

LE DROIT DE PRIORITE DES COPROPRIETAIRES DU DERNIER ETAGE :

Jérôme HOCQUARD

Avocat au Barreau de Paris
SCP HOCQUARD & ASSOCIES

Le droit de surélever un immeuble en copropriété, en ce défini comme la construction de nouveaux locaux usage privatif par l'augmentation de la hauteur au faîtage du toit l'immeuble, et un droit accessoire aux parties communes¹, s'il n'est pas réservé l'usage d'un copropriétaire soit par une convention reprise en règlement de copropriété soit au terme de la description des parties privatives d'un lot.

Le législateur a souhaité organiser l'exercice du droit de surélever en matière de copropriété, notamment en retirant du caractère commun qu'il est la propriété du syndicat de copropriété.

Dès lors la surélévation peut être envisagée dans 2 hypothèses :

- soit la surélévation est réalisée par le syndicat des copropriétaires, maître de l'ouvrage, se servant de ce droit une propriété indivise pour créer de nouveaux lots copropriété dont il sera propriétaire² ;
- soit elle sera réalisée par un copropriétaire ou un tiers, qui devra justifier de la propriété du droit de surélever, soit parce que droit fait expressément partie des parties privatives de son lot, soit qu'il aura acquis du syndicat des copropriétaires ledit droit de surélever³ ;

La loi « ALUR » a modifié le régime de la surélévation en matière de copropriété en remplaçant l'obligation de recourir à un vote unanime des copropriétaires du dernier étage autorisant la surélévation par la création de deux droits de priorités :⁴

- soit la surélévation est réalisée par le syndicat des copropriétaires, maître de l'ouvrage, les copropriétaires du dernier étage (avant surélévation) ont un droit de priorité en cas de vente des locaux privatifs créés par la surélévation⁵ ;
- soit elle sera réalisée par un copropriétaire ou un tiers, qui devra justifier de la propriété du droit de surélever, soit parce que droit fait expressément partie des parties privatives de son lot, soit qu'il aura acquis du syndicat des copropriétaires ledit droit de surélever⁶ ;

¹ L. n° 65-557, 10 juillet 1965 art. 3

² L. n° 65-557, du 10 juillet 1965, art.35

³ L. n° 65-557, du 10 juillet 1965, art.37

⁴ L. n° 2014-366, 24 mars 2014, art. 61, JO 26 mars 2014, modifiant l'article 35 de la loi du 10 juillet 1965

⁵ L. n° 65-557, du 10 juillet 1965, art.35 alinéa 4

⁶ L. n° 65-557, du 10 juillet 1965, art.35 alinéa 5

Madame Sylvia PINEL, ministre du Logement en 2014, rappelle que l'objectif de cette novation législative a pour objectif d'une part d'apporter une réponse à la pénurie foncière en « *facilitant l'exercice du droit de surélévation du syndicat des copropriété et sa cession afin de permettre la construction de nouveaux locaux à usage privés* » et d'autre part de procurer au SDC « *un financement exceptionnel, nécessaire pour la réalisation de travaux de requalification énergétique* ». ⁷

Ce mécanisme de droit de priorité n'est pas inconnu des praticiens du droit de la copropriété puisque les rédacteurs du nouvel article 35 de la loi du 10 juillet 1965 ont repris à l'identique les modalités d'application droit de priorité prévu à l'article 8-1 de la loi du 10 juillet 1965 en matière de vente de lots à usage de stationnement

La loi n° 2009-323 du 25 mars 2009, dite « loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, à créer un droit de priorité au bénéfice des copropriétaires lorsque était envisagée la vente d'une « aire de stationnement » prévu à l'article 8-1 de la loi du 10 juillet 1965.

Dans ce cas, le vendeur doit, préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs lots à usage de stationnement, faire connaître au syndic par lettre recommandée avec demande d'avis de réception son intention de vendre, en indiquant le prix et les conditions de la vente.

Cette information est transmise sans délai à chaque copropriétaire par le syndic par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux frais du vendeur et vaut offre de vente pendant une durée de deux mois à compter de sa notification ⁸.

L'article 35, dans sa rédaction issue de la loi ALUR, prévoit que préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs lots issus de la surélévation réalisée par le SDC, ou de la vente du droit de surélever, le syndic notifie 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 vaut offre de vente pendant une durée de deux mois à compter de sa notification.

Toutefois, la loi ne précise aucunement comment le prix de vente est fixé, s'il y a la possibilité de surenchérir, les modalités de versement du prix, ...

La présente étude donc abordera chacun des difficultés pratiques auxquelles peut être confronté un SDC afin d'éclairer les lecteurs sur les aspects que la loi n'a pas traité.

1° Les bénéficiaires du droit de priorité :

⁷ Réponse ministérielle à question écrite n° 11735 relative à l'adoption des décisions de surélévation ou de construction de bâtiments, JOAN Q. 17 juin 2014, p. 5024

⁸ Rép. min. à QE n° 4844, JOAN Q. 20 oct. 2009, p. 9924, Defrénois 2009, art. 39026, p. 2095

L'article 35 de la loi du 10 juillet 1965 indique que les bénéficiaires du droit de priorité sont les « *copropriétaires de l'étage supérieur du bâtiment à surélever* ».

Le droit de priorité ne saurait dès lors bénéficier à un locataire, à un coindivisaire seul, à un usufruitier, ...

La difficulté de l'application de cet alinéa repose davantage dans l'expression « de l'étage supérieur », puisque que la loi du 10 juillet 1965 ne définit pas ce qu'est un étage.

La question mérite que l'on de s'y arrête tant la pratique de règlements de copropriété démontre que toutes les parties de l'immeuble ne sont pas forcément identifiées dans les plans ou dans l'état descriptif de division, et ne sont pas toutes définies par rapport à un étage.

Le contentieux afférent aux combles démontre largement que des parties entières de l'immeuble sont passées sous silence dans le RCP.

La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de différencier l'aménagement des combles (même avec une modification de la pente du toit), et une surélévation⁹.

Le problème que se pose est le suivant : si le SDC a accepté de vendre les combles de la copropriété, ou s'ils sont réputés accessoires des parties privatives d'un lot, les combles constituent-ils un étage.

Ainsi, dans un immeuble composé de « six étage + combles », le dernier étage est-il le 6^{ème} étage, ou les combles constituent-ils le dernier étage ?

Toute question de cette nature relève naturellement de l'appréciation souveraine des juges du fond qui devront tenir compte, à défaut de précision suffisante dans le RCP, des qualités matérielles des combles.

En effet, un étage peut-être défini comme l'espace compris entre le plancher et le plafond dans un bâtiment, (hormis le rez-de-chaussée qui n'est pas un étage).¹⁰

Les étages, en architecture française, sont par ailleurs définis selon des normes de hauteur précises suivant chaque type de construction :

- 2,66 mètres, soit 16 marches pour un immeuble d'habitation récent, hôtel ou parking
- 3 mètres, soit 18 marches pour un immeuble d'habitation ancien
- 3,30 mètres, soit 20 marches pour un immeuble de bureaux ou hôpital (espace réservé aux câbles et à la climatisation)
- 4 mètres, soit 24 marches pour un magasin, grande surface, gare ou bâtiment d'exposition.

Par ailleurs, un étage est défini en considération de son caractère habitable.

⁹ Jean-Marc ROUX, « le droit de copropriété immobilière et la surélévation », Droit & Ville n°77/214 p. 233 et s

¹⁰ Jean de VIGNAN, « Dicobat 2019 - Dictionnaire général du bâtiment », 10^{ème} édition

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon, en se fondant sur les dispositions de l'article R. 111-2 du CCH relatif à la surface minimale des logements, aux termes duquel « il n'est pas tenu compte de la superficie des combles non aménagés (...) et autres dépendances des logements, ni des parties de locaux d'une hauteur inférieure à 1,80 mètre », a jugé qu'un niveau ne répondant à ces qualités devait être qualifié de combles et non d'étage¹¹.

Dès lors, l'application du droit de priorité prévu à l'article 35 doit tenir compte de cette différence entre comble et étages.

Si les combles sont dits « perdus », c'est-à-dire non aménageables (hauteur inférieure à 1,80, pas d'accès à la lumière naturelle, défaut d'isolation, charpente apparente, ...), ils ne peuvent être considérés comme un étage, et leur propriétaire ne pourra bénéficier du droit de priorité prévu à l'article 35.

En revanche, à l'inverse, si les combles sont dits aménageables, c'est-à-dire que l'on peut y établir des locaux d'habitation sans travaux touchant le gros œuvre, ils sont considérés comme un étage, et en l'espèce comme le dernier étage, de sorte que leur propriétaire pourra bénéficier du droit de priorité.

2°/ La notification de la proposition de vente :

Lorsque le SDC souhaite vendre les lots privatifs issus de la surélévation qu'il a réalisé, ou lorsqu'il souhaite céder ce droit à un tiers ou à un copropriétaire, l'article 35 alinéa 4 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que « *Préalablement à la conclusion de toute vente d'un ou plusieurs lots, le syndic notifie 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 vaut offre de vente pendant une durée de deux mois à compter de sa notification* ».

Dans ces conditions, le syndic devra particulièrement être vigilant dans la notification qu'il doit faire de la proposition de vente.

Son attention devra être attirée sur le mode de signification de la proposition de vente, puisque l'article 35 ne mentionne aucune forme particulière pour cette notification.

Dès lors la notification de la proposition devra suivre les principes posés par l'article 64 du décret du 17 mars 1967, c'est-à-dire une notification par lettre recommandée avec avis de réception ou par voie électronique¹²

Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2019, les notifications électroniques doivent respecter les dispositions des articles R.53 à R.53-4 du Code des postes et de communications électroniques¹³.

¹¹ C.A.A. Lyon, 1^{ère} chambre, 3 juillet 2012 : N° 11LY01518 – M. et Mme L. – 3 juillet 2012

¹² L. n° 2014-366, 24 mars 2014, art. 55 V, codifié à l'article 42-1 de la loi du 10 juillet 1965

¹³ Décret n° 2018-347 du 9 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique, publié au JORF n°0108 du 12 mai 2018

L'offre d'acquisition devant être adressées aux « *copropriétaires du dernier étage* », le syndic se reportera à la liste des copropriétaires prévue à l'article 32 du décret du 17 mars 1967.

Le mode de communication choisi prévu à l'article 35 étant « la notification » pris au sens de l'article 64 du décret de 1967, il est conseillé au syndic de notifier cette offre d'acquisition en appliquant les mêmes règles qu'en matière de notification du PV de l'assemblée ou de la convocation :

- Si l'un des lots du dernier étage fait l'objet d'une indivision ou d'un démembrement du droit de propriété, la proposition de vente devra être adressé au mandataire commun choisi par les intéressés (L. n° 65-557 du 10 juill. 1965, art. 23, al. 2), au à défaut celui désigné par le Président du TGI¹⁴ ;
- Si l'un des lots du dernier étage appartient à une société, le récipiendaire de la proposition d'acquisition dépend de la forme de la société :
 - lorsque le lot est détenu par une société civile immobilière ou une société commerciale, la notification doit être adressée au représentant légal de la société au siège social tel qu'indiqué sur le Kbis de cette dernière ;
 - lorsque le lot est détenu par une société d'attribution, les associés sont assimilés à des copropriétaires et le syndic devra adressé la proposition d'acquisition à chaque associé¹⁵.
- Si l'un des lots du dernier étage appartient à deux époux, la notification de la proposition d'acquisition devra être unique, et adressée à un époux, mais elle devra être viser les deux époux¹⁶

3°/ Les conditions de la vente :

La question du prix de la cession du droit de surélever est une question importante car d'une part d'une part le prix doit être indiqué dans la proposition de vente, et d'autre part que sa fixation est difficile à faire tant il n'existe pas de marché du droit de surélévation qui pourrait servir de référence de calcul¹⁷.

Le seul principe intangible en cette matière est que, comme pour toute vente de partie commune, le prix doit être également soigneusement étudié pour éviter une action en rescision pour lésion des 7/ 12^{ème} en application de l'article 1674 du Code civil par exemple, ou un rejet par l'AG de copropriété faute d'avoir un prix suffisant, ce qui pourrait entraîner également la responsabilité professionnelle du syndic de copropriété.

¹⁴ L. n° 65-557 du 10 juill. 1965, art. 23, al. 2

¹⁵ CCH, art. L. 212-1 à L. 212-9 ; L. n° 65-557 du 10 juill. 1965, art. 23, al. 1^{er}

¹⁶ C. civ., art. 1421 et 1540 ;
Cass. 3^{ème} Civ, 19 déc. 2007 n° 07-13.703 ;
Cass. 3^{ème} Civ., 23 mai 2007, n° 06-14.974

¹⁷ Copropriété : « Cession du droit de surélévation » : Juris Classeur Construction, fascicule 97 – 25, n°37

L'expérience aidant, on sait à présent que le prix du droit de surélever ne se définit qu'en considération du prix du m² dans la copropriété puisque ce dernier correspond à un mètre carré de plancher terminé, achevé et habitable, ce qui n'est aucunement le cas en matière de surélévation puisque les lots à venir doivent être construits et implique donc des coûts de construction (coût des travaux, honoraires d'architecte, assurance, ...).

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, a d'autres frais importants à engager (architecte, entrepreneurs, assurance, notaire, ...).

En tout état de cause, la meilleure fixation de prix sera celle fondée sur une réelle évaluation du droit de surélever par l'utilisation des méthodes d'évaluation immobilière.

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 que l'on puisse se référer à la méthode d'évaluation des terrains à bâtir¹⁸.

En effet, la cession du droit de surélever des immeubles préexistants n'est pas imposée au titre des plus-values, mais reste 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.

La méthode la plus couramment utilisée en matière de droit de surélever est celle dite « du promoteur », qui consiste à estimer la valeur d'un terrain (nu ou comportant des constructions en fin de vie) en fonction du potentiel urbanistique (constructibilité) de la (ou des) parcelle(s) concernées, à travers le retour sur investissement maximum, pour un promoteur, associé à un projet de construction ou restructuration immobilière.

Cette approche suppose de détenir une étude d'urbanisme et un avant-projet sommaire, déterminant la nature et la surface développée optimale que peut supporter le terrain, en fonction des règles en vigueur, ainsi que la valeur de marché des constructions potentiellement réalisables, en sorte d'établir l'ensemble des flux de dépenses et recettes, relatifs à une opération immobilière ; la marge nette de l'opération permettant alors d'établir la charge foncière et la part relative à la valorisation potentielle du terrain.

Par ailleurs, outre l'aspect du prix, l'article 35 indique que les conditions de la vente doivent être indiquées.

A ce titre, le seul intérêt qui prime est l'intérêt supérieur du syndicat des copropriétaires qui de pouvoir réaliser la vente au prix convenu dans les meilleurs délais.

¹⁸ « L'évaluation des terrains à bâtir », Mémento Francis Lefebvre, page 56 et suivants, n° 260 et suivants

Dès lors, il sera conseillé au syndic de prévoir, au titre des conditions de la vente, de fixer une consignation entre ses mains d'une partie du prix de vente proposé par tout candidat à l'acquisition du droit de surélever.

En effet, dans l'hypothèse, qui est la plus courante, où un copropriétaire ou un tiers propose d'acquérir le droit de surélever, ce dernier a déjà étudié et conçu son projet de surélévation.

Ainsi, les copropriétaires du dernier étage, qui n'avaient pas jusqu'à la proposition de surélévation présenté par le copropriétaire ou le tiers, imaginé un tel projet, peuvent être tenté de se déclarer acquéreur au titre de leur droit de priorité pour bloquer le projet du promoteur de la surélévation, voir, pour « les plus crapuleux », pour initier avec ledit promoteur une négociation pécuniaire à leur avantage.

En pareille hypothèse, le projet de surélévation sera bloqué, notamment le temps que le copropriétaire ayant usé de son droit de priorité verse le prix de le vente ainsi conclue.

En prévoyant dans les conditions de la vente que tout candidat à l'acquisition de du droit de surélever devra séquestrer entre les mains du syndic une partie du prix de vente proposé (soit 20 ou 30 %), les vellétés de blocage du projet de certains seraient soumise à ce versement.

Pour finir, les professionnels se posent la question de savoir si des enchères pourraient être organisées.

A notre sens, un fois le prix de vente fixé, les enchères ne sont plus possibles puisque la proposition de vente qui est adressée aux copropriétaires du dernier étage doit mentionner le prix et que cette proposition vaut vente.

Une fois le prix indiqué dans la proposition, il ne peut être modifié dans le délai de 2 mois, puisque cela reviendrait à modifier l'une des conditions de la vente.

En revanche, avant la notification de la proposition de vente aux copropriétaires, le prix de vente peut parfaitement être fixé par le jeu des enchères en assemblée générale.

Ainsi, si un copropriétaire, ou un tiers, souhaite acquérir le droit de surélévation, deux solutions peuvent se présenter :

- soit il demande en AG l'autorisation d'acquérir le lot à un prix qui est fixé par l'AG, notamment aux enchères ;

Le syndic devra ensuite adresser aux copropriétaires du dernier étage une proposition d'achat indiquant le prix fixé en AG ;

- soit le copropriétaire acquéreur a fixé un prix, et il doit alors le transmettre au syndic qui l'inscrit à l'ordre du jour, et dès que l'AG aura statuer sur son accord pour vendre le droit de surélever au prix, le syndic devra purger le droit de priorité.

Les résolutions votées en AG devront ainsi être bien distinctes les unes des autres :

- 1^{ère} résolution : le SDC vote le principe de la cession du droit de surélévation, et fixe les conditions de cette vente (délai, séquestre d'une partie du prix dès la proposition d'acquisition, ...)
- 2^{ème} résolution : le SDC vote le prix, en indiquant qu'à défaut de manifestation dans le délai de 2 mois à compter de notification du PV de l'AG, les copropriétaires du dernier étage pourront acquérir aux prix et aux conditions indiqués ;
- 3^{ème} résolution : Le SDC donne mandat au syndic de purger le droit de priorité des copropriétaires du dernier étage et signer les actes afférents à la vente et à la modification du règlement de copropriété ;