT DE CONSTRUIRE EN COPROPRIÉTÉ

par Stéphane LELIÈVRE,
Notaire à Maisons-Laffitte,
Président de la 3^e commission du 103^e Congrès des notaires de France,

et

Stéphane CHAIX-BRYAN,
Notaire à Lisieux,
Rapporteur de la 3^e commission du 103^e Congrès des notaires de France (1).

La loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis compte soixante-deux articles d'ordre public et, pourtant, la marge contractuelle laissée au rédacteur du règlement de copropriété reste importante au travers des quelques articles supplétifs de volonté.

Parmi ceux-ci, les articles 2 et 3 précisent les critères de qualification des parties privatives et communes et laissent à l'auteur de la mise en copropriété le soin de définir la nature commune ou privative des diverses parties d'un immeuble.

Le droit de construire attaché à l'assiette foncière de la copropriété, elle-même partie commune générale, constitue un droit accessoire à cette partie commune appartenant à l'indivision des copropriétaires, qui pourra l'utiliser ou le céder.

Cette constatation permet, notamment, de cerner les conséquences de cette qualification et de faire le point sur le problème de l'utilisation du droit de construire par un copropriétaire bénéficiant d'un droit de jouissance privatif sur une partie commune, hypothèse souvent rencontrée en pratique et donnant lieu à des difficultés lorsque ce copropriétaire souhaite vendre le lot qui a subi des transformations matérielles irrégulières.

La convention pourra néanmoins prévoir une appropriation du droit de construire :

– soit au travers de la réserve de ce droit au profit d'un copropriétaire ou d'un tiers, régime défini par l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965 ;

(1) Le 103^e Congrès des notaires de France aura lieu à Lyon, du 23 au 26 septembre 2007, sur le thème : *Division de l'immeuble, le sol, l'espace, le bâti.*

Doctrine

- soit par son rattachement à une partie privative existante ;
- soit par la création d'un lot transitoire.

I. LE DROIT DE CONSTRUIRE EN L'ABSENCE DE TOUTE CONVENTION

L'article 3 déjà évoqué dispose : « Sont réputés accessoires aux parties communes dans le silence ou la contradiction des titres :

Le droit de surélever un bâtiment affecté à l'usage commun ou comportant plusieurs locaux qui constituent des parties privatives différentes, ou d'en affouiller le sol.

Le droit d'édifier des bâtiments nouveaux dans des cours, parcs ou jardins constituant des parties communes.

Le droit d'affouiller de tels cours, parcs ou jardins.

Le droit de mitoyenneté afférent aux parties communes ».

Le principe posé par cet article est clair : le droit de construire, pris sous sa forme multiple : droit de surélever, droit d'édifier ou droit d'affouiller, est un droit accessoire aux parties communes.

En ce sens, ce sont des droits collectifs dont la mise en jeu intéresse tous les copropriétaires.

Il peut être exercé par le syndicat des copropriétaires pour deux finalités :

- soit, conformément à l'article 30 de la loi, pour créer des locaux affectés à l'usage commun (par voie de surélévation d'un bâtiment) (2), création de locaux en sous-sol (par exemple des parkings) à la double majorité de l'article 26 ;

- soit, conformément à l'article 35 de ladite loi, pour créer des locaux à usage privatif (par voie de surélévation d'un bâtiment, création de locaux en sous-sol, etc.), ce qui nécessitera de recueillir l'unanimité des copropriétaires. Ces locaux privatifs pourront ensuite être cédés à un copropriétaire ou à un tiers, le syndicat des copropriétaires se comportant dans cette hypothèse en promoteur.

Les articles 30 et 35 étant d'ordre public, le règlement de copropriété ne pourrait prévoir une règle de majorité différente.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la constructibilité résiduelle du terrain d'assiette de la copropriété était un droit accessoire aux parties communes (3).

En conséquence, toute utilisation du C.O.S., toute création de S.H.O.N. par un copropriétaire, même à l'intérieur de ses locaux privatifs, nécessitera, outre une autorisation d'urbanisme, l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires statuant à la majorité de l'article 26. Il en sera ainsi, par exemple :

- de la transformation d'un lot, d'une destination vers une autre, lorsqu'il sera prévu des C.O.S. différenciés ;

(2) Le droit de surélévation ne sera pas abordé dans cette étude.

(3) Cass. civ. 3^e, 10 janvier 2001, *Biard c. Sté A. Fayard*, *Constr. urb.*, mars 2001, p. 9.

- de l'aménagement par un copropriétaire d'une mezzanine d'une hauteur supérieure à 1,80 m ;
- de l'aménagement de combles qui étaient précédemment juridiquement non aménageables au regard des critères de la circulaire n° 90/80 du 12 novembre 1990 relative au « respect des modalités de calcul de la surface de plancher hors-oeuvre des constructions » ;
- de la réalisation d'une construction sur l'assiette d'une partie commune dont un copropriétaire a la jouissance exclusive. Il pourra s'agir de l'extension d'une pièce sur une zone à usage de jardin ou de la création d'une véranda sur une terrasse. Cette hypothèse est courante en pratique.

Dégageons les principes et les conséquences de ce dernier exemple.

A. Les principes

Le droit de jouissance exclusif d'une partie commune ne modifie pas la nature juridique de l'élément grevé. Les parties communes gardent leur caractère commun bien qu'elles soient affectées à la jouissance exclusive de tel ou tel copropriétaire (4). Appartenant à tous, nonobstant la jouissance exclusive au profit de l'un d'entre eux, ce dernier ne pourra s'arroger des prérogatives sans l'accord des autres copropriétaires.

Sur ce fondement et en vertu d'une jurisprudence constante (5), le titulaire d'un droit de jouissance exclusif n'acquiert pas le droit de construire, qui est lui-même un droit accessoire à ces parties communes.

Il ne pourra ni affouiller le sol, partie commune (par exemple en réalisant une piscine, des parkings, ...), ni réaliser une quelconque construction, si minime soit-elle, sur cette même partie commune, sans y avoir été préalablement autorisé.

Dans un arrêt du 20 mars 2002, la Cour de cassation affirme sans ambiguïté que le copropriétaire devra solliciter l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires sur la base de l'article 26, l'autorisation impliquant une modification du règlement de copropriété concernant la jouissance des parties communes, ainsi qu'un acte de disposition de ce droit accessoire aux parties communes que constitue le droit de construire.

Cette position jurisprudentielle met fin à une hésitation de la doctrine et de la jurisprudence sur la possibilité de faire approuver la réalisation de ces travaux sur la base de l'article 25 *b*, comme étant des « travaux affectant les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble ». En effet, la jurisprudence faisait auparavant une distinction selon que la construction avait comme assiette une partie privative (exemple : terrasse privative, jardin privatif) ou une jouissance exclusive d'une partie commune (terrasse ou jardin en jouissance exclusive).

(4) C. ATIAS, « Propriété indivise et usage privatif : terrasses et terrains privés en copropriété immobilière », *JCP éd. N* 1987, I, p. 353.

(5) Cass. civ. 3^e, 20 mars 2002, *Constr. urb.* 2002, n° 173, obs. D. SIZAIRE ; *AJDI*, novembre 2002, p. 773, obs. P. CAPOULADE.

Doctrine

Dans le premier cas, elle considérait que l'autorisation de l'article 25 *b* était suffisante au titre de la réalisation de travaux affectant l'aspect extérieur de l'immeuble. Dans le second cas, elle considérait que les travaux relevaient de la majorité de l'article 26 comme étant la disposition du droit de construire.

L'utilisation du droit accessoire aux parties communes qu'est le droit de construire constitue désormais la seule justification du recours à l'article 26.

Peu importe que l'ouvrage soit édifié sur une partie privative ou sur une partie commune en jouissance privative, ce qui compte c'est l'utilisation faite par un copropriétaire d'un droit qui appartient à la collectivité des propriétaires : le droit de construire.

Le copropriétaire qui souhaite réaliser une « construction en dur » sur une partie commune dont il a la jouissance exclusive ou sur une partie privative devra, préalablement à la réalisation des travaux, faire approuver par l'assemblée générale des copropriétaires :

- la création d'un lot auquel sera attaché le droit d'utiliser la S.H.O.N. nécessitée par le projet du copropriétaire (majorité de l'article 26) ;
- le projet précis du copropriétaire, pour maîtriser l'incidence sur la modification de l'aspect extérieur de l'immeuble (majorité de l'article 25) ;
- la modification des tantièmes de copropriété et de charges induite par ces travaux (majorité de l'article 26) ;
- la vente dudit lot au copropriétaire concerné moyennant une contrepartie financière (majorité de l'article 26).

En outre, l'assemblée devra autoriser ce copropriétaire à déposer une autorisation d'urbanisme sur le sol partie commune, cantonnée au projet envisagé.

Précisons encore que la réalisation d'une « construction en dur » induit une appropriation définitive de la partie commune sur laquelle elle est édifiée.

L'arrêt du 20 mars 2002 précité n'avait pas fait de distinction entre construction en dur et construction légère : la majorité de l'article 26 était nécessaire lorsqu'une construction était implantée sur une partie commune en jouissance exclusive, quelle que soit l'importance de celle-ci. Compte tenu de l'appropriation, l'action tendant à la démolition est alors une action réelle se prescrivant par un délai de trente ans.

Or, un arrêt récent admet qu'une « construction légère », facilement démontable, n'entraîne pas une telle appropriation, et nécessiterait une approbation de l'assemblée générale des copropriétaires statuant à la majorité de l'article 25 *b*, comme modifiant l'aspect extérieur (6). La cour d'appel de Paris a considéré que « la pose de vérandas et de clôtures de structure légère sur des espaces objets d'un droit de jouissance exclusive et privative ne modifie pas la nature juridique de ce droit... » (7), considérant ainsi que la réalisation d'une construction légère est le prolongement et un accessoire du droit de jouissance exclusif d'une partie commune.

(6) C.A. Paris, 24 avril 1998, *Loyers et copr.* 1998, comm. 287.

(7) Cass. civ. 3^e, 25 mai 2005, *Administrer*, août-septembre 2005, p. 70.

article 38609

Il convient néanmoins de bien intégrer les deux limites posées par la Cour de cassation :

- une telle construction ne doit pas empiéter sur les parties communes ;
- elle ne doit pas contrevenir aux règles du C.O.S. et du P.O.S. ou du P.L.U.

Dans le cas contraire, il y aurait appropriation d'une partie commune ou du droit accessoire aux parties communes que constitue le droit de construire, et donc nécessité de recueillir la majorité de l'article 26, l'action en démolition devenant réelle et donc trentenaire.

B. Les conséquences

Il s'agit d'envisager, à titre de simple rappel, les conséquences de l'utilisation par un copropriétaire du droit de construire, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de l'assemblée générale des copropriétaires.

1^{re} *conséquence* : l'action contre les travaux irrégulièrement réalisés, qui entraînent une appropriation du droit de construire, c'est-à-dire d'un droit accessoire à des parties communes qu'est le droit de construire, se prescrit par trente ans et non dix ans. L'action est en effet réelle et non personnelle.

2^e *conséquence* : le syndicat des copropriétaires pourra introduire une action en démolition, au besoin sous astreinte, pendant ce délai, de même que tout copropriétaire, sans avoir besoin de justifier d'un préjudice résultant de la situation irrégulière.

3^e *conséquence* : la superficie de la partie commune utilisée, pour autant qu'elle soit close, doit-elle être décomptée dans la surface « loi Carrez » ? *A priori*, la surface ne doit pas être prise en compte dans la « superficie privative » à ce titre (8). Cette analyse fait toutefois l'objet de critiques basées essentiellement sur la nature réelle et perpétuelle du droit exclusif de jouissance et sur l'élément de valorisation du lot que constitue ladite jouissance.

II. LE DROIT DE CONSTRUIRE ET SA GESTION CONVENTIONNELLE

Le droit de construire pourra faire l'objet d'une gestion au travers de deux conventions possibles. Soit il constituera toujours un droit accessoire aux parties communes, mais sera réservé à un copropriétaire ou à un tiers, soit il constituera un droit accessoire à une partie privative, ou sera érigé à titre principal, directement en lot de copropriété.

A. La convention de l'article 37

La première convention, consistera, par l'utilisation de l'article 37, à réserver au profit d'un copropriétaire ou d'un tiers le droit accessoire aux parties communes générales que constitue le droit de construire. A la différence de l'hypo-

(8) C.A. Paris, 27 février 2003, *Defrénois* 2003, art. 37825, n° 103, p. 1353, obs. C. ATIAS.

Doctrine

thèse précédente consistant en l'utilisation du droit de construire en l'absence de convention, la réserve faite du droit de construire en tant que droit accessoire aux parties communes ne nécessitera pas la cession du droit de construire au profit de son bénéficiaire.

Voyons le champ d'application de l'article 37 et son régime ainsi que l'utilisation pratique de cet article.

1. *Le champ d'application et le régime de l'article 37*

Un propriétaire ou un tiers peut se réserver l'exercice de l'un des droits accessoires visés à l'article 3, autre que le droit de mitoyenneté.

Plusieurs observations peuvent être formulées :

1. La réserve peut porter sur le droit de surélever, le droit d'édifier sur une partie commune ou le droit d'affouiller une telle partie. Il s'agit d'une réserve du droit de construire sur une partie commune (exemple : le droit de clore une terrasse, une partie de jardin en jouissance exclusive, etc.) ;

2. La réserve ne peut porter que sur l'exercice de l'un de ces droits relevant exclusivement des parties communes. En conséquence, l'article 37 ne s'applique pas si ces droits ont été érigés en droits accessoires à des parties privatives, ou directement en tant que lot transitoire, car dans ces hypothèses, le droit de construire sera privatif ;

3. La réserve doit être formulée dans le règlement de copropriété et non ultérieurement dans le cadre d'une assemblée générale ;

4. Le règlement de copropriété qui réservera au profit d'un copropriétaire ou d'un tiers le droit de construire en tant que droit accessoire aux parties communes, devra indiquer l'importance et la consistance des locaux à construire, savoir :

- le nombre de lots à construire ;
- leur superficie ;
- leur hauteur ;
- leur destination ;
- leur aspect extérieur.

A cet effet, devront être annexés au règlement de copropriété :

- les plans des futures constructions et tous documents techniques permettant de renseigner les futurs copropriétaires sur le projet de construction ;
- des précisions sur l'incidence de cette future construction au regard de la fixation des tantièmes de copropriété et de charges attribués aux locaux créés.

Les copropriétaires se trouvent alors parfaitement avertis des conséquences exactes de l'opération dont l'exécution est réservée ;

5. La convention de réserve du droit de construire devra être exercée, sous peine de caducité, dans un délai maximum de dix ans à compter de la date du règlement de copropriété. Les travaux devront donc recevoir un commencement d'exécution au cours de cette période.

Toute convention de réserve antérieure à la loi du 10 juillet 1965 est devenue caduque dix ans après la date de promulgation de ladite loi.

article 38609

Le titulaire devra, avant l'expiration du délai de dix ans, soumettre son projet à l'assemblée générale des copropriétaires qui pourra s'opposer à celui-ci, à la majorité de l'article 25.

Cette opposition aura pour effet de déposséder le bénéficiaire de la réserve du droit de construire.

Dans une telle hypothèse, le bénéficiaire de la réserve pourra solliciter une indemnisation en compensation du préjudice subi, pour autant que ce dernier puisse justifier que la réserve comportait une contrepartie à sa charge.

La cause de l'indemnisation ne doit pas être la perte du droit, car dans cette hypothèse, tous les cas d'opposition seraient indemnisés. Le seul fait que le titulaire du droit réservé l'ait acquis à titre onéreux du promoteur ou du propriétaire de l'immeuble ne constitue pas également cette contrepartie.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 15 octobre 1970, a rejeté le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en considérant que c'était à bon droit que ladite cour avait déduit « que le prix de cession payé à un copropriétaire en 1964 n'est pas la contrepartie que comportait la réserve du droit de construire acquis par lui » (9).

La contrepartie mise à la charge du titulaire de la réserve doit donc avoir profité, à l'origine, à la copropriété (exemple : réalisation de travaux...).

2. La pratique de l'article 37

Cet article a été inséré dans la loi du 10 juillet 1965 pour faire échec aux réserves de droit de construire insérées dans les règlements de copropriété par les promoteurs ou propriétaires d'immeubles, souvent de manière abusive. C'est la raison pour laquelle le législateur de 1965 a souhaité encadrer cette réserve en permettant à la copropriété de s'y opposer.

Cette faculté a cependant été peu utilisée en pratique, pour plusieurs raisons :

- difficulté de définir précisément le projet de construction et son incidence sur les charges (rappelons qu'à défaut d'une telle prévision, la réserve est atteinte de nullité) ;
- difficulté de prévoir une véritable contrepartie ;
- possibilité d'opposition du syndicat des copropriétaires à la majorité de l'article 25 ;
- doute sur l'indemnisation éventuelle.

En outre, la principale cause d'absence de recours à l'article 37 consiste en la possibilité désormais reconnue par la jurisprudence de privatiser le droit de construire sous la forme d'un lot transitoire. Ainsi que nous le verrons, dans cette hypothèse, le propriétaire d'un lot aura l'obligation de participer aux charges relatives à la conservation, l'entretien et l'administration des parties communes, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il y a réserve du droit accessoire au

(9) Cass. civ. 3^e, 15 octobre 1970, *Gaz. Pal.* 1971, 1^{er} sem., n° du 12 janvier 1971.

Doctrine

titre de l'article 37. C'est certainement l'un des seuls avantages de la réserve de l'article 37.

B. La privatisation du droit de construire

La deuxième convention consistera à privatiser le droit de construire, dès la mise en copropriété, afin de l'ériger en lot privatif.

Ce droit de construire n'est plus alors un droit accessoire aux parties communes mais devient un droit accessoire aux parties privatives. Pour avoir cette qualification, le droit de construire devra faire l'objet d'une individualisation précise et être pourvu de tantièmes de copropriété.

Ceux-ci peuvent être déterminés en fonction de la valeur relative de chaque lot, contrairement aux tantièmes de charges afférentes à la conservation, l'entretien et l'administration des parties communes, lesquels doivent impérativement être déterminés en fonction de cette valeur relative, dont la consistance est l'une des composantes.

Le droit de construire privatisé est lui-même l'élément de consistance principal de ce lot, et doit, à ce titre, recevoir des tantièmes de copropriété tenant compte de ce droit de construire.

La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler qu'à défaut d'être affecté d'une quote-part des parties communes, le droit de construire ne peut être érigé en droit accessoire des parties privatives et se trouve soumis à la caducité de l'article 37 (10).

Il convient par conséquent, en pratique, d'être attentif à la rédaction de la désignation d'un lot auquel le droit de construire est attaché de manière privative. Soit le droit de construire est attaché à une partie privative existante, soit, hypothèse la plus fréquente, le droit de construire constitue la partie privative du lot : c'est le cas du lot transitoire.

1. Le droit de construire attaché à une partie privative existante

Il conviendra :

- de tenir compte de ce droit de construire pour déterminer ses tantièmes de copropriété et de charges ;
- de désigner de la manière la plus précise l'objet de ce droit de construire en fonction du projet envisagé (exemple : *Un garage et le droit d'utiliser ... m² de S.H.O.N. pour transformer celui-ci en habitation de deux pièces, cuisine, salle de bains avec W.C., et les ...^{es} des parties communes générales. 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 S.H.O.N. de ... m².*)

(10) Cass. civ. 3^e, 6 mars 2002, *Constr. urb.* 2002, n° 119, note D. SIZAIRE.

Dans l'hypothèse où ce lot ne serait pas suffisamment individualisé, il est fort probable que la jurisprudence considère que la simple autorisation de construire, par exemple tout bâtiment d'habitation, n'est pas constitutive d'un droit accessoire à une partie privative.

Au mieux, il pourrait être admis qu'une telle autorisation de construire est une réserve d'un droit accessoire aux parties communes. L'individualisation demeure toutefois une condition de la réserve prévue par l'article 37 !

Est-il nécessaire de solliciter l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires pour mettre en œuvre ce droit de construire ? Un auteur, dans sa thèse, précise que « la mise en œuvre du droit nécessitera une autorisation préalable de l'assemblée générale, *a fortiori* si les constructions à réaliser ne sont pas précisément définies ». Elle constate que l'approbation à la majorité de l'article 25 *b* est causée par le fait que l'exercice du droit de construire constitue l'accessoire de la partie privative. Si le droit de construire n'avait pas été privatisé, il serait resté un droit accessoire à une partie commune générale et aurait nécessité une autorisation de cession de la part de l'assemblée générale des copropriétaires statuant à la majorité de l'article 26. Elle poursuit : « Par ailleurs, en cas de refus de l'assemblée générale de le laisser mettre en œuvre son droit, le copropriétaire peut se faire autoriser judiciairement à exécuter les travaux dans les conditions de l'article 30, dernier alinéa, de la loi de 1965, option qui n'existe pas dans le cadre de l'aliénation du droit de construire, le copropriétaire qui s'est vu reconnaître un droit privatif de construire est donc finalement dans une situation plus favorable que celui qui doit se faire céder ce droit par le syndicat » (11).

Une désignation insuffisamment précise pourra contraindre le copropriétaire à solliciter l'accord de l'assemblée générale à la majorité de l'article 25 *b*, pour la réalisation de son opération, formalité dont on peut penser qu'il sera dispensé si l'objet du droit de construire est suffisamment précis pour permettre une parfaite information des copropriétaires.

2. *Le droit de construire, partie privative du lot : le lot transitoire*

L'application la plus fréquente de la privatisation du droit de construire est représentée par la pratique des lots transitoires, lesquels sont des lots que l'on peut qualifier « d'attente ».

Ces lots d'attente, ou « macro-lots », sont formés 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 déterminée.

Leur utilisation est courante pour définir les tranches futures à construire d'un programme de construction, le lot transitoire étant ultérieurement supprimé et remplacé par des lots dans leur consistance finale de locaux construits.

(11) F. BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier, Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003, *Bibl. de dr. privé*, t. 409.

Doctrine

A titre de simple rappel, précisons que leur nature juridique de lot de copropriété a été longtemps discutée, la qualification de lot ayant été longtemps réduite au volume constitué par un local (appartement, cave, ...), c'est-à-dire à un critère essentiellement matériel.

Ce raisonnement était basé sur les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965, qui dispose que « la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis... ».

Or, si le lot transitoire n'était pas un lot de copropriété, son titulaire ne devrait pas participer aux assemblées, ni payer de charges de copropriété.

Le caractère construit d'un lot ne constitue pourtant pas la donnée essentielle de celui-ci, l'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi de 1965 désignant comme étant privatives « les parties des bâtiments *et des terrains* réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé... ».

Un lot de copropriété peut donc être composé d'un droit exclusif d'utiliser une surface de sol pour y édifier des constructions, et d'une quote-part de la propriété du sol et des parties communes.

En 1989, la Cour de cassation avait eu l'occasion de qualifier un lot transitoire dont la partie privative était constituée du droit de construire, d'immeuble par nature (12). En 1991, la Haute juridiction a admis que le lot transitoire était un véritable lot de copropriété et le propriétaire de celui-ci « un copropriétaire au sens de la loi du 10 juillet 1965 », au même titre que le copropriétaire d'un volume bâti (13).

Le titulaire de ce lot doit donc participer aux charges de conservation, d'entretien et d'administration des parties communes. En revanche, il n'a pas à participer aux charges relatives aux éléments d'équipements communs et services collectifs, pour autant que ceux-ci ne présentent pour lui aucune utilité objective.

La qualification de lot transitoire et donc, sa reconnaissance en tant que lot de copropriété, est subordonnée à une condition de précision dans la définition de celui-ci, à l'instar du droit de construire accessoire d'une partie privative.

Le lot transitoire ne constitue pas un blanc-seing donné au promoteur.

Le rédacteur du règlement de copropriété devra définir précisément la consistance de ce lot, par référence au permis de construire obtenu, aux plans joints à la demande de ce permis et donc au nombre de niveaux, à leur destination...

Dans un arrêt du 15 novembre 1989, 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 » (14).

(12) Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1989, *Bull. civ.* III, n° 213, p. 117 ; *D.* 1990, juris., p. 216, note P. CAPOULADE et C. GIVERDON.

(13) Cass. civ. 3^e, 14 novembre 1991, *D.* 1992, p. 277, note D. TOMASIN.

(14) Cass. civ. 3^e, 15 novembre 1989, *Bull. civ.* III, n° 213, p. 117.

article 38609

Est-il possible de définir un lot transitoire, sans référence à un permis de construire obtenu préalablement ? Certains auteurs le pensent. Ainsi, Jacques Lafond écrit : « si le lot transitoire confère le droit de construire un bâtiment de trois étages, à un emplacement prédéterminé et dont l'emprise au sol est figurée dans un plan annexé, la désignation du lot transitoire sera suffisante au regard des dispositions de l'article 5 de la loi du 10 juillet 1965 ».

Il n'en demeure pas moins que l'imprécision dans la désignation, ou toute modification dans la consistance initiale du lot, obligera le propriétaire de ce dernier à solliciter l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires à la majorité de l'article 25 *b*. De même, toute modification dans cette désignation initiale, pour autant, nous semble-t-il, qu'elle affecte de manière substantielle l'aspect extérieur de l'immeuble, nécessitera le même accord. Chaque copropriétaire doit, en effet, être parfaitement informé de la consistance future de la construction qui sera édifiée ultérieurement.

Afin d'éviter toute contestation, il est préconisé, outre d'annexer au règlement de copropriété les plans de la future construction, de définir très précisément :

- la surface au sol de l'immeuble ;
- le nombre de bâtiments à réaliser, le nombre d'étages ;
- la S.H.O.N. affectée à cette construction ;
- la destination des bâtiments ;
- les caractéristiques architecturales des constructions.

D'où l'intérêt certain, pour affiner cette description, d'annexer le permis de construire. Une simple désignation d'un lot transitoire sous la forme, par exemple, du « droit de construire plusieurs bâtiments à usage d'habitation avec réalisation de 40 places de stationnement », serait insuffisante.

Au titre de la désignation de l'ensemble immobilier, dans chaque acte de vente, il sera souhaitable de faire référence à la consistance du lot transitoire.

Quel sort est réservé au lot transitoire devenu inconstructible ? Cette inconstructibilité pourra être le fait de la péremption du permis de construire ou de la modification du P.L.U. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 avril 2004 (15), a réaffirmé que « la disparition de son fait de la possibilité d'affouiller le sous-sol ne pouvait faire disparaître la cause juridique de son obligation aux charges ». La solution n'aurait, semble-t-il, pas été différente si le lot transitoire avait été inconstructible pour une raison totalement indépendante du fait du propriétaire ; c'est la constatation de Daniel Sizaire, commentant cet arrêt. La motivation de la troisième chambre civile repose essentiellement sur le fait « qu'il importe peu que ces lots soient actuellement inconstructibles ».

Pour éviter le paiement de charges, quelle solution s'offre au propriétaire d'un lot transitoire ? Il ne pourra faire abandon unilatéralement de son lot au profit du syndicat des copropriétaires, sans l'accord de l'ensemble des copropriétaires. Cette constatation résulte de l'arrêt du 7 avril 2004 analysé ci-dessus,

(15) Cass. civ. 3^e, 7 avril 2004, *Constr. urb.*, juillet-août 2004, p. 18, obs. D. SIZAIRE.

Doctrine

lequel suggère une acceptation des autres copropriétaires, sous la forme d'une acquisition immobilière à la majorité de l'article 26 *a* de la loi du 10 juillet 1965.

Reste aussi la possibilité, qui ne pourra être étudiée dans le cadre de la présente étude, d'envisager une scission de la copropriété en application de l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965.

