



HAL
open science

La régularisation des débords aériens causés par l'isolation extérieure

Quentin Lamier

► **To cite this version:**

Quentin Lamier. La régularisation des débords aériens causés par l'isolation extérieure. Sciences de l'environnement. 2018. dumas-02095375

HAL Id: dumas-02095375

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02095375>

Submitted on 10 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CONSERVATOIRE NATIONAL DES ARTS ET METIERS
ÉCOLE SUPÉRIEURE DES GÉOMÈTRES ET TOPOGRAPHES

MÉMOIRE

présenté en vue d'obtenir

le DIPLÔME NATIONAL DE MASTER
« Sciences, Technologies, Santé »

Mention « Identification, Aménagement et gestion du Foncier »

par

Quentin LAMIER

**La régularisation des débords aériens causés par l'isolation
extérieure.**

Soutenu le 13 JUIN 2018

JURY

PRESIDENT :	Monsieur Laurent MOREL	Président de jury
MEMBRES :	Madame Stéphanie LE MITH Madame Élisabeth BOTREL Monsieur William HOUVENAGEL	Professeur référent Second examinateur Maître de stage

Remerciements

Ce travail de fin d'études est l'aboutissement de cinq années d'études supérieures, dont deux à l'École Supérieure des Géomètres-Topographes du MANS. Je tiens donc à remercier l'ensemble des personnes m'ayant permis d'aboutir à la réalisation finale de ce mémoire.

Dans un premier temps, je tiens à remercier Monsieur William HOUVENAGEL, mon maître de stage, les différents actionnaires de la SCOP TT Géomètres-Experts pour m'avoir accueilli au sein de leur entreprise et pour m'avoir permis de réaliser mon travail de fin d'études. J'ai apprécié le fait de pouvoir profiter de l'expérience et du professionnalisme de chacun.

Je tenais aussi à remercier :

- mon professeur référent, Madame Stéphanie LE MITH pour m'avoir suivi durant ce travail de fin d'études. Son implication et sa disponibilité, tout au long de la rédaction de ce mémoire, m'ont permis d'améliorer ma réflexion sur le sujet.
- Madame Élisabeth BOTREL pour ses enseignements et sa disponibilité durant ces deux années de master.
- Mesdames Patricia BUSSON et Christelle MANTEGARI pour leur disponibilité et leur engagement auprès du master.

Enfin, je remercie ma famille et mes proches pour le soutien qu'ils m'ont apporté durant ces années d'études supérieures.

Liste des abréviations

ALUR : Accès au Logement et un Urbanisme Rénové.

ARC : Association des Responsables de Copropriété.

Cc : le Code civil.

CEDH : Convention Européenne des Droits de l'homme.

DRIEA : Direction Régionale et Interdépartementale de l'Équipement et de l'Aménagement d'Ile-de-France.

DSP : Délégation de Service Public.

DP : Déclaration préalable.

GES : Gaz à Effet de Serre.

ITE : Isolation Thermique par l'extérieur.

JO : Journal officiel.

Loi transition énergétique : La Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

PC : Permis de Construire.

PLU : Plan Local d'Urbanisme.

PLUi : Plan Local d'Urbanisme intercommunal.

RT : Règlementation Thermique.

Glossaire

Les énergies finales : sont les énergies livrées par un fournisseur d'énergies et servant à la consommation directe. Cette énergie subit une déperdition durant tout son transport qui nécessite de prévoir un bilan de consommation énergétique primaire afin de calculer un facteur de conversion.

Les énergies primaires : sont les énergies disponibles dans l'environnement et directement exploitables, qui n'ont subi aucune transformation. Ces énergies peuvent être renouvelables ou non.

Les énergies renouvelables : énergie produite à partir de ressources qui se renouvelle en permanence.

Les gaz à effet de serre : sont les gaz qui absorbent le rayonnement infrarouge émis par la surface terrestre, générant un réchauffement climatique quand leur quantité augmente dans l'atmosphère. Ces gaz sont principalement le dioxyde de carbone, le méthane, le protoxyde d'azote, la vapeur d'eau, les gaz fluorés et l'ozone.

Un surplomb : est une partie de construction en saillie, avançant dans le vide.

Table des matières

Remerciements	2
Liste des abréviations.....	3
Glossaire.....	4
Table des matières	5
Avant-propos	6
Introduction	7
PARTIE A : L'ENCADREMENT DU DEBORD AERIEN	13
I.1 LE CADRE LEGISLATIF	13
I.1.1 Le droit de propriété.....	13
I.1.2 Les limites de propriété et le rôle du Géomètre-Expert	15
I.1.3 Les définitions d'empiétement et d'accession.....	18
I.2 LE CADRE INSTAURE POUR L'ISOLATION PAR L'EXTERIEUR	22
I.2.1 Contexte et évolutions légales de conformité.....	22
I.2.2 La réalisation et les règles d'une isolation par l'extérieur.....	24
I.2.3 L'action du législateur	24
PARTIE B : LES SOLUTIONS DE RÉGULARISATION DU DÉBORD AÉRIEN	26
I.1 LES OUTILS LEGAUX	26
I.1.1 La prescription acquisitive	26
I.1.2 Les servitudes de surplombs	29
I.2 LES OUTILS CONVENTIONNELS	34
I.2.1 Le démembrement de propriété.....	34
I.2.2 La cession du fonds empiété	35
I.2.3 La constitution d'un droit de superficie	36
I.2.4 La division en volumes.....	37
I.2.5 La constitution d'un droit réel de jouissance spéciale.....	42
I.2.6 La convention de commodat ou prêt à usage.....	49
Conclusion :	50
Bibliographie	51
Table des annexes	56
Annexe 1 Exemple de convention créant une servitude de surplomb.....	57
Liste des figures.....	58

Avant-propos

Ce mémoire est l'aboutissement de deux années d'études au sein de l'École Supérieure des Géomètres et Topographes (ESGT) en master identification, aménagement et gestion du foncier et mené durant 19 semaines au sein du cabinet TT Géomètres-Experts (au siège social à Paris 75011).

Le contexte de l'étude fut envisagé par la nature des activités réalisées par cabinet TT Géomètres Experts (Paris), qui est sollicité de nombreuses fois par an, afin de conseiller ses clients sur la convention à élaborer pour viabiliser juridiquement un débord de bâtiment sur des fonds appartenant à des tiers.

Ces sollicitations furent accentuées dans le cadre de la loi de transition énergétique¹ du 17 août 2015, qui définit que tout bâtiment privé résidentiel dont la consommation est supérieure à 330 Kwh d'énergie primaire par m² et par an doit faire l'objet d'une rénovation énergétique d'ici 2025. S'ajoute à cela un décret² du 30 mai 2016, venant obliger la réalisation d'une isolation thermique, lors d'importants travaux de ravalement.

Dans les faits et pour se conformer à la loi, les propriétaires ont recours à des travaux d'isolation qui passent généralement par une isolation extérieure du bâtiment pouvant mener à un débord sur le fonds d'un tiers lorsque l'isolation se fait sur mur pignon, formant limite de propriété.

Afin d'encadrer et sécuriser ces débords, le cabinet propose la réalisation de convention avec les tiers concernés en association avec des acteurs juridiques (notaires, avocat, syndic...). Les conventions actuellement proposées par le cabinet et les différents acteurs posent néanmoins une incertitude juridique en cas d'examen par le juge.

Cette étude portera donc sur les solutions juridiques à mettre en place afin de rendre possible l'isolation par l'extérieur d'un pignon formant limite et de garantir sa pérennité dans le temps en visant à limiter la requalification de l'isolation en empiètement sur le fonds voisin.

¹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, aussi dite « loi de transition énergétique ». Cette loi est entrée en vigueur le 18 août 2015.

² Décret n° 2016-711 du 30 mai 2016 relatif aux travaux d'isolation en cas de travaux de ravalement de façade, de réfection de toiture ou d'aménagement de locaux en vue de les rendre habitables. Ce décret est entré en vigueur le 1er janvier 2017.

Introduction

Aujourd'hui, la prise de conscience du réchauffement climatique, la fonte des glaces, la raréfaction des ressources disponibles (telle que l'eau potable dans certaines parties du monde), l'augmentation du coût de l'énergie ; tous ces éléments nous obligent à modifier notre façon de penser et nous forcent à s'interroger sur l'avenir de l'environnement ainsi que sur les solutions à mettre en place dans le but de le préserver.

Les premières préoccupations sur les réductions des gaz à effet de serre et la gestion des énergies naissaient à l'issue de la première crise pétrolière de 1973. Le protocole de KYOTO du 11 décembre 1997 visait la réduction des gaz à effet de serre (GES). Ainsi, la France pays signataire de l'accord international de KYOTO, le fit ratifier et se vit obliger d'entreprendre des mesures permettant une meilleure performance énergétique de ces bâtiments, mais aussi une meilleure gestion des sources d'énergies fossiles.

Pour ce faire, la France entreprend depuis de nombreuses années des mesures visant à limiter le réchauffement climatique et les émissions de gaz à effet de serre par l'instauration de lois tel que : POPE³, Grenelle I⁴ & II⁵, ALUR⁶, mais aussi récemment la loi de transition énergétique pour la croissance verte et bientôt avec la loi ELAN⁷.

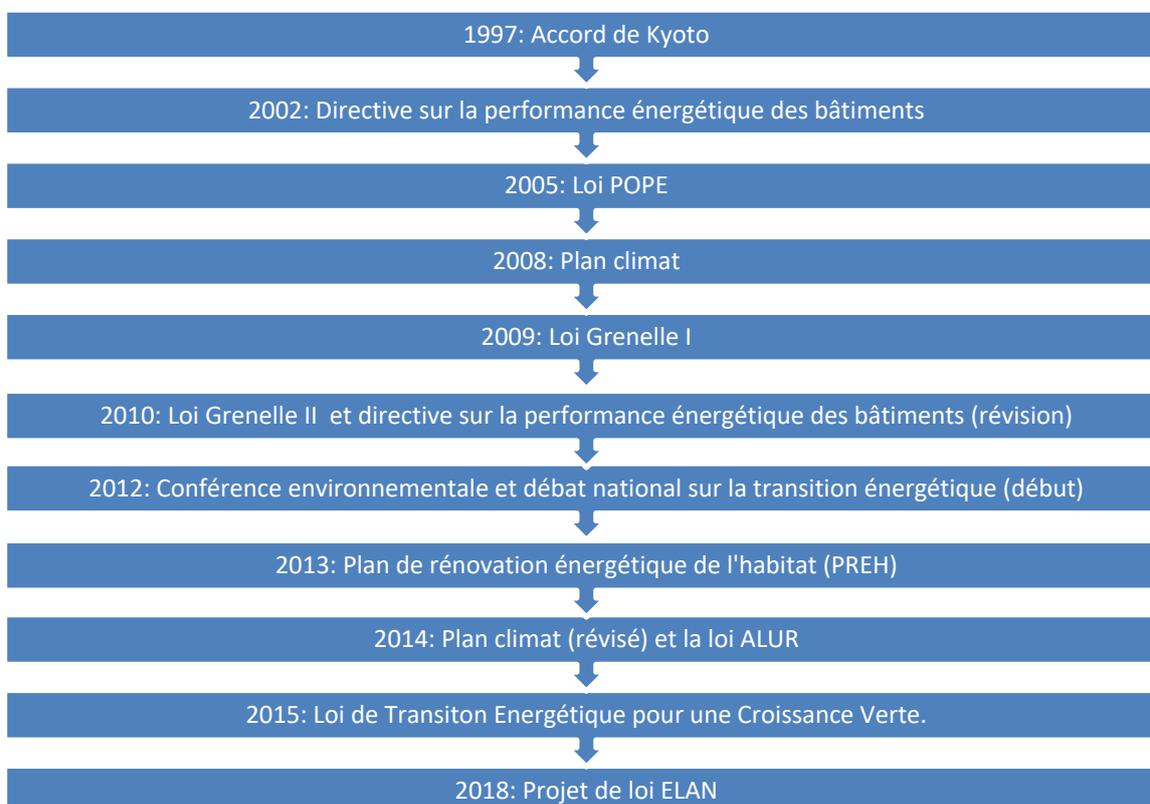


Figure 1 : Schéma des évolutions législatives traitant des énergies et des bâtiments.

³ Loi n° 2005-71 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique.

⁴ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

⁵ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

⁶ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁷ Loi ELAN : Évolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique, présenté le 4 avril 2018 en conseil des ministres. La loi vise notamment avec son article 55, au moyen d'un plan de rénovation énergétique des bâtiments, de rénover 500 000 logements par an d'ici 2025 dont la moitié occupé par des ménages aux revenus modestes en situation de précarité énergétique.

L'une des solutions envisagées par le Gouvernement français, passe par la limitation des consommations énergétiques et des émissions de gaz à effet de serre pour les bâtiments. En effet le secteur du bâtiment est responsable de l'augmentation des GES devant les transports et l'industrie, représentant à lui seul 23% des émissions⁸ de CO₂ en France. Il représente donc un immense filon d'économie d'énergie qui permettrait de réduire les GES. Pour cela, deux notions ont cherché à être développées :

- La première notion correspondant au « *consommer moins* » avec « *une conception bioclimatique et une enveloppe performante*⁹ ». Cette notion passe notamment par l'isolation des extérieurs, possibles par exemple, sur plus de la moitié du parc immobilier d'Ile-de-France ; correspondant à plusieurs millions de mètres carrés.
- La seconde notion correspond quant à elle au « *consommer mieux* » avec « *la mise en œuvre de systèmes techniques adaptés, régulés et efficaces pour l'éclairage, la ventilation et le chauffage*¹⁰ ».

La mise en œuvre, de ces deux notions, permettrait ainsi de limiter la facture énergétique annuelle des bâtiments franciliens qui est actuellement de 13 milliards d'euros¹¹.

Au vu des faits et de la COP21 de 2015 à PARIS, le Gouvernement a souhaité donner l'exemple en visant à réduire les GES avec notamment la création de la loi transition énergétique¹² du 17 août 2015¹³. Cette loi concerne notamment les bâtiments privés résidentiels, avec son l'article 5.

Il s'agit d'une loi dite d'action et de mobilisation qui vise à engager le pays tout entier pour permettre de renforcer son indépendance énergétique. Elle vise aussi à réduire ses émissions de gaz à effet de serre et donner à tous les acteurs des outils concrets pour arriver à ces objectifs. Cela va permettre une accélération de la croissance verte. La croissance verte « *se définit comme un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises*¹⁴ ».

La transition énergétique passe par :

- Une meilleure consommation et une réduction d'économie d'énergie,
- La production d'énergie en veillant à préserver l'environnement,
- La mobilisation de la société autour de projets coopératifs de productions d'énergie, mais aussi de service innovant,
- Et vise la création de nouveaux emplois d'avenir dans le secteur du bâtiment notamment.

⁸ Source : Notice « Les chiffres clés du bâtiment Énergie – Environnement. Edition 2013 » par l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME).

⁹ Source : Notice « Isolation thermique par l'extérieur : 40 Questions- 40 Réponses » de Caroline IMBERT et Djilali MEDIOUNI, sous la responsabilité de Jean-Michel VINCENT. 2011. Disponible sur: http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/isolation-thermique-par-l-exterieur-40-questions-a1488.html?id_rubrique=70.

¹⁰ Source : Extrait de la notice « Isolation thermique par l'extérieur : 40 Questions- 40 Réponses » de Caroline IMBERT et Djilali MEDIOUNI, sous la responsabilité de Jean-Michel VINCENT. 2011. Disponible sur: http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/isolation-thermique-par-l-exterieur-40-questions-a1488.html?id_rubrique=70.

¹¹ Source : DRIEA Île-de-France- Direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement. Plan de rénovation énergétique : lancement de la concertation régionale [Internet]. 2018. Disponible sur: <http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/plan-de-renovation-energetique-lancement-de-la-a5396.html>.

¹² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹³ Loi signée le 17 août 2018 et parue au journal officiel le 18 août 2015.

¹⁴ Source : article L.100-1-1 du Code de l'énergie.

La loi transition énergétique défend comme objectif :

- La réduction de 40 % les émissions de gaz à effet de serre en 2030 par rapport à 1990,
- De réduire la consommation énergétique en la divisant par deux d'ici 2050 par rapport aux niveaux de 2012,
- De réduire la consommation énergétique primaire des énergies fossiles de 30 % d'ici 2030 par rapport à 2012,
- D'augmenter la part des énergies renouvelables dans notre consommation énergétique visant un objectif de 32 % en 2030,
- De porter la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 % à l'horizon 2025, l'objectif étant de reporter à 5 ou 10 ans supplémentaires à partir de 2017¹⁵,
- D'améliorer les performances énergétiques des bâtiments,
- De lutter contre la précarité énergétique,
- Et enfin de réduire la production de déchets.

Dans le cadre de notre étude, nous allons plus particulièrement nous intéresser au point concernant l'amélioration des performances énergétiques des bâtiments.

En effet, la loi transition énergétique¹⁶ pose comme postulat que « *La France se fixe comme objectif de rénover énergétiquement 500 000 logements par an à compter de 2017, dont au moins la moitié est occupée par des ménages aux revenus modestes, visant ainsi une baisse de 15 % de la précarité énergétique d'ici 2020* »¹⁷.

Mais ici, l'article qui nous intéresse particulièrement est l'article 5, selon lequel « *avant 2025, tous les bâtiments privés résidentiels dont la consommation en énergie primaire est supérieure à 330 kilowattheures d'énergie primaire par mètre carré et par an doivent avoir fait l'objet d'une rénovation énergétique* ». Ainsi sont concernés les logements classés en « F » et/ou « G » sur l'étiquette de Diagnostic de Performance Énergétique (DPE).

S'ajoute à cette mesure, pour les copropriétés dont l'ensemble immobilier était constitué de 50 lots ou plus, l'obligation de réaliser un audit énergétique ou un diagnostic de performance énergétique en cas d'installation collective de chauffage ou de refroidissement, et ce avant le 1^{er} janvier 2017. **Ces mesures visent à améliorer les performances thermiques d'un bâtiment avec des travaux d'isolation** permettant notamment de limiter la consommation d'énergie pour le chauffage et limiter les gaz à effet de serre. S'ajoute à ces notions, un meilleur confort et une augmentation significative de la valeur marchande du bien. En effet, les acheteurs sont de plus en plus sensibles au DPE lors de l'achat d'un bien. Pour autant, le DPE n'est en aucun cas une science exacte, car il dépend de la consommation énergétique d'une année.

Depuis le 1er janvier 2017, dans un souci d'efficacité et de réductions des coûts, les pouvoirs publics, par le décret¹⁸ du 30 mai 2016, ont rendu obligatoire la réalisation conjointe des travaux¹⁹ pour les bâtiments effectuant :

- Des ravalements de façades (affectant plus de 50 % de la façade, soit pour enlever ou rénover l'enduit existant ou ajouter ou remplacer un parement),
- Les réfections de toiture,
- Les aménagements visant à l'augmentation de la surface habitable,

Avec des travaux d'amélioration des performances thermiques de bâtiments, c'est-à-dire d'isolation. Cependant, ce décret n'est applicable qu'en cas de travaux adaptés au ravalement de

¹⁵ Source : Ministère de la Transition Écologique et Solidaire.

¹⁶ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁷ Article 3 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸ Décret n° 2016-711 du 30 mai 2016 relatif aux travaux d'isolation en cas de travaux de ravalement de façade, de réfection de toiture ou d'aménagement de locaux en vue de les rendre habitables. Ce décret est entré en vigueur le 1er janvier 2017.

¹⁹ Article 14 de la loi transition énergétique modifie le code de la construction et de l'habitation.

façades veillant à préserver le caractère architectural du bâtiment, mais aussi une rentabilité économique certaine après travaux.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, les niveaux de performances thermiques²⁰ à atteindre lors de l'isolation d'un bien ont été revus à la hausse.

ZONES CLIMATIQUES

Type de paroi opaque	Résistance thermique minimale R	
	Zone climatique H1 et H2 (H3 à plus de 800 m d'altitude)	Zone climatique H3 (à moins de 800 m d'altitude)
Mur extérieur	2,9 m ² .K/W	2,2 m ² .K/W
Mur en contact avec un volume non chauffé	2 m ² .K/W	2 m ² .K/W

Figure 2 : Tableau des exigences de performance thermique minimale après travaux d'isolation extérieure des murs valables depuis le 1er janvier 2018²⁰.



Figure 3 : Carte des zones climatiques Françaises²¹.

Cependant, conformément à la réglementation française, pour que les travaux d'isolation soient possibles, il faut que le projet soit compatible avec les règles et prescriptions d'urbanismes en vigueur dans la commune (en cas de PLU) ou de l'intercommunalité (en cas de PLUi). Pour cela, il sera essentiel de déposer une déclaration préalable ou permis de construire en mairie, qui pourra être réalisée avec l'aide d'un architecte, d'un géomètre-expert ou d'un maître d'œuvre. Cette autorisation d'urbanisme permettra à l'administration de vérifier que le projet d'isolation extérieure respecte les règles d'urbanisme en vigueur. Le délai d'instruction d'une déclaration préalable est d'un mois à compter de son dépôt en mairie et de deux mois pour un permis de construire. Il est possible d'ajouter des délais supplémentaires si le bâtiment se trouve frappé par des prescriptions architecturales particulières (zone classée, etc).

Néanmoins, dans le cadre de la loi transition énergétique, certaines règles d'urbanisme ont été assouplies au travers de l'article n° 7 de la loi transition énergétique et transposée dans le code de l'urbanisme comme suit :

« L'autorité compétente pour délivrer le permis de construire ou le permis d'aménager et prendre la décision sur une déclaration préalable peut, par décision motivée, dans des limites fixées par un décret en Conseil d'État, déroger aux règles des plans locaux d'urbanisme relatives à l'emprise au sol, à la hauteur, à l'implantation et à l'aspect extérieur des constructions afin d'autoriser :

1° La mise en œuvre d'une isolation en saillie des façades des constructions existantes ;

2° La mise en œuvre d'une isolation par surélévation des toitures des constructions existantes ;

²⁰ Arrêté du 22 mars 2017 modifie l'arrêté du 3 mai 2017.

²¹ Source : notice : « Ravalement, rénovation de toiture, aménagement de pièces » publié par le ministère de la Transition Écologique et Solidaire et le ministère de la Cohésion des Territoires en janvier 2018.

²² Source : notice : « Ravalement, rénovation de toiture, aménagement de pièces » publié par le ministère de la Transition Écologique et Solidaire et le ministère de la Cohésion des Territoires en janvier 2018.

3° *La mise en œuvre de dispositifs de protection contre le rayonnement solaire en saillie des façades.*

La décision motivée peut comporter des prescriptions destinées à assurer la bonne intégration architecturale du projet dans le bâti existant et dans le milieu environnant ²³».

Une fois ces règles énoncées, il est tout de même intéressant de noter que certains bâtiments ne sont pas concernés par ces prescriptions notamment les monuments historiques classés ou inscrits, les lieux de culte, les bâtiments non chauffés ou d'une surface de plancher inférieur à 50m², les constructions provisoires prévues pour une durée inférieure à deux ans, etc²⁴ (ne sont pas concernées par ces obligations d'isolations et ne sont donc pas soumises à la loi transition énergétique). **Le décret n°2016-802 du 15 juin 2016** définit les conditions d'exercice de cette nouvelle compétence portant sur le dépassement des règles d'urbanisme en vigueur sur la commune. Le décret **prévoit notamment une possibilité de dérogation de trente centimètres par rapport aux règles d'implantation des constructions autorisées par le PLU en vigueur, mais sous réserve des droits des tiers** c'est-à-dire que la délivrance de l'autorisation d'urbanisme n'empêchera pas le recours des tiers en cas d'atteinte à des droits privatifs.

Enfin, conformément à l'application de la loi transition énergétique et avant de prévoir tous travaux d'isolation, il est essentiel de réaliser un diagnostic de performance énergétique ou audit énergétique, permettant d'évaluer la performance énergétique du bâtiment.

Le diagnostic de performance énergétique concerne les immeubles de moins de 50 lots et a un but informatif tandis que l'audit énergétique est lui obligatoire pour les copropriétés supérieures ou égales à 50 lots et précisera les travaux à réaliser, leur ordre d'exécution et une estimation des coûts attendus.

Une fois ces informations en possession des propriétaires, un coût de revient sera alors calculé pour savoir si l'opération d'isolation est rentable.

Il est à noter qu'actuellement, l'état met à disposition de nombreuses aides financières (tel que l'éco-PTZ, les crédits d'impôt, etc) à disposition des propriétaires afin d'aider à financer les rénovations du parc existant.

Les travaux réalisés seront estimés au préalable par un homme de l'art afin d'estimer un coût de revient calculé sur une période de 10 ans. Le coût des travaux d'isolation ajoutés aux travaux de réfections de façades crée un surcoût. Ainsi sera calculé le chiffrage du surcoût noté « S » :

« $S = \text{coût TTC du projet avec l'isolation} - \text{Coût TTC du projet sans isolation} - \text{les aides financières publiques}$ »²⁵.

À l'issue de l'estimation de ce coût de revient, les propriétaires pourront justifier de ne pas se conformer à la loi transition énergétique si les résultats attendus sont disproportionnés par rapport au frais engagés. Les coûts moyens d'une isolation thermique par l'extérieur sont de 100 à 210 euros par m².

Néanmoins si les propriétaires (par la voix du syndicat des copropriétaires) décident de réaliser des travaux d'isolation extérieure, cela peut mener à un débord sur le fonds d'un tiers dans le cadre d'une isolation d'un mur pignon formant limite. Ce débord sur le fonds d'un tiers constituerait un empiètement.

Afin d'encadrer et sécuriser ces débords, le cabinet TT Géomètres-Experts propose la réalisation de convention avec les tiers concernés en association avec les acteurs juridiques (notaires, avocats, syndic de copropriété, etc). Si la constitution de servitude de surplomb semble tolérée par la jurisprudence, elle n'en reste tout de fois pas moins délicate au regard des nombreux revirements de jurisprudence, mais aussi sur la notion même de servitude. Ainsi, les conventions actuellement

²³ Article L152-5 du Code de l'urbanisme.

²⁴ Se référer la liste des immeubles non affectés par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

²⁵ D'après la notice : « Ravalement, rénovation de toiture, aménagement de pièces » publié par le ministère de la Transition Écologique et Solidaire et le ministère de la Cohésion des Territoires en janvier 2018.

proposées par le cabinet ou demandées par les différents acteurs posent néanmoins une incertitude juridique en cas d'examen par le juge. En effet, **la jurisprudence est stricte sur le sujet et tout empiètement peut, à la demande du propriétaire lésé, être démoli.**

Dans ce contexte, nous tenterons de mettre en exergue les solutions juridiques mises en place par le législateur et la pratique professionnelle afin de rendre possible l'isolation par l'extérieur d'un pignon formant limite et ainsi garantir sa pérennité dans le temps en visant à supprimer le risque de requalification en empiètement sur le fonds voisin par le juge. Cette étude se limitera aux propriétés et fonds privés régis par le régime de la copropriété. Il ne sera pas développé le cas d'un empiètement aérien sur le domaine public et les régulations possibles. De plus, le bail emphytéotique, le bail à construction et la concession immobilière traités essentiellement par le monde du notariat ne seront pas développés dans ce mémoire.

Le mémoire sera divisé en deux parties ci-après développées.

La première partie sera consacrée au cadre réglementaire dans lequel la loi de transition énergétique prend place. Il sera étudié différentes notions essentielles à l'application de cette loi avec notamment la définition et les caractéristiques du droit de propriété, mais aussi les principes de l'empiètement et de l'accession.

La seconde partie sera quant à elle consacrée aux techniques et méthodes légales et conventionnelles possibles pour encadrer des empiètements aériens résultants d'une isolation par l'extérieur sur des fonds privés.

À l'issue de cette étude, il sera proposé en conclusion, une synthèse mettant en exergue la ou les solution(s) la ou les plus viable(s).

Il est cependant essentiel de préciser que cette analyse des différentes solutions juridiques et pratiques professionnelles s'appuie majoritairement sur les lois, décrets, jurisprudences, doctrines, us et coutumes, issus des métiers de Géomètres-Expert et des pratiques notariales.

Du fait de l'insécurité que peuvent représenter ces sources, un soin particulier a été apporté à ne citer que des jurisprudences constantes, en évitant les décisions isolées et originales.

De plus, certaines des solutions proposées peuvent toujours être remises en cause postérieurement, par un revirement de jurisprudence ou une réforme.

Partie A : L'ENCADREMENT DU DEBORD AERIEN

I.1 Le cadre législatif

Dans cette partie, nous développerons les notions importantes de droit qui seront essentielles pour la suite du mémoire. Afin d'alléger cette partie, il sera régulièrement fait mention de documents susceptibles d'apporter des informations complémentaires sur des points précis, en cas de souhait d'approfondissement.

Dans cette partie, j'aborderai les notions suivantes :

- le droit de propriété,
- la définition des limites de propriétés et le rôle du Géomètre-Expert,
- la différence entre l'empiétement et l'accession.

I.1.1 Le droit de propriété

Le droit de propriété est l'une des bases de l'organisation économique des peuples depuis de nombreux siècles qui a su évoluer lui permettant de devenir un droit accordé dans l'intérêt de tous; et lui conférant une fonction sociale. Historiquement le droit de propriété que nous connaissons aujourd'hui, né après la Révolution française dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 en son article 2, le considérant officiellement comme un droit naturel et imprescriptible de l'homme ; mais aussi en son article 17 qui énonce le principe que « *La propriété est un droit inviolable et sacré*²⁶ ». Ainsi, d'après la hiérarchie des normes, le droit de propriété est au sommet du droit français. Le texte lui donne aussi un caractère universel en énonçant que « *nul ne peut en être privé* » sauf « *si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*²⁷ ». De cette énonciation, certaines conditions viennent limiter ce même droit. L'article 17 de la DDHC de 1789 essaie d'insuffler l'idée que ce droit peut être réduit en justifiant de la nécessité de priver le propriétaire de son bien, afin de le concéder à l'utilité de la puissance publique. Une indemnité juste et préalable en échange de l'éviction subit sera attribuée.

Ce droit fondamental est aussi présent à l'échelle du droit européen, au travers de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international*²⁸ ».

Ainsi, le droit de propriété, en droit français, est compris dans les droits patrimoniaux de la personne. Ces derniers sont dotés d'une valeur pécuniaire et appartiennent au patrimoine de l'individu. Du fait de leur valeur d'échange, ces droits sont susceptibles de faire l'objet d'un commerce juridique. On estime que ces droits patrimoniaux sont :

- Cessibles entre eux,
- Transmissibles,
- Saisissables,
- Et prescriptibles (extinctive ou acquisitive).

Les droits patrimoniaux se décomposent en trois parties :

- les droits réels,

²⁶ Article 17 de la DDHC de 1789.

²⁷ Article 17 de la DDHC de 1789.

²⁸ Article 1^{er} du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- les droits personnels
- les droits intellectuels.

Le « droit réel » se définit comme le droit qui porte sur une chose ; à l'inverse, le « droit personnel » ou aussi appelé « droit de créance » est quant à lui le droit d'exiger une prestation d'une personne. Enfin, le « droit intellectuel » est le droit « *conférant à son titulaire un monopole d'exploitation portant sur une œuvre de l'esprit ou sur l'exercice d'une activité professionnelle*²⁹ ». En cela, le « droit réel » est une prérogative s'exerçant sur une chose, au bénéfice du titulaire du droit lui conférant le pouvoir de retirer tout ou partie de cette chose. Le droit de propriété est un droit réel.

Le Code civil définit le droit de propriété en son article 544, comme le droit de « *jouir et de disposer des choses* », avec une volonté de protectionnisme fort, en ajoutant l'affirmation « *de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*³⁰ ». Ces droits peuvent porter aussi bien sur un bien dit « meuble » qu'un bien dit « immeuble ».

Le droit de propriété est un droit absolu, individuel et perpétuel. Il se compose de trois attributs qui sont :

- l'*usus* (le droit d'utiliser le bien),
- le *fructus* (le droit de récolter les fruits issus du bien)
- l'*abusus* (le droit de disposer du bien).

Le droit de propriété peut être démembré, c'est-à-dire que les attributs sont répartis entre deux personnes au minimum. On parlera d'usufruitier et de nu-propiétaire.

On définit l'usufruit comme « *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, mais à la charge d'en conserver la substance*³¹ ». À l'inverse, la nue-propiété correspond au droit de disposer du bien c'est-à-dire de l'*abusus*.

Le Code civil dispose toujours en son article 552 que « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*³² ».

La propriété se divise en 3 espaces qui sont :

- le fonds,
- le tréfonds,
- le surfonds.

Le fonds³³ correspond au sol du terrain, c'est à dire à l'idée d'une parcelle plane exprimée sur un plan horizontal.

Le tréfonds était auparavant défini par les auteurs comme suit : le propriétaire disposait de l'espace compris en dessous du fonds de telle sorte que la projection des limites convergeait au centre de la terre. Cependant cette notion est aujourd'hui dépassée et le tréfonds est maintenant défini par « *l'expression des prérogatives que le propriétaire du sol est en droit d'exercer sur le sous-sol*³⁴ », mais aussi par le fait que la propriété du sol ne s'oppose pas à la notion de *res nullius* (c'est-à-dire les choses sans maître). Le propriétaire pourra ainsi exploiter le sous-sol de la parcelle sous réserve de veiller à respecter les lois et règlements relatifs aux mines et textes de police définis dans le Code civil.

Le surfonds est la notion selon laquelle le propriétaire dispose de l'espace compris au-dessus de son fonds et qui s'étend vers l'espace supérieur de façon infinie. Il est néanmoins essentiel de préciser

²⁹ Source : www.cours-de-droit.net/les-droits-intellectuels.

³⁰ Article 544 du Code civil.

³¹ Article 578 du Code civil.

³² Article 552 du Code civil.

³³ Le Code civil définit un fonds ou fonds de terre comme les terrains urbains ou ruraux par opposition à la notion de bâtiment. Il définit la notion de bâtiment comme un assemblage de matériaux consolidés qui a pour objet de demeurer en surface du sol.

³⁴ Druffin-Bricca S. Droit des biens : Propriété individuelle - Propriété collective - Propriété démembrée. 2017. P.78

que l'air se trouvant au-dessus du fonds est une chose imprescriptible. Cependant cette notion « d'infini » est limitée par le droit de l'urbanisme, mais aussi par des conventions de servitudes ou le droit de survol en contrepartie d'une juste indemnité.

L'article 552 du Code civil veille à préserver l'usage du fonds au profit du propriétaire aussi bien dans l'espace du dessous que du dessus.

Aux vues de ces principes, **les dépassements aériens** tels que les débords de toitures, de gouttière ou de faitage, mais aussi les dépassements souterrains constitués par les dépassements de branches et racines de végétaux sur le fonds d'un tiers, **constituent des empiètements**.

Cependant, **il existe une atteinte au droit de propriété : les servitudes.**

Celle-ci sont à l'origine de nombreux conflits entre fonds appartenant à des propriétaires différents, qui s'interrogent sur la légalité des charges imposées.

L'article 637 du Code civil désigne la servitude comme « *une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire*³⁵ ».

Une servitude est une charge réelle puisqu'elle s'impose sur un fonds au profit d'un autre fonds, dit « héritage ». Cette définition établit la notion d'une charge réelle, grevant un fonds au profit d'un autre fonds, dit fonds dominant (profitant de la charge sur le fonds d'autrui) au profit d'un autre fonds dit fonds servant (acceptant la charge sur son fonds).

Le caractère réel des servitudes s'en voit étayé par l'article 686 du Code civil qui spécifie notamment que les fonds peuvent établir tous types de servitudes dès lors que « *les services établis sont imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public*³⁶ ».

Ainsi la servitude peut être considérée comme un droit réel et accessoire d'un fonds dominant. **L'attache au fonds lui apporte donc un caractère perpétuel qui n'est cependant pas éternel.** Le mot perpétuel ne s'entend seulement que par l'absence de la survenance d'un élément extinctif (ex : non-usage trentenaire³⁷, l'impossibilité d'user de la servitude³⁸ ou la confusion³⁹). Si cet événement ne survient pas, elles continuent d'exister, et ce, en quelques mains qu'elles se trouvent.

Ainsi, en constituant une servitude, le fonds dominant acquiert une partie du démembrement de la propriété du fonds servant.

I.1.2 Les limites de propriété et le rôle du Géomètre-Expert

Pour la majorité des propriétaires fonciers, la définition des limites de propriété passe par la matérialisation physique sur le terrain d'éléments délimitant leur fonds. Ces éléments physiques sont soit façonnés par l'homme avec les murs et clôtures ou bien naturels avec les talus ou haie. Le Code civil avec son article 647 dispose de façon claire que le droit de se clore est un principe facultatif ne relevant pas de l'ordre public. Le propriétaire peut y renoncer au moyen d'un acte authentique qu'il fera publier auprès de la publicité foncière. Cependant, cette clôture devient obligatoire dans certains cas comme celui prévu à l'article 663 du Code civil afin de veiller à la préservation des conflits de voisinage, mais aussi à la protection des personnes et de leur bien au sein des villes. Cette obligation concerne tous les terrains bâtis contigus, mais disparaît en cas de terrain en friche. La matérialisation de la clôture est laissée au libre choix des propriétaires. Cette matérialisation physique de la limite peut se faire au travers d'un mur, grille, clôture, etc pouvant être mitoyen ou privative.

³⁵ Article 637 du Code civil.

³⁶ Article 686 du Code civil.

³⁷ Article 706 du Code civil.

³⁸ Article 703 du Code civil.

³⁹ Article 705 du Code civil.

Cependant, pour reprendre l'expression de Monsieur Carbonnier : « *l'immeuble fait partie d'une communauté de voisinage dont il importe de pouvoir fixer la limite. La délimitation permet avant tout de séparer les fonds voisins, de tracer les contours géographiques de la propriété foncière, de fixer l'étendue matérielle des prérogatives attachées au droit de propriété*⁴⁰ ».

La délimitation agit donc comme un outil de paix sociale et permet que chacun reste chez soi.

Ainsi, la Cour de cassation sanctionnera avec rigueur toute méconnaissance de la limite et défend le principe que, quelles que soient la nature et l'importance de l'empiètement, la défense du droit de propriété contre l'empiètement ne saurait dégénérer en abus et ce même si l'expert constatait un empiètement de 0.5 centimètre⁴¹. La Cour de cassation a statué plusieurs fois de la même façon et a estimé qu'il s'agissait d'**une atteinte au droit de propriété**. Cette atteinte **devait être sanctionnée si le propriétaire lésé le demandait par la démolition ou la suppression dudit empiètement**.

Le géomètre-expert par sa délégation de service public instauré par la loi⁴² du 7 mai 1946 joue donc un rôle essentiel dans la définition des limites de propriétés privées. D'après cette loi, le Géomètre-expert est le seul à pouvoir réaliser le bornage (amiable ou judiciaire) de l'assiette foncière d'un terrain, et est donc amené à se prononcer sur l'existence d'une limite ; sa nature juridique, mais aussi sa méconnaissance.

On peut définir l'action de bornage comme une action consistant à définir juridiquement et à matérialiser sur le terrain les limites des propriétés privées contiguës, pouvant appartenir ou appartenant à un seul ou plusieurs propriétaires⁴³. Pour ce faire le géomètre-expert, réalise une procédure contradictoire entre les différentes parties, écoutant leurs dires, étudiant leurs actes et relevant des éléments caractéristiques sur les terrains dans le but de rédiger un procès-verbal de bornage et de reconnaissance de limites, mais aussi un plan de bornage signé par les différentes parties. Le bornage vaut titre entre voisins et sera opposable aux propriétaires se succédant sur les fonds. L'action de bornage permet de fixer officiellement et de façon définitive, les surfaces réelles des différents fonds ainsi que leurs limites. Cependant, au travers d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2015, on peut observer qu'un procès-verbal de bornage ne constitue pas un acte translatif de propriété⁴⁴. **Cela s'explique par la nature même du bornage qui ne confère pas un droit de propriété nouveau, mais constate une situation juridique préexistante.**

Le géomètre-expert réalisant une action de bornage, a un devoir de conseil et de moyens, mais non de résultat. Si une ou les parties ne sont pas d'accord, le géomètre-expert aura la possibilité d'établir un procès-verbal de carence, donnant la possibilité au fonds lésé d'entamer un bornage judiciaire. En effet, « *tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs* ⁴⁵ ».

Il faut maintenant distinguer dans l'action de bornage deux notions, qui sont le bornage qui consiste à la matérialisation de bornes sur le terrain et la reconnaissance de limites permettant de fixer la limite entre deux fonds bâtis, mais matérialisant là ou lesdites limites par des gravures ou marques de peinture. Dans le cadre de cette étude, nous parlerons donc plus de reconnaissance de limites que de bornage. Toutefois, il est essentiel de préciser qu'une opération de bornage ou de reconnaissance de limites n'établira en aucun cas un titre de propriété et permettra seulement de définir la surface physique de la propriété.

⁴⁰ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 85.

⁴¹ Cass, 3^e civ., 20 mars 2002, pourvoi n°00-16.015, Bull. civ III, n°71.

⁴² Loi n°46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des Géomètres-Experts.

⁴³ Voir la directive pour le bornage et descriptif adopté le 5 mars 2002 par le Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts.

⁴⁴ Cass. 3^e civ., 10 juin 2015, pourvoi n°14-14-311 et pourvoi n°14-20-428, Bull. civ. III n° 6 et n° 56.

⁴⁵ Article 646 du Code civil.

Au cours de son étude dans le cadre d'une action en bornage ou de reconnaissance de limites de fonds contigus, il arrive que le géomètre en vienne à constater un empiétement⁴⁶. Dans ce cas, il devra en informer les parties et les inviter à trouver une solution permettant de régulariser cet empiétement.

⁴⁶ La constatation d'un empiétement ne peut se faire qu'après reconnaissance de la limite réelle entre deux fonds.

I.1.3 Les définitions d’empiètement et d’accession

Dans le cadre de notre étude, il est essentiel de rappeler le principe de l’accession et de l’empiètement.

	L’accession	L’empiètement
Principe	<p>L’accession se définit comme l’action de construire un bien chez un voisin. Régie par l’article 555 du Code civil selon lequel : « <i>lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenant à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l’alinéa 4, soit d’en conserver la propriété, soit d’obliger le tiers à les enlever</i> ⁴⁷ ».</p> <p>Cet article ne s’applique qu’aux nouvelles constructions sur le fonds d’un tiers qui correspondent à la création d’un ouvrage nouveau (ex : maison neuve) distinct des travaux, installations et aménagements affectant l’utilisation des sols (ex : terrassement). L’article 555, permet donc au propriétaire du fonds d’acquérir la construction si celle-ci est réalisée sur son fonds et en totalité.</p>	<p>L’empiètement se définit comme l’action d’un dépassement qu’un propriétaire sur le fonds d’un voisin a son détriment. La protection contre l’empiètement repose sur les articles 545⁴⁸, 552⁴⁹ et 554⁵⁰ du Code civil. Cet empiètement résulte le plus souvent d’une imprécision des titres ou de l’absence d’un bornage et/ou d’une reconnaissance de limites. Pour constater un empiètement, le juge désignera un expert judiciaire et se basera sur les constatations de celui-ci pour caractériser cette atteinte au droit de propriété. Celui-ci peut être de quelques mètres⁵¹, centimètres⁵², ou millimètres⁵³.</p>

⁴⁷ Article 555 du Code civil.

⁴⁸ Article 545 du Code civil énonce que : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

⁴⁹ Article 552 du Code civil dispose que : « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre " Des servitudes ou services fonciers ". Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police* ».

⁵⁰ Article 554 du Code civil concerne le droit absolu de propriété défini et expliqué précédemment.

⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 1962, Bull. civ. I, n°359.

⁵² Bourges, 22 mars 2007, Lamamy, JurisData 341503.

⁵³ Cass, 3^e civ., 20 mars 2002, pourvoi n°00-16.015, Bull. civ III, n°71.

	L'accession	L'empiètement
Schéma explicatif	<p data-bbox="510 887 1227 943">Figure 4 : Schéma de principe de l'accession d'après l'article 555 du Code civil.</p>	<p data-bbox="1451 703 1928 730">Figure 5 : Schéma de principe d'un empiètement.</p> <p data-bbox="1491 1310 1906 1337">Figure 6 : Vue en coupe d'un empiètement.</p>

	L'accession	L'empiètement
Les solutions définies par la loi	<p>Il existe deux cas :</p> <p><u>1^{er} cas</u> : Le constructeur de bonne foi pensait que le fonds appartenait au maître de l'ouvrage. Aux termes de l'alinéa 4⁵⁴ de l'article 555 du Code civil, si le constructeur est de bonne foi, le propriétaire du fonds subissant l'accession sera obligé de conserver les constructions, et ce contre sa volonté. Il devra aussi payer les frais afférents à ladite construction.</p> <p><u>2^e cas</u> : Le constructeur est de mauvaise foi. Le principe de mauvaise foi se définit par le fait que le constructeur savait que le terrain sur lequel il réalisait l'ouvrage appartenait à autrui et non au maître de l'ouvrage. Il existe deux hypothèses :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le propriétaire souhaite la démolition des constructions réalisées sur son fonds. Le juge ne pourra pas lui refuser⁵⁵ sinon cela serait une atteinte caractérisée au droit de propriété. • Le propriétaire du sol peut conserver les constructions, mais il devra soit rembourser les frais de constructions, mais moyennant un abattement pour vétusté ou bien il 	<p>Le propriétaire d'un fonds empiété aura la possibilité de demander la suppression de l'empiètement constaté par l'expert de justice et de demander des dommages et intérêts. Toutefois, l'empiètement ainsi constaté n'implique pas forcément la démolition intégrale de l'appendice litigieux. Lorsque les juges du fonds l'estiment possible, ils peuvent ordonner le simple rétablissement de la construction dans ses limites qui se traduit par une démolition partielle de l'appendice⁵⁶. Mais si la démolition de l'immeuble est indispensable pour remédier à l'empiètement alors cette mesure devra être ordonnée⁵⁷. Aucune distinction entre la bonne foi ou la mauvaise foi ne sera faite ici pour sanctionner l'empiètement.</p> <p>La demande en démolition ne sera jamais considérée comme un abus du droit de propriété⁵⁸ aussi minime⁵⁹ soit-il (empiètement de 0,5 centimètre dans ce cas). Dans le cadre de notre étude, il s'agira généralement de la démolition ou suppression de l'isolation extérieure du bâtiment. Celle-ci ne faisant pas partie intégrante du gros œuvre et pouvant être retirée sans causer de dommage au bâtiment (sans mettre en cause sa pérennité).</p> <p>Le propriétaire du fonds empiété aura aussi la possibilité de résoudre le litige d'autres façons qui seront développées dans la suite de ce mémoire, concernant spécifiquement le cas de l'empiètement aérien.</p>

⁵⁴ D'après l'alinéa 4 de l'article 555 du Code civil : « Si les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits, le propriétaire ne pourra exiger la suppression desdits ouvrages, constructions et plantations, mais il aura le choix de rembourser au tiers l'une ou l'autre des sommes visées à l'alinéa précédent ».

⁵⁵ Cass, 1^{ère} civ., 13 janv. 1965, pourvoi n°62-10.951, Bull. civ. I, n°34.

⁵⁶ Cass, 3^e civ., 26 novembre 1975, pourvoi n° 74-12.036, Bull. civ III, n°350.

⁵⁷ Cass, 3^e civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.526, Bull. civ III, n°248.

⁵⁸ Cass, 3^e civ., 7 juin 1990, pourvoi n°88-16.277, Bull. civ III, n°140-Versailles, 11 févr. 2004, D.2004.2819.

⁵⁹ Cass, 3^e civ., 20 mars 2002, pourvoi n°00-16.015, Bull. civ III, n°71.

	L'accession	L'empiètement
	<p>paiera au constructeur une somme égale à la plus-value de son fonds.</p> <p>Néanmoins, le constructeur qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, pourra prétendre à une indemnité si le propriétaire du sol décide de conserver les constructions.</p> <p>Le tiers lésé pourra lui aussi demander une indemnité quant au dommage subi.</p>	
Note	<p>Attention, la jurisprudence n'appliquera pas l'article 555 pour faire reconnaître la propriété d'un débord de toiture ou d'un balcon. Il faut que la construction soit réalisée totalement sur le fonds d'autrui, sinon on parlera d'empiètement et l'article 545 sera appliqué.</p> <p>Pour ce qui concerne la régulation de l'empiètement par la demande d'acquisition de la mitoyenneté, la règle est très clairement fixée par la jurisprudence. La constitution d'un empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté⁶⁰.</p> <p>Enfin, en cas de cession de partie de propriété située dans l'espace ou dans le sous-sol, il n'y aura aucune conséquence sur la règle de l'accession prévue à l'article 552 du Code civil, car celle-ci ne vaut que pour la propriété du sol.</p> <p>Il est intéressant de noter que le projet de loi portant sur la réforme du livre II du Code civil, relatif au droit civil des biens portés par l'association Henri Capitant et présenté publiquement le 12 novembre 2008, proposait la création d'un article disposant :</p> <p><i>« Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 30 cm, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux. Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé ».</i></p> <p>Un empiètement non intentionnel est entendu par une erreur manifeste d'implantation de la construction reposant sur le principe de la bonne foi. Ceci peut être notamment dû à une absence de bornage. Le texte proposé ne visait aucun empiètement particulier ce qui peut laisser entendre qu'il visait tout type d'empiètements.</p> <p>Cet article qui proposait une solution rationnelle a toutefois fait l'objet de diverses objections quant à la solution arbitraire proposée.</p>	

⁶⁰ Cass. 3e civ., 19 septembre 2007, pourvoi n°06-16384, Bull. civ. III, n°147.

I.2 Le cadre instauré pour l'isolation par l'extérieur

I.2.1 Contexte et évolutions légales de conformité

Conformément aux énoncés ci-dessus, le syndicat des copropriétaires est dans l'obligation de se conformer aux lois et décrets relatifs à la loi transition énergétique sauf s'ils justifient des impossibilités comme énoncées précédemment.

Depuis la loi Grenelle II⁶¹ de 2010, tous les travaux d'économie d'énergie effectués au sein des copropriétés sont votés à la majorité absolue conformément à l'article 25. Ces travaux collectifs ne peuvent pas être remis en cause par les copropriétaires si la décision a été prise de façon régulière en assemblée générale.

La volonté de se conformer à la loi peut donner lieu à certains conflits. En effets, deux cas peuvent apparaître dans le cadre de notre étude.

Le premier cas correspond aux faits suivants :

- les copropriétaires isolent par l'extérieur sans avoir pris connaissance des limites de leurs fonds, et pensent ainsi qu'ils sont chez eux. Cette isolation par l'extérieur peut donc mener à un débord sur le fonds d'un tiers dans le cadre d'une isolation d'un mur pignon formant limite. Dans cette hypothèse, le propriétaire du fonds voisin pourra demander la destruction de l'ouvrage au juge si un accord n'est pas trouvé.

Le deuxième cas lui correspond aux faits suivants :

- les tiers avant d'isoler, et sur les conseils d'un sachant, maître d'œuvre, syndic de copropriétaire, notaire ou géomètre-expert réalise une étude des limites avec le propriétaire du fonds voisin. Cette étude permettra de mettre en évidence les limites des fonds et de prévoir une régularisation pour éviter le débord sur le fonds voisin qui risquerait d'entraîner par la suite la démolition de l'ouvrage.

Dans les faits, voici le parcours à recommander, si les copropriétaires souhaitent entreprendre la réalisation de travaux d'isolation par l'extérieur.

Dans un premier temps, les copropriétaires du fonds souhaitant réaliser l'ITE, sur conseils du maître d'ouvrage, saisiront un Géomètre-Expert pour une étude de limites de propriété. Dès lors, le géomètre établira une étude à partir des relevés terrain, actes notariés (titres de propriété), bornages ou délimitations antérieures et pourra constater le futur débord sur le fonds voisin.

En parallèle de cette action, il faudra :

- prendre contact avec le syndic des copropriétaires pour convoquer une assemblée générale.
- négocier avec le syndicat du fonds empiété et ce avant le dépôt de l'autorisation d'urbanisme (permis de construire ou déclaration préalable) de la régularisation prévue. Il est à noter que toute modification d'une façade de bâtiment existant nécessite une déclaration préalable⁶² ou un permis de construire. Un permis de construire pourra être requis dans les zones urbanisées disposant d'un PLU ou PLUi dont les façades sont classées ou inscrites⁶³ ou pour

⁶¹ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

⁶² Article R421-17 du Code de l'urbanisme.

⁶³ Article R421-16 du Code de l'urbanisme.

des travaux supérieurs à 40 m² d'emprise au sol ou de surface de plancher⁶⁴. Dans les cas contraires, il sera demandé une déclaration préalable.

La demande d'autorisation d'urbanisme sera faite sur les deux fonds et nécessitera avant tout dépôt de dossier, une attestation d'autorisation du syndicat empiété afin de compléter la demande de déclaration préalable ou permis de construire.

Cependant cette attestation d'autorisation peut être difficile à obtenir⁶⁵, car elle nécessite un vote en assemblée générale (double majorité correspondant à l'article 26 de la loi de 1965). Il faudra veiller au préalable à prévenir le syndicat avant l'assemblée générale afin que celui-ci puisse être conseillé et ne refuse pas l'autorisation en cas de doute sur le projet.

Suite à l'obtention de l'attestation d'autorisation, il s'en suivra une cession gratuite ou la vente du fonds, objet de l'empiètement dépendant de la régularisation choisie entre les parties. Il fera lui aussi l'objet d'un vote à la double-majorité de l'article 26. Il est conseillé de réaliser ces deux votes durant la même assemblée générale.

La négociation avec le syndicat pour l'obtention de la gratuité de la régularisation pourra être justifiée par les termes suivants :

- Un intérêt public à la pose d'une Isolation Thermique par l'Extérieur (ITE) dans le cadre du plan Climat Air Énergie de la commune comme celui adopté par la ville de PARIS à l'issue de la COP 21⁶⁶.
- La mission d'intérêt général poursuivie par le demandeur (ex : un bailleur social).
- Le caractère personnel de l'autorisation qui pourra s'éteindre par l'expiration du bail ou par certaines clauses présentes dans la convention.
- Un engagement de retrait total ou partiel de l'ITE avant l'issue de la convention sur une simple demande du voisin dans le cadre d'un projet de surélévation de son immeuble accompagnée d'une demande de permis de construire ou de déclaration préalable.

Enfin, il sera nécessaire de demander une autorisation de tour d'échelle au syndicat concédant l'empiètement pour permettre la pose de l'isolation par l'extérieur avec un échafaudage.

Avant tout commencement des travaux, il sera essentiel de faire constater par constat d'huissier la situation des lieux.

Pour terminer, il faudra trouver un notaire pouvant rédiger soit :

- la convention à titre gratuit ou payante,
- le bail à titre onéreux,
- l'acte de vente.

Les solutions ainsi énoncées seront développées à l'issue de cette partie.

On comprend donc la position dominante du fonds empiété qui sera tenté de négocier à un prix forfaitaire élevé. Il pourra tenter de bloquer la demande d'isolation des tiers ou encore de demander la démolition de l'ouvrage si celui-ci empiète sur son fonds.

⁶⁴ Article R421-14 du Code de l'urbanisme.

⁶⁵ L'ARC le rappelait dans une note du 26/12/2017 portant sur un retour d'expérience visant un empiètement sur la parcelle voisine.

⁶⁶ Ce plan vise notamment à une réduction de 50% des consommations énergétiques sur le territoire par rapport à 2004, ou encore à réduire de 80% l'empreinte carbone de PARIS.

I.2.2 La réalisation et les règles d'une isolation par l'extérieur

La mauvaise isolation des murs d'une habitation peut mener à une déperdition thermique de 25 %⁶⁷. Les murs sont les premiers éléments à traiter avec le toit lors d'une rénovation énergétique⁶⁸. Lors de cette rénovation énergétique des murs, la solution la plus préconisée est la solution de l'isolation par l'extérieur, car celle-ci occasionne une faible gêne et veille à préserver l'intégralité de la surface habitable. Une isolation par l'intérieur peut faire perdre jusqu'à 6% de surface habitable⁶⁹. Cette solution n'est donc pas viable économiquement, car la valeur marchande du bien isolé par l'intérieur s'en trouve fortement affecté.

Le coût d'une isolation par l'extérieur est supérieur au coût d'une isolation par l'intérieur. Cependant, l'isolation extérieure est plus avantageuse du fait que l'isolation par l'intérieur est moins efficace sur les ponts thermiques.

Un pont thermique est une partie de l'enveloppe du bâtiment, où la résistance thermique est réduite due à une absence ou une dégradation locale de l'isolation. Elle donne lieu à d'importantes fuites de chaleur vers l'extérieur qui « *représentent en moyenne 10 % des déperditions d'un immeuble collectif non isolé et peuvent monter à 25% pour un immeuble isolé par l'intérieur⁷⁰* ».

Une isolation thermique par l'extérieur (ITE) consiste à créer une enveloppe isolante autour de l'habitation, dans le but de garantir la continuité de l'enveloppe, mais aussi de limiter les ponts thermiques. La réalisation d'une ITE passe par la pose d'un isolant sur l'ensemble des murs extérieurs, que l'on recouvre d'un enduit, d'un bardage ou de vêtements. Ces méthodes permettent de limiter le gros œuvre, la pluie, la condensation dans l'habitation et veille à faire disparaître les ponts thermiques en respectant la norme RT 2012.

De plus, conformément au décret du 30 mai 2016, le ravalement de façade permet de réaliser l'isolation par l'extérieur.

Les matériaux et méthodes pour réaliser l'isolation extérieure seront choisis en fonction des performances thermiques attendues et du coût. Dans les faits, l'épaisseur de l'isolation permet une meilleure résistance thermique. En moyenne, une isolation thermique extérieure varie entre 12 et 30 cm d'épaisseur⁷¹.

I.2.3 L'action du législateur

Pour remédier aux futures difficultés d'application de la loi de la transition énergétique et plus particulièrement ceux concernant l'isolation par l'extérieur des bâtiments, le Sénat durant le parcours législatif de la loi, avait par un amendement, proposé un article additionnel à insérer au chapitre II du titre IV du livre II du Code civil et complété par une section 6. Cet article proposait en ces termes :

« Du droit de surplomb pour isolation thermique par l'extérieur.

⁶⁷ Source : Notice « Les chiffres clés du bâtiment Énergie – Environnement. Edition 2013 » par l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME).

⁶⁸ Source : Notice « Les chiffres clés du bâtiment Énergie – Environnement. Edition 2013 » par l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME).

⁶⁹ Source : Notice « Isolation thermique par l'extérieur : 40 Questions- 40 Réponses » de Caroline IMBERT et Djilali MADIOUNI, sous la responsabilité de Jean-Michel VINCENT. 2011. Disponible sur: http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/isolation-thermique-par-l-exterieur-40-questions-a1488.html?id_rubrique=70.

⁷⁰ Source : Notice « Isolation thermique par l'extérieur : 40 Questions- 40 Réponses » de Caroline IMBERT et Djilali MADIOUNI, sous la responsabilité de Jean-Michel VINCENT. 2011. Disponible sur: http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/isolation-thermique-par-l-exterieur-40-questions-a1488.html?id_rubrique=70.

⁷¹ L'isolation commence généralement à 15 centimètres minimum du sol afin de limiter les risques de dégradations résultant des ruissellements d'eau.

Art.... – Le propriétaire d'un mur, mitoyen ou non, qui procède à l'isolation thermique de son bâtiment par l'extérieur, en vertu d'une autorisation administrative de construire régulière, bénéficie d'un droit de surplomb de la propriété voisine.

L'ouvrage d'isolation par l'extérieur ne peut être établi qu'à 50 centimètres au moins au-dessus du pied du mur ou du sol, et sur une épaisseur de 50 centimètres au plus.

Le propriétaire du fonds servant conserve le droit de construire en limite séparative ou en usant de ses droits mitoyens, tout bâtiment chauffé relevant de la réglementation thermique en vigueur, le démontage de l'ouvrage d'isolation rendu nécessaire étant aux frais du propriétaire du fonds dominant.

Cette servitude s'éteint par la destruction du bâtiment isolé.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice de la servitude susmentionnée sont soumises à une médiation préalable, à peine d'irrecevabilité d'une demande contentieuse, le médiateur étant désigné à défaut d'accords des parties par le président du tribunal de grande instance, statuant en référé⁷²»

Néanmoins, même si l'idée était bonne, l'amendement en question a été retiré du texte après avoir reçu deux avis défavorables durant la navette législative.

En effet à la lecture de l'article, on observe une atteinte significative au droit de propriété naissant du « *droit de surplomb de la propriété voisine* » qui comme rappelé précédent, ne peut aller à l'encontre de la définition de la servitude et de l'article 552 du Code civil.

Le législateur a donc connaissance des problèmes résultants d'une isolation par l'extérieur et préconise néanmoins de résoudre les difficultés des propriétaires par la création d'accord.

Ces accords sont du type, soit :

- contrat de vente
- réalisation d'une convention de servitude de droit privé sur la bande de terrain concerné⁷³.

Ces solutions ne sont donc pas forcément les plus adaptées techniquement et juridiquement et seront développées par la suite de ce mémoire pour mettre en exergue leurs points faibles et leurs points forts. Cependant, on notera la volonté du législateur d'aider les propriétaires à isoler par l'extérieur leur bien avec les différentes aides financières, créées à cet effet, mais aussi par la définition de la surface de plancher définie par l'article R.112-2 du Code de l'urbanisme, définissant son calcul au nu intérieur des murs et ne modifiant en rien la densité de construction de la parcelle⁷⁴.

⁷² Amendement présenté par Mme JOUANNO et MM. GUERRIAU, TANDONNET, DÉTRAIGNE et MARSEILLE en séance de projet de loi sur la transition énergétique le 10 février 2015, n°643 rectifié en première lecture.

⁷³ Question du député M. Jacques CREST au Ministère de l'Écologie, Développement durable et Énergie, n°63300, question publiée au JO le 26/08/2014 page : 7096 et réponse publiée au JO le 13/12/2016 page : 10301.

⁷⁴ Question du député M. Razzy HAMMADI au Ministère de l'Écologie, Développement durable et Énergie, n°4700, question publiée au JO le 18/09/2012 page : 5076 et réponse le publiée au JO le 23/04/2013 page : 4504.

PARTIE B : LES SOLUTIONS DE RÉGULARISATION DU DÉBORD AÉRIEN

L’empiétement et plus particulièrement l’empiétement aérien est toujours régularisable de manière amiable. Ces solutions naissent dans le démembrement de la propriété.

Hormis les servitudes, le Code civil prévoit plusieurs possibilités de démembrement du droit de propriété avec :

- l’usufruit (article 578 et suivant du Code civil),
- le droit d’usage (article 625 et suivant du Code civil),
- le droit d’habitation (article 625 et suivant du Code civil).

Il existe aussi en dehors du Code civil d’autres notions voisines qui sont:

- l’emphytéose,
- le bail à construction,
- le bail à réhabilitation,
- le bail réel immobilier,
- le droit de superficie.

Toutes ces notions ont la particularité de « découper » le droit de propriété afin de l’adapter à diverses situations.

Il faut distinguer le démembrement de l’indivision. **L’indivision est une situation juridique dans laquelle plusieurs personnes exercent des droits de même nature sur un ou plusieurs biens.** Ainsi, la possession des co-indivisaires s’entend comme la possession en fonction d’une quote-part et non d’une fraction de bien.

Néanmoins, il ne faut pas oublier le principe énoncé à l’article 815 du Code civil qui dispose que « *nul ne peut être contraint à demeurer dans l’indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu’il n’y ait été sursis par jugement ou convention*⁷⁵ ».

Ainsi seront développées dans cette seconde partie, les solutions permettant de régulariser un débord aérien issu d’une isolation extérieure et entraînant un empiétement sur le fonds voisin. Ces régularisations pourront passer par la création de contrat ou de convention⁷⁶.

I.1 Les outils légaux

I.1.1 La prescription acquisitive

En cas de conflit avec le syndic subissant l’empiétement, il est fortement probable que celui-ci refuse de céder la partie de propriété empiétée de manière gratuite ou en exige un prix disproportionné.

⁷⁵ Article 815 du Code civil.

⁷⁶ Le droit des contrats et des obligations a été réformé le 10 février 2016 et met fin à la distinction entre une convention et un contrat. Le contrat est dorénavant défini comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». La formation des contrats est régie par l’article 1101 et s. du Code civil et l’article 1108 énonce les conditions essentielles permettant la validité des contrats.

Il sera dès lors possible pour le syndicat réalisant l'empiétement d'invoquer la prescription acquisitive⁷⁷ ou usucapion sous certaines conditions⁷⁸.

Il existe deux types de prescriptions :

- La prescription extinctive définie à l'article 2219 du Code civil qui s'entend par « *un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps* ».
- La prescription acquisitive conduit à « *l'acquisition d'un droit réel principal au profit d'un possesseur, du fait d'une possession prolongée*⁷⁹ ».

La prescription acquisitive permet de devenir titulaire d'un droit de propriété, mais aussi de droits réels principaux. Ces droits pouvant porter sur des choses immobilières telles que :

- l'usufruit,
- le droit d'usage,
- le droit d'habitation,
- la mitoyenneté,
- les servitudes,
- l'emphytéose.

Pour ce qui concerne les biens meubles, ces derniers bénéficient d'une prescription spécifique à l'article 2276 du Code civil selon lequel « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ».

Si par définition, la propriété ne peut se perdre par le non-usage ou l'action en démolition, l'action en revendication n'est pas susceptible de prescription extinctive. **Cependant, lorsqu'un empiétement donne lieu à une possession utile, dotée des qualités et de la durée requise, il est possible que celui-ci fasse l'objet d'une prescription acquisitive.** En effet, c'est le moyen le plus sûr pour échapper à la démolition du bien⁸⁰ dans le cadre d'un empiétement.

Pour cela, il faudra que les qualités de l'usucapion soient respectées, mais aussi que les deux conditions qui sont que la possession soit relative et concorde avec une certaine durée. **Les règles de l'usucapion s'appliquent pour toutes les choses immobilières susceptibles d'appropriation privée.**

Cette action permet d'acquérir un droit réel sur le bien empiété, mais en respectant certaines conditions. Ces conditions sont énoncées dans le schéma ci-dessous.

⁷⁷ Article 2261 du Code civil : « *Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire* ».

⁷⁸ Article 2272 du Code civil : « *Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans* ».

⁷⁹ Étude propriété foncière – Modes d'acquisition de la propriété. – Prescription acquisitive – J. –CI Constr. Urb., Fasc. 252-30.

⁸⁰ Cass, 3^e civ., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 08-11079, Bull. civ. III, n°77.

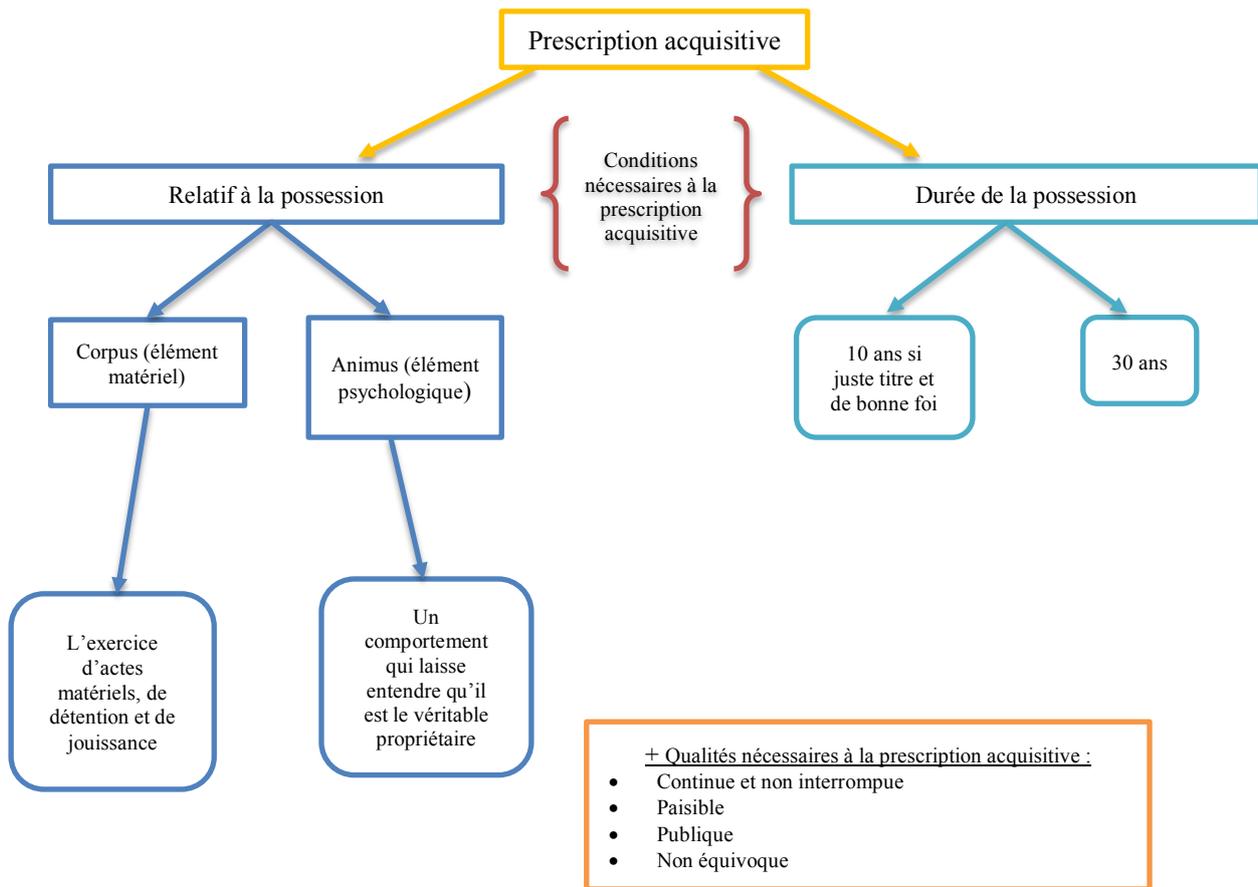


Figure 7 : Schéma synthétique de la prescription acquisitive ou de l'usucapion.

Cependant, les conditions pour prescrire sont complexes et difficiles à réunir. En effet, toute la difficulté réside dans le fait qu'il faut que la possession soit continue, paisible, publique et non équivoque. De plus, il faudra veiller à ne pas créer d'acte de nature à remettre en cause l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire, ce qui pourrait porter atteinte à la demande de prescription acquisitive. **Le simple détenteur d'un droit précaire, c'est à dire qui bénéficie d'une tolérance du véritable propriétaire ne pourra pas se prévaloir de la prescription acquisitive.**

Le délai pour une prescription acquisitive touchant une propriété immobilière est fixé à 30 ans⁸¹, mais peut sous principe de bonne foi et à juste titre être raccourci à 10 ans. La Cour de cassation définit le principe de bonne foi comme étant le fait au moment de l'acquisition du bien de croire tenir la chose du véritable propriétaire⁸². Il sera aussi possible d'invoquer les jonctions de possessions⁸³ résultants des différentes possessions successives des précédents propriétaires⁸⁴ et ceux dans le but d'atteindre le temps nécessaire à la prescription.

Dans les faits, pour prouver l'usucapion, il faudra demander à un notaire d'établir une attestation de prescription acquisitive sous conditions de preuves suffisantes. Cette attestation pourra être opposable aux tiers 6 mois après sa publication au service de la publicité foncière. Néanmoins, cette attestation est très rarement faite par les notaires, qui craignent pour leur mise en cause en cas de litige. De plus, pour que le possesseur soit propriétaire de plein droit, il devra faire constater l'usucapion par le juge. L'acte

⁸¹ Article 2272 du Code civil.

⁸² Cass. 3^e civ., 18 janvier 1972, pourvoi n°70-11350, Bull. civ. III, n°39.

⁸³ Article 2265 du Code civil.

⁸⁴ Article 2256 du Code civil.

de notoriété acquisitive ne permettant pas d'établir la prescription acquisitive à lui seul⁸⁵. Ainsi tout est « *une affaire de preuve pour celui qui entend se prévaloir de l'usucapion et de l'appréciation souveraine des juges du fond* »⁸⁶.

Dans notre étude, si l'isolation extérieure crée un débord sur le fonds voisin, l'espace empiété et seulement celui-ci deviendra la propriété du syndicat empiétant. Cependant, il faudrait que l'isolation extérieure ait été réalisée depuis au moins 30 ans. Cela n'emportera aucune conséquence sur la propriété du dessous et du dessus⁸⁷.

Pour terminer, on notera que la prescription acquisitive a un effet rétroactif une fois qu'elle est reconnue par le juge. Le possesseur, devenu ainsi propriétaire du bien, sera réputé l'être depuis l'origine.

Nous allons maintenant étudier la servitude de surplomb, née des usages de la prescription acquisitive.

I.1.2 Les servitudes de surplombs

La servitude est depuis toujours l'objet de nombreux conflits comme l'observait Monsieur DEMOLOMBE au XIX^e siècle. Toutefois, elle contribue, par sa fonction, à la bonne organisation des rapports de voisinage.

Avec l'arrivée de l'électricité dans les foyers au XX^e siècle, la jurisprudence a découvert la servitude de surplomb qui portait essentiellement sur la servitude légale de passage des lignes et câbles électriques⁸⁸. Les contentieux concernaient alors essentiellement la rémunération face aux préjudices subis par cette servitude d'utilité publique.

Pour rappel, une servitude est une charge imposée sur un fonds au profit d'un autre fonds pour l'usage et l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire⁸⁹. Celle-ci doit être affectée à un fonds sans être contraire à l'ordre public. De ce fait si tous les éléments sont respectés alors, rien ne devrait limiter le type de servitude établie. Une servitude est un démembrement du droit de propriété. Le fonds servant se trouve associé à une charge réelle au profit d'un fonds dominant.

Selon toute réserve, les revirements de jurisprudence récents permettent la constitution d'une servitude de surplomb. L'envisagement de cette solution amènera à la régularisation d'un empiètement aérien.

Cependant, la Cour de cassation n'a pas toujours admis favorablement la création d'une servitude de surplomb permettant de régulariser un débord aérien visant à empêcher la démolition de l'empiètement constaté sur le fonds d'un tiers.

Les raisons qui justifient la position de la Cour de cassation s'expliquent par l'utilisation même de la servitude et l'effet qu'elle aurait sur le fonds servant si elle venait à être constituée.

Son utilisation dans le cadre d'un empiètement aérien, conduirait à léser le fonds empiété au profit du fonds empiétant. Cette technique, si elle est employée, peut laisser penser qu'il s'agit là, d'une expropriation privée visant les attributs du droit de propriété.

⁸⁵ Cass, 3^e civ., 14 janvier 2015, pourvoi n°13-22256, Bull. civ. III, n°4.

⁸⁶ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 66.

⁸⁷ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 67.

⁸⁸ Article L323-10 du Code de l'énergie.

⁸⁹ Article 637 du Code civil.

En effet, la constitution de la servitude sur le fonds d'un tiers pour régulariser un empiètement aérien, constituera une privatisation de la totalité de la partie du fonds ainsi « occupé » par le fonds empiétant, et ce de manière perpétuelle.

Cet état de fait se traduit par une occupation de l'espace appartenant au propriétaire du fonds empiété. **Il ne sera plus en mesure de jouir et de disposer du volume occupé par l'empiètement aérien.** Ainsi, le fonds servant sait qu'il ne retrouvera jamais sauf démolition ou non-usage trentenaire sa propriété pleine et entière. La propriété grevée pourrait donc se retrouver dépossédée et le constructeur se trouver investi d'un droit de jouissance exclusif. Cette charge imposée au fonds servant ne peut en aucun cas diminuer l'exercice du droit de propriété comme le rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2001. Cet arrêt énonce le principe selon lequel « une servitude ne peut être constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété⁹⁰ ».

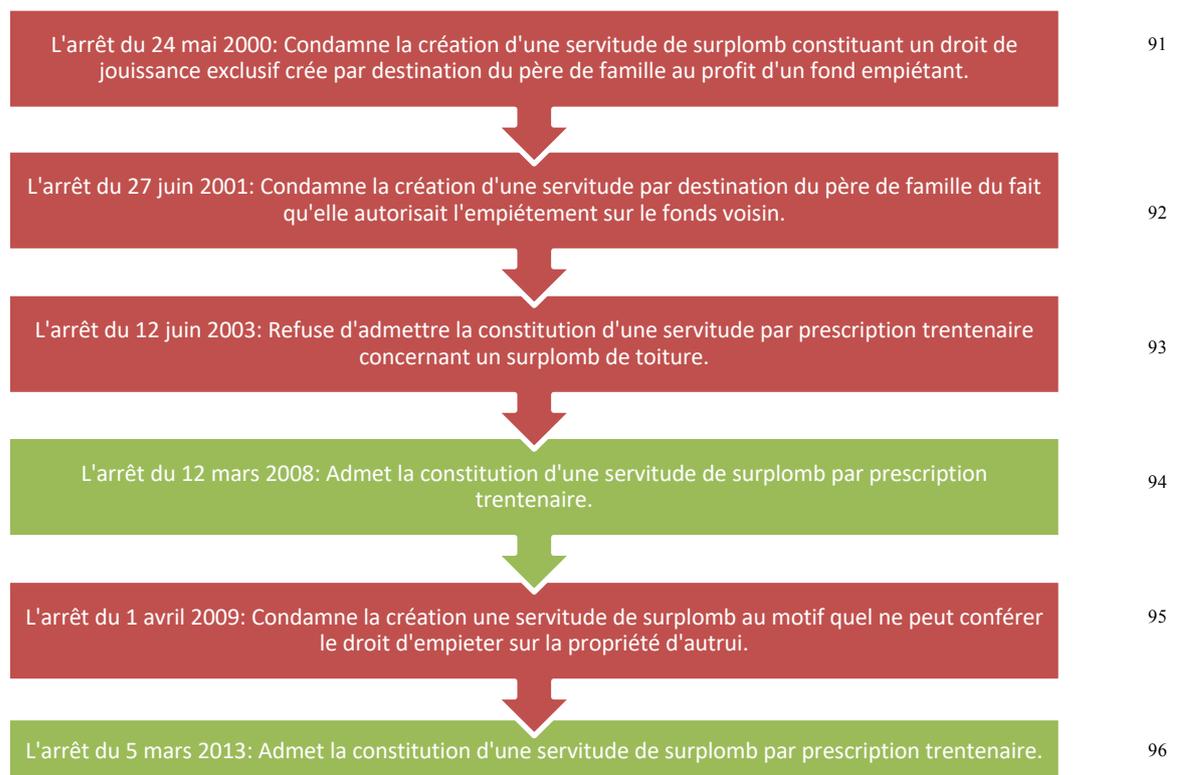


Figure 8 : Schéma de principe de l'évolution de la jurisprudence concernant la création des servitudes de surplombs régularisant des empiètements aériens.

En permettant la constitution de servitude de surplomb en 2008⁹⁷ et en 2013⁹⁸, la Cour de cassation s'est dispensée de la rigueur dont elle faisait preuve depuis de nombreuses années. Ainsi naît en 2008 une nouvelle servitude de voisinage : la servitude de surplomb.

⁹⁰ Source : LAPORTE LECONTE S. Note d'analyse : Servitude de surplomb conventionnelle. ICH; 2013.

⁹¹ Cass, 3^e civ, 24 mai 2000, pourvoi n° 97-22255, Bull. civ. III, n°113.

⁹² Cass, 3^e civ, 27 juin 2001, pourvoi n° 98-15216, Bull. civ. III, n°87.

⁹³ Cass, 3^e civ, 12 juin 2003, pourvoi n° 01-14371.

⁹⁴ Cass, 3^e civ, 12 mars 2008, pourvoi n° 07-10164, Bull. civ. III, n°47.

⁹⁵ Cass, 3^e civ, 1er avril 2009, pourvoi n° 08-11079, Bull. civ. III, n°77

⁹⁶ Cass, 3^e civ, 5 mars 2013, pourvoi n° 12-12377.

⁹⁷ Cass, 3^e civ, 12 mars 2008, pourvoi n° 07-10164, Bull. civ. III, n°47.

⁹⁸ Cass, 3^e civ, 5 mars 2013, pourvoi n° 12-12377.

L'origine de cette jurisprudence provient d'un conflit entre deux fonds voisins. Dans les faits, les époux Sentex, étaient propriétaires d'une demeure construite au début du XX^e siècle et s'opposaient à leur voisin, une société d'HLM.

La société d'HLM envisageait de construire en limite de propriété un bâtiment. Cependant, la demeure des Sentex comportait une corniche surplombant le fonds appartement à la société d'HLM. Ainsi pour permettre la création du bâtiment, la société d'HLM souhaitait araser la corniche surplombant son fonds. Or les époux Sentex s'opposent à cet arasement au motif d'avoir acquis par prescription une servitude de surplomb. Les juges du fonds accueillent leur demande. La société d'HLM en opposition à la décision de justice forme un pourvoi en Cassation.

En 2008 la Cour de cassation confirme la position des juges du fonds et admet la constitution d'une servitude de surplomb par prescription trentenaire, considérant que « *la corniche avait été édifée il y a plus de trente ans avec l'immeuble le quel de type "chartreuse", ancien et de caractère, formait un tout sur le plan architectural dans lequel elle s'intégrait pour être surmontée d'une balustrade en pierre dans laquelle était intégré un fronton* » et qui présentait en l'espèce un avantage pour l'usage et l'utilité du fonds supportant ledit immeuble.

Les époux Sentex bénéficiaient donc d'une « servitude de surplomb acquise par prescription » sur le fonds de la société d'HLM.

L'arrêt de 2008 vient contredire les différentes jurisprudences énoncées ci-dessus entre 2000 et 2003. Le fondement de ce jugement se basait à l'époque sur un argument plus esthétique que juridique. Pour certains auteurs, « *la préservation de l'intégrité de cet immeuble de caractère a justifié la reconnaissance de cette servitude de surplomb*⁹⁹ ».

Cependant, la victime de l'empiètement aérien si minime soit-il, se voit « expropriée » d'une partie de son bien, sans contrepartie. Or comme vu précédemment, nul ne peut être privé de sa propriété sauf pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Le fonds empiétant se trouve, quant à lui, investi d'un nouveau droit de jouissance exclusif. En effet, le bénéficiaire de la servitude se trouve investi, sur l'espace occupé par l'appendice surplombant, de l'*usus*, du *fructus*, et de l'*abusus*.

La thèse selon laquelle les époux Sentex avaient usucapé un droit de propriété sur l'emprise de la corniche, mais aussi sur le sol qui se trouve en dessous n'est pas de rigueur. En effet, le droit de propriété ne peut porter que sur un « volume d'air » comme c'est le cas lors d'une division en volumes ou pour le droit de superficie. La Cour de cassation en accordant une servitude de surplomb aux époux Sentex en 2008, a limité l'étendue matérielle du droit octroyé à l'espace de la corniche.

La Cour de cassation ayant refusé une servitude de surplomb, établie de manière conventionnelle en 2009, acte, en 2013, la création d'une servitude de surplomb par prescription trentenaire. Elle constatait : « *que la toiture, édifée il y a plus de trente ans avec l'immeuble, dépassait de toutes parts sur le fonds voisin et en retenant souverainement que, la servitude étant continue, son propriétaire pouvait se prévaloir d'une possession utile pour l'acquisition d'une servitude de surplomb sur le fonds voisin, la cour d'appel, qui a relevé que le débord actuel n'étant pas plus important que l'ancien débord sur la même façade Est, aucune preuve d'une aggravation de la servitude de surplomb acquise par prescription n'était rapportée, a exactement déduit de ces seuls motifs qu'il n'y avait pas lieu de condamner son propriétaire à mettre un terme à l'empiètement allégué*¹⁰⁰ ».

Dans cet arrêt, **ce qui justifie la servitude de surplomb est « l'état d'une possession utile ».**

Toutefois, ces arrêts posent des questions sur la nature même de l'empiètement accordé. La partie résultant de l'empiètement sur le fonds voisin prive celui-ci de toute utilité future et est peu compatible

⁹⁹ Source : LAPORTE LECONTE S. Note d'analyse : Servitude de surplomb conventionnelle. ICH; 2013.

¹⁰⁰ Source : Dalloz.fr | AJDI [Internet]. [cité 10 avr 2018]. Disponible sur: https://www-dalloz-fr.proxybib.cnam.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2013/0522&ctxt=0_YSR0MT1zZXJ2aXR1ZGUgZGUgc3VycGxvbWLCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNlYXJjaA==&ctxt1=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbE5iUGFnPTIwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRYdWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUz1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0_TGldGU=

avec la notion de servitude qui laisse entendre que le fonds servant puisse conserver certaines utilités sur l'assiette concédée. La servitude de surplomb, n'étant pas d'origine légale, elle ne peut être qu'établie que par le fait de l'homme. **La jurisprudence ne la reconnaît actuellement que par la prescription acquisitive.**

Néanmoins, **la pratique professionnelle et certains auteurs veulent qu'elle puisse être constituée par :**

- **un titre,**
- **par destination du père de famille,**
- **une convention au moment d'une division foncière,**
- **les relations de voisinage.**

Et cela même aux dépens des différents revirements de jurisprudence qui sont de nature à ne pas sécuriser la constitution d'une servitude de surplomb par voie conventionnelle.

La servitude de surplomb amène donc à se poser quelques questions sur les tenants et aboutissements de celle-ci.

En cas de création d'une servitude de surplomb, par titre ou convention, il faudra veiller à bien définir l'intention des parties. Si l'acte créateur autorisant le surplomb est imprécis, les juges du fonds devront rechercher la ou les volonté(s) des auteurs communs de l'acte, afin de déterminer s'il s'agit d'un droit de superficie ou bien d'une création d'une servitude de surplomb. Elle pourra aussi être revendiquée par prescription si tous les éléments sont réunis.

De plus, si la servitude de surplomb a été consentie lors d'une division primaire du terrain, par destination du père de famille, celle-ci pourra être sujette à quelques incertitudes. En effet, il serait possible de considérer que l'acte de division primaire transfère, au bénéficiaire, non seulement la propriété de la partie empiétant, mais aussi un droit de superficie sur le fonds du voisin. Si cette question venait à être posée aux juges du fonds, il leur reviendrait de la trancher, mais non sans difficulté.

Enfin se poserait la question de l'établissement de la servitude de surplomb par prescription acquisitive ? Qu'elles seraient les conséquences si le propriétaire revendiquait la possession « *ad usucapionem* », c'est-à-dire en qualité potentielle du titulaire d'un droit de superficie ?

Par définition, la présence du surplomb suffit à caractériser une forme d'exercice du droit de propriété de la part du propriétaire empiétant. De ce fait, ce sera par l'état d'esprit du possesseur qu'il sera possible de distinguer si celui-ci agit en qualité du bénéficiaire de la servitude de surplomb ou du volume.

Le demandeur aura alors à invoquer *l'animus domini*¹⁰¹ et le défendeur à tenter de la renverser. Si le défendeur ne parvient pas renverser la prescription, alors la qualité du droit de superficie l'emportera. Ainsi constatation faite, les arrêts de 2008 et 2013 perdraient tout intérêt, mais éviteraient de dénaturer le concept de servitude.

Actuellement, la pratique professionnelle veut qu'il soit potentiellement possible de régulariser un empiètement aérien résultant de l'isolation par l'extérieur d'un bâtiment, par la création d'une servitude de surplomb. Pour ce faire, il sera possible d'envisager la constitution d'une servitude de surplomb par prescription trentenaire ou bien par voie conventionnelle (sous réserve toutefois aucune jurisprudence ne confirme la création de la servitude de surplomb par voie conventionnelle).

Sensible à l'évolution de ce droit, mais aussi confrontés à ces problèmes de débords sur le fonds de tiers, l'Ordre des géomètres-experts et l'Ordre des notaires sont très favorables à la constitution de cette servitude de surplomb.

Cependant, il est important de préciser que l'établissement de cette servitude par voie conventionnelle ne se base sur aucune jurisprudence. Elle naît de la pratique professionnelle et de certains principes du droit. La jurisprudence ne concède la servitude de surplomb que par prescription trentenaire.

¹⁰¹ Article 2256 du Code civil.

Il est toutefois important de souligner deux points, concernant les servitudes de surplomb, établies par convention :

- Premier point, en cas de refus du juge d'une servitude de surplomb établie par voie conventionnelle, cela donnera lieu à requalifier l'objet de la servitude en empiètement. Ainsi, le fonds empiété pourra demander la démolition du débord.
- Second point, si la convention objet de la servitude de surplomb est créée, il sera essentiel de bien veiller à la réalisation de la convention pour éviter les problèmes énoncés ci-dessus. (Pour aider les copropriétés, la plateforme de recherche et d'expérimentation sur l'énergie dans le bâtiment a mis à disposition, un modèle de convention de servitude d'empiètement, disponible en annexe de ce mémoire dont il sera possible de s'inspirer¹⁰²).

Ainsi, si l'auteur souhaitait envisager la création d'une servitude de surplomb, de manière conventionnelle, ne se basant sur aucune décision légale, alors il devrait potentiellement justifier dans son acte de l'établissement de trois éléments constitutifs qui sont les suivants :

- Le premier élément implique la présence de **deux fonds appartenant à des propriétaires différents**.
- Le deuxième élément sera de prouver **l'utilité conférée au fonds dominant**, c'est-à-dire comme dans l'arrêt de 2008, la corniche présentait un avantage utile pour le bâtiment, car elle faisait partie intégrante de son architecture. D'après la note de l'ICH, l'utilité est généralement entendue par la jurisprudence. *« Il y a utilité non seulement lorsque le service foncier s'avère indispensable ou nécessaire, mais aussi lorsqu'il apporte une commodité ou un agrément ¹⁰³ »*. Dans le cadre de notre étude, cette notion pourrait être démontrée par l'utilité publique que peut avoir l'isolation thermique (imposé par la loi transition énergétique).
- Enfin, le dernier élément concernera **la charge imposée sur le fonds servant**. Une servitude étant un démembrement de propriété, le fonds servant se retrouve affecté d'une charge réelle que le propriétaire doit respecter. Cependant, l'assujettissement de son fonds ne doit pas être total, car la situation serait comparable à une « expropriation » privée puisqu'il ne pourrait plus exercer aucun des attributs de la propriété. **Ainsi, le principal obstacle à la reconnaissance d'une servitude de surplomb naît du principe de la charge, qui si elle est reconnue, privera le propriétaire du fonds empiété de toute utilisation du volume empiétant.** Ainsi, la servitude sauf démolition de l'empiètement ou non-usage trentenaire ne disparaîtra pas et le propriétaire ne retrouvera donc jamais son droit.

Pour conclure, la constitution d'une servitude de surplomb se fera aux dépens du propriétaire victime de l'empiètement. Il se verra privé d'une partie de son droit de propriété, aboutissant au final à une expropriation et à la création d'un droit de jouissance exclusif pour le propriétaire empiétant.

L'utilisation de la servitude de surplomb établie par convention reste incertaine, car contraire au principe du droit de propriété et à l'essence même de la servitude. Ainsi, la possibilité de contester la nature et l'établissement même de la servitude fragilise sa validité et de facto la convention, pouvant être à son origine.

Ce constat ressort des différents courants de pensée exprimés par la doctrine. Celle-ci est en partie opposée à la servitude de surplomb établie par convention, du fait que son action ne permet plus au propriétaire du fonds servant d'utiliser l'espace occupé sauf en cas de clause prévue dans la convention établissant la servitude. Ainsi, **une servitude de par sa définition, qu'elle soit privée ou d'utilité publique, ne peut priver le propriétaire du fonds servant de son droit de propriété et cela même si la partie concernée est minime.**

¹⁰² Voir annexe 1

¹⁰³ Source : LAPORTE LECONTE S. Note d'analyse : Servitude de surplomb conventionnelle. ICH; 2013.

En dépit des décisions rendues par la Cour de cassation et de l'état actuel de la jurisprudence, si la servitude de surplomb devait être concédée, il serait essentiel lors de la rédaction de l'acte de pouvoir justifier de son utilité, mais aussi veiller à limiter dans le temps, la charge de la servitude ou veiller à lui appliquer des limites. Le géomètre-expert ou le notaire pourra établir sous forme de clauses dans la convention, les cas dans lesquels la servitude pourrait prendre fin, et ce afin de concilier les deux parties. Cela permettra d'éviter, en cas de nouvelles constructions, de devoir intégrer le surplomb (l'isolation thermique dans notre cas) dans le projet de construction, ou bien de devoir réviser le projet dû à l'impossibilité de construire en limite de propriété. On éviterait aussi au tiers ayant accepté la charge de devoir saisir la justice afin de mettre fin à cette servitude.

En conclusion, cette servitude de surplomb emporte une privatisation de la propriété occupée par l'appendice empiétant. Cette dernière est peu favorable à la notion de charge réelle qui définit l'essence même d'une servitude. Il est important de préciser que la jurisprudence peut refuser la création de servitude de surplomb, si cette dernière est établie de manière conventionnelle. Elle placera, alors, l'ensemble des actes réalisés par les professionnels, depuis 2013, dans l'illégalité. Le devoir de conseils des professionnels pourrait être remis en cause. La solution ainsi développée est donc peu recommandée.

Afin de régulariser l'empiètement, nous allons maintenant développer les différentes possibilités issues des adaptations du droit et de la jurisprudence.

I.2 Les outils conventionnels

I.2.1 Le démembrement de propriété

Le droit civil français pose le principe juridique du démembrement du droit de propriété qui consiste à la séparation en deux éléments qui sont :

- l'usufruit
- la nue-propriété.

Ce démembrement peut être d'origine contractuelle, c'est-à-dire qu'il y a séparation du droit de propriété selon la volonté des parties (ex : donation de l'usufruit d'un bien immobilier sur une période donnée) ou bien d'origine légale, c'est-à-dire prévue et organisée, par la loi (ex : donation dans le cadre d'une succession, au dernier conjoint survivant).

L'article 578 du Code civil dispose que « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance*¹⁰⁴ ». Ainsi l'usufruitier ne dispose que d'une partie du droit de propriété composé de l'*usus* et du *fructus*. Il sera donc impossible pour l'usufruitier de vendre ou de transmettre le bien sur lequel porte l'usufruit, mais il pourra néanmoins donner céder ou donner en garantie son droit d'usufruit. Ce droit peut être accordé de manière temporaire pour 5 ans, 15 ans, etc., mais si l'usufruitier vient à disparaître avant l'arrivée du terme prévu, l'usufruit s'éteint et le nu-propriétaire deviendra immédiatement pleinement propriétaire du bien. L'usufruit portant sur un immeuble sera soumis au régime de la publicité foncière, car il s'agit d'un droit réel.

La nue-propriété est donc le complément de l'usufruit. Le nu-propriétaire possède l'*abusus*, c'est-à-dire la disposition de son droit, mais pas du bien. Celui-ci ne pourra donc vendre le bien qu'avec l'accord de l'usufruitier. Ainsi la synthèse, « usufruit + nue-propriété » forme la pleine propriété. La synthèse de ces entités de droits se reconstitue lorsqu'elle se retrouve dans la même main, généralement celle du nu-propriétaire.

¹⁰⁴ Article 578 du Code civil.

Dans le cadre de notre problématique, ce principe juridique pourrait être appliqué d'un point de vue théorique, mais revêt un caractère lourd et incertain. En effet, l'opération proposée nécessiterait de diviser la parcelle empiétée qui serait un terrain nu de toute construction et de telles façons à ce que l'empiétant correspondent à une parcelle c'est-à-dire en projetant l'empiètement sur le sol.

Ainsi il faudrait déjà border et/ou reconnaître la limite divisoire entre les fonds afin de connaître la véritable limite de propriété des fonds.

Ensuite il faudrait réaliser un découpage foncier pour enfin affecter l'usufruit au fonds empiétant et la nue-propriété au fonds empiété par une convention avec une ou plusieurs clauses résolutoires. L'objectif serait de prendre en compte un futur souhait de construire en limite de propriété ou bien en cas de démolition du bâtiment.

De plus, l'accord du syndicat des copropriétaires subissant l'empiètement serait obligatoire et surement impossible à avoir, au vu de la majorité à obtenir (double majorité de l'article 26). Le montage juridique ainsi proposé nécessiterait donc un temps et un coût financier important. Il faudra aussi tenir compte de la bonne volonté de toutes les parties qui reste dans la plupart des cas, impossibles à obtenir. Ce montage juridique est donc à bannir, sauf à justifier d'une extrême nécessité et des accords préalables des différents fonds.

I.2.2 La cession du fonds empiété

Au préalable à toute action en justice, il faut veiller à désamorcer le conflit en entamant une négociation avec le voisin, et ce, dans le but de lui proposer une solution. La solution la plus simple si le terrain est nu de toute construction est la cession du fonds empiété. Cette solution ressort dans toutes les réponses retournées aux députés par le gouvernement¹⁰⁵.

Cette solution consiste à la création d'un acte de cession amiable entre les parties dont l'issue sera la vente d'une bande de terrain.

Pour que cette cession ait lieu, il faudra respecter les principes de la vente¹⁰⁶ qui nécessite un accord sur la bande de terrain et le prix, définis de façon arbitraire par le syndicat des copropriétaires subissant l'empiètement.

D'un point de vue technique, le géomètre-expert devra intervenir pour délimiter les fonds et détacher via un document modificatif du parcellaire cadastral ladite bande de terrain. Le terrain sera non constructible, mais devra respecter les règles de prospects en vigueur dans le PLU ou PLUI ainsi que celle imposée dans le Code civil¹⁰⁷. Pour veiller au respect des différents prospects, il sera possible d'établir des servitudes de cour commune¹⁰⁸ entre les fonds afin de veiller au respect des dites règles. Le notaire aura la charge de rédiger l'acte de vente et de veiller à la constitution de servitudes si le besoin s'en fait ressentir. Une fois la vente accomplie, la réunion des parcelles ne sera pas obligatoire. Celle-ci si elle devait avoir lieu nécessiterait une procédure lourde et complexe.

Cependant, il est essentiel de préciser que **ce cas est inexploitable en cas de terrains bâtis mitoyens**. En effet, la cession ainsi créée nécessiterait la création d'une division en volumes pour régulariser la propriété. Cette notion sera développée à l'issue de cette partie.

On comprendra donc que cette solution est lourde et non sans risque et n'est applicable que dans de très rares cas. Le syndicat des copropriétaires du fonds empiété serait tenté de faire payer au prix fort la bande de terrain détachée afin de régulariser la situation, ce qui bloquerait toute chance d'isoler le bâtiment au vu du bilan coût – avantages.

¹⁰⁵ Question du député M. Jacques CREST au Ministère de l'Écologie, Développement durable et Énergie, n°63300, question publiée au JO le 26/08/2014 page : 7096 et réponse le publiée au JO le 13/12/2016 page : 10301

¹⁰⁶ Article 1583 du Code civil.

¹⁰⁷ En référence aux articles 675 à 680 du Code civil.

¹⁰⁸ Une servitude de cour commune est la synthèse des droits de *non altius tollendi* et *non aedificandi*. Elle permet de maintenir une certaine distance entre les fonds bâtis, d'imposer une hauteur maximale de construction et d'empêcher toute construction sur la partie objet des droits.

Cependant, en cas d'impossibilité et si l'empiétement est déjà constaté, il sera possible sous certaines conditions de faire valoir la prescription acquisitive.

I.2.3 La constitution d'un droit de superficie

Historiquement, le droit de superficie né du droit romain a été totalement ignoré après la révolution par le législateur et ne figure donc pas au Code civil. C'est la jurisprudence qui au XIXe siècle dans le cadre de l'exploitation agricole a consacré ce droit.

La doctrine a longtemps hésité avant de le reconnaître comme un démembrement du droit de propriété du fait de son caractère spécial à démembrement le droit de propriété.

Le droit de superficie trouve essentiellement son origine dans les conventions biens spécifiques emportant cession de droit à construire ou de planter. Il existe certains droits de superficie spéciaux tels que ceux définis dans le Code des mines et relatifs à l'exploitation des carrières, mais aussi le droit de superficie spécialement adapté à la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive.

Le droit de superficie est un droit réel qui subdivise la propriété en différents propriétaires qui sont :

- le « superficiaire » à qui appartient la propriété des constructions et/ou plantations érigées sur le fonds c'est-à-dire sur le dessus du fonds et appartenant à un autre dit « le tréfoncier ».
- Le tréfoncier dispose quant à lui du fonds et du tréfonds sur lesquels sont érigées les constructions et plantations c'est-à-dire qu'il est le propriétaire du sol et du dessous.

Il y a donc **coexistence de deux droits portant sur des biens différents aboutissant à un découpage horizontal de la propriété.** Cette notion de la dissociation juridique de l'immeuble a conduit la doctrine à ne plus parler de démembrement de propriété et ceux mêmes si celui-ci est horizontal ; mais plus d'une superposition de différentes notions du droit de propriété.

Le droit de superficie étant un droit réel immobilier, il confère l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* (prérogatives de la propriété) à son titulaire. Ainsi le droit de superficie est perpétuel, sauf si une clause contraire a été annexée à la convention d'origine ou en cas de prescription acquisitive.

Le droit de superficie au même titre que le droit de propriété est cessible à titre onéreux ou gratuit et susceptible d'hypothèque auprès de la publicité foncière pour y être opposable aux tiers. Si le superficiaire se voit reconnaître son véritable droit de propriété alors celui-ci sera nécessairement perpétuel. Le droit de superficie peut porter sur l'ensemble du terrain ou seulement sur certains objets se trouvant sur le terrain.

Le terme « superficie » ne désigne pas comme à son habitude la surface géométrique du sol, mais s'entend comme les objets se trouvant sur ou à l'intérieur de celui-ci.

Ainsi, on en déduit logiquement que l'établissement de ce droit provoque un découpage, par division en hauteur ou en profondeur de la propriété s'apparentant à la division en volumes.

Le droit de superficie est donc limité par les seuls édifices et/ou objets de ce droit de superficie.

Cette notion du droit de propriété permet la création de grands ensembles immobiliers à des niveaux superposés comme énoncé ci-après, au chapitre de la division en volumes. Cette dissociation « en volumes » des fonds permet notamment de transférer la propriété de la surface (sols, gare, bâtiment), à des personnes privées, tout en maintenant dans le domaine public le tréfonds essentiel pour des projets de transport notamment.

Néanmoins, **ce droit de superficie pose la difficulté de connaître la limite de chacune des propriétés. La jurisprudence localise la limite divisoire à l'extrémité des fondations des constructions** ou des racines en cas de plantations.

Ce droit de superficie peut être constitué par :

- Une convention qui peut être : un acte de vente, un bail à construire, une cession de droit à construire ou de planter, selon lequel "le bailleur" c'est-à-dire le tréfoncier renonce au principe de l'accession (voir précédemment) des immeubles construits sur la parcelle.
- Par prescription acquisitive, c'est-à-dire que le possesseur deviendra propriétaire de la propriété entière, c'est-à-dire du fonds, tréfonds et surfonds mais sans se limiter seulement au droit de superficie.

Dans le cadre de notre étude, sur l'empiètement résultant d'une isolation par l'extérieur sur le fonds d'un tiers, le droit de superficie pourrait être utilisé afin de régulariser la situation.

Ceci permettrait d'éviter la mise en place d'une convention de servitude de surplomb, qui n'est pas officiellement reconnue par la jurisprudence.

Cette solution passerait par la mise en place d'une convention de droit de superficie à titre onéreux ou gratuite. La solution ainsi proposée n'aurait pour but que de faire coexister sur une même assiette une pluralité de propriétaires détenant chacun un droit sur une fraction différente de l'immeuble et évitant ainsi un démembrement de la propriété.

La solution envisagée nécessitera une division de l'espace ou du tréfonds, au-dessus ou au-dessous du sol afin d'identifier les fractions d'immeubles. Les documents à créer seront un état descriptif de division et un document d'arpentage s'il n'affecte qu'une partie de la parcelle cadastrale sans qu'il soit nécessaire de procéder à une division en volume. Ainsi **chaque fraction disposera d'un réel droit de propriété** dont il aura la libre disposition.

Il faudra veiller à bien encadrer le droit de superficie dans la convention établie, en précisant la durée de cette convention qui pourrait être perpétuelle, mais aussi veiller à limiter le droit d'accession du superficiaire.

Ainsi l'espace concédé restera la propriété du superficiaire même si le débord venait à être remplacé, mais sans que celui-ci ne dépasse les limites fixées. **Il sera donc utile et important de prévoir que le droit de superficie prend fin avec la disparition de son assiette, évitant ainsi au tréfoncier de rencontrer des difficultés s'il souhaite construire en limite de sa propriété.**

Cependant, ce droit de superficie est peu connu et mal exploité par les juristes. En effet, celui-ci est très souvent associé à la division en volumes alors qu'il s'agit de deux techniques différentes de divisions de la propriété, l'une s'inspirant de l'autre.

Ce constat fut appuyé, durant ma période de stage, par mon intervention sur un dossier traitant d'une potentielle convention de droit de superficie initié en 1920 et permettant à des propriétaires de garder leurs constructions édifiées sur des terrains SNCF à l'issue d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Ce droit fut accordé pour une période de 30 ans renouvelable sous forme de bail avec reconduction tacite. Cette convention fut publiée à l'époque sans vraiment préciser qu'il s'agissait d'un potentiel droit de superficie et créé à partir d'un état descriptif de division. Les mots volumes étaient ici employés, mais leur localisation au sein de l'ensemble immobilier mal affirmé. Cela eut pour effet, en 2009 que ce droit de superficie soit transformé en une division en volumes par méconnaissance et par une mauvaise interprétation des tiers lors de la mutation d'un bien. Cette situation résulte d'une mauvaise interprétation de la volonté initiale de l'auteur, due notamment à un ensemble de mutations au cours d'un siècle qui ont vu ce droit être oublié et transformé.

Ainsi, sera développée à l'issue de cette partie la notion de la division en volumes.

I.2.4 La division en volumes

Dans les années 60-70, la séparation de la propriété du dessous et du dessus a donné lieu à une application nouvelle répondant au concept que pose le droit de superficie, sous la forme d'une construction en volumes.

La réalisation du quartier de la Défense en est le parfait exemple, avec la volonté de l'État de pouvoir conserver au travers de l'EPAD¹⁰⁹ la propriété du foncier tout en cédant des parties de volumes à des propriétaires privés et ainsi éviter la théorie de l'accessoire.

La théorie de l'accessoire suppose que le volume qui surplombe immédiatement une propriété publique terrestre est lui-même objet de cette propriété publique, car il participe comme accessoire à l'affectation de la propriété du sol et est donc intégré par principe au domaine public (Exemple : les volumes situés en surplomb du domaine public ferroviaire, qui permettent le passage des lignes caténares, CE, 23 oct. 1963, SNCF : RDP 1963, p. 1191, concl. Braibant¹¹⁰).

Les volumes ainsi créés à cette époque résultent d'une dissociation de la propriété du dessus du sol et de la propriété du dessous. **La division en volumes ainsi créée permet de superposer et d'imbriquer des volumes juridiquement indépendants afin de garantir leur autonomie de gestion tout en aboutissant à une juxtaposition de la propriété sur une même assiette foncière.** La division en volumes n'est régie par aucune disposition législative ou réglementaire, mais limitée par les principes du droit des biens, droit des contrats et du droit administratif permettant ainsi de l'encadrer.

Cette technique de division du droit de propriété s'appuie en partie sur les articles 552 et 553 du Code civil relatif au droit des biens. Elle fut mise au point dans le but de permettre l'insertion du domaine public dans un projet architectural. Par la suite, cette technique fut étendue aux ensembles immobiliers complexes.

La définition de la division en volumes peut être donnée par un auteur, le professeur Sizaire, qui définit la division en volumes comme :

« une technique juridique consistant à diviser la propriété d'un immeuble en fractions distinctes, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer au-dessus comme au-dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes NGF, sans qu'il existe de partie objet d'une propriété commune entre les différents volumes ou fractions¹¹¹».

Ainsi, la division en volumes ne constitue pas un démembrement de la propriété, mais plutôt une division de la propriété. Les volumes constituant cette division de propriété peuvent être l'objet d'un droit de propriété, donnant une propriété distincte à chaque propriétaire.

Ce volume peut être : grevé de servitudes, hypothéqué, vendu ou bien faire l'objet d'un bail à construction ou emphytéotique.

La division en volumes est qualifiée¹¹² de division primaire c'est-à-dire qu'elle est la première division ayant lieu sur le fonds et dont elle peut supporter une division secondaire. Cela se traduit par exemple avec une division en volumes composée d'un volume soumis au régime de la copropriété.

La division en volumes s'applique par exception au statut de la copropriété lorsque comme fixé dans l'aliéna 2, article 1 de la loi du 10 juillet 1965 ;

« aucune partie de bâtiments ou de terrains de l'ensemble immobilier ne soit constitutif de partie commune à toute ou partie des propriétaires¹¹³».

¹⁰⁹ Établissement Public pour l'Aménagement de la région de la Défense.

¹¹⁰ Source : Fasc. 40 : DOMAINE PUBLIC TERRESTRE - Lexis 360® [Internet]. JurisClasseur Propriétés publiques. 2011 [cité 6 avr 2018]. Disponible sur : http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-113129_OKSO.

¹¹¹ Source : « Commission Immobilier de l'Ordre des Géomètres-Experts. La division en volumes. 2012. (Repères Experts), p.8 ».

¹¹² Recommandation n°5 de la commission relative à la copropriété relative à « la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière des états descriptifs de division » - ministère de la Justice, 1^{er} avril 2008.

¹¹³ Loi du 10 juillet 1965 relatif au statut de la copropriété.

Faute d'organisation correctement établie, la division en volumes pourra être requalifiée par les tribunaux et le régime de la copropriété s'appliquera de fait¹¹⁴.

De plus, conformément à la doctrine ordinale¹¹⁵ des géomètres-experts, l'application de la division en volumes doit être correctement justifiée par le document constitutif de l'ensemble immobilier.

Celui-ci justifie ainsi le principe que le statut de la copropriété instauré à l'immeuble bâti par la loi du 10 juillet 1965 ne s'applique pas du fait de l'absence de partie commune. Ainsi, l'application de la division en volumes se justifie pour les projets imbriquant des propriétés privées et le domaine public (les critères de domanialité et les caractéristiques du domaine public générant des difficultés avec les propriétés privées) ou bien pour des ensembles immobiliers pouvant être complexes.

Le volume est un immeuble par nature auquel les droits de propriété s'appliquent que le volume soit bâti ou non.

La division en volumes qui pourrait s'apparenter à une simple division verticale créatrice de parcelle devra répondre aux dispositions des règles d'urbanismes en vigueur sur le territoire de la commune. Ainsi il faudra bien veiller à l'imbrication des volumes.

La division en volumes donne naissance à des volumes définis dans l'espace en trois dimensions par des cotes planimétriques et altimétriques ou encore par des coordonnées. Celles-ci donnant naissance à des limites horizontales et verticales précises. La définition et la localisation des volumes sont établies à partir d'un état descriptif de division en volumes, servant de support à la publicité foncière. Au préalable, il est essentiel de définir correctement l'assiette foncière sur laquelle portera la division en volumes.

La division en volumes nécessite d'identifier chaque volume. La pratique professionnelle veut que l'on applique les dispositions de l'article 71 du décret n°55-1350 du 14 octobre 1955 sur la publicité foncière, « *prévoyant une numérotation continue dans une série unique partant de l'unité*¹¹⁶ ».

L'organisation de la division en volumes est basée sur un réseau de servitudes qui sont créées pour tenir compte de l'imbrication et de la superposition des volumes, mais aussi permettre une utilisation rationnelle des éléments d'intérêt collectif tel qu'un conduit de ventilation.

La création d'un organisme de gestion pour l'ensemble immobilier est juridiquement facultative. Une convention entre co-volumistes pourra suffire. Cette convention pourra être mise en place en cas de faibles nombres de volumes, comprenant peu ou pas d'équipements à usage collectif et permettant ainsi de faire l'économie d'un organe de gestion tout en simplifiant la situation. Il sera néanmoins essentiel de bien préciser l'objet de la convention afin de répondre aux mieux aux besoins des co-volumier.

Enfin, il pourra être envisagé, afin de garantir l'intégrité de la parcelle d'origine que le tréfonds de l'ensemble immobilier soit réuni dans sa totalité en un seul volume.

Il est néanmoins intéressant de penser que pour un empiètement limité entre deux volumes, il sera possible de créer une simple servitude d'implantation. Les rapports et le fonctionnement entre co-volumistes seront organisés par un cahier des charges. Ce document a notamment pour objet de définir les obligations d'entretien, de sécurité, de destinations et de reconstruction de l'ensemble immobilier.

La division en volumes nécessite la rédaction d'un état descriptif de division en volume, réalisé par un Géomètre-Expert et reçu par un notaire ou déposé au rang de ses minutes.

¹¹⁴ Cass. 3^e civ., 8 septembre 2010, pourvoi n°09-15554, Bull. civ III, n°152.

¹¹⁵ Source : « Commission Immobilier de l'Ordre des Géomètres-Experts. La division en volumes. 2012. (Repères Experts), p.11 ».

¹¹⁶ Source : « Commission Immobilier de l'Ordre des Géomètres-Experts. La division en volumes. 2012. (Repères Experts), p.22 ».

L'état descriptif de division en volume permet :

- D'individualiser, aux moyens de plans cotés annexés, des volumes matériels ou immatériels, appartenant à des propriétaires distincts et ne comportant aucunes parties communes,
- De définir la destination et la composition des volumes,
- De fixer un réseau cohérent de servitudes afin de veiller au bon fonctionnement de l'ensemble immobilier.

Dans le cadre de l'isolation par l'extérieur d'un bâtiment, le cabinet TT géomètres-experts a réalisé en 2013, une division en volume dans le but de régulariser une isolation extérieure de bâtiment qui donnait naissance à un empiètement aérien sur le fonds d'un tiers.

Cette solution est la plus préconisée au sein de l'Ordre des Géomètres-Experts, car elle est la plus sûre juridiquement. En effet, si la division en volumes créée ne comporte pas de parties communes au sein de l'ensemble immobilier complexe, elle ne sera pas redéfinie en copropriété par le juge.

Dans un premier temps, le cabinet, conformément aux règles de l'art, a défini l'assiette foncière de la parcelle et demandé un alignement individuel au droit de la propriété.

Une fois cette opération réalisée, le cabinet a pu réaliser l'opération de mise en volumes des différents éléments.

Pour ce faire, il a été fait le choix de réaliser deux volumes : le volume 1 (en jaune) sur le plan et le volume 2 (en bleu) afin de régulariser un débord d'isolation extérieure de 4 cm d'épaisseur. Conformément aux préconisations et aux règles de l'art.

Le volume n°1 dispose d'un tréfonds reprenant « *la totalité de l'emprise foncière*¹¹⁷ » de la parcelle BA n°40.

Les volumes ainsi créés s'étendent sans limitation de hauteurs, et sont définis par des coordonnées planimétriques en NTF-Lambert 1 et en altimétrie en NGF - « Ville de Paris ».

¹¹⁷Source : « Commission Immobilier de l'Ordre des Géomètres-Experts. La division en volumes. 2012. (Repères Experts), p.22».

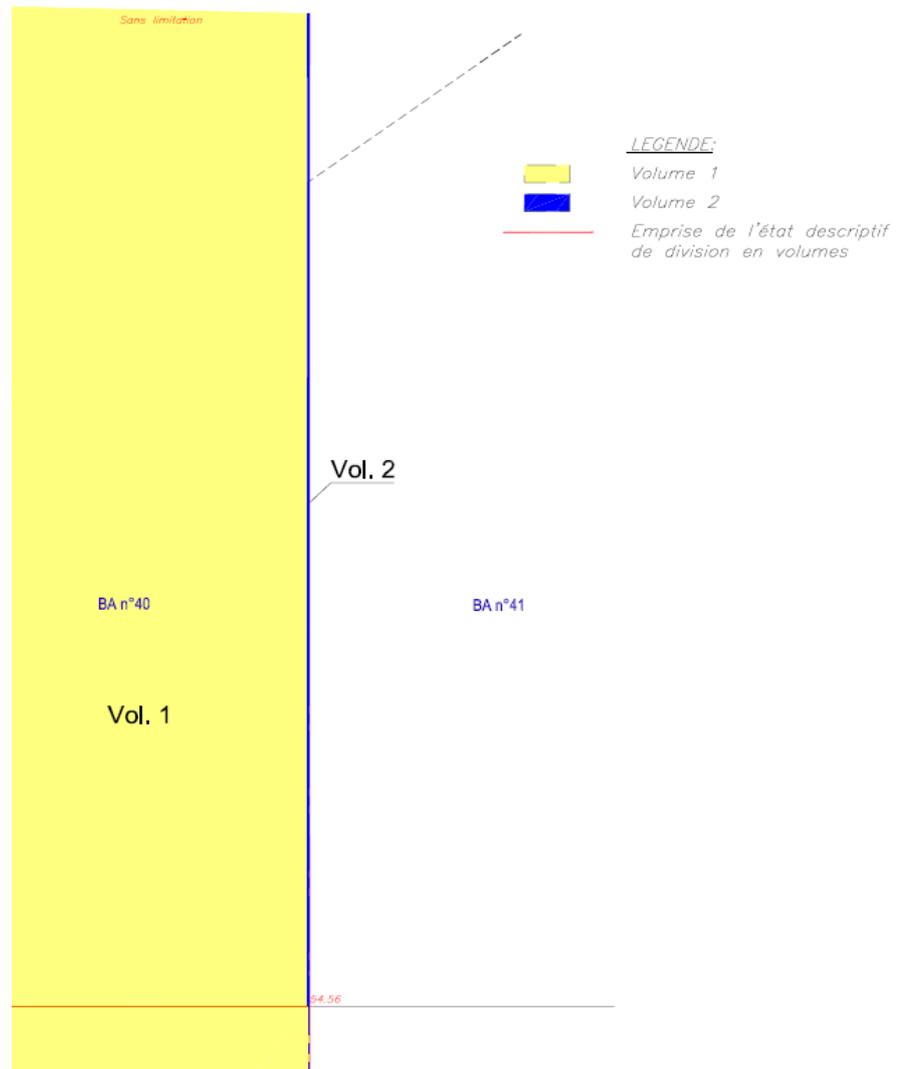


Figure 9 : Image tirée du plan de division en volumes : Coupe partielle AA'.

TABLEAU RECAPITULATIF

L'état descriptif de division qui précède est résumé dans un tableau récapitulatif établi ci-après conformément à l'article 71 du décret 55-1350 du 14 octobre 1955, modifié par le décret 59-90 du 7 janvier 1957, pris pour l'application du décret 55-22 du 4 janvier 1955, portant réforme de la publicité foncière.

Numéro de volume	Fraction	Etage	Superficie en m ²	Cotes NGF en m		Nature
				Inférieure	Supérieure	
1	a	Sous-sol et tréfonds	614	Sans limitation	54.56	Volume résiduel
	b	A partir du RDC	613	54.56	Sans limitation	
2	-	A partir du RDC	1	54.56	Sans limitation	Isolation extérieure

Figure 10 : Image tirée de l'état descriptif de division en volume.

Une fois les plans établis, le cabinet a réalisé l'état descriptif de division en volumes.

Les volumes ont été désignés comme suit :

- VOL. 1 : « Un bâtiment à édifier sur le lot 10a, en sous-sol, rez-de-chaussée et élévation ».
- VOL. 2 : « Partie de l'isolation extérieure du bâtiment du lot 10b ».

L'état descriptif de division en volumes précise bien que l'ensemble immobilier n'est pas constitué de parties communes.

Un ensemble de servitudes a été mis en place dans le but de permettre la bonne gestion de l'ensemble immobilier tel que des servitudes d'appui réciproques ou encore d'ancrages.

Cette solution ainsi exposée est contraignante et lourde pour les parties. Elle est coûteuse à mettre en place et nécessite un certain temps d'application, mais garanti en contrepartie, une légalité de la régulation entreprise en cas d'examen par le juge.

La justification de la coexistence de la division en volumes et du droit de superficie est remise en question par certains auteurs tels que Monsieur Le Rudulier qui considère notamment que « *l'absence de véritable définition du droit de superficie conduit à d'incroyables contorsions intellectuelles pour vainement tenter de maintenir la cohérence d'un édifice qui aurait dû être abattu depuis longtemps, fragilisant ainsi la division en volumes*¹¹⁸ ».

Cependant, il est essentiel de continuer à différencier le droit de superficie et la division en volumes. Le volume, de par sa définition en 3 dimensions a vocation à constituer une fraction d'immeuble dans un ensemble immobilier plus vaste, fondée sur la dissociation du droit du sol et du droit de superficie.

Le droit de superficie conserve un attrait important dans la situation où la superposition de droits concurrents à la propriété sur une même parcelle. En effet, ils n'ont pas besoin d'une division en volumes pour être identifiés.

Comme vu précédemment, il sera possible par un simple état descriptif de division d'identifier l'objet de **ce droit de superficie** (l'isolation extérieure dans notre cas) et de procéder à sa cession amiable ou cession onéreuse au travers d'une convention. La convention **ainsi créée permettra de limiter dans la durée le droit ainsi accordé à l'ouvrage empiétant**.

La constitution d'un droit de superficie pour notre étude permettra d'échapper à l'utilisation de la servitude de surplomb, qui peut être dangereuse comme il a été développé précédemment dans ce mémoire.

Nous allons maintenant étudier le droit réel de jouissance spéciale.

1.2.5 La constitution d'un droit réel de jouissance spéciale

Au travers quatre arrêts de la Cour de cassation, nous allons étudier l'origine et la notion du droit réel de jouissance spéciale qui est un démembrement du droit de propriété concédé par la jurisprudence.

La création de droit réel de jouissance spéciale s'inscrit dans la continuité de l'avant-projet de réforme du droit des biens proposés par l'association Henry Capitant en 2008.

Le propriétaire pourra donc concéder autant de droits réels de jouissance spéciale aux vues des possibilités qu'accorde le droit de démembrement sa propriété. Toutefois, il devra veiller à respecter les règles d'ordre public établies. Cela se traduit par le fait qu'il sera notamment impossible pour le

¹¹⁸ Source : Fasc. 251-30 : LE DROIT DE SUPERFICIE - Lexis 360® [Internet]. JurisClasseur Construction - Urbanisme. 2016 [cité 5 avr 2018]. Disponible sur : http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-168135_0KRQ

propriétaire de constituer un droit réel de jouissance spéciale afin d'échapper aux règles du bail à construction.

Par les arrêts rendus, la Cour de cassation exclut la possibilité de concéder un droit réel de jouissance spéciale *ad perpetuam*, c'est-à-dire à perpétuité, mais accorde pour l'usage d'une vie que celui-ci soit concédé à une personne morale. Cette idée revient donc à penser qu'il s'agit là d'une perpétuité déguisée. Nous allons détailler cet aspect des choses ci-après.

En 1834, la Cour de cassation avait rendu un premier arrêt¹¹⁹ célèbre dit « arrêt Caquelard » dans « *une affaire où les parties s'étaient vu reconnaître la propriété de certaines variétés d'arbres susceptibles de croître sur la chaussée qui séparait les biefs des moulins respectifs des parties, chaussée sur le sol de laquelle son adversaire avait lui-même des droits de propriété*¹²⁰ ».

La Cour de cassation pour justifier sa position avait notamment énoncé que les principes de droit, fixés aux articles 544, 546 et 552 du Code civil étaient « *déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais n'était en aucun cas prohibitifs*¹²¹ » du fait qu'aucuns de ces articles ou lois, n'excluent les possibilités de décomposition ou modification du droit de propriété. Cette jurisprudence avait généré de nombreuses questions de la part de la doctrine auxquelles la Cour de cassation n'avait jamais répondu.

Le 31 octobre 2012, la Cour de cassation vient mettre un terme à la controverse doctrinale séculaire du *numerus clausus* des droits réels, en autorisant un propriétaire à **conférer un droit réel de jouissance spéciale sur sa chose**.

L'arrêt¹²² plus communément appelé « Maison de poésie¹²³ » exposait les faits suivants :

Une fondation avait vendu à une société, un immeuble en 1932 en disposant dans l'acte de vente qu'elle excluait du périmètre de ladite vente « la jouissance ou l'occupation » par la fondation, de locaux compris dans l'immeuble vendu, où celle-ci était installé et résidait. « *Il était notamment stipulé que l'acheteur pourrait à tout moment récupérer l'espace, à charge pour lui d'édifier sur la propriété une construction de même dimension habitable et de la mettre à disposition de la fondation gratuitement durant toute la durée de son existence*¹²⁴ ».

En 2007, l'acheteur a assigné la venderesse, c'est-à-dire la fondation, en expulsion, ce que la cour d'appel de Paris a ordonné, sous motif qu'un droit d'usage et d'habitation ne peut excéder trente ans lorsqu'il est concédé à une personne morale. Cette règle de droit est énoncée à l'article 619 du Code civil.

Toutefois, la Cour de cassation censure le jugement de la cour d'appel en soulignant que la fondation s'était vu accorder un droit d'occupation pour toute la durée de son existence. La Cour de cassation a donc estimé que les juges du fonds avaient méconnu la volonté des parties, de constituer un droit réel conformément à l'énoncé du contrat.

La Cour de cassation a notamment justifié sa position par les règles de droit énoncées aux articles 544 et 1134 du Code civil.

L'article 544 dispose que : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » et

¹¹⁹ Cass. req., 13 février 1834, S. 1834, 1, p.205, GAJC, 11 éd. T.1, n°60.

¹²⁰ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 68.

¹²¹ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 68.

¹²² Cass. 3^e civ., 31 octobre 2012, pourvoi n°11-16304, Bull. civ. III, n°159.

¹²³ Cass. 3^e civ., 31 octobre 2012, pourvoi n°11-16304, Bull. civ. III, n°159.

¹²⁴ Source : LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins : délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES ; 2013 avr p. 68.

l'ancien article du Code civil 1199 disposait quant à lui que : « *Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres créanciers* ».

Ainsi, la Cour de cassation au vu des textes a consenti que le propriétaire sous réserve de respecter des règles d'ordre public pouvait accorder un droit réel conférant ainsi une jouissance spéciale sur son bien. **La création d'un droit réel de jouissance spéciale a donc pour effet de grever la chose objet d'un droit de propriété.**

Cet arrêt se base sur deux principes forts du droit qui sont le droit de propriété et l'autonomie de la volonté. Il est donc essentiel de bien définir la durée de ce droit dans le temps.

Le 28 janvier 2015, la Cour de cassation dans un nouvel arrêt¹²⁵ est venue entériner les possibilités de constitution d'un droit réel de jouissance spéciale et en préciser son régime *ratione temporis*.

Dans les faits, la société ERDF s'était vu en 1981 accorder un droit d'usage sur un lot de copropriété. Ce droit avait été concédé par le syndicat des copropriétaires sans que l'acte constitutif dudit droit n'en précise sa durée. En 2011, 30 ans après la constitution du droit d'usage, le syndicat des copropriétaires assigne ERDF pour faire constater son expiration. Les premiers juges ont refusé de condamner ERDF à la libération des lots sous astreinte, nécessitant pour le syndicat d'interjeter l'appel du jugement.

La cour d'appel a décidé de prendre position en s'inspirant de l'arrêt « Maison de poésie » de 2012.

En effet, elle a constaté que le droit d'usage accordé par le syndicat de copropriété en contrepartie d'un prix n'était défini ni dans l'acte constitutif dudit droit, ni dans le règlement de copropriété et qu'ils ne stipulaient d'aucune mention sa durée d'usage.

De ce fait, elle a estimé au travers des actes rédigés par les auteurs communs que le droit d'usage institué correspondait à un droit de jouissance spéciale exclusif et perpétuel en faveur d'une personne morale. Le syndicat de copropriété a donc porté l'affaire devant la Cour de cassation. La décision de la cour d'appel a été cassée par la Cour de cassation aux motifs que « *lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spécial de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s'éteint dans les conditions prévues par les articles 619¹²⁶ et 625¹²⁷ du Code civil¹²⁸* ».

Ainsi, celle-ci est venue limiter le droit réel de jouissance spéciale accordé à une personne morale. La durée est donc de 30 ans, si dans le silence des titres aucune clause n'a été stipulée par les auteurs communs pour en préciser la durée ou si celle-ci est concédée à perpétuité.

La création de ce droit ne relève pas de textes légaux, mais des effets de conventions établies entre les parties.

La constitution de ce droit réel de jouissance spéciale naît encore de deux grands principes qui sont ceux de la propriété et de la volonté des parties.

Ainsi la Cour de cassation reconnaît au propriétaire la possibilité de conclure une convention, constitutif de droit réel, au profit d'un tiers bénéficiant d'une jouissance spéciale et aboutissant à un démembrement de son droit de propriété.

Dans son arrêt¹²⁹ du 8 septembre 2016, intitulé « Maison de poésie II », la Cour de cassation approuve une nouvelle fois la solution rendue lors de l'arrêt « Maison de poésie I » du 31 octobre 2012. **Cet arrêt introduit un droit de jouissance spéciale pouvant être supérieur à 30 ans.**

¹²⁵ Cass. 3^e civ., 28 janvier 2015, pourvoi n°14-10013, Bull. civ. III, n°13.

¹²⁶ Article 619 du Code civil dispose : « *L'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans* ».

¹²⁷ Article 625 du Code civil dispose : « *Les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit* ».

¹²⁸ Source : Propriété - Précisions sur le droit de jouissance spéciale - Commentaire par Maxime Julienne et Julien Dubarry - Lexis 360® [Internet]. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière. 2015 [cité 16 avr 2018]. Disponible sur: [ht_tp://www.lexis360.fr/document?docid=PS_KPRES-473546_0KU1](http://www.lexis360.fr/document?docid=PS_KPRES-473546_0KU1)

¹²⁹ Cass. 3^e civ., 8 septembre 2016, pourvoi n°14-26953.

Dans le détail juridique, celle-ci rejette le pourvoi et s'affranchit de la décision du 28 janvier 2015 qui jugeait que faute d'être limité dans le temps par la volonté des parties, un droit réel de jouissance spéciale, ne pouvait être « perpétuel » et était limité à une durée de 30 ans sur le fondement des articles 619 et 625 du Code civil. La Cour de cassation dans son arrêt « Maison de poésie II », persiste dans la solution initiée en 2012 au motif que les parties ont entendu instituer un droit réel distinct du droit d'usage et d'habitation régi par le Code civil. Ainsi, elle considère que le droit concédé à la fondation est limité à la « durée de vie » de la fondation et non à la perpétuité. La Cour de cassation conclut donc que les dispositions des articles 619 et 625 du Code civil ne s'appliquaient pas ici et que le délai légal accordé à la fondation pouvait porter sur une durée supérieure à 30 ans sans pour autant être perpétuel.

À l'issue de ces quatre jurisprudences, il faut retenir que le droit réel de jouissance spéciale, affecté à une personne morale et défini par un terme *ratione temporis*, différent du mot perpétuité, et n'est en aucun cas borné dans sa durée par le régime légal de l'usufruit¹³⁰. De ce fait, il sera possible d'affecter à une personne morale un droit réel de jouissance spéciale pour toute sa durée de vie, ce qui est différent de la perpétuité.

Pour ce qui concerne le cas d'étude, il reviendra au rédacteur de l'acte constitutif de droit réel de jouissance spéciale de procéder à la création du régime juridique *ex nihilo*, rendant une fois de plus ce droit très attrayant par rapport aux droits réels légaux comme l'usufruit. **Une très grande liberté est ainsi fixée aux parties sans toutefois transgresser les règles d'ordre public.**

Dans une perspective de résolution amiable de l'empiètement aérien, réalisé dans le cadre d'une isolation extérieure d'un bâtiment, il sera possible de proposer au syndicat voisin de constituer une convention de l'espace occupé.

La convention ainsi établie permettra aux parties de fixer l'objet de ce droit et sa durée d'application.

La durée du contrat pourra excéder 30 ans, mais sans pour autant être perpétuels. Elle échappera ainsi au principe posé par l'article 619 du Code civil et dont le champ se voit limité à l'usufruit et aux droits d'usage et d'habitation¹³¹.

Cette convention aura pour objet la constitution de droit de jouissance spéciale qui autorise temporairement le fonds empiétant (ici une personne morale) à occuper l'espace.

Cette solution, si elle est, semble-t-il, intéressante reste une solution précaire du fait de sa dépendance au contrat et aux parties de ce contrat.

Le rédacteur d'acte devra établir le régime juridique intégral au sein de la convention, et ce afin d'encadrer l'exercice du droit réel de jouissance spéciale concédé sur la chose.

Il devra être particulièrement attentif à la durée du droit concédé. Pour réaliser cette convention, il sera essentiel de faire travailler le géomètre expert afin de bien définir dans l'espace, la zone objet de ce droit.

Le géomètre établira les plans et une notice technique relative au droit réel de jouissance spécial concédé.

Le notaire sera, quant à lui le rédacteur de la convention, objet des rencontres du consentement des parties. Cette convention devra être publiée afin qu'elle soit opposable à tous, en cas de mutation au sein des fonds.

En conclusion, il sera possible d'envisager la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale pour régulariser un empiètement aérien avec une clause prévoyant la suppression de ce droit lors

¹³⁰ Articles 619 et 625 du Code civil.

¹³¹ Le droit d'usage et d'habitation est un diminutif de l'usufruit. Ce sont tous deux, des démembrements du droit de propriété. Le droit d'usage et d'habitation est un droit qui se limite à une habitation. Le droit d'usage et d'habitation est un droit réel qui s'acquière par convention, testament, prescription acquisitive. L'objet de ce droit ne pourra pas être loué, vendu ou donné. Le droit d'usage permet d'user de la chose d'autrui et d'en percevoir les fruits, dans la limite des besoins de son titulaire et des ayants droit. Le droit d'usage fonctionne comme l'usufruit, mais a une étendue moins forte.

de la démolition de l'isolation extérieure en cas de besoin pour le tiers cédant le droit réel à l'origine. Ainsi la suppression du droit réel de jouissance spécial permettra de garantir une tranquillité entre les fonds, mais aussi de demander une cession gratuite de ce droit au motif qu'il s'agit d'un « droit réel temporairement accordé ».

Cependant, il est important de préciser que **ce droit est un droit jeune.** De ce fait, **il pourra faire l'objet de carences normatives dont le rédacteur de l'acte devra informer les parties.**

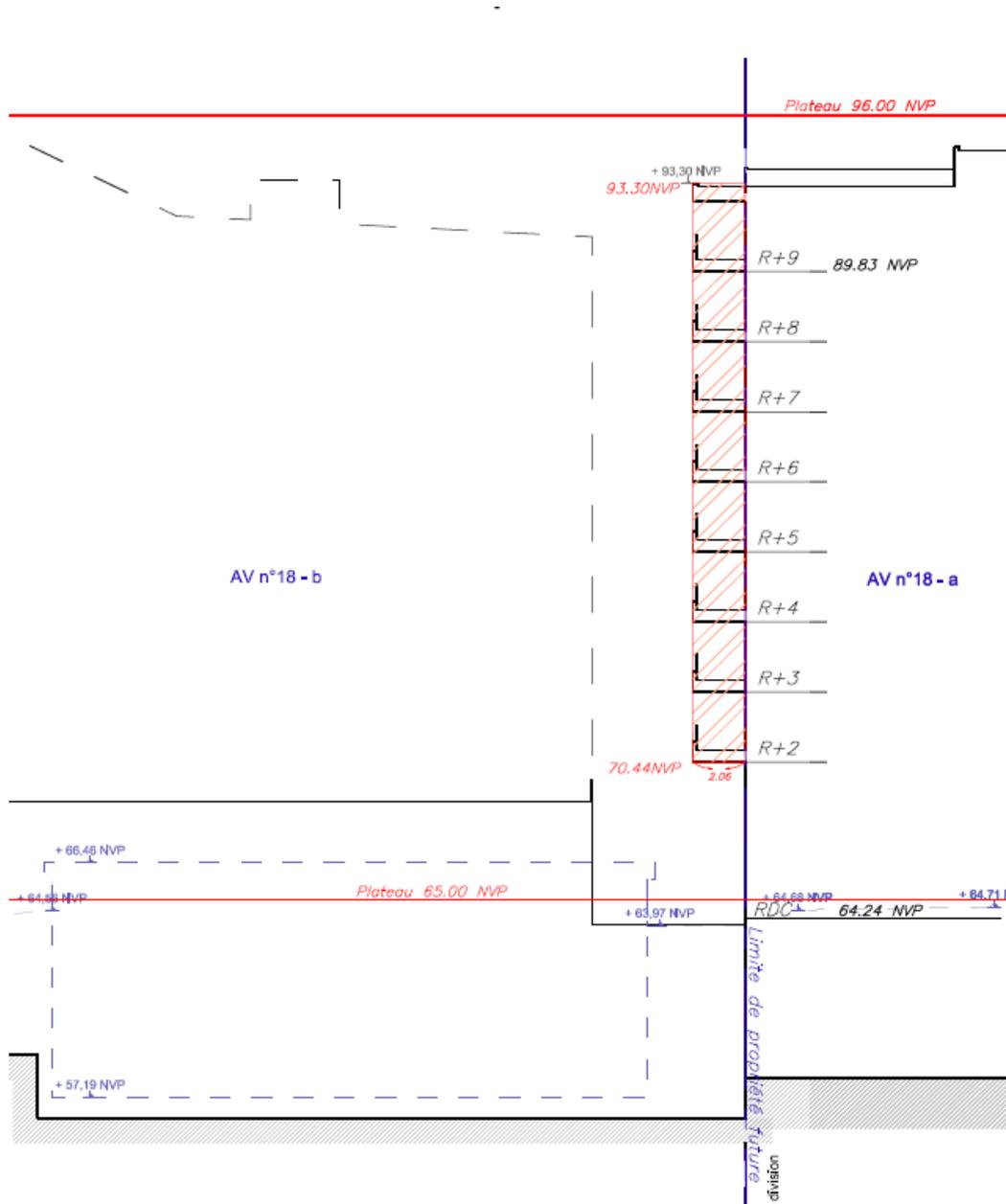


Figure 11 : Image d'une coupe, matérialisant un droit réel de jouissance spéciale (hachuré en rouge).

DROIT REEL DE JOUISSANCE SPECIALE

Le propriétaire de la future parcelle AV n°18 – b consent au propriétaire de la future parcelle AV n°18 - a, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale matérialisée par le débord des balcons entre les points S.2, S.13, S.14 et S.15, et tenant :

- Au Sud, au surplus de la future parcelle AV n°18-b, sur une longueur de 16.82 mètres,
- A l'Ouest, à l'avenue de la Porte de Plaisance, sur une longueur de 2.27 mètres,
- Au Nord, à la limite séparative entre les futures parcelles AV n°18-a et AV n°18-b, sur une longueur de 17.78 mètres,
- A l'Est, au surplus de la future parcelle AV n°18-b, sur une longueur de 2.06 mètres.

L'ensemble formant une superficie de 36 m² compris entre :

- La cote 70.44m NVP correspondant à la sous face de la dalle du balcon du 2^{ème} étage pour la délimitation basse,
- La cote 93.30m NVP correspondant au dessus de la casquette du balcon du 9^{ème} étage pour la délimitation haute.

Telle que cette emprise figure sous trame hachurée rouge aux plans ci-annexés.

Le droit réel de jouissance spéciale est accordé, sous réserve des règles d'ordre public, tant que l'immeuble existe et que le débord des balcons est en place. Il perdurera en cas de démolition de l'immeuble suite à un sinistre et en cas de reconstruction à l'identique.

Figure 12 : Extrait de la note technique relative à la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale des balcons.

CECI EXPOSE

Le SYNDICAT DES COPROPRIETAIRES en s'obligeant et en obligeant tous ayants droits, et propriétaires successifs,

Ainsi qu'à tous ayant droits, et propriétaires successifs,

Un droit réel conférant le bénéfice d'un droit de jouissance spécial, sur une partie de la parcelle sise à XXX,

Figurant au cadastre :

- Section BK n°369 pour une contenance de 21 ares 45 centiares

Dont les emprises, au sol et en élévation, figurent aux plans ci-annexés,

Ce droit réel de jouissance permettra à XXXX de procéder ou de faire procéder, en façades du bâtiment lui appartenant sur la parcelle cadastrée Section BK, numéro 22, lieudit XXXX, pour une contenance de vingt-deux ares quatre-vingt-treize centiares (00ha 22a 93ca) et en surplomb, sur partie de la parcelle cadastrée section BK n°369 pour une contenance de 21 are 45 centiares,

A la pose d'un isolant thermique extérieur, aux emplacements figurant sous teinte au plan ci-annexé.

Cet isolant sera d'une épaisseur d'environ 20 centimètres.

Ce droit réel de jouissance, comprendra en outre, le droit de poser tout échafaudage, ou autre, permettant l'installation, la pose, l'entretien, la réparation, voire le remplacement, dudit isolant thermique.

Ce droit sera opposable aux propriétaires successifs des parcelles sises, savoir : XXXX

Ce droit s'exercera aux seuls frais de son bénéficiaire à charge pour lui de remettre les lieux en l'état dans lequel il les a trouvés. Le bénéficiaire devra en outre prendre et faire prendre toute mesure afin que la pose des échelles et échafaudages soit effectuée selon les règles de l'art par des personnes qualifiées et agissant dans le cadre de leurs activités professionnelles.

Ce droit de jouissance spéciale ci-dessus conféré, existera tant que l'immeuble édifié sur la parcelle cadastrée Section BK, numéro 22, lieudit XXXX, pour une contenance de vingt-deux ares quatre-vingt-treize centiares (00ha 22a 93ca) auquel il profite, existera.

CHARGES ET CONDITIONS

La présente constitution de droit réel de jouissance a lieu sous les charges et conditions ordinaires et de droit en pareille matière et particulièrement sous les conditions relatives aux présentes.

ABSENCE D'INDEMNITE

Cette constitution de droit réel de jouissance est consentie sans aucune indemnité.

EVALUATION

Pour la perception de la taxe de publicité foncière au taux de l'article 678 du Code général des impôts et celle de la contribution de sécurité immobilière, les présentes sont évaluées à [REDACTED].

Figure 13 : Extrait d'un acte constitutif de droit réel de jouissance spéciale pour une isolation extérieure de bâtiment.

I.2.6 La convention de commodat ou prêt à usage.

Le prêt à usage est le contrat par lequel un prêteur remet à titre gratuit une chose à un emprunteur afin qu'il s'en serve. L'emprunteur disposera seulement d'un usage temporaire de la chose et s'engagera à la restituer au prêteur à l'issue du prêt.

Le prêt à usage peut porter sur n'importe quelle sorte de bien dès lors qu'il n'est pas consommable. Si le bien a vocation à disparaître par l'usage que l'emprunteur en fera alors il sera qualifié comme prêt de consommation.

Ce prêt pourra être consenti pour une durée indéterminée. **Il n'emporte aucun transfert de la propriété au profit de l'emprunteur. L'emprunteur dispose de la qualité de détenteur précaire qui l'oblige à utiliser la chose mise à sa disposition en respectant l'usage consenti par la convention ou par la nature de l'objet¹³².**

À l'issue du prêt, le bénéficiaire devra remettre la chose dans l'état où elle se trouvait à l'origine du prêt. Si le prêt est réalisé pour une durée indéterminée, la jurisprudence a admis que le prêteur pouvait résilier le prêt à tout moment.

Dans le cadre de notre étude, la convention de prêt pourra être réalisée pour une cession gratuite de l'usage du fond empiété. Cette convention devra néanmoins contenir une clause de durée afin de sécuriser l'isolation extérieure, et ce en cas de litige avec le fond voisin. Cette solution reste néanmoins une solution précaire.

¹³²Article 1880 du Code civil.

Conclusion :

Au regard de la lecture des différentes parties, nous pouvons considérer que ce sujet, lié aux empiètements aériens, est assez complexe dans son approche. Il fait référence à une partie juridique très fournie émanant de différentes juridictions.

In fine, ce mémoire fait appel à différentes compétences transmises lors de mes formations et de mon stage. Il fait référence à un ensemble de lectures bibliographiques et juridiques, ainsi qu'à plusieurs échanges avec des professionnels.

L'étude développée au sein de ce mémoire n'est en aucun cas limitative quant aux solutions mises en exergue.

Le rôle du géomètre-expert, dans les situations d'empiètement aérien, devient essentiel. Il veille à proposer des solutions amiables et régule les situations. Ces démarches veilleront à prévenir les actions en justice.

Si l'une des parties ne souhaite pas régulariser l'empiètement alors, à la demande de la partie la plus diligente, le juge pourrait être amené à prononcer des solutions extrêmes (démolition de l'empiètement).

Les géomètres-experts, étant au plus près de la problématique, ont donc un rôle à jouer, avant et pendant le conflit résultant d'un débord aérien.

Ainsi, au regard de l'analyse effectuée, la meilleure solution reste la prescription acquisitive, avec la contrainte de temps associé. Le voisin plaignant ayant eu trente ans pour porter réclamation. L'espace empiétant sur le fonds du voisin deviendra la propriété du fonds empiétant. Le voisin se verra toujours conserver la propriété du dessous et du dessus, appendice déduit bien sûr.

Néanmoins, la pratique professionnelle préférera la création d'un droit réel de jouissance spéciale pour régulariser l'empiètement né d'une isolation par l'extérieur.

Les solutions ainsi proposées pourront potentiellement être adaptées.

Le Conseil Constitutionnel, qui ne s'est jamais prononcé sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'empiètement, rappelle néanmoins « *qu'il appartient au législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour fixer les principes fondamentaux de la propriété et des droits réels, de définir les modalités selon lesquelles les droits des propriétaires de fonds voisins doivent être conciliés ; que la mitoyenneté des murs séparatifs est au nombre des mesures qui tendent à assurer cette conciliation* ¹³³ ».

Enfin, la solution la plus pragmatique reste la solution relative à l'intervention du législateur, comme cela se fait en Allemagne et Italie. En France, cela pourrait permettre d'assouplir les textes liés aux empiètements aériens, mais aussi chercher à organiser les modalités et les conséquences juridiques des empiètements dans un cadre plus global.

À l'heure d'une potentielle réorganisation du système juridique français, celle-ci amènera peut-être la profession à se pencher sur de nouvelles compétences en plus du devoir de conseil. En effet, nous pourrions penser qu'à l'avenir, le géomètre-expert pourrait chercher à agir en tant que médiateur de conflit et veillerait, si le dommage était minime, à la régularisation de la situation.

¹³³Cons. const, 10 novembre 2011, décision n°2011-193 QPC, Mme Jeannette R, épouse D, considérant 4.

Bibliographie

OUVRAGES IMPRIMES

BOULISSET P, CHANVILLE V. Relations et conflits de voisinage: servitudes, mitoyenneté, bornage, permis de construire, nuisances. 2017. p. 540.

COMMISSION IMMOBILIER DE L'ORDRE DES GEOMETRES-EXPERTS. La division en volumes. 2012. (Repères Experts). p. 85.

DRUFFIN-BRICCA S, HENRY L-C. Mémentos LMD: Droit des biens. 7e éd. Gualino; 2017. p. 243.

DRUFFIN-BRICCA S. Droit des biens: Propriété individuelle - Propriété collective - Propriété démembrée. 2017. p. 248.

LAPORTE LECONTE S. Relations et conflits entre fonds voisins: délimitation, mitoyenneté, empiètement. Compagnie des Experts de Justice, Géomètres-Experts, Estimateurs Fonciers et Experts en copropriété près les cours d'appel de PARIS et de VERSAILLES; 2013 avril. p.85.

OUVRAGES ELECTRONIQUES

Branlard J-P. Mémentos LMD - Droit civil : introduction au droit 2016-2017 Ed. 4 [Internet]. Gualino; 2016 [cité 22 mars 2018]. Disponible sur: <http://univ.scholarvox.com.proxybib.cnam.fr/catalog/book/docid/88834142?searchterm=droit%20civil>.

Clerc-Foechterlin P. L'essentiel du Droit immobilier Ed. 7 [Internet]. Gualino; 2017 [cité 22 mars 2018]. Disponible sur: <http://univ.scholarvox.com.proxybib.cnam.fr/catalog/book/docid/88841824?searchterm=g%C3%A9om%C3%A8tre>.

DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER O. Droit administratif des biens Ed. 13 [Internet]. 13ème. 2017 [cité 27 févr 2018]. 255 p. (MÉMENTOS LMD). Disponible sur: <http://univ.scholarvox.com.proxybib.cnam.fr/reader/docid/88848170/page/11?searchterm=droit%20des%20biens>.

Druffin-Bricca S. L'essentiel du droit des biens Ed. 10 [Internet]. Gualino; 2017 [cité 22 mars 2018]. Disponible sur: <http://univ.scholarvox.com.proxybib.cnam.fr/catalog/book/docid/88841696?searchterm=droit%20des%20biens>.

ARTICLES PAPIERS

BOTREL E. Usucapion: Du fait au droit de la possession à la prescription. Géomètre. févr 2017. p.32- p.35.

PAINCHAUX M. Usucapion: Prescription acquisitive et servitudes. Géomètre. févr 2017. p.32- p.40.

NOTES PAPIERS

LAPORTE LECONTE S. Note d'analyse: Servitude de surplomb conventionnelle. ICH; 2013. p.7.

PERINET-MARQUET H. Projet: Note relative à la validation d'une servitude de surplomb. 2012. p.8.

NOTICES ELECTRONIQUES

ADEME. Les chiffres clés du bâtiment Énergie - Environnement. 2013. Disponible sur: <http://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/fiche-ravalement-refection-toiture-amenagement-travaux-isolation.pdf>. (consulté le 21 mars 2018).

CHEUVREUX NOTAIRES. Tableau synoptique bail emphytéotique et bail à construction. CHEUVREUX NOTAIRES; 2013. Disponible http://www.cheuvreux-notaires.fr/infos-juridiques/fiches-pratiques/_fichespratiques_tableau_synoptique_bail_emphyteotique_et_bail_a_construction_rle_17052013_cheuvreux-notaires.f_.pdf. (consulté le 22 février 2018).

MINISTERE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE ET LE MINISTERE DE LA COHESION DES TERRITOIRES. Ravalement, rénovation de toiture, aménagement de pièces. Janvier 2018. Disponible sur : <http://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/fiche-ravalement-refection-toiture-amenagement-travaux-isolation.pdf>. (consulté le 14 février 2018).

SAINT GENIEST C, MOYA K. Le droit réel de jouissance spéciale: un nouvel outil de valorisation du patrimoine? Option Finance N°1322. 15 juin 2015. Disponible sur : <http://www.jeantet.fr/wp-content/uploads/2015/06/OF-1322EE-p28-29.pdf>. (consulté le 24 mars 2018).

MÉMOIRES ET TRAVAUX DE FIN D'ÉTUDES

BARRAND R. Étude juridique du projet de réforme du livre II du code civil sous l'angle des servitudes. [Mémoire présenté en vue d'obtenir le diplôme MASTER CNAM, spécialité Géomètre et Topographe]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2015. p.62.

BIGUET V. Mise en place des servitudes adaptées aux sports de montagne. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2017. p.83.

BLANCHARD L. Les enjeux pour le géomètre-expert des interactions entre bornage et servitudes. [Mémoire présenté en vue d'obtenir le diplôme de Master Identification, Aménagement et Gestion du Foncier]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2015. p.64.

CAUCAL L. Servitudes et expertise (judiciaire ou amiable) du géomètre-expert. [Mémoire présenté en vue d'obtenir le diplôme d'ingénieur CNAM spécialité : Géomètre Topographe]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2013. p.124.

DUTILLEUL E. Existence et analyse de l'extinction de la servitude par le Géomètre-Expert [Mémoire présenté en vue d'obtenir le diplôme national de master du CNAM mention Identification, Aménagement et Gestion du Foncier]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2017. p.74.

GRAMMENAND A. Comment maîtriser le support foncier des projets immobiliers, de constructions neuves, de bâtiments collectifs, en milieu densément bâti? [Mémoire présenté en vue de l'obtention du titre de géomètre-expert foncier D.P.L.G.]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2013. p.88.

MEJEAN P. L'indemnisation des servitudes de passage dans leur établissement et leur aggravation [Mémoire présenté en vue d'obtenir le diplôme de master sciences, technologies, santé spécialisation identification, Aménagement et Gestion du Foncier]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2016. p.93.

MINOT B. Servitudes et usages lors de la mise en copropriété d'un bâtiment existant. [Mémoire présenté en vue de l'obtention du titre de Géomètre-Expert foncier D.P.L.G.]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2015. p.121.

ÖZFIDAN D. L'obtention d'un permis de construire en milieu urbain dense à Paris. Le devoir de conseil du Géomètre-Expert face aux évolutions règlementaire et ses limites. [Mémoire présenté en vue de l'obtention du titre de Géomètre-Expert foncier D.P.L.G.]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2015. p.132.

ROLLAND J. Servitudes de droit privé; comment prévenir les conflits? [Mémoire présenté en vue de l'obtention du titre de Géomètre-Expert foncier D.P.L.G.]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2014. p.97.

ROULLIER O. La division en volumes est-elle la solution face aux difficultés de la copropriété à deux ? [Mémoire présenté en vue de l'obtention du titre de Géomètre-Expert Foncier D.P.L.G.]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2016. p.69.

VEDRENNE S. L'indemnisation des servitudes privées, servitudes de passage. [Mémoire de travail de fin d'étude en vue de l'obtention du diplôme d'ingénieur de l'ESGT]. [LE MANS]: École Supérieure des Géomètres et Topographes; 2005. p.84.

TEXTES SUPRA LÉGISLATIFS

Constitution de la V^e République, 1958 (et préambule 1946).

Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789.

TEXTES LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES

Code civil.

Code de l'énergie.

Code de l'environnement.

Code de l'urbanisme.

Code de la construction et de l'habitation.

Code de la voirie.

SITES WEB

Cegibat G. Loi de transition énergétique : objectifs et impacts sur le bâtiment [Internet]. Cegibat.fr. [cité 30 mars 2018]. Disponible sur: <https://cegibat.grdf.fr/reglementation-energetique/loi-transition-energetique-batiment>.

CRESTA J. Question n°63300 - Assemblée nationale [Internet]. [cité 28 févr 2018]. Disponible sur: <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-63300QE.html>.

DANOS F. Le caractère temporaire du droit réel de jouissance spéciale consenti sur la durée de vie de la personne morale bénéficiaire | Lextenso.fr [Internet]. [cité 19 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.lextenso-fr.proxybib.cnam.fr/lextenso/ud/urn%3ARDC113y4>.

DE VOMÉCOURT A. Droit immobilier : Démolition pour empiètement sur la propriété voisine [Internet]. Le Petit Juriste. 2016 [cité 5 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.lepetitjuriste.fr/breves/droit-immobilier-demolition-empietement-proprie-voisine/>.

DELANDE O, ROOY J. [N° 590] - Tribune libre : isolation par l'extérieur grâce à la création d'une servitude de surplomb [Internet]. [cité 7 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.informationsrapidesdelacopropriete.fr/marche-de-l-immobilier/2084-nd-590-tribune-libre-isolation-par-lexterieur-grace-a-la-creation-dune-servitude-de-surplomb>.

DRIEA Île-de-France- Direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement. Plan de rénovation énergétique : lancement de la concertation régionale [Internet]. 2018. Disponible sur: <http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/plan-de-renovation-energetique-lancement-de-la-a5396.html>.

Energie Q. Isolation des murs par l'extérieur : le coût des travaux [Internet]. QuelleEnergie. [cité 29 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.quelleenergie.fr/magazine/isolation/isolation-murs-exterieur-cout-travaux-47671/>.

HAINAUT J. [N°619] - Petit lexique de la rénovation en copropriété [Internet]. [cité 7 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.informationsrapidesdelacopropriete.fr/zoom-sur-une-actu/3130-nd619-petit-lexique-de-la-renovation-en-copropriete>.

HAINAUT J. [N°625] - Le diagnostic technique global [Internet]. [cité 7 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.informationsrapidesdelacopropriete.fr/zoom-sur-une-actu/3679-n-625-le-diagnostic-technique-global>.

IMBERT C, MADIOUNI D, VINCENT J-M. Isolation thermique par l'extérieur : 40 questions - 40 réponses [Internet]. 2011. Disponible sur: http://www.driea.ile-de-france.developpement-durable.gouv.fr/isolation-thermique-par-l-exterieur-40-questions-a1488.html?id_rubrique=70.

JOUANNO, GUERRIAU, TANDONNET, DÉTRAIGNE, MARSEILLE. Amendement – En Séance | Sénat [Internet]. [cité 7 févr 2018]. Disponible sur: https://www.senat.fr/enseance/2014-2015/264/Amdt_643.html.

MOYA K. Le droit réel de jouissance spéciale : confirmation, contours et limites temporelles [Internet]. Le Petit Juriste. 2015 [cité 5 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-civil/le-droit-reel-de-jouissance-speciale-confirmation-contours-et-limites-temporelles/>.

TIXIER J-L. CMS | Publication | Le bail réel immobilier [Internet]. <https://cms.law/fr>. [cité 21 févr 2018]. Disponible sur: <https://cms.law/fr/FRA/Publication/Le-bail-reel-immobilier>.

TIXIER J-L. CMS | Publication | Le renouveau de l'emphytéose [Internet]. <https://cms.law/fr>. [cité 21 févr 2018]. Disponible sur: <https://cms.law/fr/FRA/Publication/Le-renouveau-de-l-emphyteose>.

TRAVELY B, MEILLER É, COLLARD F. Servitude - Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale - Etude Questions-réponses et formule rédigées par Benjamin Traveley et Éric Meiller et Fabrice Collard - Lexis 360® [Internet]. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière. 2015 [cité 1er févr 2018]. Disponible sur: http://www.lexis360.fr/proxybib.cnam.fr/document?docid=PS_KPRES-487457_0KU1.

Fasc. 40 : DOMAINE PUBLIC TERRESTRE - Lexis 360® [Internet]. JurisClasseur Propriétés publiques. 2011 [cité 6 avr 2018]. Disponible sur: http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-113129_0KSO.

Cour d'appel, Versailles, 1re chambre, 1re section, 25 Avril 2013 – n° 11/04370 - Lexis 360® [Internet]. 2013 [cité 22 mars 2018]. Disponible sur: http://www.lexis360.fr/document?docid=JK_KJ-0864824_0KRJ.

Propriété - Précisions sur le droit de jouissance spéciale - Commentaire par Maxime Julienne et Julien Dubarry - Lexis 360® [Internet]. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière. 2015 [cité 16 avr 2018]. Disponible sur: http://www.lexis360.fr/document?docid=PS_KPRES-473546_0KU1.

Fasc. 251-30 : LE DROIT DE SUPERFICIE - Lexis 360® [Internet]. JurisClasseur Construction - Urbanisme. 2016 [cité 5 avr 2018]. Disponible sur: http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-168135_0KRQ.

L'affaire Maison de Poésie et la durée des droits de jouissance spéciale : suite... et éternité ? | Lextenso.fr [Internet]. lextenso-fr. 2018 [cité 23 janv 2018]. Disponible sur: <https://www.lextenso.fr/proxybib.cnam.fr/lextenso/ud/urn%3AGPL282a7>.

Accueil | Légifrance, le service public de l'accès au droit [Internet]. [cité 31 janv 2018]. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

Aides spécifiques [Internet]. [cité 28 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.paris.fr/services-et-infos-pratiques/urbanisme-et-architecture/demandes-d-autorisations/aides-specifiques-2229>.

Arrêt n° 894 du 8 septembre 2016 (14-26.953) - Cour de cassation - Troisième chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2016:C300894 | Cour de cassation [Internet]. [cité 16 avr 2018]. Disponible

sur: https://www.courdecassation.fr/publications_26/arrets_publices_2986/troisieme_chambre_civile_3171/2016_7404/septembre_7669/894_8_35006.html.

Audit énergétique : votre copropriété l'a-t-elle déjà réalisé ? - Fnaim.fr [Internet]. [cité 2 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.fnaim.fr/3488-audit-energetique-votre-copropriete-l-a-t-elle-deja-realise-.html>.

Dalloz.fr | AJDI [Internet]. Disponible sur: http://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2013/0522&ctxt=0_YSR0MT1zZXJ2aXR1ZGUgc3VycGxvbWLCp3gkc2Y9cGFnZS1yZWNoZXJjaGU=&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PcKncyRzbe5iUGFnPTIwwqdzJGlzYWJvPVRydWXCp3MkcGFnaW5nPVRydWXCp3Mkb25nbGV0PcKncyRmcmVlc2NvcGU9RmFsc2XCp3Mkd29JUZ1GYWxzZcKncyRicT0=&nrf=0_TGlzdGU=.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 | Légifrance, le service public de l'accès au droit [Internet]. [cité 14 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

Décret n° 2016-711 du 30 mai 2016 relatif aux travaux d'isolation en cas de travaux de ravalement de façade, de réfection de toiture ou d'aménagement de locaux en vue de les rendre habitables | Legifrance [Internet]. [cité 2 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/5/30/LHAX1613394D/jo>.

La boîte à outils de la rénovation énergétique en copropriété / 3 - Prebat 2 [Internet]. [cité 28 févr 2018]. Disponible sur: <https://www.prebat.net/?-218>.

Les problèmes juridiques posés par les surplombs du domaine public routier [Internet]. [cité 7 févr 2018]. Disponible sur: <http://www.environnement-magazine.fr/archives-em/article/2013/06/01/24094/les-problemes-juridiques-poses-par-les-surplombs-domaine-public-routier.php>.

Loi de Transition Énergétique : les nouvelles obligations - Fnaim.fr [Internet]. [cité 2 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.fnaim.fr/3841-loi-de-transition-energetique-les-nouvelles-obligations.html>.

Loi de transition énergétique pour la croissance verte [Internet]. Ministère de la Transition écologique et solidaire. [cité 1er mars 2018]. Disponible sur: [/loi-transition-energetique-croissance-verte](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2015/7/14/ECO1510001L/JO).

Qu'est-ce qu'un droit réel ? définition, régime, démembrement - Cours de droit [Internet]. [cité 20 févr 2018]. Disponible sur: <http://www.cours-de-droit.net/qu-est-ce-qu-un-droit-reel-definition-regime-demembrement-a128145298>.

Rénovation énergétique : comment mener à bien ses travaux ? - Fnaim.fr [Internet]. [cité 2 mars 2018]. Disponible sur: <https://www.fnaim.fr/3419-renovation-energetique-comment-mener-a-bien-ses-travaux-.html>.

Retour d'expérience : le cas problématique de l'empiètement sur la parcelle voisine [Internet]. UNARC. [cité 28 févr 2018]. Disponible sur: <https://arc-copro.fr/documentation/retour-dexperience-le-cas-problematique-de-lempietement-sur-la-parcelle-voisine>.

Table des annexes

Annexe 1 Exemple de convention créant une servitude de surplomb.....	57
--	----

Annexe 1

Exemple de convention créant une servitude de surplomb¹³⁴

CONVENTION SERVITUDE D'EMPIETEMENT

Entre le syndicat des copropriétaires du....., représenté par le cabinet
..... - en la personne de....., gestionnaire de l'immeuble.
Et le syndicat des copropriétaires du....., représenté par le cabinet
..... - en la personne de....., gestionnaire de l'immeuble.

OBJET

La présente convention établit les modalités de mise en place d'une servitude d'empiètement préalablement à l'isolation thermique par l'extérieur du pignon de l'immeuble sis75013 PARIS, construit sur la parcelle référencée au cadastre sous le numéro..... D'une épaisseur decm, l'isolant empiètera de manière permanente sur la parcelle privée occupée à ce jour par la copropriété du75013 PARIS et référencée au cadastre sous le numéro

En annexe, le projet du maître d'œuvre voté lepar les copropriétaires du75013 PARIS

Il est convenu ce qui suit :

Article 1 : Durée

La servitude d'empiètement est consentie à titre perpétuel au profit du syndicat des copropriétaires du ; elle liera l'acquéreur en cas de déclassement ou de cession de la parcelle auquel elle devra être transmise en cas de vente des parcelles et/ou bâtiments concernés ; elle ne saurait être modifiée ou abandonnée qu'après accord des parties concernées ou de leurs ayant-droit.

Néanmoins, en cas de surélévation des bâtiments existants ou de réalisation de nouvelles constructions sur la parcellecontigüe à la parcelle et si cela se révélait techniquement nécessaire, le syndicat s'engage pour lui-même ou ses ayant-droit à retirer à ses frais en partie ou en totalité l'isolation thermique du pignon. La copropriété du s'engage à ne pas demander cette suppression dans les dix années suivant la signature de la convention et cet engagement liera l'acquéreur en cas de déclassement ou de cession de la parcelle.....

Article 2 : Indemnités

La servitude d'empiètement est accordée à titre gracieux par la copropriété du ou le propriétaire de la parcelledurant toute la durée de la convention.

Article 3 : Entretien

Les dégradations occasionnées sur la parcellepar le chantier d'isolation du pignon seront à la charge de la copropriété du

Après les travaux d'isolation, la copropriété duou le propriétaire de la parcelle consent au propriétaire de l'immeuble.....une servitude de tour d'échelle pour l'entretien du pignon à la charge de ce dernier, les dégradations occasionnées sur le pignon isolé qui ne relèveraient pas d'un défaut d'entretien courant étant à la charge du propriétaire de la parcelle voisine.

Fait à Paris en deux exemplaires, le

....., gestionnaire pour le syndicat des copropriétaires du 75013 PARIS :

....., gestionnaire pour le syndicat des copropriétaires du 75013 PARIS :

¹³⁴ Source : <https://www.prebat.net/IMG/pdf/-90.pdf>

Liste des figures

Figure 1 : Schéma des évolutions législatives traitant des énergies et des bâtiments.	7
Figure 2 : Tableau des exigences de performance thermique minimale après travaux d'isolation extérieure des murs valables depuis le 1er janvier 2018 ²⁰	10
Figure 3 : Carte des zones climatiques Françaises ²¹	10
Figure 4 : Schéma de principe de l'accession d'après l'article 555 du Code civil.	19
Figure 5 : Schéma de principe d'un empiètement.	19
Figure 6 : Vue en coupe d'un empiètement.	19
Figure 7 : Schéma synthétique de la prescription acquisitive ou de l'usucapion.	28
Figure 8 : Schéma de principe de l'évolution de la jurisprudence concernant la création des servitudes de surplombs régularisant des empiètements aériens.	30
Figure 9 : Image tirée du plan de division en volumes : Coupe partielle AA'.	41
Figure 10 : Image tirée de l'état descriptif de division en volume.	41
Figure 11 : Image d'une coupe, matérialisant un droit réel de jouissance spéciale (hachuré en rouge).	46
Figure 12 : Extrait de la note technique relative à la constitution d'un droit réel de jouissance spéciale des balcons.	47
Figure 13 : Extrait d'un acte constitutif de droit réel de jouissance spéciale pour une isolation extérieure de bâtiment.	48

La régularisation des débords aériens causés par l'isolation extérieure.

Mémoire de Master C.N.A.M., LE MANS 2018

RESUME

Le contexte de l'étude fut envisagé par la nature des activités réalisées au sein d'un cabinet de Géomètres-Experts parisien, sollicité de nombreuses fois par an, afin de conseiller ses clients sur la convention à élaborer pour viabiliser juridiquement un débord de bâtiment sur des fonds appartenant à des tiers.

Ces sollicitations furent accentuées dans le cadre de la loi de transition énergétique du 17 août 2015, qui définit que tout bâtiment privé résidentiel dont la consommation est supérieure à 330 Kwh d'énergie primaire par m² et par an doit faire l'objet d'une rénovation énergétique d'ici 2025. S'ajoute à cela un décret du 30 mai 2016, venant obliger la réalisation d'une isolation thermique, lors d'importants travaux de ravalement.

Dans les faits et pour se conformer à la loi, les propriétaires ont recours à des travaux d'isolation qui passent généralement par une isolation extérieure du bâtiment, pouvant mener à un débord sur le fonds d'un tiers lorsque l'isolation se fait sur mur pignon, formant limite de propriété.

Afin d'encadrer et sécuriser ces débords, le cabinet propose la réalisation de convention avec les tiers concernés en association avec des acteurs juridiques (notaires, avocat, syndic...). Les conventions actuellement proposées par le cabinet et les différents acteurs posent néanmoins une incertitude juridique en cas d'examen par le juge.

Cette étude portera sur les solutions juridiques permettant de régulariser le débord aérien. Le but étant de garantir sa pérennité dans le temps en visant à limiter la requalification de l'isolation extérieure en empiètement sur le fonds voisin.

Mots clés : Servitude de surplomb, convention, empiètement, loi de transition énergétique, isolation extérieure, débord.

SUMMARY

The context of the study was envisaged by the nature of the activities carried out within a surveyor's office from Paris, solicited numerous times a year, to advise its customers on the convention to be elaborated to provide legal viability for an overflow of building on funds belonging to third parties.

These requests were reinforced in the context of the energy transition law of 17 August 2015, which stipulates that any private residential building whose consumption exceeds 330 Kwh of primary energy per m² per year must undergo an energy renovation by 2025. In addition, since May 30, 2016, the realization of thermal insulation must be carried out in case of renovation work.

The owners realize an exterior insulation which can lead to an overhang on the fund of a third when the insulation is done in limit of ownership.

In order to supervise and secure these overflows, the office proposes the realization of an agreement with the third parties concerned in association with the legal actors (notaries, lawyers, syndic ...). The current agreements proposed by the office and the different actors are a legal uncertainty in case of examination by the judge.

This study focuses on legal solutions to regulate air overflows. The objective is to ensure long-term survival by limiting the requalification of the outer insulation in encroachment.

Key words : Easement of overhang, convention, encroachment, law of energy transition, external insulation, overflow.