UNIVERSITÉ DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE LA SOCIÉTÉ : TERRITOIRES, ECONOMIE ET DROIT - SSTED

Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire François-Rabelais (IRJI)

THÈSE présentée par :

Antoine CHAUSFOIN

soutenue le : **13 décembre 2021**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Tours**

Discipline / Spécialité : Droit privé

LE VOLUME IMMOBILIER

THÈSE dirigée par :

Monsieur CAYROL Nicolas	Professeur, Université de Tours

PRESIDENT DU JURY :

Monsieur DROSS William	Professeur, Université Lyon III Jean Moulin

RAPPORTEURS :

Madame FAURE-ABBAD Marianne	Professeure, Université de Poitiers
Madame REBOUL-MAUPIN Nadège	Maître de conférences (HDR), Université Paris-Saclay

---

JURY :

Monsieur CAYROL Nicolas	Professeur, Université de Tours
Monsieur DANOS Frédéric	Professeur, Université de Tours
Monsieur DROSS William	Professeur, Université Lyon III Jean Moulin
Madame FAURE-ABBAD Marianne	Professeure, Université de Poitiers
Madame REBOUL-MAUPIN Nadège	Maître de conférences (HDR), Université Paris-Saclay

L’Université de Tours n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je tiens à remercier en premier lieu Monsieur le Professeur Yannick Trémorin qui, par ses enseignements et les nombreuses discussions qui les ont poursuivis, m'a donné le goût de la matière. Je le remercie de m'avoir transmis l'envie de m'engager dans cette longue aventure qu'est la thèse et de m'avoir guidé pendant ces années.

Je souhaite ensuite remercier Monsieur le Professeur Nicolas Cayrol. Il a su m'aider à trouver les ressources nécessaires afin de mener à bien ce travail lorsque j'en doutais et s'est toujours soucié de son avancée. Outre son soutien, sa disponibilité et sa bienveillance, ses enseignements ont été source d'une grande richesse.

Je tiens également à remercier Sophie qui, par l'aide inconditionnelle qu'elle m'a apporté, a contribué bien plus qu'elle ne peut l'imaginer à l'aboutissement de ce travail.

Enfin, je souhaite remercier ma mère et ma grand-mère. Elles m'apportent depuis toujours un soutien indéfectible sans lequel je n'aurais jamais pu – ne serait-ce qu'envisager – reprendre mes études.

Le volume immobilier

Liste des principales abréviations

Actes prat. Ing. Immobilière : Actes pratiques et ingénierie immobilière
Adde : ajouter
AFDA : Association Française pour la recherche en Droit Administratif
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
AJDI : Actualité juridique de droit immobilier
AJPI : Actualité juridique de la propriété immobilière
Arch. Phil. Droit : Archives de philosophie du droit
Ass. Plen. : Assemblée Plénière de la Cour de cassation
BEA : Bail emphytéotique administratif
BJCP : Bulletin juridique des contrats publics
BJDU : Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
Bull. Civ. : Bulletin des arrêts d'une chambre civile de la Cour de cassation (le numéro de la formation est précisé)
Bull. Cridon : Bulletin du Cridon
CAA : Cour administrative d'appel
Cass. civ. : Chambre civile de la Cour de cassation (Numéro de la Chambre précisé)
Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCH : Code de la construction et de l'habitation
CE : Conseil d'État
CEDH : Cour européenne des Droits de l'Homme
CGPPP : Code général de la propriété des personnes publiques
chron. : Chronique
coll. : collection
Comm. : Commentaire
Cons. Cons. : Conseil Constitutionnel
concl. : Conclusions
D. : Dalloz (Recueil)
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
dir. : sous la direction de
doctr. : Doctrine
D.P. : Recueil Périodique et Critique Dalloz
Droit et Pat. : Droit et patrimoine
Dr. et ville : Droit et ville
éd. : édition
Fasc. : fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais

GRECCO : Groupe de recherche sur la copropriété
GRIDAUH : Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat
ibid. : *ibidem* (cité à la référence précédente)
in : dans
Inf. Rap. Copr. : Informations Rapides de la Copropriété
infra : au-dessous de
I.R. : Informations rapides
JCP : Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique)
JCP G: Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique édition générale)
JCP N : Juris-Classeur Périodique (Semaine Juridique édition notariale)
JORF : Journal officiel de la République française
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
Loyers et copro : Loyers et Copropriété
LPA : Les petites affiches
n° : numéro
obs. : Observations
op. cit. : *opere citato* (dans l'ouvrage cité)
p. : page
prat. : pratique
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France
RDC : Revue des contrats
RDI : Revue de droit immobilier
RDP : Revue de droit public
Rev. Loyers : Revue des loyers
RFDA : Revue française de droit administratif
RJEP : Revue juridique de l'économie publique
RLCT : Revue Lamy collectivités territoriales
RLDC : Revue Lamy droit civil
RRJ : Revue de la Recherche Juridique. Droit prospectif
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
s. : et suivant(e)s
S. : Sirey (recueil)
somm. : sommaire
spéc. : spécialement
s*upra* : au-dessus de
TGI : Tribunal de grande instance
VEFA : vente en l'état futur d'achèvement

Sommaire

Introduction

Partie 1. De l'approche fonctionnelle au développement conceptuel du volume immobilier

Titre 1. L'approche fonctionnelle du volume immobilier : recherche d'un mode alternatif de la division de l'immeuble

Chapitre 1. Le constat : la nécessité d'un mode alternatif de division de l'immeuble collectif

Chapitre 2. La solution : l'organisation collective de volumes immobiliers indépendants

Titre 2. Le développement conceptuel du volume immobilier : du rattachement superficiaire à la caractérisation de l'immeuble par nature

Chapitre 1. La généralisation du volume immobilier à titre d'objet issu de la division de l'immeuble

Chapitre 2. La redéfinition de la notion d'immeuble par nature par le prisme du volume immobilier

Partie 2. Analyse critique de la généralisation du volume immobilier

Titre 1. La réduction conceptuelle du volume immobilier : un fonds superficiaire

Chapitre 1. La propriété du fonds de terre, irréductible au volume d'espace

Chapitre 2. L'existence de principe du volume immobilier à titre de fonds superficiaire

Titre 2. Le fonds superficiaire : une catégorie spécifique de propriété superficiaire

Chapitre 1. Les contradictions apportées à la généralisation de la propriété superficiaire volumétrique

Chapitre 2. Tentative de délimitation du champ d'application du fonds superficiaire

Conclusion générale

À la mémoire de mon grand-père

« *L'homme est vertical. S'il a les pieds dans l'herbe, il a facilement la tête dans les nuages. Il lui arrive aussi de visiter les enfers. Bien sûr, ce sont là des images, ou des fables. Bizarrement, la propriété foncière connaît aussi ce genre d'imagination. Certains aiment en elle l'idée de l'infini qu'elle donne.* »

Yannick Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de la propriété foncière », *in Mélanges – Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427.

INTRODUCTION

I. NOTION DE VOLUME IMMOBILIER

1. Acceptions diverses du volume dans la langue française. La présente étude porte sur le volume immobilier. Le terme de « volume » connaît une diversité de significations selon les domaines auxquels il est susceptible de s'appliquer[1]. Au gré des acceptions, dont la liste ne sera pas exhaustive, une analogie peut déjà être établie dans son utilisation spécifique en matière juridique, dans laquelle il caractérise un contenant qui se retrouve parfois faire partie d'un ensemble plus grand. Ainsi, dans le domaine littéraire, il représente non seulement un ensemble de feuilles ou de cahiers réunis par un procédé matériel[2], mais également un ouvrage spécifique « faisant partie d'une œuvre considérée comme un ensemble »[3].

2. Utilisation de ces diverses acceptions par le droit. La plupart des acceptions du volume se retrouvent dans les textes normatifs. Par exemple, nous pouvons relever que l'article L. 163-5 du Code minier[4] fait référence au volume comme la masse d'eau que débite un cours d'eau[5] alors que l'article 569 du Code civil[6] fait référence au volume comme une quantité de chose spécifique. Cette dernière signification connaît de nombreuses applications pratiques, pouvant aller du volume

1 *Trésors de la langue française informatisé* (ci-après TLFi), *volume*.

2 TLFi, *volume*, I., A. Dans l'antiquité, il représentait ainsi un « ensemble de feuilles manuscrites collées côte à côte et enroulées autour d'un bâtonnet », puis désigne désormais un « ensemble de cahiers (manuscrits, dactylographiés, imprimés) réunis au moyen d'une reliure, d'un brochage ».

3 TLFi, *volume*, I, B, 3.

4 Article L. 163-5 du Code minier : « Dans tous les cas, l'explorateur ou l'exploitant dresse le bilan des effets des travaux sur la présence, l'accumulation, l'émergence, le volume, l'écoulement et la qualité des eaux de toute nature ».

5 TLFi, *volume*, II, f, α.

6 Article 569 du Code civil : « Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales ».

horaire[7], au volume d'air mobilisé à l'occasion d'un cycle respiratoire[8]. Encore est-il possible de retrouver son sens littéraire[9], lorsque l'article 2431 du Code civil précise que la remise d'un bordereau rendant compte de l'inscription des privilèges et hypothèques aux services de la publicité foncière devra s'accompagner de l'indication du « volume […] sous [lequel] le bordereau destiné aux archives a été classé ». Tous ces usages ne font qu'utiliser les ressources sémantiques d'un mot afin de pouvoir l'appliquer à une situation juridique donnée. Dans ces situations, il n'est pas question de la notion juridique de volume, lorsque celle-ci est spécifiquement saisie par le droit.

3. Acception correspondante au volume immobilier. Le volume, au sens juridique, est issu de l'impulsion du Doyen Savatier qui, selon la formule passée à la postérité, invitait les juristes à « saisir et annexer au droit la troisième dimension d'Euclide »[10]. Il serait alors plus proche de son sens usuel dans lequel il désigne une « portion de l'espace à trois dimensions occupée par un corps ; [une] mesure de cet espace »[11]. En réalité, l'analogie n'est pas encore tout à fait satisfaisante. Sous cette signification, il s'agit de mesurer l'ampleur d'un corps. Or, le volume juridique reste dans l'esprit de son inventeur[12] une pure désignation mathématique, géométrique de l'espace[13]. Le volume au sens juridique est donc une affaire de géométrie dans l'espace[14], ce qui suppose de partir de sa définition mathématique dans laquelle il représente une « figure à trois dimensions, délimitée par plusieurs faces jointives »[15].

4. Réception légale du volume. Les différents codes en vigueur présentent une multitude d'utilisations de ce sens du terme « volume ». À titre d'exemple, l'article L.134-5 du Code minier prévoit que le permis d'exploitation des sites géothermiques « confère un droit exclusif d'exploitation dans un volume déterminé, dit *volume d'exploitation*, défini par un périmètre et deux

---

7 Voir par exemple l'article R. 451-10 du Code de l'éducation, qui traite des « volumes annuels d'heures d'enseignement ».

8 Deuxième annexe du Code des pensions militaires d'invalidité ou des victimes de guerre. Plus précisément, il s'agit de calculer le volume expiratoire/inspiratoire maximum-seconde, c'est-à-dire le « volume gazeux expiré/inspiré pendant la première seconde d'une expiration/inspiration forcée succédant à une expiration/inspiration maximale » (TLFi, *volume*, II, d.).

9 TLFi, *volume*, I, B, 3.

10 R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, chron., p. 213.

11 TLFi, *volume*, II.

12 Le terme est ici pris dans son sens relatif à la découverte d'un trésor. Voir G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Collection Quadrige, PUF, 10e éd., 2014, *inventeur*, 1.

13 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1, spéc., n° 8bis, p. 8 et 9.

14 M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199, spéc., n° 3, p. 200.

15 TLFi, *volume*, II, B, 1.

profondeurs ». Les codes de la construction et de l'habitation et de la santé ainsi que celui de l'action sociale et des familles font tous référence aux volumes que constituent les locaux[16], quand le Code de l'urbanisme l'utilise pour désigner les différentes portions et proportions de bâtiments[17] dont la détermination peut commander celles des limites de hauteur constructible par rapport à l'emprise au sol[18].

4.1. Il ne s'agit pas, là encore, du volume à titre d'objet juridique particulier. Cette utilisation ne se retrouvera que dans la loi du 10 juillet 1965, lorsque son article 28 IV, introduit par la loi du 24 mars 2014[19], précise que « la procédure prévue au présent article [la procédure de scission de la copropriété] peut également être employée pour la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe ». Toujours dans ce cadre spécifique, l'article 1er de cette même loi prévoit, depuis l'ordonnance du 30 octobre 2019[20], qu'un ensemble immobilier est caractérisé lorsque qu'il comprend « outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, […] des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs ». Cette entrée du volume immobilier par la petite porte de notre droit révèle l'imprécision théorique qui va entourer la notion. Le volume ne connaît aucune définition légale. Le législateur accepte seulement la réalité de son existence et la solution qu'il propose en matière de division de l'immeuble collectif. Il ne questionne pas son intégration dans le système global du droit de propriété et des biens.

5. Caractérisation du volume en tant qu'objet juridique. À raisonner à travers le seul prisme de la désignation de la chose visée, il est aisé d'imaginer une définition du volume juridique qui correspond à son approche géométrique. Une définition très générale du volume avait été proposée,

16 Article L. 156-1 du Code de la construction et de l'habitation : « Les logements sont construits en respectant des dimensions minimales de hauteur sous plafond, de surface habitable et de volume habitable » ; article R. 156-1 de ce même Code : « La surface et le volume habitables d'un logement doivent être de 14 mètres carrés et de 33 mètres cubes au moins par habitant prévu lors de l'établissement du programme de construction […] Le volume habitable correspond au total des surfaces habitables ainsi définies multipliées par les hauteurs sous plafond ».

Article D. 6124-478 du Code de la santé publique, qui prévoit un volume minimum des chambres d'hospitalisation selon le nombre de personnes qu'elles sont censées accueillir.

Article D. 312-127 du Code de l'action sociale et des familles à propos des pouponnières à caractère social : « Les chambres ont une superficie minimale de trois mètres carrés et un volume de neuf mètres cubes par enfant ».

17 Article L. 431-2 du Code de l'urbanisme : « Le projet architectural définit, par des plans et documents écrits, l'implantation des bâtiments, leur composition, leur organisation et l'expression de leur volume ainsi que le choix des matériaux et des couleurs ».

18 Article R. 151-39 du Code de l'urbanisme, placé dans un paragraphe de ce code consacré à la « volumétrie et implantation des constructions ».

19 Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, pour l'accès au logement et un l'urbanisme modéré (dite loi ALUR). Cette loi à également introduit l'article 29-8, I, 2° de la loi du 10 juillet 1965, qui prévoit la scission en volumes des copropriétés en difficultés par voie judiciaire.

20 Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis.

selon laquelle il désigne « un espace homogène à trois dimensions ; – toujours défini par des cotes géométriques, limité physiquement dans sa totalité (parois, plafonds, planchers) ou en partie seulement avec ou sans limitation en hauteur ou en tréfonds, ou, enfin, immatériel (volume à bâtir ou volume ne devant recevoir aucune construction) ; affecté à un usage ou à une fonction déterminée ; – jouissant par rapport aux autres volumes d'une certaine autonomie »[21]. Cette définition du volume reste cependant relativement incomplète, dès lors qu'elle laisse poindre le doute quant à la nature réelle de l'objet qu'elle traite[22]. Il ne s'agit ici que d'une traduction dans la pratique juridique de la définition *nominale* du volume au sens géométrique, sans que ne soit abordée la définition *réelle* du volume juridique, renseignant sur ses qualités essentielles et, par conséquent, sur sa nature. On devine néanmoins que, comme à l'occasion de son intégration légale[23], la définition proposée intègre le volume dans le cadre de la réalisation d'une opération immobilière de construction. Ainsi compris, le volume est exclusivement envisagé comme le résultat d'une opération de division d'un ensemble collectif. Or, la division de l'immeuble n'est pas un concept juridique permettant de déterminer, parmi la diversité des solutions théoriques envisageables, la nature du volume immobilier[24]. La définition de la division en volumes permet d'illustrer utilement ces propos.

6. Définition de la division en volumes. Afin d'exposer clairement la technique de division en volumes, les auteurs reprennent généralement la définition proposée par Daniel Sizaire, selon laquelle « la division en volumes est 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 en dessous du sol naturel, chaque fraction

21 P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, « La construction en volumes. Aspects juridiques et techniques posés par les ensembles immobiliers complexes », AJPI, 10 octobre 1981, étude, p. 688, spéc., p. 689.

22 Voir notamment l'obligation du volume de connaître une affectation déterminée et la précision selon laquelle il jouit d'une autonomie relative.

23 Article 28, IV de la loi du 10 juillet 1965.

24 Voir cependant, J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, *passim.* L'auteure commence par caractériser ce type de division d'imparfaite, c'est-à-dire d'une division qui « laisse subsister la chose initiale qui se superpose aux choses divises nouvellement créées » (n° 9, p. 21). Elle en déduit que le caractère imparfait de cette division implique un lien perpétuel d'interdépendance entre les éléments issus de la division, ce qui fait du résultat de ces divisions « des choses complexes et indivisibles ; des choses composées » (*ibid.*), une « chose-lot » (n° 233 et s., p. 218 et s.). Or, si on peut adhérer au constat selon lequel les portions divisées d'un immeuble collectif sont immanquablement en relation et soumises à la préservation d'un ensemble collectif indivisible d'un point de vue matériel, cela ne nous semble en rien commander la nature de son résultat sous la forme d'un seul réseau de droits. Celui-ci résulte notamment du refus de reconnaître au volume d'espace la qualité de bien (n° 146 et s., p. 144 et s.), ce qui ne semble pas si certain (*infra*., n° 417.1 et s.). Au surplus, à maintenir une telle qualification dans l'hypothèse de l'acceptation de la propriété de l'espace, il faudrait considérer que la justification du lot ne se fait que par l'existence de servitudes réciproques ou d'une indivision forcée marquant l'imperfection de la division opérée. Or, le Code civil met en place de telles servitudes légale afin d'organiser les relations de voisinage entre les fonds de terre. Ces derniers se retrouveraient alors qualifiés de chose-lot, ce qui peut sembler excessif.

s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise de volumes définis géométriquement, en trois dimensions, par référence à des plans, des coupes et des cotes, sans qu'il existe de parties communes entre ces différentes fractions »[25]. Si on excepte la référence à la division de « la propriété d'un immeuble », cette définition est avant tout *nominale* et ne cherche qu'à décrire le résultat de l'opération effectuée. Elle peut en conséquence s'adapter à la plupart des analyses conceptuelles du volume juridique. Autrement dit, s'il doit exister un consensus concernant la définition du volume, celui-ci portera moins sur la nature du résultat de la division opérée que sur la description de celle-ci.

6.1. C'est donc sans surprise qu'on constate une grande faculté d'adaptation de cette définition. On note logiquement quelques distinctions selon les auteurs, celles-ci résultant directement de la nature qu'ils entendent conférer à l'objet en lui-même. Ainsi, Monsieur Richard reprend à son compte cette définition de la division en volumes, mais en apportant une modification concernant l'objet divisé. Il considère ainsi que « La division en *volumes* est une technique juridique consistant à diviser un *fonds de terre* (voire simplement un fonds si l'on retient la formulation de l'avant-projet de réforme au lieu de la propriété d'un immeuble) en fractions distinctes […] »[26]. D'autres auteurs s'éloignent quelques peu de la définition proposée par Sizaire, mais celle-ci reste parfaitement explicite quant à la description de l'opération effectuée, qui ne nécessiterait que quelques adaptations à la marge. Ainsi, Monsieur le Professeur Trémorin semble moins s'opposer à cette technique de division que rappeler l'impossibilité pour elle de ne pas prévoir, au minimum, l'indivision forcée du tréfonds le plus bas[27]. Madame Lotz retiendra de son côté une forte proximité de la division en volumes avec la copropriété, tout en acceptant de concevoir la première comme une alternative distincte de la seconde. Néanmoins, pour l'auteure, le résultat de cette division est subsumé sous une chose de même nature : la chose-lot, compris comme « un ensemble composite de droits »[28] et dont le contenu précis sera différent selon qu'il s'agisse d'un lot de copropriété, de volume ou de lotissement. Un autre considère encore que le volume ne sert qu'à mesurer une chose tangible afin de pouvoir l'attribuer à une personne déterminée[29]. Ces deux conceptions pourraient

---

25 D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP N 1988, I, p. 323, n° 1, p. 323. Définition reprise en intégralité par, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 5.

26 D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 695, p. 727, spéc., p. 728.

27 Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 432, note 18.

28 J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 170, p. 163.

29 P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007, n° 1323, p. 409.

sans difficulté s'adapter à la définition proposée par Sizaire, dès lors qu'elle ne modifie pas fondamentalement la description de l'opération réalisée[30]. Il en serait de même pour les auteurs déniant au fonds de terre la possibilité d'être divisé dans son étendue verticale[31]. Dans cette hypothèse, la description de l'opération pourrait simplement correspondre à la mesure des différents espaces concernés par la division, division qui porterait non pas directement sur l'objet, mais sur sa seule jouissance. Les différents volumes matérialiseraient alors les portions spécifiques de l'immeuble faisant l'objet d'une jouissance exclusive. Cet exemple illustre que le cadre dans lequel le volume immobilier a été introduit dans notre droit – l'opération de division de l'immeuble – peut laisser subsister une imprécision sur la nature précise de son résultat.

II. Cadre de l'introduction du volume immobilier : la division de l'immeuble

7. Définition de la division. La division est comprise dans son sens commun comme une « séparation en deux ou plusieurs parties »[32]. Ainsi exposée, la définition n'est pas ancrée dans un rapport strictement matériel et accepte volontiers les divisions intellectuelles. Cette souplesse a permis de constater la correspondance de son sens usuel avec celui qui s'applique droit des biens[33]. Les choses pouvant être divisées de différentes manières, la division en droit des biens est plurielle.

8. Relation du droit des biens et de la division. Notre système juridique repose sur une division fondamentale – une *summa divisio* – établie entre les personnes et les choses[34], deux catégories opposées mais inextricablement liées. Le doyen Cornu résumait ce rattachement en observant que « personnes et biens constituaient les bases inséparables, les colonnes jumelles de

30 L'indivision du tréfonds le plus bas n'empêche pas l'appropriation exclusive des portions visées par la division. Il en est de même pour la chose-lot, qui porte également sur une portion déterminée de l'immeuble.

31 F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001, *passim.*

32 TLFi, *Division*, I, A.

33 En ce sens, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 1, p. 13.

34 La pertinence de cette *summa divisio* a pu être remise en cause en raison des frictions causées par certaines entités juridiques qui ne correspondent qu'imparfaitement à chacune des deux options laissées par le droit français (principalement ce qui relève du domaine du vivant : embryons, animaux). Certains auteurs proposent de personnaliser une partie de ces entités (J.-P. Marguénaud « La personnalité juridique des animaux », D. 1998, p. 205 ; « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », D. 2010, p. 816), quand d'autres envisagent la création de catégories intermédiaires. Une auteure propose enfin de maintenir la *summa divisio* entre personnes et biens tout en complétant celle qui s'applique aux biens eux-mêmes, répartis entre meubles et immeubles. Il s'agirait alors de créer une distinction entre les biens inertes et ceux qui relèvent du vivant (N. Reboul-Maupin, « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des biens », *LPA*, 28 décembre 2016, n° 122xx7, p. 6). Remarquons enfin que le risque d'une dispersion a été soulevé (Y. Strickler, « Droit des biens : évitons la dispersion », *D.* 2007, p. 1149) et que l'appartenance à la catégorie des biens n'a jamais empêché des régimes protecteurs spécifiques de se mettre en place pour certains d'entre eux.

l'ordre élémentaire qu'institue le droit civil : l'être et l'avoir »[35]. Il revient au droit des biens de participer à l'organisation de ces deux catégories en définissant la notion de bien. Selon une approche très générale, la catégorie des biens est constituée d'une partie des richesses du monde[36], ce qui fait du droit la prenant pour objet celui « des richesses servant à l'usage des hommes »[37]. On sait maintenant[38] que les richesses issues de la terre ne sont pas infinies, leur quantité étant limitée par la capacité de production de notre planète. Surtout, la terre elle-même, le sol, est en quantité déterminée. Les objets de propriété étant limités, il n'est pas étonnant que la matière soit innervée par la division. Elle l'est même doublement. Dans l'optique de permettre aux choses de révéler le plein potentiel de leurs utilités, le droit des biens permet dans sa présentation classique de diviser tant l'objet de propriété que le droit lui-même. Ainsi, en matière immobilière, notre propriété civile a vocation à assurer l'attribution d'une chose en nombre fini – la surface terrestre du territoire français – en différentes portions réparties entre les personnes, afin de conférer à ces dernières le droit le plus absolu sur cette partie. Avec la densification des centres urbains, la division horizontale du sol n'était plus suffisante face la concentration des Hommes. La question a donc gagné en verticalité. Il ne s'agissait plus seulement de diviser la surface terrestre en portions individuelles mais également de diviser des bâtisses afin d'optimiser la répartition de l'espace utilisable qu'elles

35 G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Domat, Montchrétien, 9e éd., 1999, n° 829, p. 337.

36 Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n°100, p. 41.

37 Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *op. cit.*, n° 8, p. 18. Voir également, N. Reboul-Maupin, « Les empiétements présents et à venir sur le terrain d'autrui : plaidoyer pour plus d'efficacité et d'équité dans la mise en œuvre de la sanction », LPA, 7 juillet 2017, n° 127v2, p. 12, n° 12.

38 Voir sur ce point, J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Chapitre V, « De la propriété », Vrin, 1997, trad. B. Gilson, n° 27 et s., p. 153 et s. Locke va centrer le concept de propriété individuelle sur la survie de la personne, survie qui est notamment conditionnée par l'appropriation des choses. Locke considère même que la survie de la personne est l'une des principales raisons de l'existence de la propriété individuelle, dont il détaille le fonctionnement par la suite. Selon l'auteur, toute personne bénéficie de la propriété de son propre corps. Dès lors, le travail qu'elle effectue sur toute chose lui confère sur cette dernière un droit exclusif de propriété. En définitive, la propriété que l'Homme a sur son corps entraîne la propriété de la production issue du travail effectué par ce dernier. Ce mécanisme a pour conséquence de permettre à l'Homme de veiller à sa pérennité ainsi qu'à celle de ses proches, car en l'absence de propriété exclusive, il ne pourrait survivre. À ce stade, il faut dégager une étape supplémentaire pour pouvoir garantir la propriété de la personne sur le fruit de son travail : la distinction de ces choses produites par lui, de celles des autres personnes. Dès lors, la propriété individuelle nécessite une chose déterminée et distincte de celle de ses voisins. Or, une partie de sa théorie repose sur l'idée que les choses appropriables sont en nombre suffisant par rapport au nombre de propriétaires potentiels. Ainsi, l'appropriation des choses par une personne reste légitime « du moins là où ce qui est laissé en commun pour les autres est en quantité suffisante et d'aussi bonne qualité » (n° 27, p. 153). Or, spécifiquement à l'appropriation de la terre, Locke n'envisageait pas que les Hommes puissent arriver à manquer d'espace terrestre (n° 33, p. 155). Pour une critique de cette analyse, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 3-1, p. 6.

Quoi qu'il en soit, on peut faire l'hypothèse que l'un des objectifs de la propriété civile est de permettre l'appropriation des choses – en nombre fini – par une majorité de personnes ; ce qui transparaît notamment en matière immobilière par la création des différents baux réels permettant d'assurer l'accession à la propriété immobilière à des revenus plus modestes (Voir dernièrement, la création en 2016 du bail réel solidaire aux articles L.255-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation). Si on accepte cette hypothèse, il faut convenir que bien plus que le vol (P.-J. Proudhon, « Qu'est-ce que la propriété ? », *in Œuvres complètes*, Paris, A. Lacroix éditeurs, 1873, p. 14) la propriété consiste avant tout – et peut être de façon paradoxale relativement à ses effets – au partage.

renferment[39]. Afin de permettre une optimisation économique de l'usage de l'utilité des choses, le droit a accepté ce qui est traditionnellement analysé comme la division du droit de propriété lui-même. En définitive, la division appliquée à l'immeuble présente une véritable dimension abstraite, intellectuelle.

9. Division de l'objet de propriété. La division pourra d'abord porter sur le bien en lui-même. Elle sera alors considérée comme une division matérielle de l'objet[40], attribuant chaque portion du bien initial à autant de propriétaires. Cette présentation suppose au minimum un raffinement, déjà observé par Pothier. L'éminent auteur distingue alors les biens qui peuvent subir une véritable *division physique* de ceux qui ne peuvent connaître qu'une division abstraite, régie par le droit, qu'il nomme *division civile*[41]. La *division physique* suppose que la chose puisse être matériellement séparée sans que sa substance n'en soit détruite. Il oppose ainsi la planche en bois – qui peut être sciée en plusieurs portions distinctes – du cheval qui ne peut subir une telle division sans que sa substance d'animal vivant ne soit atteinte[42]. La *division civile* consiste quant à elle à opérer une division juridique de la propriété d'un objet qui ne peut connaître – ou sur lequel on ne souhaite pas effectuer – une véritable séparation matérielle. L'auteur illustre alors son propos par la division d'un fonds de terre[43]. La *division civile* se distingue encore selon qu'elle se fait « en parties réelles et divisées »[44], tel le fonds de terre que l'on divise en deux parcelles distinctes, ou qu'elle se fait « en parties intellectuelles et indivisées »[45]. Cette dernière situation décrit la propriété d'une chose en indivision et ne relève donc pas de la division de l'objet. Quoi qu'il en soit, on comprend à l'issue de ces développements que la division de l'immeuble consiste avant tout en une séparation abstraite : l'absence de séparation matérielle est compensée par une séparation juridique, éventuellement accompagnée d'une démarcation matérielle. Ce constat rappelle également qu'il n'existe aucun fonds de terre pleinement indépendant[46]. Ce que rappelle le Code civil lorsqu'il

39 Initialement traité de façon très laconique par l'ancien article 664 du Code civil, la division de l'immeuble a vu deux régimes successifs la développer.

40 En ce sens, J. Lotz., thèse, *op. cit*., n° 6, p. 16.

41 R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, *Traité des obligations*, tome 1, Paris-Siffrein, 1821, n° 289, p. 279.

42 R.-J. Pothier, *op. cit*., n° 289, p. 279 et 280. Précisons que l'auteur prend l'exemple du cheval pour illustrer l'impossibilité d'une *division civile* en « parties réelles et divisées », ce qui s'applique incontestablement et pour les mêmes raisons à la division physique.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 5, p. 5, spéc., p. 6 ; Y. Trémorin, *op. cit*., p. 435.

s'attache à permettre au propriétaire de se clore[47] et met en place les relations de voisinage[48] par le biais des servitudes[49] ou de la mitoyenneté[50].

10. La division du droit de propriété. À l'opposé de la division matérielle de l'objet – déjà fortement empreinte d'abstraction en matière immobilière, notre système juridique admettrait la division du droit en lui-même. Classiquement désigné sous la notion de *démembrement*, les limites d'une telle vision sont connues depuis le début du XXe siècle. Dans un célèbre article[51], Vareilles-Sommière démontra l'impossibilité de définir la propriété comme la somme des prérogatives qu'énoncerait l'article 544 du Code civil[52]. Il esquissa alors la véritable nature de cette énumération[53] : un simple rappel des utilités potentielles de la chose[54]. Dénuée de prérogatives à répartir et uniquement caractérisée par le pouvoir absolu qu'elle confère sur la chose, la propriété ne peut connaître la division d'elle-même. Le démembrement de la propriété ne consiste donc pas tant en la division du droit[55] qu'en celle des utilités de la chose[56]. Une présentation concurrentielle du démembrement lui préfère l'appellation plus descriptive de « droit réel sur la chose d'autrui ». Si nous n'adhérons pas à la position tendant à rejeter le principe du démembrement une fois sa véritable nature exposée, il nous semble néanmoins que cette dernière présentation permet de décrire plus justement la réalité de l'opération juridique effectuée par ce mécanisme : la répartition des utilités de la chose. Cette description sera donc privilégiée dans nos développements.

11. Impact du cadre de l'introduction du volume immobilier dans la détermination de sa nature. En définitive, la division de l'immeuble peut concerner la chose de deux façons distinctes : division de l'objet lui-même ou celle de ses utilités. Nous avons bien la confirmation que la division de l'immeuble n'est pas, en elle-même, porteuse d'informations sur la nature de son résultat. Plus encore, la faculté de procéder à ces deux types de division emporte des questionnements. D'une

47 Article 647 du Code civil.

48 Celles-ci sont par ailleurs exposées de façon très générale par l'article 651 du Code civil : « La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention ».

49 Article 637 et suivants du Code civil.

50 Article 653 et suivants du Code civil.

51 G. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905, p. 443.

52 G. de Vareilles-Sommières, *op. cit*., n° 78 et s., p. 485 et s.

53 G. de Vareilles-Sommières, *op. cit*., n° 81, p. 486, à propos du triptyque *usus*, *fructus*, *abusus* compris comme la somme des prérogatives conférées par la propriété. L'auteur soutient qu'une telle présentation relève d'une « synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses, mais non une analyse du droit de propriété ».

54 Sur cette question, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 7, p. 12.

55 Cette présentation caractérise la raison pour laquelle Vareilles-Sommière en vient à rejeter la notion de démembrement (G. de Vareilles-Sommières, *op. cit*., n° 82 et s., p. 487 et s.).

56 En ce sens, W. Dross, *op. cit*., n° 115 et s., p. 227 et s.

part, la possibilité de diviser les éléments compris dans un fonds de terre en différents objets de propriété immobilière est parfois rejetée par les auteurs[57], ce qui n'empêche pas la Cour de cassation de valider de tels montages[58]. On pourrait dire qu'il ne s'agit que de la traduction du droit coutumier dans notre système de propriété civile[59], mais cela ne modifiera pas la solution de droit positif. D'autre part, même à accepter le principe d'une division en propriétés, une autre difficulté apparaît : la seule division de l'ensemble immobilier ne permet pas de déterminer avec certitude la nature de l'objet sur lequel elle porte. Celui-ci peut être une portion de l'édifice, ou de l'espace compris dans celui-ci, ou encore de l'espace lui-même, situé directement dans l'étendue verticale du fonds de terre. Cette question nécessite de se pencher non seulement sur la question de l'appropriation de l'espace impalpable, mais également de la relation entre la propriété d'un élément immobilier saisissable par les sens et de celle de l'espace qu'il occupe. L'introduction du volume dans le cadre pratique de la division de l'immeuble est donc l'un des vecteurs des difficultés à circonscrire sa nature. Or, le recours à la division en volumes a fait l'économie de ces questions par une approche avant tout fonctionnelle de la notion.

III. Contexte initial de l'intégration du volume immobilier : l'approche fonctionnelle

12. Intégration du volume immobilier. Si l'on remonte le cours du temps jusqu'à l'introduction du volume immobilier, force est de constater que celle-ci fut à la fois radicale et très progressive. Imaginé par le Doyen Savatier par analogie de l'abstraction du sol par la parcelle, le volume immobilier fut dans un premier temps pensé comme un outil de lutte contre la spéculation foncière que l'urbanisation verticale des villes avait fait fortement progresser. Dans cette hypothèse, le volume devait permettre de fixer une limite à l'étendue verticale de la propriété[60] et ainsi de relativiser la « conception mystique de la propriété foncière »[61] attribuant la propriété de la totalité de l'étendue verticale d'une parcelle à son propriétaire et pouvant aboutir à une véritable « mégalomanie privée des propriétaires de *terrain* »[62]. Si certains ont pu voir une consécration de cette théorie dans l'établissement du plafond légal de densité par la loi du 31 décembre 1976[63], il

57 F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001, *passim ;* F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008, n° 147, p. 226, spéc., p. 228.

58 Voir notamment, Cass. civ., 16 décembre 1873, D.P. 1874, I, 249 ; S. 1874, I, 457, concl. Blanche, note J.-E. Labbé.

59 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 146, p. 225, spéc., p. 226.

60 R. Savatier, « La propriété de l'espace », *op. cit.,* spéc., n° V, p. 216.

61 R. Savatier, « La propriété de l'espace », *op. cit.,* spéc., n° IV, p. 215.

62 R. Savatier, « La propriété de l'espace », *op. cit.,* spéc., n° IV, p. 216.

63 En ce sens, N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 117, p. 60.

n'en est rien. Ce plafond légal[64] permettait seulement aux communes d'imposer une contribution financière à la construction au-delà d'un seuil de densité, celui-ci étant calculé par « le rapport entre la surface de plancher […] de [la] construction et la surface de terrain sur laquelle elle est, ou doit être implantée »[65]. Il n'était à aucun moment question d'attribuer la propriété d'un volume d'espace à la collectivité[66], volume qui aurait eu du mal à être prédéterminé dans l'espace en raison du mode de calcul de la densité en cause.

13. Une intégration fonctionnelle radicale. Dans un premier temps, le volume immobilier n'a été abordé qu'à des fins pratiques. En effet, c'est la nécessité de pouvoir réaliser des opérations urbaines de grande ampleur qui a commandé son introduction, alors même que la nature du volume restait à tout le moins discutée.

13.1. En s'inspirant de la distinction des notions fonctionnelles et conceptuelles théorisée par le doyen Vedel dans deux célèbres articles[67], le volume immobilier a été intégré dans notre droit par une approche pratiquement exclusivement fonctionnelle, malgré les bases conceptuelles posées par Savatier. À l'occasion de décisions de justice portant sur la notion de « voie de fait », l'auteur en arrive à distinguer les notions fonctionnelles des notions conceptuelles. Selon Vedel, les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels »[68] et sont constituées d'un ensemble « abstraitement déterminé une fois pour toutes »[69]. Autrement dit, elles existent « indépendamment de ce à quoi elles servent »[70]. De ce fait, l'utilisation de ces notions « dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation »[71]. À l'inverse, les notions fonctionnelles sont, en tant que concept, « vagues, contradictoires et sans unité »[72] et ne constituent une unité qu'en raison de la fonction qu'elles jouent. Autrement dit, une notion fonctionnelle se caractérise par une hétérogénéité des situations qu'elle prend en compte ainsi que

64 Abrogé par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite loi SRU.

65 Article R. 112-1 ancien du Code de l'urbanisme, dans sa version en vigueur à la suite du décret n° 77-739 du 7 juillet 1977.

66 En ce sens, H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7e éd., 1989, n° 1361-2, p. 113 et 114.

67 G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », JCP G, 1948, I, 682 ; « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP G, 1950, I, 851.

68 G. Vedel, *op. cit.* 1950, n° 4.

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

72 G. Vedel, *op. cit.* 1948, n° 11.

certains de ses effets, dans le but de poursuivre une finalité commune. S'il nous semble désormais excessif de considérer le volume comme une notion fonctionnelle au sens de l'analyse du doyen Vedel, l'approche initiale qui en a été faite par les praticiens et une partie de la doctrine l'était incontestablement. À l'origine, le volume immobilier a été pensé comme une simple application du droit de superficie à une opération immobilière de grande ampleur[73]. Ce n'est que des années plus tard que les volumes d'espace sont expressément apparus dans les états descriptifs de division et les titres de propriétés[74], quand les intérêts pratiques et théoriques de celui-ci se sont révélés. Il faut également rappeler que les acteurs de ces opérations avaient de fortes réticences à la reconnaissance de la propriété de l'espace[75], malgré le recours de plus en plus fréquent à celle-ci. Autre révélateur de la prévalence du résultat sur le respect de la théorie juridique, l'utilisation massive des servitudes, notamment sur le domaine public alors que l'ensemble des éléments du droit positif semblait aller à son encontre[76]. L'intégration du volume immobilier dans notre droit s'est faite de façon bien éloignée des développements de Savatier. Il s'agissait surtout de parvenir à l'objectif recherché : une division de l'immeuble collectif dont le régime dépend de la liberté contractuelle et garantissant l'indépendance des propriétaires. Certes, l'assise conceptuelle établie par le doyen Savatier empêche de considérer que la nature du volume a pu être pleinement déterminée en aval du régime qui était visé. Toutefois, ce fut l'approche première de la pratique, qui s'est parfaitement accommodée de contradictions théoriques pourtant prégnantes. Ce n'est que dans un second temps que la doctrine s'est attachée à conceptualiser plus précisément la notion, souvent à travers le prisme de la théorie générale de la propriété à laquelle elle se rattachait.

---

73 *Infra*., n° 23. Il s'agissait alors plus d'une inspiration de l'ancien article 664 du Code civil que d'une division en volumes au sens ou nous l'entendons actuellement.

74 V. Michaud, *Étude et suivi de l'évolution des premières « divisions en volumes » : analyse de l'organisation de la propriété complexe*, mémoire, ESGT, 2014, p. 17.

75 Ainsi, nous pouvons relever que Maître Thibierge, auteur du premier état descriptif de division du quartier de la Défense considérait que les volumes ne consistaient qu'en de simples droits de construire avant édification. Sur ce point, A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. Libres et périlleuses réflexions », *in Liber amicorum George Daublon*, Defrénois, 2001, p.229, spéc., p. 234. Les divergences conceptuelles attachées au volume d'espace ont persisté, sans qu'elles n'empêchent le développement de la division en volumes. Voir sur cette question, 73e Rapport du Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976. Le rapport émet de sérieuses réserves à la reconnaissance de la propriété du volume d'espace, tout en rappelant la nécessité de la division en volumes et validant son principe.

76 *Infra*., n° 153 et s.

IV. Développement conceptuel progressif du volume immobilier

14. Nécessité d'une conceptualisation de la notion[77]. Lorsqu'il dégagea les caractéristiques de la notion fonctionnelle, le doyen Vedel rappela qu'elle est avant tout une situation temporaire qui trouve généralement son terme par une conceptualisation. Seul cet aboutissement peut maintenir une cohérence logique[78]. On pourra ajouter que celle-ci apporte une clarté, une meilleure appréhension de nos outils juridiques, visant à éviter les confusions porteuses d'insécurité en raison des hésitations – notamment jurisprudentielles – qu'elle peut entraîner.

15. La détermination de la nature du volume, étape indispensable à sa définition *réelle*. Afin de pouvoir déterminer la nature réelle du volume juridique, il est nécessaire de s'intéresser à l'essence de celui-ci. Au vrai, sa nature a été en partie esquissée par Savatier qui imaginait déjà la vente d'un « cubage d'espace »[79], alors qu'il n'était pas encore question de « volume ». La formule est porteuse d'enseignements : l'usage de l'expression « cubage d'espace » fait référence au mètre cube d'espace, c'est-à-dire à une compréhension du volume pleinement abstraite. Cette abstraction rejoindra le monde réel par son ancrage à une localisation, par la détermination de ses cotes géométriques, donc par sa fixité. Par la référence à la vente, nous comprenons que cette chose abstraite a vocation à être saisie par le Droit et peut être l'objet d'un droit de propriété. Autrement dit, Savatier expose ici l'existence d'un bien abstrait dont l'essence procède de la fixité de sa situation dans l'espace.

15.1. À l'inverse du législateur apparemment peu intéressé par la nature exacte du volume immobilier[80], la doctrine s'est rapidement saisie de la proposition du doyen Savatier. Depuis, de nombreux articles ont réagi à « la découverte de la propriété de l'espace »[81] en proposant des études centrées sur la conceptualisation du volume[82]. Pourtant, le volume immobilier ne fait que rarement

77 Selon un auteur, se trouve ici un véritable paradoxe : le droit ne peut fonctionner sans définir précisément les concepts qu'il utilise, alors qu'il peut très bien fonctionner sans être défini pour lui-même. En ce sens, Ph. Jestaz, « Les définitions du droit : pour une définition fonctionnelle », RTD Civ. 2020, p. 803.

78 G. Vedel, *op. cit.* 1950, n° 4 : « Les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle ».

79 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1, spéc., n° 8bis, p. 8 et 9.

80 *Supra*., n° 4.1.

81 R. Savatier, *op. cit.*

82 Pour les principaux, P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 539 ; E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », JCP N 1976, I, 2788 ; G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279 ; D. Sizaire, « Division et volumes », JCP N 1998, p. 388 ; J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44 ; Ph. Simler, « Création de

l'objet d'études spécifiques dans les manuels et traités de droit des biens, qui y consacrent pour la plupart, des développements succincts dans le cadre du droit de superficie[83]. Si ce constat s'explique principalement en raison de la vocation générale de ces ouvrages, il est plus étonnant de remarquer que ce fort intérêt doctrinal et pratique ne s'est pas transposé en matière d'ouvrages spécialisés : rares sont ceux traitant spécifiquement du volume ou de la division qu'il permet[84]. À l'opposé, le volume est un sujet régulier des thèses de doctorat, même si l'axe par lequel il est étudié peut différer. Ainsi, il sera parfois traité pour lui-même, en tant qu'objet juridique spécifique[85], ou dans le cadre d'une étude concernant la division de l'immeuble collectif[86], voire consécutivement à une étude plus générale portant sur le droit des biens[87].

V. Intérêt du sujet

16. Pluralité de définitions du volume. La multiplication des études consacrées au volume s'explique certainement par deux facteurs distincts que sont le défi de conceptualisation qu'il présente et son importance croissante dans notre paysage juridique. Initialement utilisé dans le cadre

l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489 ; J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H . Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 33 ; L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749 ; M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199 ; Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427.

83 Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12e éd., 2014, n° 374, p. 283 (simple présentation comme technique de division concurrente à la copropriété) ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019, n° 310, p. 362 ; P. Berlioz, *Droit des biens*, coll. Cour magistral, Ellipses, 2014, n° 175, p. 219 ; C. Grimaldi, *Droit des biens*, LGDJ, 2e éd., 2019, n° 107 et s., p. 139 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 905, p.326 et s. ; N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, coll. HyperCours, Dalloz, 8e éd., 2020, n° 572, p. 591 ; J.-B. Seube, *Droit des biens*, LexisNexis, 8e éd., 2020, n° 383, p. 127 Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 278, p. 383 et s.

Pour des ouvrages proposant des développements plus poussées sur la question, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ 2012, n° 365 et s., p. 675 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 951 et s., p. 844 et s.

84 Nous pouvons néanmoins citer, P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, coll. Pratique de l'immobilier, 1989 ; Ch. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Edilaix, 2012 ; D. Richard, *La propriété foncière du Code civil. Un sol surface appelé à devenir un volume*, Edilivre, 2019.

85 D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015 ; M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020.

86 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979 ; Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983 ; O.-M. Salam, *Le droit de propriété superficiaire*, thèse, Poitiers, 1998 ; L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001 ; F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001 ; L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001 ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014.

87 P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007 ; F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020.

de la division d'ensembles immobiliers pour lesquels le régime de la copropriété n'était pas adapté, le volume immobilier s'est ensuite développé bien au-delà. La profusion des analyses sur le sujet ne facilite pas l'accès à la notion de volume pour des raisons multiples. La plus évidente est tirée de la proximité qu'il partage avec le droit de superficie dont la nature juridique est toujours discutée[88]. En raison d'une filiation avec celui-ci, le volume a pu hériter de la polarisation des discussions concernant l'analyse juridique de sa nature[89]. Le débat s'anime encore lorsqu'est abordée la question de la propriété d'une chose non appréhendable par les sens et, en cas d'acceptation de l'existence d'un tel objet, de la place de celui-ci dans la *summa divisio* du Code civil distinguant les meubles des immeubles[90]. À ces difficultés parfois imbriquées[91] s'ajoutent les conséquences de la nature du volume qui, selon la conception retenue, peut impacter plus ou moins directement la notion de propriété foncière. Après tout, à accepter la propriété de l'espace, ce n'est pas tant son étendue mais la propriété foncière elle-même qui pourrait être caractérisée par cette figure bien connue et sans doute excessive du cône partant du centre de la terre pour s'étendre à l'infini au-dessus de la parcelle[92]. En conséquence, le volume a pu être qualifié de simple droit de construire[93], d'immeuble par anticipation[94] ou d'objet de propriété à part entière. Cette dernière catégorie révèle un véritable nuancier pouvant dénoter avec la conception quelque peu monolithique de la propriété immobilière[95]. Ainsi, le volume immobilier sera qualifié de propriété superficiaire[96] – ou modulaire[97] – que l'on a pu présenter soit comme un bien immeuble particulier[98], voire une

88 *Infra*., n° 381 et s.

89 *Infra*., n° 217 et s.

90 Article 516 du Code civil : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

91 La question de l'appropriation de l'impalpable intéresse directement le droit de superficie lorsque celui-ci est consenti en amont de toute construction superficiaire. Dans cette situation, on pourrait être tenté d'analyser le droit octroyé au superficiaire sous le prisme de la propriété d'un volume d'espace.

92 Il prendrait alors la forme « d'un cône qui part du centre de la terre, traverse l'écorce terrestre en délimitant un fonds de terre, et se projette dans l'espace » (C. Grimaldi, *Droit des biens*, LGDJ, 2e éd., 2019, n°102, p. 131).

Cette conception est inspirée de l'axiome romain « *cuius est solum ejus est ad coelum usque ad inferos* », attribué à Cynus de Pistoie. La traduction française proposée est la suivante : « celui qui a le sol a la propriété jusqu'au ciel et jusqu'aux enfers » (J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2e éd., 2010, n° 327, p. 474).

93 J.-P. Bertrel, *op. cit.*

94 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 152, p. 162 et 163 ; Th. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications », RTD Civ. 2006, p. 1, spéc., n° 21, p. 11 et 12.

95 *Infra*., n° 250.

96 M. Faure-Abbad, *op. cit.*, n° 23 et s., p. 209 et s.

97 L. Tranchant, *op. cit.*

98 M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit.* Si l'auteure n'insiste pas sur le caractère particulier du volume immobilier, elle propose néanmoins en épilogue de sa thèse de doter le volume d'un Code spécifique transposant et adaptant les règles du Code civil à ses particularités.

chose-lot[99], soit comme la plus pure réduction de toute propriété immobilière[100], équivalente de la propriété foncière[101] voire imposant une redéfinition de celle-ci[102]. En définitive, si on dépasse la définition *nominale* du volume pour s'intéresser à sa nature, il existe une multitude de propositions originales dont l'objectif n'est autre que d'assurer une intégration cohérente de cet objet juridique au sein de la construction intellectuelle qu'est notre droit.

17. Tentation de généralisation du volume. Parmi la diversité des modèles proposés, les thèses prenant le volume immobilier comme sujet principal[103] ainsi que la plupart des études effectuées depuis le début du XXIe siècle aboutissent à la reconnaissance de cette chose – la portion d'espace précisément délimitée – comme d'un objet de propriété à part entière[104]. Sa consécration expresse par le législateur a par ailleurs été souhaitée par une partie de la doctrine qui proposait d'intégrer directement son existence dans l'énumération des biens immeubles[105]. Une telle reconnaissance légale a pu se constater dans certains systèmes juridiques proches[106]. Si le législateur français ne l'a pas encore consacré et s'est contenté d'une acceptation indirecte qui n'indique rien sur la nature de l'objet en cause[107], on a déjà pu relever plusieurs solutions jurisprudentielles semblant accepter une telle existence[108]. Malgré quelques réticences, on note un mouvement doctrinal tendant vers une véritable généralisation du volume immobilier, c'est-à-dire vers l'acceptation inconditionnelle de la faculté de prévoir la propriété d'une portion volumétrique d'espace.

---

99 J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 233 et s., p. 218 et s.

100 En ce sens, N. le Rudulier, *Jurisclasseur, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 20. « toute propriété immobilière n'est qu'une propriété volumétrique ».

101 L. Tranchant, *op. cit.*

102 D. Richard, thèse, *op. cit., passim*

103 Voir ainsi, D. Richard, thèse, *op. cit*. ; M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit*.

104 L. Ravanas, thèse, *op. cit*. ; Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 67 ; L. Depuy, thèse, *op. cit*. ; J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H. Louvel, *op. cit.* ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit*. ; L. Tranchant, *op. cit*. ; M. Faure-Abbad, *op. cit. ;* F. Vern, thèse, *op. cit.*

105 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens, version finale du 15 mai 2009, article 527 : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent ».

106 Voir ainsi récemment, le Code civil de Djibouti qui prévoit à son article 769 situé dans un chapitre consacré au droit de superficie qu'« un fonds peut également faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes. À chaque volume correspond un droit entier de propriété ». Voir également la réforme du livre III du Code civil belges portant sur « les biens », entrée en vigueur le 1er septembre 2021, dont le nouvel article 3.47 prévoit que « sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions ».

107 *Supra*., n° 4.1.

108 *Infra*., n° 428 et s.

17.1. Pourtant, il faut garder à l'esprit que l'introduction de la propriété de l'espace dans notre droit provient avant tout de l'impulsion de la pratique. Dans sa recherche d'une alternative à la copropriété, cette dernière a dû affiner l'assise théorique des divisions en ayant spécifiquement recours au volume d'espace, qui constituait l'outil parfait pour répondre aux différentes conditions recherchées. En d'autres termes, puisqu'il procède avant tout d'une approche fonctionnelle, son intégration ne relève pas tellement des conséquences de notre droit que de la finalité recherchée par l'opération menée. La nature attribuée au volume provient avant tout du résultat recherché sans que sa bonne intégration dans notre système juridique n'ait été particulièrement questionnée. Il est donc nécessaire de confronter cette redéfinition aux principes commandant notre droit des biens et d'étudier les conséquences qu'une telle redéfinition pourrait avoir.

17.2. Or, il semblerait que cette généralisation du volume ne soit que la conséquence de la faculté d'adaptation inhérentes à notre droit des biens. Ainsi, la proximité que partage l'appropriation distincte d'un volume avec le mécanisme du droit de superficie est venue justifier une forme de généralisation à la fois pratique et conceptuelle de son recours[109]. Une généralisation pratique d'une part, car cette filiation a contribué à l'adoption d'une interprétation stricte de l'obligation de division sous la forme d'une copropriété. Généralisation conceptuelle d'autre part, car le volume immobilier, présenté comme le raffinement du droit de superficie, est venu progressivement supplanter ce dernier. Au point où il est devenu, pour certains, le schéma explicatif dominant de la division de l'immeuble au sein d'un fonds de terre[110]. Un tel renversement n'est pas anodin et marque nécessairement une modification du prisme par lequel la propriété immobilière est comprise. Là où le droit de superficie s'ancre profondément dans la préhension par les sens de l'objet sur lequel il porte, le volume immobilier procède d'une véritable abstraction de celui-ci : il est l'espace en lui-même, indépendamment de la matière le composant éventuellement. Enfin, ce dernier point induit une autre conséquence, plus importante encore, qui consiste à remarquer que la propriété de l'espace pourrait en réalité caractériser la plus pure réduction, l'essence même, de l'objet de propriété immobilière[111]. En définitive, le volume immobilier serait devenu, non seulement « l'outil à tout faire de la division de l'immeuble »[112], mais plus encore la définition même de toute propriété immobilière.

---

109 *Infra*., n° 176 et s.

110 *Infra*., n° 219 et s.

111 En ce sens, voir par exemple, Ph. Simler, *op. cit.* ; N. le Rudulier, Thèse, *op. cit.*, n° 22, p. 13 ; D. Richard, thèse, *op. cit*., *passim*. Aboutissant à une conclusion identique avant de rejeter le principe même de l'appropriation de l'espace : P. Berlioz, thèse, *op. cit.*, n° 303, p. 86.

112 Y. Trémorin, *op. cit*., p. 430.

18. Conséquence de cette généralisation. Ce retour sur les mouvements successifs d'intégration du volume immobilier dans notre droit jusqu'à sa conceptualisation est nécessaire afin de pouvoir en cerner précisément le fondement. Ce dernier pourra ensuite servir de prémisse afin d'en étudier les conséquences théoriques de façon systématique, ce point permettant enfin d'en apprécier les enjeux pratiques. Or, ceux-ci sont loin d'être anodins. Ainsi, on pourra être séduit par le caractère englobant d'une redéfinition de la propriété immobilière par le volume d'espace et son approche purement géométrique, d'autant plus qu'elle emporte avec elle un nombre important d'avantages. La généralisation de la propriété de l'espace apporte une véritable pérennité à la propriété superficiaire, tout comme la justification de son existence avant celle de toute construction. La géométrisation permettrait de mieux délimiter l'étendue réelle d'un bien immobilier et assurerait une démarcation franche entre division en propriétés et division des utilités[113]. En allant au bout du raisonnement de la redéfinition de toute propriété immobilière par celle d'un volume d'espace, cela pourrait impliquer une redéfinition des modes de preuve recevables en matière immobilière, ainsi que de la portée de l'article 552 du Code civil[114]. De façon plus résiduelle, cela pourrait également inciter à une redéfinition de la notion d'unité foncière utilisée en matière d'urbanisme et appliquer consécutivement certaines des dispositions aux montages volumétriques[115].

19. Analyse critique du volume immobilier. Pour autant, et en dépit des avantages incontestables qu'elle présente, une telle redéfinition n'est peut-être pas envisageable ou, du moins, pas dans ses conséquences les plus radicales. Si on a pu relever que dans un sens « la division en volumes consomme […] le triomphe de la technique, la domination de la volonté sur la nature »[116], ce n'est pas forcément à dire que la domination soit totale. L'approche exclusivement géométrique de la propriété foncière doit composer avec un droit des biens qui a été pensé avant tout au regard du fonds de terre, compris comme le sol-matière auquel on applique une étendue verticale. Or, il n'est pas certain que nos progrès techniques relatifs à l'abstraction et la représentation géométrique dans l'espace puisse simplement évincer cette question. Si ce constat peut faire douter de la capacité de notre droit des biens à « s'émanciper raisonnablement de la tradition pour s'adapter pleinement à la modernité »[117], il faut préciser que ce constat peut résulter tant d'une impossibilité de principe à accepter la propriété immobilière caractérisée par une portion d'espace que des conséquences

113 Sur ces questions, *infra*., n° 229 et s.

114 *Infra*., n° 285 et s.

115 *Infra*., n° 297 et s.

116 S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 13.

117 F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2007, n° 1, p. 1.

spécifiques attachées à la propriété du fonds de terre faisant de ce dernier le bien immobilier premier. Ainsi, il faudra s'assurer de la possibilité d'effectuer une véritable division verticale de l'immeuble en propriétés, tout comme il faudra s'assurer de la validité de l'appropriation de l'espace en tant que tel, ce qui revient finalement à déterminer la nature du volume immobilier. En tout état de cause, le législateur ayant validé le principe de la division en volume, il faudra également interroger la place du volume immobilier, pris dans son individualité, au côté de la propriété foncière et du droit de superficie.

VI. Plan

20. Exposé du mouvement de l'étude. C'est dans un esprit d'observation, d'identification et d'analyse critique que sera abordé, dans un premier temps, les mouvements successifs d'intégration du volume immobilier dans notre droit jusqu'au constat de sa généralisation conceptuelle et l'étude des conséquences qui en résultent (Partie 1). Les bases ainsi posées permettront d'éclairer le second temps, dans lequel il conviendra de confronter cette généralisation et ses conséquences aux fondements de notre droit des biens, afin de pouvoir déterminer la nature et la place exacte du volume immobilier au sein de notre système juridique, tout en questionnant les alternatives possibles aux avantages qu'il est susceptible d'apporter (Partie 2).

Partie 1. De l'approche fonctionnelle au développement conceptuel du volume immobilier

Partie 2. Analyse critique de la généralisation du volume immobilier

Partie 1. De l'approche fonctionnelle au développement conceptuel du volume immobilier

21. Émergence du volume immobilier. Depuis sa première apparition moderne dans les écrits du professeur Savatier[118], le volume immobilier a connu un développement porté en grande partie par la pratique et les réflexions doctrinales. La pratique, tout d'abord, y a vu le moyen de mettre en œuvre ses velléités de gigantisme urbain. Le volume immobilier est alors le résultat obtenu par le moyen utilisé : la technique juridique de la division en volume. Pour autant, les praticiens vont utiliser une technique sans que l'objet qui en découle – le volume immobilier – ne soit précisément défini par le droit positif[119]. Ainsi, le premier état descriptif de division en volumes de l'immeuble, qualifié par ses concepteurs « d'îlot protocole », vit le jour en 1964[120] et apparaît aujourd'hui assez rudimentaire. Il n'est en effet pourvu que d'un descriptif sommaire des trois volumes créés par la division[121] et d'un unique plan de division de l'assiette foncière sur laquelle prendra place l'ensemble immobilier[122]. En d'autres termes, il s'agit de réaliser sur une parcelle nouvellement créée une division de la propriété en trois couches horizontales successives : la première contenant le sol naturel ; la seconde, la dalle artificielle ainsi que l'espace entre cette dernière et le sol naturel ; la dernière, les bâtiments qui seront édifiés[123]. Cette absence de précisions pourrait s'expliquer par l'absence de consensus sur la nature du volume non construit, les débats doctrinaux étant sur ce point particulièrement vifs, même chez les partisans de la division en volumes[124]. Ainsi, la seule originalité du premier état descriptif de division du quartier de la Défense par rapport au traditionnel

118 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1 et s.

119 Le législateur n'a fait apparaître le terme de volume que très récemment par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite, loi ALUR) sans en apporter de définition. La jurisprudence, si elle approuve la technique de la division en volumes, ne propose également aucune définition du volume immobilier qui en résulte.

120 V. Michaud, *Étude et suivi de l'évolution des premières « divisions en volumes » : analyse de l'organisation de la propriété complexe*, mémoire, ESGT, 2014, p. 16.

121 *Ibid.,* p. 16.

122 *Ibid.*, p. 16.

123 *Ibid*., p. 16.

124 Sur ce point, il faut préciser que Maître Thibierge, auteur de l'état descriptif de division, ne voyait dans le volume abstrait qu'un droit personnel de construire. Voir, A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. Libres et périlleuses réflexions », *in Liber amicorum George Daublon*, Defrénois, 2001, p.229, spéc., p. 234.

droit de superficie[125], est l'existence d'un lot central constitué d'une dalle artificielle et de son sous-sol, sans que sa délimitation dans l'espace ne soit précisée.

21.1. Il faudra attendre quelques années pour que soient établis les plans précis des volumes imbriqués les uns aux autres[126]. Cet apport signe la véritable transition entre le droit de superficie traditionnel et ce qui est présenté comme son raffinement moderne, la technique de la division en volumes[127]. Cette transition n'empêche pas la persistance des débats doctrinaux relatifs à la nature du volume non construit, certains ne voyant dans le volume immobilier que sa consistance matérielle tangible découlant de l'édifice en lui-même. En d'autres termes, selon cette conception ne serait un volume immobilier que le volume construit[128]. La pratique adoptera néanmoins une vision plus libérale dans la rédaction des états descriptifs de division en faisant apparaître les deux étapes de l'existence du volume immobilier[129].

22. Plan. En réalité, l'évolution de la pratique dans la rédaction de l'état descriptif de division provient avant tout d'une approche fondamentalement fonctionnelle du volume immobilier, celui-ci n'étant qu'un moyen de parvenir au résultat recherché par la pratique, à savoir, l'éviction du régime de la copropriété (Titre 1). Cette approche du volume immobilier, bien que fonctionnelle, se fonde sur des éléments théoriques qui, une fois intégrés, vont ouvrir au développement de sa conceptualisation. Ainsi, il va s'émanciper du cadre initial de son existence afin de venir innerver, de façon générale, la propriété immobilière (Titre 2).

Titre 1. L'approche fonctionnelle du volume immobilier : recherche d'un mode alternatif de division de l'immeuble

Titre 2. Le développement conceptuel du volume immobilier : du rattachement superficiaire à la caractérisation de l'immeuble par nature

125 L'opération étant par ailleurs expressément assimilée à cette technique dans l'état descriptif de division.

126 V. Michaud*, op. cit*., p. 17. L'auteur précise alors que « l'ensemble des plans décrivant les volumes n'apparaîtront que dans le courant des années 1970 ».

127 Sur cette question, *infra*., n° 211 et s.

128 Voir notamment G. Daublon, « État descriptif de division et volumes : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, art. 37168, p. 558, spéc. p. 560 et 561.

129 Voir notamment, A. Pône, *op. cit*., p. 240 ; H. Palud, *op. cit*., p. 222.

Titre 1. L'approche fonctionnelle du volume immobilier : recherche d'un mode alternatif de la division de l'immeuble

23. Contexte de l'émergence du volume immobilier. La seconde moitié du XXe siècle voit naître une véritable refonte des politiques d'aménagement urbain. Là où le début du siècle dernier proposait de gérer la croissance démographique par l'étalement de l'habitat individuel[130], sa seconde moitié procède d'une logique inverse et va encourager la densification urbaine[131]. Les conséquences sanitaires d'une telle organisation sont bien mieux contrôlées que par le passé et l'extension horizontale des villes pose finalement de nombreux problèmes qui vont bien au-delà de la perte de l'espace rural [132]. Dans ce contexte, l'aménagement urbain va consister en une rénovation des centres-villes et la multiplication de l'édification d'immeubles collectifs. Si l'existence de ces derniers n'est pas nouvelle[133], ils atteindront de toutes nouvelles proportions à la faveur de la volonté de gigantisme des projets immobiliers nés au début des années 1960. L'enchevêtrement complexe des relations qu'ils proposent – issu du nombre très conséquent de propriétaires tantôt privés, tantôt publiques – ainsi que leur édification – souvent effectuée en plusieurs tranches successives – implique des montages d'une ampleur nouvelle, que la copropriété

130 Voir la loi Cornudet du 14 mars 1919 ; J.O.R.F., 15 mars 1919, p. 2726. Cette loi avait pour principal objectif la reconstruction des villes détruites par la première guerre mondiale. Elle mettait en place une obligation pour certaines communes – notamment celles de plus de dix mille habitants – de se doter d'un « plan d'aménagement, d'embellissement et d'extension ». Cette loi est la première à proposer une planification urbaine en France et fut complétée par une loi du 19 juillet 1924, instituant une procédure de lotissement.

131 Il fut noté à ce propos que « dans le cœur des Villes Nouvelles, dans les centres de quartiers rénovés, l'urbanisme vertical a fait place au traditionnel urbanisme linéaire », E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », JCP N. 1976, I, 2788, n° 7. On trouve par ailleurs des traces d'une densification des villes par la mise en place d'immeuble collectif d'habitation dès 1914 en réaction à une crise du logement dans les grandes villes. En ce sens, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 319, p. 313, auteurs rappelant par ailleurs l'insuffisance de l'article 664 du Code civil à traiter de cette multiplication de l'habitat collectif « malgré les efforts louables de la jurisprudence » (p. 314).

132 Un étalement horizontal des villes va, en effet, imposer la multiplication des structures nécessaires à la population. Certes, cela est parfois perçu de façon bénéfique en raison, par exemple, de la multiplication potentielle des commerces de proximité. Pour autant, de tels avantages sont en réalité très hypothétiques au regard de la multiplication « des villes dortoirs ». Au surplus, il reste que la croissance des réseaux de transport et d'assainissement apparaît parfois excessive au regard du nombre peu important d'habitants concernés. L'absence d'un tel développement est tout autant – voire davantage – problématique, car il entraîne des difficultés d'accès à des structures indispensables telles que les services de santé, tout en augmentant le recours aux véhicules motorisés individuels, vecteur de lourdes conséquences environnementales et de santé publique.

133 Dans une certaine mesure, les villes fortifiées constituaient un processus de densification de la population et posaient déjà la question du partage d'un même immeuble entre différentes personnes. D'un point de vue plus contemporain, le Code civil de 1804 proposait un article 664 dont l'objet était le partage en propriété des différents étages d'un immeuble. Cet article fut abrogé par la loi du 28 juin 1938 relative à la copropriété par appartement, elle-même abrogée par la suite par la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 concernant la copropriété des immeubles bâtis.

– seule technique d'organisation collective de l'immeuble prévue à l'époque – n'avait pas envisagée.

23.1. Le quartier d'affaire de la Défense à Paris est l'un des premiers représentants de cette volonté et de fait, celui pour lequel la notion contemporaine de volume immobilier est apparue de façon concrète. On rattache donc le passage de la théorie présentée par le Professeur Savatier dès 1958[134] vers sa réalisation aux praticiens chargés d'organiser les aspects juridiques de sa réalisation : Monsieur Jean Cumenge et Maître Thibierge. Face aux obstacles résultant du régime de la copropriété, ils furent contraints de trouver une solution. Celle-ci leur est apparue par une lecture renouvelée de l'article 552 du Code civil permettant une nouvelle approche du droit de superficie : ils proposèrent de détacher la propriété immobilière du sol et ainsi proposer un mode de division alternatif aux possibilités connues de l'époque[135]. Le succès de l'entreprise n'est plus à démontrer : le schéma, qui s'est multiplié autant de fois – voire plus – que nécessaire bénéficie désormais d'une consécration prétorienne[136] et législative[137].

24. Plan. Une telle technique s'avère nécessaire, le législateur n'ayant pas prévu de régime juridique spécifique à l'implantation fonctionnelle des grands ensembles immobiliers. Ainsi, face aux difficultés toujours actuelles dans l'établissement de ces derniers par la copropriété (Chapitre 1), il s'est développé une forme concurrente d'organisation collective de la propriété immobilière, dont le volume est à la fois le vecteur que le résultat recherché (Chapitre 2)

Chapitre 1. Le constat : la nécessité d'un mode alternatif de division de l'immeuble collectif

Chapitre 2. La solution : l'organisation collective de volumes immobiliers indépendants

134 R. Savatier, *op. cit.*

135 H. Palud, « Un rapide aperçu sur 35 ans de pratique de la division en volumes à la Défense », *in Études offertes à Jacques Combret*, LGDJ 2017, p. 221, spéc. p. 222.

136 Par exemple, Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, n° 97-14.368 (reconnaissance implicite en matière de grands ensembles immobiliers) ; Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, n° 09-13.486 (reconnaissance indirecte pour un élément du bâti).

137 La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite loi ALUR) prévoit en effet à son article 59, l'intégration de la scission en volumes dans le régime de la copropriété, à l'article 28, IV de la loi du 10 juillet 1965. Sur ce point, *infra.*, n° 197.1.

Chapitre 1. Le constat : la nécessité d'un mode alternatif de division de l'immeuble collectif

25. Justification de l'émergence du volume immobilier. Nous avons vu que la technique juridique de la division en volumes répond à la volonté de densification de l'espace urbain par l'édification de grands ensembles immobiliers. La propriété étant au cœur du Code civil[138] et considérée comme un pouvoir absolu, garant de la liberté et du développement individuel[139], la problématique de la densification des logements urbains ne devait pas être un frein à la possibilité pour leurs occupants d'en devenir propriétaire. Il est dès lors important de permettre la division en propriété de l'étendue verticale de l'immeuble, sous peine de réserver le statut de propriétaire des immeubles urbains à une infime minorité de personnes[140]. Bien évidemment, la problématique n'est pas nouvelle et, lors des réflexions portant sur le montage à effectuer pour l'édification du quartier de la Défense, une telle possibilité existe déjà : le régime de la copropriété. Néanmoins, en raison de l'importance de ces premiers grands ensembles immobiliers, ce régime – seul mode de division verticale de l'immeuble prévoyant une organisation collective – ne permettait pas d'obtenir une solution satisfaisante dans l'édification et la gestion des édifices envisagés.

26. Plan. Hormis les réformes les plus récentes qui apportent des améliorations substantielles[141], Les multiples modifications du régime de la copropriété n'ont par pas réussi à remédier au problème, si bien que ce régime est resté longtemps insuffisant pour l'édification et la gestion de tels ensembles (Section 1). Plus encore, au-delà d'une simple inadaptation, le régime de la copropriété est apparu totalement incompatible avec le régime de la domanialité publique, pourtant présent de façon quasi-systématique dans le cadre des grands ensembles immobiliers. Au vrai, cette incompatibilité se poursuit dès lors qu'il s'agit d'établir une propriété privée pleine et entière sur le domaine public (Section 2).

---

138 F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD Civ. 2006, p. 445 et s. L'auteur, après avoir rappelé que les rédacteurs du Code civil entendaient faire de ce dernier un ouvrage consacré dans son ensemble à l'exercice de la propriété (p. 446) affirme à la suite que cette idée se retrouve à juste titre dans le plan du Code civil (*ibid.*).

139 J.-E.-M. Portalis, « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété », *in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris – Videcoq, 1836, p. 112 et s.

140 En ce sens, voir également, A. Ionasco, « La copropriété par appartement », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 111, spéc. p. 124.

141 *Infra*., n° 547 et s.

Section 1. L'insuffisance du régime de la copropriété

27. Préexistence de la problématique attachée à l'immeuble collectif. La problématique du partage de la propriété d'un immeuble dans l'espace n'est pas nouvelle. Nous avons vu qu'elle existait de façon nette dès le Moyen Âge par l'impératif de fortification des villes. Le Code civil proposa dès 1804 un article 664 permettant la répartition de la propriété des étages d'un immeuble entre différentes personnes. Ignorant toute organisation collective, l'article s'est avéré insuffisant dans la gestion d'un bâtiment, matériellement indivisible, partagé entre les différents propriétaires[142]. La pratique a donc imaginé la rédaction d'un règlement s'appliquant aux propriétaires de l'édifice, mais des problèmes liés à leur opposabilité ont entraîné la nécessité de mettre en place un régime légal plus protecteur[143]. Le législateur mit alors en place le premier régime d'organisation collective de l'immeuble à l'entrée en vigueur de la loi du 28 juin 1938 portant sur la copropriété des immeubles divisés par appartement[144]. Pourtant, s'agissant de l'édification d'un programme tel que le quartier de la Défense, les difficultés sont d'une toute autre nature : la question de l'accès à la propriété de l'habitant est assez éloignée de celle de l'édification d'un grand ensemble immobilier. Là où la copropriété s'intéresse en premier lieu à la sécurisation des rapports entre un nombre limité de copropriétaires se partageant un édifice à destination unique, les grands ensembles immobiliers intéresseront avant tout des personnes morales motivées par la possibilité de concentrer un grand nombre de leurs services sur des espaces sans commune mesure avec un appartement tout en permettant un accès facilité par les voies publiques et des espaces de stationnement. La refonte de la copropriété par la loi du 10 juillet 1965 n'en a pas modifié la substantifique moelle : il s'agit toujours d'un régime dont l'objet principal est la division d'un immeuble ordinaire[145]. Partant, la copropriété souffre – malgré de très nombreux ajustements

142 *Infra.*, n° 434.1.

143 P. Hébraud, « À propos d'une forme particulière de copropriété. La copropriété par appartements », RTD Civ. 1938, p. 23, spéc. p. 42 et s. ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, p. 138, n° 249.

144 La question de la réforme de ce statut était déjà en discussion au moment des questionnements liés à la promotion et la gestion du quartier de la Défense. La réforme fut concrétisée par l'entrée en vigueur de la loi n°65-557 du 10 janvier 1965, mise en œuvre par le décret n° 67-223 du 17 mars 1967.

145 Cela se confirme logiquement dans la pratique : 54 % des copropriétés comptent 5 logements ou moins, 84 % comptent 20 logements ou moins. Voir, INSEE, *Les conditions de logement en France*, édition 2017, Insee Références – Fiches, propriétaires occupants, p. 119, n° 3.

successifs[146] – de plusieurs lacunes ne permettant pas de la rendre satisfaisante dès lors qu'elle s'applique à un grand ensemble immobilier.

28. Plan. Les premières difficultés apparaissent dès l'édification de l'ensemble immobilier (Paragraphe 1). Elles se poursuivront ensuite pendant la vie de l'immeuble, le régime de la copropriété ne répondant qu'insuffisamment aux problèmes liés à la gestion de grands ensembles immobiliers (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. Les difficultés liées à la période de construction

28.1. Le statut de la copropriété a longtemps laissé une incertitude relative à la date d'entrée en vigueur de son statut lors de l'édification d'une pluralité d'immeubles, incertitude freinant la sécurité du développement des programmes immobiliers d'importance (A). L'incertitude levée, il n'en reste pas moins que l'application du statut de la copropriété est tout à fait inadaptée à l'édification d'un ensemble immobilier (B)

A. L'incertitude sur le moment d'entrée en vigueur du régime de la copropriété

29. Exclusion de la période de construction. La période de construction est à l'origine totalement ignorée de la loi du 10 juillet 1965. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à l'alinéa premier de son article 1 disposant que « la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis ». Une telle formule ne laisse que peu d'ambiguïté quant à la volonté du législateur de ne s'intéresser qu'à la gestion de l'édifice existant, ignorant alors sa conception. L'étude des débats parlementaires permet d'écarter tout éventuel doute à ce propos : l'article 1er précité devait à l'origine étendre l'application du statut de la copropriété à la période de construction[147], mais ce point ne fut pas retenu par la commission des lois, qui estima que cette

146 La plupart de ces ajustements sont institués par des lois dont l'objet est bien plus large que le seul statut de la copropriété. La dernière réforme en date, issue de l'Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis a été prévue par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi Elan ». Celle-ci prévoit par ailleurs elle-même certaines évolutions. Elle propose en effet un chapitre V dont l'objectif affiché est « d'améliorer le droit des copropriétés » et procède à de nombreux ajouts dont certains nous intéressent directement (*infra.,* n° 549 et s.).

Sur l'ensemble des modifications du statut de la copropriété par la loi Elan, voir notamment J. Lafond, « Loi Elan et copropriété », JCP N. 2018, 1356 ; M. Poumarède, « L'impact de la loi Elan sur le droit de la copropriété », RDI 2019, p. 44. Ces modifications anticipent une nouvelle réforme d'ensemble par ordonnance de la loi du 10 juillet 1965 dont l'habilitation est prévue par la loi Elan elle-même. Voir J. Laporte, « Loi de 1965 : la réforme est en vue. Simple mise à jour ou bouleversement des fondamentaux ? », Loyers et copro., n° 5, mai 2018, étude 5.

147 Cette extension devait être permise par un alinéa 3 disposant que « sauf dans le cas où la construction est réalisée par une société de construction, la présente loi est également applicable pendant la période de construction des bâtiments, aux immeubles destinés à être dès leur achèvement, soumis au régime défini à l'alinéa 1 du présent article ». Cet alinéa a cependant été supprimé au motif qu'une telle disposition avait vocation à trouver sa place dans un projet de

question devait être réglée par la future loi devant réglementer l'édification d'immeuble à construire. Or, à l'entrée en vigueur de cette loi[148], aucune disposition ne prévoyait l'application du statut de la copropriété à l'immeuble en construction.

29.1. Une telle absence de prise en compte pourrait s'expliquer pour deux raisons. D'une part, le développement de la copropriété en 1965 passe dans un premier temps par division en lots d'immeuble déjà existant auparavant en mono-propriété[149]. D'autre part, le statut de la copropriété a été conçu comme « la fille de la loi de 1938 »[150] et va en prendre les traits principaux. La copropriété des immeubles bâtis est donc un régime proposant une organisation collective dont l'objet principal est la gestion d'un ouvrage simple et plus exceptionnellement d'un groupe d'immeubles de taille modeste. Le statut de la copropriété portant la plupart du temps sur un immeuble unique, la livraison des lots ne se fera principalement qu'après l'achèvement total de l'édifice. Ainsi, l'opération ne pose pas de difficultés particulières.

30. Exposition des incertitudes. Encore faut-il déterminer le moment précis de l'entrée en copropriété d'un édifice faisant l'objet d'une vente en l'état futur d'achèvement. En effet, plusieurs interprétations sont possibles. Soit l'on considère que la copropriété existe dès la signature du contrat qui se doit d'annexer le règlement de copropriété, soit l'on considère qu'il faut attendre l'achèvement total du bâtiment sous peine de ne pas remplir la condition d'existence de « l'immeuble bâti » prévu à l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965. Il est également envisageable d'adopter une vision intermédiaire et de prévoir une entrée graduelle de la copropriété.

30.1. Cette question de la détermination du point de départ de l'application du régime de la copropriété est particulièrement importante dès lors que la copropriété a vocation à s'appliquer à un groupe d'immeubles. Or, s'il s'agit d'une situation assez exceptionnelle en 1965, elle est la norme en matière de grands ensembles immobiliers, leur édification s'établissant par tranches successives espacées parfois de plusieurs années. Il a donc fallu interpréter le terme légal commandant la mise en œuvre du régime, à savoir la notion d'« immeuble bâti » présent dans à l'article 1er de la loi de

---

loi relatif « à la construction d'immeubles à usage d'habitation et aux sociétés immobilières d'acquisition ou de construction » et n'a, finalement, pas été adopté. Sur ce point, R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533 spéc., p. 539.

148 Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction.

149 J. Laporte, *op. cit*., n° 5.

150 D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP G. 1988, I, 3367, spéc., n° 10.

1965. Ce dernier a fait l'objet d'interprétations plus ou moins strictes par la doctrine[151] ainsi que d'une vision particulièrement souple de la part de l'administration à l'occasion d'une réponse ministérielle[152].

30.2. La jurisprudence a fini par adopter une décision favorable à l'application du régime de la copropriété à la période de construction, tout en imposant une condition matérielle : la nécessité d'achèvement d'au moins une partie du programme. L'incertitude n'est pourtant pas totalement levée, en raison de la pluralité d'appréciations qu'est susceptible de connaître la notion d'achèvement lorsqu'elle est relative à l'édification d'une construction[153]. En l'absence de précision, l'achèvement peut en effet se comprendre par rapport à l'intégralité de l'immeuble, ou de l'une de ses parties seulement[154]. C'est précisément cette pluralité d'interprétations qui ressort en jurisprudence. La troisième chambre civile de la Cour de cassation avait considéré, dans un premier temps, que l'achèvement résultait de la réalisation complète d'un édifice[155]. Une interprétation plus large de la notion se retrouvait dans certaines décisions de juges du fond, ces derniers considérant alors que l'habitabilité d'une partie seulement de l'immeuble, pouvait suffire à appliquer le régime de la copropriété[156]. La Cour de cassation semblait avoir adopté par la suite une position proche de celle des juges du fond[157], avant de retenir récemment une solution de compromis en considérant

151 Sur ce point, voir la rétrospective complète effectuée par Monsieur le Rudulier dans sa thèse, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., p. 139, n° 255 et s.

152 Rep. min. JOAN 1973, p. 7304, « L'assujettissement au régime de la loi du 10 juillet 1965 correspond […] à la constatation de l'achèvement d'au moins deux lots ayant fait l'objet d'une vente à construire ».

153 En témoigne notamment la définition de l'achèvement que propose le Code de la construction et de l'habitation lorsqu'il fait référence à la vente en l'état futur d'achèvement. Son article R. 261-1 dispose, en effet, que l'achèvement est constaté « lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'immeuble objet du contrat ». Il a été remarqué qu'une telle définition – au-delà de la subjectivité de l'appréciation qu'elle peut entraîner – entre en contradiction avec la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux que doit effectuer le promoteur auprès du maire de la commune où se situe l'édifice. Sur ce point voir, J. Laporte, A. De Coster, « De la naissance du syndicat des copropriétaires à la première assemblée générale », AJDI 2016, p. 583, spéc. p. 585.

154 La difficulté apparaîtra surtout lorsque le bâtiment édifié, bien qu'étant un ensemble architectural unique, présentera des équipements permettant de conférer une autonomie totale dans le fonctionnement de certains lots, tels des cages d'ascenseur, escalier attitrée à la desserte d'une partie seulement de l'édifice. Il en sera de même dans la situation opposée, lorsqu'existe entre deux bâtiments *a priori* distincts, des équipements communs tel qu'un hall d'entrée faisant la jonction entre les deux.

155 Cass. civ., 3ème, 3 mai 1990, n° 88-19.348, D. 1991, p. 77, note C. Giverdon, J.-R. Bouyeure, J. Lafond ; p. 155, note E.-S. de La Marnière.

156 Paris, 8 février 2001, n° 1999/17455 et 1999/21163, Loyers et copro., n° 7-8, juillet-août 2001, comm. 184, note G. Vigneron. Dans cette affaire, la cour d'appel affirme que « l'immeuble peut être considéré comme bâti dès lors qu'il est, pour partie habitable […] qu'en l'espèce, les premiers lots ont été livrés en janvier 1990 en sorte que le statut de la copropriété a commencé à s'appliquer à cette date ». Dans le même sens, Paris, 22 novembre 2001, n° 1999/19178.

157 Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, n° 09-13.822.

que le statut de la copropriété ne va s'appliquer qu'à compter de l'achèvement des lots qui ont été acquis[158].

31. Conséquence des incertitudes. Ces divergences de positions entraînent une incertitude sur la détermination du moment exact de l'application du régime de la copropriété, incertitude particulièrement problématique lors des édifications par tranches, dès lors que la date d'application de ce régime entraîne des obligations contraignantes qui peuvent freiner la bonne gestion de l'édification. Ainsi et de façon générale, la date de mise en œuvre du statut correspond à celle à laquelle le règlement de copropriété ne pourra plus être modifié unilatéralement par le promoteur[159] et où l'élection d'un syndic devra être envisagée. Cette date correspond également au début de l'exigibilité des charges de copropriété[160]. Cela pourrait constituer un frein et un risque important de litiges lorsque le promoteur, encore propriétaire de l'ensemble des lots non construits, devra s'acquitter des charges désormais exigibles relevant des pourcentages de parties communes qui y sont afférentes[161].

32. Insuffisance des réformes récentes. La loi Elan du 23 novembre 2018 portant réforme de la loi du 10 juillet 1965 vient résoudre au moins en partie le problème. Pour une partie des points qu'elle reprend sur le statut de la copropriété, la loi Elan n'effectue qu'une consécration de solutions jurisprudentielles déjà établies[162], mais s'agissant du point de départ de l'application du statut de la copropriété, elle reprend tout en innovant. En effet, l'alinéa 2 du nouvel article 1-1 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que : « le fonctionnement de la copropriété découlant de la personnalité morale du syndicat de copropriétaires prend effet lors de la livraison du premier lot ». Il s'agit bien d'une reprise, car la solution est en substance celle à laquelle avait adhéré auparavant les juges du fond[163] et correspond au mot près à l'article 2 du projet GRECCO[164]. Le principal

158 Cass. civ., 3ème, 22 janvier 2014, n° 12-29.368, RDI. 2014, p. 355, obs. O. Tournafond, J.-Ph. Tricoire ; Defrénois n° 6, 30 mars 2014, n° 115q5, p. 284, note H. Périnet-Marquet ; Gaz. Pal. 2014, 2, n° 169a9, p. 977, note V. Zalewski-Sicard. La Cour considère en effet que « l'acquéreur n'est tenu des charges de copropriété qu'à partir de l'achèvement des lots acquis », or, un copropriétaire n'est tenu des charges de copropriété qu'à compter de l'entrée en vigueur du statut.

159 Ce qui viendra bloquer les potentielles modifications du projet qu'il pourrait vouloir effectuer, *infra.*, n° 33 et s.

160 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., p. 142, n° 261 .

161 En ce sens, P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, Dalloz action, 10e éd., 2020, n° 111.22, p. 36 et 37.

162 En ce sens, M. Poumarède, *op. cit*., spéc. p. 44.

163 Paris, 8 février 2001, *op. cit*. ; Paris, 22 novembre 2001, *op. cit.*

164 Avant-projet de réforme de la loi du 10 juillet 1965 proposé à l'automne 2017 par le groupe de recherche sur la copropriété, présidé par Monsieur Hugues Périnet-Marquet, Loyers et copro., n°11, novembre 2017, 10. Pour une étude de ce projet, A. Lebatteux, « Le projet du GRECCO pour une simplification et une modernisation du statut de la copropriété », Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, étude 9.

intérêt du texte consiste en la confirmation légale de la solution jurisprudentielle basée sur l'achèvement – ou depuis la loi Elan, sur la livraison – des lots. On pourrait trouver que le recours à la notion de livraison apporte une clarification évidente par rapport à celle d'achèvement : plutôt que de se baser sur une notion imposant l'appréciation souveraine des faits par les juges[165], la notion de livraison semble apporter un critère bien plus objectif. Pourtant, il faut remarquer que les notions d'achèvement sont parfois utilisées de façon équipollente, ce qui peut laisser le doute quant aux appréciations respectives de celles-ci[166]. En outre, le recours à la notion de livraison n'apporte pas la certitude d'éliminer tout litige dans la détermination de la date d'application du statut de la copropriété : la livraison ne se confond pas avec la réception[167], de sorte que seule cette dernière donne lieu à l'établissement automatique d'un acte juridique[168]. Si très souvent la livraison se fait dans le même temps que la réception – le procès-verbal de réception constatant alors la livraison – il arrive parfois que la livraison soit effectuée de façon parfaitement autonome. Il s'agit alors de la remise des clés au copropriétaire sans que cela ne donne obligatoirement lieu à l'établissement d'un acte[169].

32.1. Il est également possible de souligner une potentielle hésitation quant à l'ampleur de l'application du statut de la copropriété, hésitation relative à l'interprétation de la rédaction de l'alinéa 2 du nouvel l'article 1-1 de la loi du 10 juillet 1965. Ce dernier dispose en effet que la livraison du premier lot entraîne « le fonctionnement de la copropriété découlant de la personnalité morale du syndicat de copropriétaires ». Or, cette formulation se démarque clairement de l'alinéa 1er du même article prévoyant l'application de « l'ensemble du statut » de la copropriété. Après avoir rappelé qu'une telle différence de formulation ne peut être que délibérée, Madame Coutant-Lapalus en déduit que le moment et le champ d'application du statut pourraient être différents selon

165 Solution que semblent néanmoins préférer Maîtres S. Chaix-Bryan, S. Lelièvre (S. Chaix-Bryan, S. Lelièvre, Troisième commission, « La division de l'immeuble bâti », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *La division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 520 , spéc., n° 3180 et s., p. 625 et s.).

166 Voir ainsi, l'article R.222-14 du Code de la construction et de l'habitation, qui dispose : « l'ouvrage est réputé livré au sens de l'article 1831-4 du code civil, reproduit à l'article L. 221-4 du présent code, lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'ouvrage faisant l'objet du contrat de promotion immobilière ». La définition de la livraison correspond dans ce cadre précisément à celle utilisée par l'article R.261-1 de ce même Code en matière d'achèvement dans le cadre de la vente en l'état futur d'achèvement relative au secteur protégé. Pour un constat de cette similitude, M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 326, p. 142.

167 Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9e éd., 2015, n° 80, p. 81 et s.

168 Voir article 1792 – 6, alinéa 1er du Code civil : « La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve ».

169 J. Lafond, *op. cit*., n° 19 ; M. Poumarède, *op. cit*., spéc. p. 49.

l'interprétation que l'on porte à cette distinction[170] entraînant ainsi une imprécision de l'ampleur de l'application du régime de la copropriété.

32.2. En dépit des améliorations qu'elle propose sur la détermination de la date d'entrée du régime de la copropriété, la loi Elan ne parvient donc pas à lever toutes les incertitudes entourant ce point. L'incertitude persistante en la matière maintient les réticences à l'utilisation du statut de la copropriété dans l'édification par tranches successives d'un ensemble immobilier. Ces réticences sont d'autant plus compréhensibles que l'application de ce statut reste en lui-même inopportun à un tel mode d'édification.

B. L'application inadaptée du régime de la copropriété aux ensembles édifiés par tranches successives

33. Plan. La rigidité du statut de la copropriété entraîne l'intangibilité du projet initial (1). La loi du 10 juillet 1965 vient alors réduire les possibilités – déjà restrictives[171] – offertes au promoteur dans la modification de l'opération immobilière. Les solutions envisagées afin d'apporter proposées ne s'avèrent pas satisfaisantes, qu'elles tendent à aménager le régime (2), ou encore à utiliser les outils qu'il met en place (3).

170 Ch. Coutant-Lapalus, « L'organisation de la copropriété après la loi Elan », Loyers et copro., n° 2, février 2019, dossier 6, n° 14. L'auteure indique ainsi que « deux interprétations semblent alors possibles. Ou bien considérer que, dans un premier temps, le statut de la copropriété est latent et que, dans un second temps, il entre en application. […] Ou bien admettre que, dans un premier temps, certaines dispositions du statut s'appliquent, et dans un second temps, à savoir à compter de la livraison du premier lot, d'autres dispositions spécifiquement attachées au syndicat des copropriétaires sont mises en œuvre ».

171 *Infra*., n° 36 et s. ; n° 92 et s.

1. L'intangibilité du projet initial par le statut de la copropriété

34. Application paradoxale d'un régime inapproprié. Ce problème apparaît particulièrement dirimant dès lors que la loi du 10 juillet 1965 fait l'objet d'une application de plein droit à partir du moment où ses conditions d'application sont remplies, même en l'absence d'existence de l'obligatoire règlement de copropriété[172]. En d'autres termes, il n'est pas possible de prévoir un aménagement conventionnel sur le point de départ de l'application du régime de la copropriété. Or, il a été très justement remarqué qu'une telle rigueur entraîne une situation tout à fait paradoxale lorsqu'il s'agit de l'édification par tranches d'un grand ensemble immobilier[173] : sa période de construction sera en grande majorité régie par le régime de la copropriété – qui s'appliquera de plein droit dès lors que les premiers lots ont été livrés – alors que ce dernier n'a jamais été prévu pour remplir un tel objectif et ne bénéficie donc pas d'outils permettant de subvenir aux nécessités d'un chantier d'une telle ampleur.

35. Multiplication des risques de blocage. Les difficultés apparaissent en raison de la rigidité du régime de la copropriété, qui tend à protéger les propriétaires par le maintien de la stabilité de l'ensemble commun. Néanmoins, si la stabilité de l'ensemble commun est un gage de sécurité des copropriétaires, elle s'avère problématique lorsque les bâtiments seront édifiés par tranches. En effet, en raison des délais parfois lointains de l'édification des tranches successives, le projet initial devra souvent supporter des modifications impliquant la destination des lots, leur consistance, voire encore les conditions de leur jouissance. C'est ici le cœur du problème : le règlement de copropriété devant prévoir ces éléments et s'appliquer sans réserve, de telles modifications[174] doivent être autorisées en assemblée générale selon les règles de majorité en vigueur, parfois très restrictives[175]. Les situations risquant de générer un blocage sont alors d'autant plus nombreuses que l'ensemble projeté prévoit des affectations diverses.

---

172 Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-15.213, Bull. civ. 1989, III, n° 214 ; RDI 1990, p. 113, obs. F. Givord, C. Giverdon. La Cour de cassation affirme clairement, dans une affaire où le règlement de copropriété n'existait pas lors de la période d'édification, que « le statut de la copropriété des immeubles bâtis s'applique de plein droit dès que sont remplies les seules conditions prévues par l'article 1er, alinéa 1er, de la loi du 10 juillet 1965 ».

173 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., p. 145, n° 265.

174 Il s'agira bien dans ces situations d'une modification du règlement de copropriété et non pas d'une simple adaptation, notion instituée par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain (dite, loi SRU) dont les critères sont aujourd'hui prévus par l'article 24, II, f) de la loi du 10 juillet 1965. Cet article, mis en place par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite, loi ALUR) a pour seul objectif de permettre aux copropriétés d'être pourvue d'un règlement de copropriété conforme au droit positif. L'étendue de l'adaptation serait donc limitée à trois types d'actions : la substitution, la suppression de clauses, ou encore, l'addition de clauses nouvelles rendues nécessaires par les modifications législatives et réglementaires. Sur cette question, voir J. Lafond, « L'adaptation des règlements de copropriété anciens à l'évolution de la législation », JCP N 2003, I, 1500, n° 13 et s.

175 *Infra*., n° 46 et s.

2. L'absence de solutions satisfaisantes par l'aménagement du régime de la copropriété

36. Inefficacité absolue des clauses unilatérales de modification. Précisons d'emblée que la rigidité du régime de la copropriété n'est pas le seul frein à la modification unilatérale du projet par le promoteur. Certes, il est pratiquement illusoire de penser que le changement d'affectation d'un lot projeté modifiant la destination de l'immeuble soit envisageable dès lors qu'il requiert l'unanimité des copropriétaires[176] et que la destination initiale aura souvent motivé l'acquisition des copropriétaires de la première tranche[177]. Il en est de même concernant la modification de l'implantation des bâtiments projetés[178], de leur nombre[179] ou encore de leur consistance réelle : toute modification de ce type emporte la nécessité de modifier la répartition des charges, ce qui ne peut se faire, encore une fois, qu'à l'unanimité des copropriétaires[180]. Le risque pour le promoteur de se retrouver totalement soumis à son projet initial est donc important, si bien qu'il peut être particulièrement tentant de se passer de l'application du régime de la copropriété.

36.1. Pourtant, même à s'écarter de ce régime et de basculer vers la division en volumes, le champ de liberté est loin d'être absolu lorsqu'il est question de modification de grande ampleur. Ainsi, le recours aux mandats unilatéraux de modification seront prohibés en toutes circonstances. La jurisprudence comme la loi sont venues sanctionner les promoteurs ayant essayé d'intégrer dans les actes de vente une clause unilatérale de modification du projet envisagé. Ainsi, une telle pratique est prohibée par le législateur qui considère de telles clauses irréfragablement abusives[181] et par la

176 Cass. civ., 3ème, 17 février 2004, n° 02-19.628. Dans une affaire où il était question de la modification du classement de l'immeuble en copropriété vers la catégorie « immeuble grande hauteur à usage mixte », liée à la modification de l'affectation de certains de ces lots, la Cour de cassation consacre le fait que « le nouveau classement de l'immeuble caractérisait un changement de destination qui devait être décidé à l'unanimité ».

177 Il est possible d'illustrer ces propos assez aisément en imaginant la volonté du promoteur de passer un lot d'usage commercial vers l'habitation et passer ainsi la destination de l'immeuble de « mixte » à « habitation bourgeoise ». Si certains copropriétaires pouvaient y voir l'attrait d'une plus grande tranquillité, la modification ne serait pas possible dans l'hypothèse où un seul de ces derniers – motivé par la présence de commerces de proximité – s'y refuse.

178 En ce sens, voir J. Lafond, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, *Copropriété – Programmes immobiliers évolutifs,* Fasc. 90-50, n° 78.

179 *Ibid*., n° 80.

180 Alinéa 1 de l'article 11 de la loi du 10 juillet 1965.

181 Une telle interdiction pouvait déjà être tirée du décret n° 78-464 du 24 mars 1978, portant application de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (JOAN, 1er avril 1978 ; JCP G 1978, III, 47152) dès lors que son article 3, prohibait les clauses « ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ». Pour une étude complète de ce décret et une esquisse d'application aux ventes d'immeuble à construire, J. Calais-Auloy, L. Bihl, « Les clauses abusives en 1983 », Gaz. Pal. 1984, 3, doctr. p. 461.

Actuellement, l'article R. 212-1, 3° du Code de la consommation dispose que sont irréfragablement présumées abusives les clauses qui permettent au professionnel de se réserver « le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ». Ce qui suffit à sanctionner de tel mandat indépendamment de la technique juridique de division de l'immeuble employée. En outre, Madame la Professeure Faure-Abbad remarque que cette protection spécifique ne prévoit aucune exception en matière de vente en l'état futur d'achèvement. Le Code de la consommation semble ainsi rejeter les stipulations prévoyant une

Cour de cassation, qui répute ainsi non écrite la clause dans laquelle le promoteur se réserve la possibilité d'effectuer des modifications unilatérales du règlement de copropriété auquel ont consenti les acquéreurs[182]. Tout autant abusive serait une clause visant à permettre indirectement les modifications du promoteur par le retrait contractuel de l'obligation de description de l'ensemble projeté[183]. Ainsi, les acquéreurs seraient fondés à invoquer un manquement à l'obligation de délivrance de leur bien, et cela, même si les modifications ne portent pas sur leur lot privatif, mais sur l'environnement de ce dernier[184]. Dans toutes ces situations, les restrictions n'émanent pas du régime de la copropriété en lui-même et ont vocation à s'appliquer également dans le cadre d'une division en volumes.

37. Plan. C'est au niveau des modifications moins substantielles que le régime de la copropriété se fait particulièrement sentir, dès lors où le processus d'acceptation de la modification envisagée ne pourra pas toujours être mené à terme. Afin de pallier ces difficultés des solutions ont été envisagées. Elles consistent, soit à l'octroi d'un mandat de modification au bénéfice du promoteur (a), soit dans la volonté de modifier les règles de majorité de la loi du 10 juillet 1965 (b). Dans les deux cas, la validité de telles solutions apparaît très incertaine.

a) Le recours au mandat de modification

38. Présentation du principe. L'objectif est tant d'assurer que l'accord des acquéreurs aux modifications apportées au projet initial soit avéré, que de rattacher son existence à un fondement légal : l'article R. 261-5 du Code de la construction et de l'habitation autorisant les mandats de modification dans le cadre des ventes d'immeuble à construire. Ici encore, il faut remarquer que la

---

tolérance vis-à-vis du promoteur à propos de la qualité des matériaux utilisés, de la surface effectivement livrée ou des délais de livraison (M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 508, p. 204).

182 Voir Cass. civ., 3ème, 12 janvier 1982, n° 80-13.507. Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère qu'une telle possibilité de modification unilatérale par le promoteur entraîne une modification des droits acquis par les acquéreurs et que sa validité doit être soumise soit à l'acceptation l'ensemble des acquéreurs, dans le cas où le régime de la copropriété ne trouve pas encore à s'appliquer, soit à d'une approbation décidée en assemblée générale aux règles de majorité prévue par la loi du 10 juillet 1965.

Le refus est confirmé quelques années plus tard par un arrêt (Cass. civ., 3ème, 5 juillet 2000, n° 98-20.857, RJDA, février 2001, n° 142, p. 135) dans lequel la Haute juridiction affirme qu'une telle clause « ne saurait être valablement opposée aux acquéreurs des appartements du premier bâtiment construit, dès lors que les modifications que ces acquéreurs ne pouvaient être ainsi réputés avoir accepté en toute connaissance de cause, étaient abandonnées au gré du promoteur et aboutissaient à bouleverser de manière unilatérale une partie substantielle des actes de vente en ce qu'ils définissaient les caractéristiques du programme immobilier au vu desquelles ces acquéreurs s'étaient engagés ». Sur ce point, J. Lafond, *op. cit*., n° 92.

183 L'article R.212-1, 4° du Code de la consommation consacre comme irréfragablement abusive une clause qui permet « au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services à rendre sont conformes ou non aux stipulations du contrat ». En ce sens, M. Faure-Abbad, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Clauses abusives dans les contrats de construction*, Fasc. 900, n° 147.

184 En ce sens, Auteur anonyme, obs. sous Cass. civ., 3ème, 5 juillet 2000, *op. cit*., spéc. p. 136.

mise à l'écart du régime de la copropriété ne viendra pas résoudre toutes les difficultés dès lors que l'article 261-5 précité à vocation à s'appliquer à l'ensemble des ventes d'immeubles à construire relevant du secteur protégé. Néanmoins, la loi du 10 juillet 1965 apporte une rigidité supplémentaire qui interroge la validité même de la solution.

39. Champ d'application trop restrictif. Ainsi, le mandat de modification semble échouer sur les deux objectifs visés : d'une part, à compter de la mise en œuvre de la copropriété, toute modification de son règlement ne peut intervenir que dans le cadre d'une assemblée générale, ce qui semble limiter le recours aux mandats[185] et, d'autre part, l'article précité semble ne semble pas pouvoir s'appliquer de façon générale sous peine d'en dénaturer le sens et la portée[186]. En effet, un tel mandat se doit d'être exprès et spécial, les seules exceptions relevant d'opérations indispensables pour la pérennité du projet de construction au regard des dispositions administratives[187]. Ainsi, le promoteur ne pourra bénéficier que d'un mandat lui imposant de préciser la nature et la réalisation des modifications envisagées. Ces restrictions se comprennent aisément : il s'agit de protéger l'acquéreur qui pourrait ne pas avoir conscience de l'étendue des libertés qu'il pourrait conférer au promoteur. En conséquence, ce dernier ne pourra alors pas bénéficier de la souplesse dont il aurait parfois besoin et le strict encadrement des pouvoirs conférés par le mandat impliquera souvent une gestion des modifications du projet particulièrement difficile. En définitive, la technique du mandat de modification trouve un champ d'application très restrictif : même à admettre une telle possibilité

185 En ce sens, voir Paris, 5 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, p. 635, note M. Morand ; RDI. 1980, p. 338, note F. Givord, C. Giverdon. Dans cette affaire, où il était question de permettre à une société de gérer l'intégralité des futurs équipements communs, la cour d'appel de Paris semble prohiber tout recourt à un mandat rédigé en des termes généraux, dès lors que les modifications en causes dépassent les simples actes d'administration. Il est donc impossible pour un promoteur de se faire octroyer le pouvoir d'effectuer des modifications futures non précisément délimitées à partir du moment où les délégations de pouvoir permises par le statut de la copropriété sont strictement encadrées et ne peuvent porter que sur un acte ou une décision expressément déterminée (article 21 du décret 67-223 du 17 mars 1967). Pour une illustration récente de la nécessité de prendre toute décision de modification du règlement de copropriété en assemblée générale, voir Cass. civ., 3ème, 24 avril 2013, n° 12-14.593, Loyers et copro., juillet 2013, n° 7-8, comm. 218, note G. Vigneron.

186 Sur l'ensemble de la question, voir D. Sizaire, J.-Ph. Tricoire, *JurisClasseur Notarial Formulaires, Vente d'immeuble à construire*, Fasc. 30, n° 69 et s. Voir également, M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, *op. cit*., n° 455, p. 179, qui rappelle le principe de spécialité de ce mandat.

187 Ces exceptions sont prévues au dernier alinéa de l'article R. 261-5 du Code de la construction et de l'habitation, qui prévoit que le mandat « peut toutefois comporter le pouvoir de passer tous les actes de disposition portant sur des parties communes et qui se révéleraient nécessaires : – pour satisfaire aux prescriptions d'urbanisme ; – pour satisfaire aux obligations imposées par le permis de construire du bâtiment faisant l'objet de la vente ou auxquelles pourrait être subordonnée la délivrance d'un tel permis pour la construction des autres bâtiments concernés par le mandat ; – pour assurer la desserte de ces immeubles ou leur raccordement avec les réseaux de distribution et les services publics ».

dans le cadre de la copropriété[188], il ne peut porter que sur des modifications précisément délimitées et approuvées par les acquéreurs.

b) La modification des règles de majorité

40. Présentation du principe. Il s'agit ici de procéder à un contournement des règles de majorité de la loi du 10 juillet 1965 pour réussir à écarter l'unanimité des voix nécessaires aux modifications du projet de construction. L'idée est la suivante : les décisions prises en assemblée générale en contravention des règles de majorité ne sont pas annulées automatiquement, mais nécessitent une action en contestation de la part de l'un des copropriétaires. Cette action est prévue par l'alinéa 2 de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965 qui dispose qu'elle doit « à peine de déchéance, être introduite par les copropriétaires opposants ou défaillants dans un délai de deux mois à compter de la notification du procès-verbal d'assemblée ». Passé ce délai de deux mois, plus aucune contestation n'est possible de la part des copropriétaires. Il est donc envisageable pour le promoteur – qui reste copropriétaire durant toute la période de construction – de faire voter la modification du projet en assemblée générale à l'une des règles de majorités prévues aux article 24 et suivants de la loi du 10 juillet 1965 afin d'écarter l'unanimité initialement nécessaire, tout en ayant au préalable convenu avec l'ensemble des copropriétaires qu'aucune action en contestation ne sera effectuée.

41. Persistance des risques de blocage. La fragilité d'un tel processus ne tarde pas à transparaître tant il souffre d'obstacles potentiellement dirimants. Le promoteur devra en effet composer avec le devoir de conseil auquel est tenu le syndic[189], qui doit sous peine d'engager sa responsabilité, rappeler lors de l'assemblée générale et dans le procès-verbal que la résolution encourt la nullité si elle est votée par une règle de majorité différente de l'unanimité[190]. La situation apparaît alors ubuesque : un promoteur tente d'écarter l'unanimité – qu'il sait ne pouvoir obtenir – par un vote en assemblée générale à une majorité moindre, vote qui ne pourra prendre effet qu'en

188 Voir éventuellement en ce sens, Cass. civ., 3ème, 30 septembre 1998, n° 96-20.435, RDI. 1999, n° 1, p. 144, obs. P. Capoulade. La Cour de cassation accepte ici qu'une modification au règlement de copropriété soit effectué par le biais d'un mandat conféré au promoteur. Il faut néanmoins remarquer que, en l'espèce, non seulement la question au cœur du litige concernait un copropriétaire qui demandait à être rétabli dans ses droits à la suite d'une erreur dans le règlement de copropriété, mais, au surplus, le mandat avait été donné alors que le régime de la copropriété ne s'appliquait pas encore.

189 Sur le devoir de conseil du Syndic, voir Cass. civ., 3ème, 25 janvier 1994, D. 1994, somm. p. 207, obs. P. Capoulade, arrêt rendu à propos de l'absence d'information sur la nécessité de recourir à une assurance-dommage-ouvrage.

190 Paris, 26 février 2004, JurisData n° 2004-234798, Loyers et copro., n° 7-8, juillet-août 2004, comm. 136, note G. Vigneron, arrêt dans lequel la cour d'appel de Paris affirme que le syndic de copropriété est tenu d'un devoir de conseil et qu'il lui appartenait dès lors, de prévenir l'assemblée du risque de nullité encourue par la décision votée.

l'absence de contestation des copropriétaires réfractaires[191] dûment informés de cette possibilité d'action par le syndic. Sans doute, un pari peut être fait sur l'inaction des copropriétaires face à une éventuelle réticence de s'engager dans une procédure judiciaire générée par l'action en contestation, mais, c'est là une bien pauvre assurance relativement à la pérennité des décisions ainsi prises. Enfin, il existe un doute quant à la portée de la déchéance de l'action en contestation, certains soutenant qu'il serait tout de même possible de se prévaloir de sa qualité d'acquéreur pour contester les modifications du projet initial au-delà du délai de deux mois fixé par la loi du 10 juillet 1965[192]. La seule solution serait alors pour le promoteur est de faire signer aux copropriétaires une renonciation exprès à leur droit de contester les modifications sur le plan contractuel. Une telle situation revient encore une fois à demander à des acquéreurs potentiellement opposés aux modifications de renoncer à exercer leur droit, ce qui laisse apparaître une grande propension aux situations de blocage.

3. L'insuffisance de la technique du lot transitoire

42. Présentation du principe. Une option est encore envisageable par la technique des lots transitoires. Il s'agit initialement d'une création de la pratique pour les ensembles immobiliers édifiés par tranches et dont l'objectif était de pallier les insuffisances du régime de la copropriété dans la gestion de la période de construction[193]. En pratique, cela consiste à créer autant de lots transitoires qu'il existe de tranches non construites, chaque lot étant désigné dans le règlement de copropriété[194]. Au fur et à mesure de la construction des tranches, les lots transitoires sont ainsi supprimés et remplacés par des lots qui correspondent aux parties effectivement construites[195]. Les premiers temps furent propices aux débats sur la nature de ce lot transitoire[196], mais très rapidement la Cour de cassation a affirmé qu'il présentait toutes les caractéristiques d'un lot de copropriété[197]. Selon la Haute juridiction, le lot transitoire est lot constitué d'un droit de construire exclusif au

191 Action prévue à l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965.

192 Une autre interprétation serait que « l'ancienne qualité « d'acquéreur » s'efface devant celle de copropriétaire » empêchant alors tout recours sur le plan contractuel, dès lors que le délai de deux mois est écoulé, Lafond *op. cit*, n° 103.

193 Sur ce point, J.-F. Dalbin, « Copropriété par phases. Lot transitoire », Dr. et ville 2011, n° 72, p. 259, spéc. p. 261.

194 C'est depuis la réforme de la loi Elan une obligation légale prévue à l'alinéa 3 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 qui dispose que « la création et la consistance du lot transitoire sont stipulées dans le règlement de copropriété ».

195 P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, Dalloz action, 9ème éd., 2018, n° 111.21, p. 30.

196 C. Giverdon, J.-R. Bouyeure, « Les lots transitoires de copropriété », Administrer, décembre 1981, 7, n°119. Selon les auteurs, le lot transitoire ne peut être qualifié de lot de copropriété en ce que l'exigence d'une partie privative consistante à laquelle il est possible d'affecter une quote-part de parties communes n'est pas remplie.

197 Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1991, n° 89-21.167, Bull. civ. 1991, III, n° 275 ; RDI. 1992, p. 109, obs. P. Capoulade ; Administrer mai 1992, n° 235, p. 27, note E.-J. Guillot.

bénéfice de son propriétaire[198] et d'une quote-part des parties communes[199]. Eu égard la constance des solutions jurisprudentielles sur ce point, il n'y a aucune surprise à voir la consécration légale du lot transitoire comme lot de copropriété se faire par la loi Elan[200].

43. Encadrement de la liberté du propriétaire du lot. L'évolution de la jurisprudence conférait aux lots transitoires un intérêt indéniable dans les programmes édifiés par tranches successives. En effet, la Cour de cassation avait logiquement considéré que le droit de construire qui constitue la partie privative du lot transitoire pouvait s'exercer en l'absence de toute autorisation en assemblée générale[201] et, plus encore, qu'il pouvait porter sur « tout bâtiment et construction »[202]. Au vrai, un droit de construire aussi général semble excessif, ne serait-ce qu'au regard de la sécurité des acquéreurs qui ont consenti au projet par rapport à l'environnement, aux gabarits des édifices, ou encore de la destination de l'ensemble projeté[203]. En conséquence, la liberté totale conférée au promoteur pourrait entraîner un déséquilibre significatif entre les parties au contrat, susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'article 1171 du Code civil dont l'alinéa 1 dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à

198 Il faut néanmoins faire attention à bien décrire la partie privative par l'objet du droit de construire, sous peine de se voir refuser la qualification de droit transitoire. Sur ce point, Cass. civ., 3ème, 18 septembre 2013, n° 12-16.361, AJDI 2014, p. 212, obs. N. le Rudulier ; p. 287, obs. D. Tomasin.

199 Sans parler expressément de « lot de copropriété », la Cour de cassation avait déjà considéré qu'un tel lot, constitué d'un « droit exclusif d'utiliser une surface déterminée du sol pour y édifier des constructions[…] ainsi qu'une quote-part de la propriété du sol et des parties communes », était un immeuble par nature pouvant faire l'objet d'une saisie immobilière. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-18.188.

200 L'alinéa 3 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 dispose à présent que « ce lot *(de copropriété)* peut être un lot transitoire. Il est alors formé d'une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser sur une surface déterminée du sol, et d'une quote-part de parties communes correspondantes ».

201 Cass. civ. 3ème, 4 novembre 2010, 09-70.235, « Mais attendu, que le règlement de copropriété prévoyait que le promoteur avait le droit d'édifier sur le lot transitoire n° 349 un ensemble de garages avec ses dépendances ou de réaliser un ensemble de parking [*sic*], ou les deux à la fois […] la cour d'appel, qui a pu en déduire que ce promoteur en édifiant sur ce lot un bâtiment à usage de garage n'avait fait qu'user de ce droit et n'était pas tenu de solliciter pour construire l'autorisation de l'assemblée générale ».

202 Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-20.276 ; D. 2011, p. 1685, obs. Y. Rouquet ; D. 2012, p. 2412, obs. P. Capoulade, D. Tomasin, P. Lebatteux ; AJDI 2012, p. 353, obs. D Tomasin.

203 C'est, par ailleurs, le sens des limites posées par l'article 37 de la loi du 10 juillet 1965 qui octroie la faculté pour un copropriétaire d'exercer son droit accessoire de surélévation ou de construction d'un édifice (l'article 37-1 de cette même loi, créé par la loi Elan, précise également qu'il ne faut pas confondre ces droits avec ceux constituant la partie privative d'un lot transitoire de copropriété).

Cet article prévoit, en effet, qu'un tel droit accessoire « doit indiquer, à peine de nullité, l'importance et la consistance des locaux à construire et les modifications que leur exécution entraînerait dans les droits et charges des copropriétaires ». Au surplus, il devient caduc « s'il n'a pas été exercé dans les dix années » qui suivent la convention qui l'a établi et, surtout, le syndicat peut « s'opposer à l'exercice de ce droit » avant l'expiration du délai de dix ans en statuant à la majorité prévue à l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965.

Il ne fait aucun doute que le régime de la copropriété entend par cet article protéger l'environnement des copropriétaires. En ce sens, J. Lafond, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, *Copropriété – Programmes immobiliers évolutifs,* Fasc. 90-50, n° 21.

l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite »[204]. La doctrine est par ailleurs unanime dans la nécessité d'adopter une définition très précise de la consistance du droit de construire présent dans le lot transitoire[205], ce dernier ne pouvant constituer « un blanc-seing donné à son titulaire de construire n'importe quoi n'importe où »[206]. Il faudrait dès lors qu'il soit constitué d'un permis de construire en vigueur[207], et qu'il précise « sa consistance (volume des constructions, nombre d'étages, surface hors-œuvre nette) et son implantation »[208]. Il ressort effectivement que de telles exigences sont indispensables au-delà même de la protection de l'environnement des acquéreurs, ne serait-ce que pour la détermination des tantièmes de copropriété et des charges afférentes à ces lots[209].

44. Renforcement de l'encadrement. Assez logiquement, la loi Elan a effectué un retour vers un contrôle plus strict de la détermination du lot transitoire en le définissant comme un lot composé d'une « partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser sur une surface déterminée du sol, et d'une quote-part de parties communes correspondante »[210]. La nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019, si elle supprime une condition relative à la détermination de la surface au sol de la construction prévue, maintient les exigences relatives à la prédétermination de l'ouvrage[211]. Le lot

---

204 Encore faut-il contrôler deux choses : en premier lieu, il faut que le règlement de copropriété soit qualifié de contrat d'adhésion tel que défini à l'article 1110 du Code civil comme « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». Lorsqu'il s'agit d'une vente en l'état futur d'achèvement, dans laquelle des lots transitoires sont prévus et insérés au règlement de copropriété, la qualification semble pouvoir être retenue sans difficulté. En second lieu, il faut que le déséquilibre significatif « ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation », ce qui pourrait être le cas pour l'acquéreur d'un lot de copropriété vis-à-vis de son environnement futur et du gabarit des édifices projetés, au moins lorsqu'ils sont extérieurs à son lot privatif.

205 Voir notamment, V. Zalewski-Sicard, « Construction et copropriété, les apports de la loi Elan », Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2018, alerte 64.

206 F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, LGDJ, 2003, n° 46, p. 55.

207 Selon certains auteurs, il ne faudrait même se limiter qu'à ce qui est autorisé par le permis de construire en vigueur, en ce sens, Ch. Atias, note sous Aix-en-Provence, 27 mai 1999, D. 1999, somm. p. 311 ; P. Cornille, obs. sous TGI Saintes, 6 juin 1995, JCP N. 1995, II, p. 1588, spéc. n° 6. Cité également par F. Bayard-Jammes, op. cit., n° 46, p. 55.

208 F. Bayard-Jammes, *op. cit*., n° 46, p. 55.

209 En ce sens, voir M. Morand, « Le piège des lots à construire dits lots de *transition* », JCP N 1990, prat. 1615, p. 629 ; C. Giverdon, « Les *lots transitoires* sont de véritables lots de copropriété », Loyers et copro., n°1 janvier 1992, p. 1.

210 L'article 1er, alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1965, dans sa version issue de la loi ELAN du 23 novembre 2018. En application de l'article 37-1 de cette même loi, la partie privative du lot transitoire peut également être constitué d'un « droit d'affouiller » ou « de surélever ».

211 L'article 1er, alinéa 3 de la loi du 10 juillet 1965 définit désormais le lot transitoire comme un lot composé d'« une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser et d'une quote-part de parties communes correspondante ».

transitoire ne semble donc pas permettre de résoudre les problèmes liés aux modifications du projet de construction potentiellement souhaités par le promoteur. Une telle définition marque effet un véritable retour vers une exigence de détermination précise de la « consistance du lot transitoire »[212] qui doit, par ailleurs, être inscrit dans le règlement de copropriété[213].

44.1. L'entrée du lot transitoire dans la loi du 10 juillet 1965 par les réformes récentes ne semble donc pas adaptée à la problématique des grands ensembles immobiliers. Non seulement le degré de précision à apporter semble trop important, mais même dans l'hypothèse où une marge de modifications resterait permise[214], on retrouve alors l'obligation pour le promoteur souhaitant modifier son projet – c'est-à-dire modifier l'objet du droit de construire présent dans le lot transitoire – d'obtenir l'accord des autres copropriétaires lors d'une assemblée générale, ce qui pourra aller jusqu'à nécessiter l'unanimité[215]. Ainsi, la technique des lots transitoires telle que définie par les termes de la loi ne permet pas d'être pleinement satisfaisante lors de l'édification de grands ensembles immobiliers en raison, encore une fois, de l'application du régime de la copropriété.

Paragraphe 2. Les difficultés liées à la gestion de l'immeuble

45. Plan. Au-delà de la période de construction pour laquelle le régime de la copropriété ne fait que renforcer l'intangibilité du projet envisagé, la loi du 10 juillet 1965 impose surtout une rigidité inadaptée à la gestion des grands ensembles immobiliers. Conçue pour s'appliquer à un ouvrage simple, son efficacité est altérée dès lors qu'il existe un grand nombre de copropriétaires[216] en raison de règles de majorité inadaptées (A). Cette difficulté ne pourra pas être facilement contournée par la mise en place de syndicats secondaires, dont la création obéit à des règles

212 Termes par ailleurs employés par l'alinéa 4 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965.

213 Alinéa 4 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965.

214 Maître Lafond considère que la loi du 10 juillet 1965 n'a pas à imposer plus de précisions dans la détermination du lot transitoire que l'article R. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation à propos d'un programme édifié par VEFA. Par application de cet article, la consistance du lot de copropriété résulterait « des plans, coupes et élévations avec les cotes utiles et l'indication des surfaces de chacune des pièces et des dégagements », (alinéa 1er) auquel devra s'ajouter « un plan faisant apparaître le nombre de bâtiments de cet ensemble, leur emplacement et le nombre d'étages de chacun d'eux » (alinéa 2) dans le cas où le programme tend à l'édification d'un ensemble immobilier. Sur ce point, voir J. Lafond, « La « consistance » du lot transitoire de copropriété après la loi Elan », JCP N 2019, p. 1141, n° 14.

215 En raison par exemple, de la modification potentielle de la destination de l'ensemble immobilier.

216 Cela relève parfois même d'un euphémisme, en témoigne les 750 logements de la plus grande copropriété de la métropole lilloise (chiffres cités par G. Chantepie, « Quel avenir pour la copropriété », *in L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 170) ou encore des 7500 lots de la copropriété de Parly 2 (la copropriété est composée de 278 bâtiments, regroupant 7500 logements répartis dans 38 résidences, voir sur ce point https://www.parly2.com/historique/).

particulièrement strictes (B). Même si elles ne sont pas la cause de l'émergence et du développement de la division en volumes, un bref détour par les difficultés propres aux petites copropriétés se doit d'être fait, dès lors que la volonté de s'écarter du régime de la copropriété dans ce domaine existe de longue date (C).

A. Des règles de majorité inadaptées aux grands ensembles immobiliers

46. Constat de l'inadaptation et plan. Cette insuffisance a rapidement été dégagée par la doctrine après l'entrée en vigueur de la loi[217], sans qu'elle en eu en réalité la primeur : la reconnaissance de l'inadaptation de loi du 10 juillet 1965 aux grands ensembles était déjà implicitement le fait de la loi elle-même. Consciente des inconvénients de la rigidité de son statut dès la multiplication du nombre de copropriétaires, elle prévoyait, dès l'origine, un ensemble de solutions afin de réduire les dimensions de la copropriété et ainsi la faire rentrer dans des mesures qu'elle est susceptible de gérer efficacement. En conséquence, il était possible, dès 1965, de spécialiser des éléments d'équipements à certains copropriétaires[218], de constituer des syndicats secondaires[219] et également, plus radical, de retirer certains bâtiments de la copropriété dès lors que la division du sol est possible[220]. Le seuil à partir duquel les difficultés apparaissent a été proposé par Maître Leclercq, qui indiquait en 1976, que la gestion d'une copropriété de plus de deux cents copropriétaires est problématique en raison de l'inadaptation du régime mis en place[221]. En présence de plusieurs centaines de copropriétaires, la doctrine constate en effet que l'application du régime de la copropriété s'apparente à « la gestion d'une commune de plusieurs centaines ou quelques milliers d'électeurs que le Maire devrait convoquer chaque année en assemblée générale, pour voter le budget, décider des dépenses courantes, voter les travaux d'assainissement et de voirie, décider d'investissements et d'emprunts, fixer les subventions, etc. »[222]. Il en ressort ainsi la multiplication des situations de blocage en raison des contraintes mise en place par le régime de la

217 J.-R. Bouyeure, « La création de syndicats secondaires de copropriété », AJPI, septembre 1968, p. 765.

218 Les copropriétaires concernés sont alors seuls tenus de leur usage, du paiement de leur charge et des décisions – prise en assemblée générale – les concernant. Article 24 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 à la date de son entrée en vigueur.

219 *Infra*., n° 55.

220 Article 28 de la loi du 10 juillet 1965 à la date de son entrée en vigueur.

221 B. Leclercq, « Les ensembles immobiliers », *in* Rapport du 73e congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 404, spéc., p. 448. L'auteur constate en effet que « l'expérience montre que de nombreux ensembles immobiliers rassemblant de cinquante à deux cents copropriétaires s'accommodent de la loi de 1965 ».

222 M. Morand, note sous Paris, 5 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, p. 635, spéc. p. 637.

copropriété dans le processus de décision[223]. Au vrai, les soucis semblent même arriver bien avant ce seuil des deux cents copropriétaires[224] en raison de la volonté protectrice de la loi du 10 juillet 1965. Cette volonté transparaît dans les règles de majorité requises en assemblée générale nécessaires à toute décision relevant de la gestion de l'immeuble (1) et dans la rigidité conférée à la notion de destination de l'immeuble (2).

1. L'inaccessibilité des majorités de la loi du 10 juillet 1965

47. Présentation succincte des règles de majorité. Les difficultés précédentes ne seront pas les seuls obstacles qui se dresseront au-devant des copropriétaires, qui peuvent souhaiter effectuer des modifications sur l'ensemble commun et, dans une moindre mesure, leur partie privative. Pour pouvoir être mise en œuvre, la plupart de ces actions doivent obtenir l'approbation des copropriétaires par un système de majorité d'ordre public[225] prévu par la loi du 10 juillet 1965. Ces règles de majorité sont prévues aux articles 24, 25 et 26 de cette loi, qui mettent en place trois paliers différents selon l'importance de la décision à prendre. L'article 24 demande une majorité simple des votes exprimés par les copropriétaires[226] ; l'article 25, une majorité absolue de l'ensemble des copropriétaires et enfin l'article 26 une double majorité : il faut que la décision soit adoptée à la majorité de l'ensemble des membres du syndicat tout en étant approuvée par les deux tiers des votants. Si l'objectif poursuivi par le législateur – à savoir la sécurisation de l'ensemble collectif pour les copropriétaires – n'a pas à être remis en question, son application uniforme et impérative à l'ensemble des copropriétés peut entraîner des difficultés. Leur application se trouve particulièrement difficile dans les grandes copropriétés.

48. Conséquence des majorités requises. Ainsi, dès lors que la majorité prévue par l'article 25 prend en compte l'ensemble des copropriétaires[227], la multiplication des lots d'une copropriété accroît l'inaccessibilité de la majorité concernée en raison de l'absentéisme inévitable lors des

223 P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété, op. cit.,* n° 324.12, p. 412 : « Le gigantisme ne permet pas une application efficace du statut de la copropriété, ni une adaptation équilibrée à la solution de problèmes qui s'apparentent à ceux posés par une gestion communale. Les divergences d'intérêts, la diversité et la technicité des questions à résoudre, l'importance et le coût des travaux à mettre en œuvre, la convocation et la tenue des assemblées générales imposent des contraintes telles que l'on aboutit rapidement à des situations de blocage ».

224 En ce sens, voir notamment le projet du GRECCO qui suggérait l'établissement d'un conseil d'administration pour les copropriétés de 100 lots et plus.

225 En vertu de l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965.

226 Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019, il s'agissait des copropriétaires « présents ou représenté ». Depuis son entrée en vigueur, l'article 24 vise désormais les copropriétaires « présents, représentés ou ayant voté par correspondance ». Cette ouverture au vote par correspondance a pour objet de diminuer l'absentéisme aux assemblées générales et contribue à augmenter la polyvalence d'un régime souvent qualifié de trop rigide. *Infra*., n° 555.

227 C'est-à-dire l'ensemble des décisions qui relèvent des articles 25 et 26 de la loi du 10 juillet 1965.

assemblées générales[228]. En raison de la majorité demandée par l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965, il sera donc difficile pour un copropriétaire d'effectuer à ses frais des travaux affectant les parties communes[229] – tel un changement de porte ou de menuiserie – ou encore – et cela peut s'avérer plus problématique – de mettre en place la révocation du syndic ou des membres du conseil syndical[230].

49. Tardiveté des assouplissements successifs. Certes, il faut constater que les réformes successives vont dans le sens d'un assouplissement des majorités requises pour la réalisation de travaux[231] et qu'il est possible pour les copropriétaires, depuis l'entrée en vigueur de l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965[232], de voter à nouveau la plupart des décisions relevant de cet article 25 au sein de la même assemblée générale sous la majorité de l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965[233]. Toutefois, quand bien même il serait tentant de considérer à juste titre cet assouplissement de considérable[234], de telles mesures n'ont pas toujours été suffisantes dans le cadre de la gestion d'un grand ensemble immobilier. En effet, l'une des principales difficultés dans la gestion de ces derniers se retrouve dans les travaux comportant « transformation, addition ou amélioration » de l'immeuble. Or, si ces derniers ont également bénéficié d'un assouplissement faisant passer leur approbation de l'article 26 à l'article 25[235], ils sont néanmoins restés expressément exclus du

228 D'autant plus que l'absentéisme tend à gagner en importance proportionnellement au nombre de lots qui composent la copropriété.

229 Article 25 b de la loi du 10 juillet 1965.

230 Article 25 c de la loi du 10 juillet 1965.

231 L'idée est alors de limiter les risques de dégradation des copropriétés et de permettre la réalisation d'économies d'énergie. Il faut tout de même préciser que cette souplesse peut s'avérer problématique au regard de la capacité financière des copropriétaires. En effet, la loi ALUR du 24 mars 2014 prévoyait la possibilité de décider par la majorité de l'article 24 les travaux visant à améliorer l'efficacité énergétique affectant les parties communes. La difficulté est la suivante : un grand nombre de copropriétés ont été édifiées dans l'indifférence totale des problématiques énergétiques. Or, ces copropriétés sont souvent relativement anciennes et, de ce fait, sont également celles qui sont susceptibles d'avoir des copropriétaires économiquement fragiles en leur sein. Poursuivant certainement un objectif d'harmonisation de la législation et de protection des copropriétaires, la loi ELAN du 23 novembre 2018 revient en arrière et impose désormais que l'ensemble des travaux d'économie d'énergie relèvent de la majorité absolue de l'article 25. Sur ce point, M. Poumarède, « L'impact de la loi Elan sur le droit de la copropriété », RDI 2019, p. 44, spéc. p. 49.

232 Article créé par la loi SRU du 13 décembre 2000.

233 Alinéa 1er de l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965. Cet article pose, par ailleurs, un certain nombre de conditions : il impose, dans un premier temps, que la décision n'ait pas été approuvée ou rejetée sur la majorité de l'article 25. Le second scrutin à la majorité de l'article 24 ne pourra avoir lieu dans la même assemblée générale que si le premier vote a obtenu l'approbation du tiers des voix de l'ensemble des copropriétaires. En l'absence d'obtention du tiers des voix de l'ensemble du syndicat, la décision ne pourra être votée à la majorité de l'article 24 qu'à l'occasion d'une nouvelle assemblée générale convoquée dans les trois mois.

234 G. Vigneron, *Le syndic de copropriété. Désignation. Mission. Responsabilité*, LexisNexis, 6e éd., 2014, n° 278, p. 131. L'auteur justifie ses propos en rappelant qu'un tel assouplissement concerne « un très large éventail des questions soumises à l'assemblée générale « dont fait notamment partie, la désignation et révocation d'un syndic.

235 Modification effectuée par la loi ALUR du 24 mars 2014, qui fait rentrer ces travaux sous l'article 25 n de la loi du 10 juillet 1965.

bénéfice de l'article 25-1[236] jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019[237]. Dès lors et jusqu'à l'entrée en vigueur de cette ordonnance, il n'est pas certain que le changement de majorité requise ait pu être efficace dans le cas de grands ensembles immobiliers pour lesquels le seul fait d'obtenir la majorité des voix de l'ensemble des copropriétaires reste extrêmement compliqué. Sur ce point, il est apparu nécessaire de lutter contre l'absentéisme aux assemblées générales en encourageant l'implication de l'ensemble des copropriétaires dans le processus de décision. Des mesures en ce sens sont désormais prévues par la loi Elan du 23 novembre 2018, qui prévoit l'assouplissement des règles de délégations de vote[238], la possibilité d'assister à l'assemblée générale par tout moyen de communication électronique permettant l'identification de la personne[239] ainsi que la mise en place du vote par correspondance par voie de formulaire[240].

49.1. Surtout, les situations de blocage pourront se produire en raison de la double majorité de l'article 26, dont l'objectif est de protéger les copropriétaires pour les décisions d'une particulière gravité emportant des conséquences sur la structure matérielle ou juridique de l'ensemble collectif mis en copropriété. Cette double majorité s'imposera donc pour les actes d'aliénation de parties communes[241] pouvant présenter un intérêt tout particulier pour les grands ensembles immobiliers. Ainsi, un centre commercial voulant bénéficier d'un droit de jouissance exclusif sur une partie commune en vue de la construction d'un local – situation loin d'être une hypothèse d'école dans ces grands ensembles[242] – devra se soumettre à ce régime de majorité très contraignant. Encore une fois, il a longtemps été impossible de résoudre un éventuel blocage par un second vote relevant d'une majorité plus souple. Les décisions relevant de la majorité de l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965 ne connaissaient aucune modalité de rattrapage. La raison se comprend aisément : il s'agit de modifications qui viennent modifier de façon très importante et durable l'environnement des copropriétaires sans qu'elles soient indispensables au bon fonctionnement de la copropriété. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019, le nouvel article 26-1 de la loi du 10 juillet

236 Prohibition prévue par l'alinéa 2 de l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965.

237 Sur les conséquences de cette ouverture au regard de la polyvalence du régime de la copropriété, *infra*., n° 556.

238 L'article 22 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit désormais que le cumul de plus de trois délégations de vote est possible, si elle ne dépasse pas le plafond des 10 % des voix de l'ensemble des copropriétaires.

239 Alinéa 1er de l'article 17-1 A de la loi du 10 juillet 1965.

240 Alinéa 2 et 3 de l'article 17-1 A de la loi du 10 juillet 1965. Bien que cette évolution semble pouvoir être efficace face à l'absentéisme, elle ne constitue cependant pas une solution parfaite, en ce que ce vote ne pourra être exercé lorsque des modifications substantielles au projet débattu ont été apportées lors de l'assemblée générale.

241 Article 26 de la loi du 10 juillet 1965. La double majorité sera requise dès lors qu'aucune atteinte à la destination de l'immeuble n'est causée, sous peine de soumettre l'aliénation à l'autorisation unanime de l'ensemble des copropriétaires.

242 Voir notamment, Cass. civ., 3ème, 3 octobre 1978, n° 77-10.792.

1965 prévoit que « lorsque l'assemblée générale n'a pas décidé à la majorité prévue au premier alinéa de l'article 26 mais que le projet a au moins recueilli l'approbation de la moitié des membres du syndicat des copropriétaires présents, représentés ou ayant voté par correspondance, représentant au moins le tiers des voix de tous les copropriétaires, la même assemblée se prononce à la majorité des voix de tous les copropriétaires en procédant immédiatement à un second vote ». Cette mesure mettant en place une passerelle entre les majorités de l'article 26 et 25 tend, encore une fois à améliorer la polyvalence du régime de la copropriété et devrait contribuer à la rendre plus attractive.

50. Absence d'impact sur le développement de la division en volumes. Concernant les difficultés inhérentes à l'obtention des majorités requises dans les copropriétés comprenant de nombreux copropriétaires, ce n'est donc que très récemment que des mesures ont contribué à améliorer la situation et diminuer les risques de blocage. Si cela vient désormais contribuer à l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété et potentiellement, remettre en cause la nécessité de recourir à un régime alternatif[243], ces améliorations n'ont eu aucun impact sur la nécessité d'un mode alternatif de gestion de l'immeuble par le passé ayant conduit au développement de la division en volumes.

2. La multiplication des risques de blocage par la destination de l'immeuble

51. Impact de la pluralité d'affectation. La seconde difficulté, qui par ailleurs est souvent un corollaire du nombre important de copropriétaires, est la cohabitation des différentes affectations des parties privatives de l'immeuble. Déjà, lorsque l'immeuble n'a en son sein qu'un seul type d'affectation de parties privatives, l'intérêt des uns n'est pas forcément celui des autres et ces divergences entraînent de nombreux blocages[244] en raison des majorités à atteindre. Ce constat n'en est que logiquement décuplé lorsque plusieurs affectations coexistent au sein d'un ensemble immobilier à destination mixte. La destination de l'immeuble est donc également une source de difficultés dans les grands ensembles en raison de l'encadrement strict de la vie de l'immeuble qu'elle met en place.

52. Définition de la notion de destination de l'immeuble. La destination de l'immeuble présente dans la loi du 10 juillet 1965 est une notion clé qui vient encadrer la marge de manœuvre dans l'évolution de la vie de l'immeuble[245] – et qui encadre donc la liberté d'exercice des

243 *Infra*., n° 558 et s.

244 Voir de véritables conflits ouverts entre les copropriétaires.

245 Pour une application de cette notion en dehors de la copropriété, *infra*., n° 563 et s.

propriétaires concernés[246] – pour laquelle le législateur a entendu laisser une grande liberté de détermination. L'alinéa 2 de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 se contente en effet de rappeler dans un premier temps que la destination de l'immeuble doit être définie dans le règlement de copropriété[247], avant de préciser qu'elle peut également être déterminée en fonction des « caractères » et de la « situation » du bâtiment. Elle représente la somme d'affectations possibles des lots que les rédacteurs du règlement de copropriété ont souhaité autoriser[248], et prend donc en compte un ensemble d'éléments factuels liés à la qualité intrinsèque de l'immeuble et son environnement[249]. Ainsi, il y a dans les faits, « autant de *destination de l'immeuble* qu'il y a d'immeubles en copropriété »[250]. Si une définition précise peut sembler irréalisable, sans doute faut-il s'accorder sur l'idée selon laquelle la destination de l'immeuble représente « l'intérêt supérieur de l'immeuble »[251] quant à la préservation de ses principales caractéristiques : c'est alors par rapport à elle, et elle seule, que les restrictions à l'affectation et donc, de l'usage, des parties privatives peuvent se justifier[252].

---

246 J.-L. Aubert, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », RDI 1995, p. 469 : « La destination de l'immeuble assigne *une limite aux droits individuels des copropriétaires* : les prérogatives du modèle que constitue la propriété doivent céder si cela est rendu nécessaire par la destination de l'immeuble ».

247 Ainsi qu'éventuellement l'acte portant état descriptif de l'immeuble.

248 Il nous semble ici nécessaire de distinguer le terme d'affectation de celui de destination. La destination de l'immeuble serait la conséquence de l'ensemble des affectations possibles pour la partie privative d'un lot. En d'autres termes, affectation et destination ne jouent pas au même niveau : le premier serait relatif à la partie privative là où le second serait relatif à l'ensemble collectif en lui-même. En ce sens, Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier*, *Copropriété des immeubles bâtis : droits et obligations*, n° 38.

Voir cependant, pour une assimilation totale de la notion de destination avec celle d'affectation (mais le maintien d'une distinction entre l'affectation d'une partie privative et celle de l'immeuble), P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété, op. cit.,* n° 211.51 et s. ; R. Boffa, *La destination de la chose*, thèse, Defrénois, Lextenso édition, 2008, n° 243 et s. p. 160 et 161. L'auteur distingue la destination des parties privatives et celle de l'immeuble en son ensemble.

249 En ce sens, L. Belfanti, *La notion de destination de l'immeuble en droit de la copropriété*, thèse, Montpellier, 1999, n° 494 ; R. Boffa, *op. cit*., n° 246, p. 162 et 163 ; W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 223-2, p. 422 ; C. Sabatié, *Copropriété. Statut. Gestion. Personnel. Contentieux*, Delmas, 23e éd., 2019, n° 14.11, p. 57.

L'absence de précision quant à la destination de l'immeuble dans le règlement de copropriété, ou même l'absence de règlement de copropriété, n'est donc pas un obstacle à l'existence d'une destination pour l'immeuble en cause. En ce sens, Bastia, 3 avril 1979, RDI 1980, p. 341 ; JCP G 1980, II, 19370, note E.-J. Guillot.

Il faut remarquer qu'une telle solution semble logique au regard de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965. Il prévoit en effet qu'outre la définition dans le règlement de copropriété, la détermination de la destination de l'immeuble peut se faire en fonction des caractères et de la situation de ce dernier.

250 F. Bayard-Jammes, thèse, *op. cit*., n° 264, p. 283, expression empruntée à J.-L. Aubert, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », *op. cit.* : « Il y a au moins autant de *destination de l'immeuble* que de copropriétés, et il est possible que certaines en comportent plusieurs ».

251 P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété, op. cit.,* n° 211.51, spéc., p. 105. Également en ce sens, C. Sabatié, *op. cit*., n° 14.12, p. 58.

252 Article 9 de la loi du 10 juillet 1965.

52.1. En tant que cadre général protégeant l'ensemble collectif, la destination de l'immeuble permet donc de faire cohabiter plusieurs affectations différentes. Cette mixité d'affectation se retrouve notamment dans les grands ensembles immobiliers qui peuvent faire cohabiter des bureaux, commerces plus ou moins bruyant et locaux d'habitation. Le régime de la copropriété semble alors plutôt s'accommoder de cette mixité et ne pas freiner l'évolution de l'ensemble collectif : par principe, le copropriétaire peut modifier librement l'affectation – ou la destination spéciale – de sa partie privative sans avoir à recourir à une décision unanime ou majoritaire lors de l'assemblée générale, sous réserve que cette modification respecte la destination de l'immeuble et ne nuise pas aux droits des autres copropriétaires[253].

53. Rigidité des affectations induite par la destination de l'immeuble. Néanmoins, même en respectant les affectations prévues par la destination de l'immeuble, cette dernière viendra tout de même limiter les modifications envisageables, et cela, pour trois raisons. La première relève du degré de précisions que peut apporter le règlement de copropriété à propos de la destination de l'immeuble. La Cour de cassation a déjà accepté que la destination de l'immeuble se définisse par une répartition très précise de l'affectation des parties privatives, empêchant alors sa modification unilatérale par le copropriétaire[254].

53.1. La deuxième est la contrepartie de la détermination multifactorielle de la destination de l'immeuble et de son rôle protecteur de l'environnement des copropriétaires : la difficulté pour ces derniers de pouvoir appréhender à l'avance la conformité du changement d'affectation envisagé[255]. À titre d'exemple, de nombreux litiges sont nés de la volonté d'un copropriétaire de transformer certains locaux privatifs tel des caves, des greniers, ou encore des celliers en local d'habitation[256]. Dans cette situation, l'atteinte à la destination de l'immeuble sera, au final, appréciée

253 Voir Cass. civ., 3ème, 10 décembre 1986, n° 85-10.987 et 82-15.198, Bull. civ. 1986, III, n° 179 et 180, JCP N 1987, II, p. 247, note B. Boccara, D. 1987, jur., p. 146, note C. Giverdon ; Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1991, n° 90-10.663, RDI 1992, p. 110, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; Cass. civ., 3ème, 5 janvier 1994, Loyers et copro, n° 5, mai 1994, comm. 206. Sur ce point, Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, op. cit., n° 48 et s.* ; W. Dross, *op. cit*., n° 223-3, p. 423. À noter que la Cour de cassation semble apprécier le respect de la destination de l'immeuble en intégrant des impératifs légaux tel par exemple, les exigences de décence. Sur ce dernier point, Cass. civ., 3ème, 6 septembre 2018, n° 17-22.172, Loyers et copro., novembre 2018, n° 11, comm. 233, note A. Lebatteux.

254 Cass. civ., 3ème, 2 février 1999, n° 97-18.263.

255 En ce sens, R. Boffa, *op. cit*., n° 246, p. 162 et 163.

256 Voir notamment, Cass. civ., 3ème, 28 mars 1984, n° 83-10.996 ; Cass. civ., 3ème, 10 décembre 1986, n° 82-15.198, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 17 avril 1991, n° 89-19.301, RDI 1991, p. 375, note P. Capoulade, C. Giverdon. Cela révèle bien l'importance de facteurs intrinsèque à la qualité de l'immeuble et son environnement dans l'appréciation de sa destination. Une telle appréciation de la destination de l'immeuble par le prisme de son standing peut, de façon critiquable, aboutir à la mise en place d'une forme de clause d'agrément dans la cession des locaux ainsi créés. Sur ce point, voir Paris, 4 juillet 2001, JurisData, n° 2001-151218, Loyers et copro., n° 2, février 2002, comm. 48, note G. Vigneron.

souverainement par les juges du fond au regard du standing du bâtiment. C'est encore le standing et l'environnement du bâtiment qui motivent les juges lorsqu'ils refusent l'établissement d'un « laser-game »[257] ou d'un « sex-shop »[258], considérés contraire à la destination d'immeubles autorisant pourtant toutes activités commerciales.

53.2. Enfin, la troisième découle de l'équilibre dans la répartition des différentes affectations que suppose la destination mixte d'un immeuble. Toute la difficulté est alors de trouver le point de bascule, le moment ou la destination mixte de l'immeuble ne survit pas à la dominance de l'une des affectations qu'elle prévoit. Cela revient peu ou prou à résoudre l'argument d'un sorite afin d'éviter son résultat paradoxal[259]. C'est-à-dire, pour reprendre l'exemple type de l'argument du tas, déterminer le délicat moment où l'accumulation de grains de sable – la multiplication d'une affectation particulière au sein d'un immeuble à destination mixte – va faire naître un tas de sable – la fin de l'équilibre entre les affectations induites par la mixité de la destination. La résolution se trouvera dans le pouvoir souverain des juges du fond, qui, après avoir déterminé implicitement un seuil marquant la fin de l'équilibre au regard de la situation spécifique de l'immeuble, en appréciera un éventuel dépassement au regard des modifications envisagées[260]. L'enjeu est de taille, particulièrement dans les grands ensembles immobiliers pour lesquels un grand nombre de lots peut appartenir à un même copropriétaire qui souhaiterait modifier leur affectation au gré des opportunités de développement. Ce copropriétaire pourrait par exemple songer à modifier progressivement l'affectation d'un ensemble de lots initialement prévus à un usage d'habitation vers la confection de bureaux, afin d'accompagner le développement d'une entreprise installée dans la copropriété. Il risquerait alors de ne pas pouvoir modifier l'affectation d'une partie de ses lots sans

257 Paris, 3 février 2005, AJDI 2005, p. 398. Dans cet arrêt, c'est l'atteinte à la qualité de vie qu'implique un tel commerce qui justifie l'absence de conformité à la destination de l'immeuble, auparavant exempt de passage nocturne.

258 Cass. civ., 3ème, 22 novembre 2000, AJDI 2001, p. 146, obs. C. Giverdon. Dans cet arrêt, l'absence de conformité à la destination de l'immeuble résulte de l'environnement de ce dernier. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, retient en effet que l'immeuble en cause était « situé en centre-ville, face à la cité administrative qui abrite à la fois la chambre départementale des notaires du Vaucluse, une librairie religieuse à l'enseigne de Clément VI, divers cabinets médicaux et un cabinet d'orthodontie qui accueille une clientèle de jeunes enfants ».

259 Sur la question du sorite en droit, N. Cayrol, « Qu'est-ce qu'un sorite ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Rossetto*, LGDJ 2016, p. 241. L'argument du sorite abouti à un résultat paradoxal en raison de l'exclusion des changements quantitatifs qui sont considérés comme négligeables. L'idée est de partir du raisonnement suivant : retirer un grain de sable n'enlève pas au tas de sable sa nature de tas. Poussé à l'extrême, ce raisonnement impose le résultat paradoxal auquel abouti un sorite : si le fait de retirer un grain de sable au tas est suffisamment négligeable pour ne pas modifier sa nature de tas, alors il est possible d'en retirer autant que le tas en possède moins un, le dernier grain constituant par lui-même le tas. Sur ce point voir N. Cayrol, *op. cit.*, n° 20 et s., p. 254 et s.

260 La fixation d'un seuil – ici déterminé judiciairement – étant l'une des solutions permettant de résoudre le résultat paradoxal d'un sorite. N. Cayrol, *op. cit*., n° 27 et s., p. 260 et s.

devoir obtenir, à partir d'un moment non précisément déterminé qui sera apprécié souverainement par le juge, l'accord unanime de l'ensemble des copropriétaires[261].

53.3. En tout état de cause, même si le changement d'affectation ne remet pas en cause la destination de l'immeuble, il ne sera pas pour autant acquis aisément au regard du régime de la copropriété : une telle modification sera la plupart du temps soumise à un vote en assemblée générale, en raison des travaux à effectuer[262], de la modification éventuelle de la répartition des charges[263] ou des tantièmes de copropriété[264] que cela peut entraîner.

B. Les conditions trop limitatives de mise en place d'un syndicat secondaire

54. Plan. L'établissement d'un syndicat secondaire au côté d'un syndicat principal – qui est l'ancien syndicat unique – pourrait être un outil efficace d'organisation de la gestion d'un grand ensemble immobilier (1). Malheureusement, les conditions de création de tels syndicats sont longtemps restées trop restrictives pour leur permettre de constituer une solution pérenne (2).

1. L'amélioration de la gestion de la copropriété par les syndicats secondaires

55. Ouverture de la possibilité d'établissement des syndicats secondaire. Le législateur de la loi du 10 juillet 1965 avait conscience de l'inadaptation du régime de la copropriété aux grands ensembles immobiliers[265], en témoigne la possibilité pour un syndicat de copropriétaires de procéder, soit à une division des tâches dans l'administration de la copropriété, soit dans une division de la copropriété en elle-même. Ces possibilités sont contenues aux articles 27 et 28 de la

261 Indépendamment des questions liées au régime de la copropriété, il sera également éventuellement tenu d'obtenir une éventuelle autorisation de changement d'usage des locaux prévue par l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation. Sur l'ensemble de cette question, G. Daudré, P. Wallut, *Changements d'usage des locaux d'habitation. Les réformes de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation*, LexisNexis, 2e éd., 2016.

262 Ce sera le cas dès lors que les travaux vont affecter les parties communes, tels la pose d'une enseigne, d'une plaque professionnelle, d'un système d'évacuation pour l'exploitation d'un restaurant, etc.

263 Article 25 f de la loi du 10 juillet 1965.

264 Ce sera le cas lorsque la modification entraînera la nécessité d'édifier des nouveaux locaux. Exemple proposé par P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété, op. cit.,* n° 211.84, p. 114. Cette prohibition est notamment rappelée par la Cour de cassation dès lors qu'elle précise que les modifications apportées par un copropriétaire sur son lot ne doivent pas nuire « aux droits des autres copropriétaires », Cass. civ., 3ème, 28 mars 1984, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 10 décembre 1986, *op. cit.*

265 En ce sens, R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533 spéc., p. 537 : « l'existence désormais classique de grands ensembles réunissant plusieurs copropriétés réparties en plusieurs bâtiments ou groupes de bâtiments et abritant quelques milliers d'habitants pose des problèmes parmi les plus ardus à résoudre en matière d'administration et de gestion. […] Il a paru raisonnable de ne pas apporter d'innovation à caractère impératif dans un domaine en pleine évolution et où l'initiative et l'imagination des praticiens ont déjà dégagé des solutions valables, sinon toujours heureuses ».

loi du 10 juillet 1965 qui traitent respectivement de l'établissement des syndicats secondaires et de la scission de copropriété. Il ne sera pas utile de traiter ici de la scission de copropriété, le but étant justement de mettre fin – au moins pour une partie de l'ensemble immobilier concerné – au régime de la copropriété[266]. À l'inverse, la technique des syndicats secondaires pourrait améliorer la gestion des copropriétés possédant de nombreux lots. Une telle technique permet en effet « de faire naître des unités de gestion de dimension plus réduites, donc en principe, *mieux gouvernables* »[267].

56. Objectif des syndicats secondaires. Le syndicat secondaire, possédant son propre syndic, a « pour objet d'assurer la gestion, l'entretien et l'amélioration interne »[268] du, ou des, bâtiments en cause. Cela permet notamment aux copropriétaires concernés de décider seuls des modifications portant sur l'ensemble des parties communes contenues dans le champ du syndicat secondaire[269]. Ils seront alors les seuls tenus des charges et dépenses afférentes à ces modifications, mais également dégagés de ces mêmes obligations lorsqu'elles sont relatives à des parties communes – non générales – non comprises dans le syndicat secondaire. Plus encore, il est permis par une décision prise en assemblée générale à la majorité de l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965 – c'est-à-dire une majorité facilement atteignable – d'étendre les compétences du syndicat secondaire en réduisant ainsi celles du syndicat principal[270]. Cette organisation pourrait permettre une gestion plus efficace et proche des attentes des copropriétaires concernés, en ce qu'elle permet de déléguer au syndicat secondaire la prise de décision d'une opération par une majorité inférieure à celle devant être obtenue pour l'autoriser au sein du syndicat principal[271]. En conséquence, une fois la délégation obtenue, il sera plus aisé d'obtenir la majorité demandée aux articles 25 et 26 de la loi du 10 juillet 1965 puisque les seuls copropriétaires pris en compte seront ceux composant le syndicat

266 Les conditions de la scission de copropriété fera tout de même l'objet d'une étude en ce qu'elle permet l'établissement de volumes immobiliers. *Infra.*, n° 196 et s.

267 J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.-H. Louvel, Deuxième commission, *« L'organisation conventionnelle de l'espace », in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 336, spéc., n° 2323, p. 466. Sur ce point, voir également P. Baudouin, J.-R. Bouyeure, « Les syndicats secondaires de copropriété », AJPI 1981, p. 717, spéc. p. 726.

268 Alinéa 2 de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965.

269 Dès lors que les modifications ont un impact sur des parties communes autres que celles contenues dans le syndicat secondaire, la compétence relève du syndicat principal, voir en ce sens Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, n° 90-17.436.

270 Possibilité prévue par l'alinéa 2 de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 qui après avoir posé les compétences du syndicat secondaire dispose que « cet objet peut être étendu avec l'accord de l'assemblée générale de l'ensemble des copropriétaires statuant à la majorité prévue à l'article 24 ».

271 On peut imaginer ici l'apport d'améliorations extérieures dépassant le seul cadre du syndicat secondaire, tel la mise en place d'un parking dédié à l'accueil du public et de copropriétaires déterminés. Une telle modification relève incontestablement de la majorité de l'article 25 sans que la passerelle prévue à l'article 25-1 n'ait pu être envisageable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019. Sur ce point, *supra.*, n° 48 et s.

secondaire. Si la gestion des grands ensembles immobiliers en copropriété semble pouvoir s'améliorer par la constitution de syndicats secondaires[272], encore faut-il qu'ils puissent être créés.

2. Des conditions d'ouverture trop restrictives pour convenir aux grands ensembles immobiliers

57. Exigence d'une pluralité de bâtiments. Outre la nécessité de faire apparaître expressément l'existence du syndicat secondaire dans le règlement de copropriété[273] et de décider sa création par la majorité de l'article 25 lors d'une assemblée spéciale regroupant les copropriétaires concernés[274], la véritable difficulté vient des termes de la loi elle-même : avant la réforme issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019, l'alinéa 1er de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 imposait la présence de « plusieurs bâtiments ». L'étendue de la notion de « bâtiment » entraînera donc celle du pouvoir de création des syndicats secondaires, d'autant plus qu'étant d'ordre public – en vertu de l'article 43 de cette même loi – il sera impossible de déroger à cette condition de pluralité. Pourtant, le législateur ne propose pas de définition précise de la notion et la réponse ministérielle de 1966 n'apporte pas toutes les précisions nécessaires. Elle se contente en effet de définir les « bâtiments » comme des « constructions indépendantes les unes des autres, même si ces constructions sont desservies par des équipements ou des aménagements communs »[275]. Une telle définition ne permet pas clairement de s'assurer de la présence de bâtiments distincts lorsque l'ensemble immobilier repose sur une dalle artificielle, bloquant ainsi potentiellement le recours au syndicat secondaire, pourtant utile dans le cadre de sa gestion.

---

272 Les syndicats secondaires ne résolvent effectivement pas tous les problèmes de gestion lié à l'application du régime de la copropriété aux grands ensembles immobiliers. Leur constitution entraîne notamment un alourdissement général des prises de décisions au sein de la copropriété en multipliant les assemblées. Au surplus, les décisions portant sur les parties communes générales devront toujours se prendre au sein d'une assemblée générale regroupant la totalité des copropriétaires. Sur ce point, M. Morand, note sous Paris, 5 février 1980, Gaz. Pal., 1980, 2, p. 635 spéc. p. 637 ; P. Baudouin, J.-R. Bouyeure, *op. cit*., spéc. p. 726.

273 Cass. civ., 3ème 14 mars 2019, n° 18-10.214, sanctionnant une cour d'appel qui avait déduit l'existence d'un syndicat secondaire de la présence de parties communes et de charges spéciales. La Cour de cassation semble ici revenir sur sa décision rendue le 17 juin 2014 (Cass. civ., 3ème, 17 juin 2014, n° 13-15.069) dans laquelle elle avait considérée qu'à partir du moment où le règlement de copropriété établissait clairement une gestion autonome de l'un des bâtiments avec une spécialisation des charges, alors ce bâtiment constituait un syndicat secondaire, nonobstant l'absence expresse du terme.

274 Article 27 de la loi du 10 juillet 1965. La difficulté est sur ce point surmontable : tout d'abord, seuls les copropriétaires concernés directement par le syndicat secondaire sont concernés par cette assemblée spéciale. Ensuite, si la décision ne peut être votée à la majorité de l'article 25 de cette même loi, le bénéfice de l'article 25-1 pourra s'appliquer, permettant ainsi de voter la décision à la majorité de l'article 24. Enfin, il semble que les copropriétaires ne faisant pas partie du syndicat secondaire n'ont pas la possibilité de s'opposer à cette création. Sur ce dernier point, voir Paris, 5 février 1993, JurisData n° 022690, Loyers et copro., n° 6, juin 1993, comm. 240, p. 13.

275 Rép. min., n° 19184, QE Équipement, JOAN, 27, aout 1966 ; AJPI, février 1967, IV, p. 160, JCP N 1966, prat., 4085-3.

58. Interprétation stricte de la notion incompatible avec la pratique des grands ensembles immobiliers. Face à l'imprécision de la notion de bâtiment au sens de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965, la jurisprudence est venue en préciser les contours et celle-ci s'est révélée particulièrement stricte. Hormis une décision isolée[276] qui ne semble en tout état de cause plus d'actualité[277], les juges insistent sur la nécessité d'une indépendance totale des édifices pour qu'ils soient considérés comme des bâtiments au sens de l'article 27[278]. Cette indépendance entre les bâtiments est appréciée au regard du gros œuvre de l'édifice. Ainsi, la Cour de cassation considère que « l'unicité du gros œuvre […] empêchait de constater l'existence des parties indépendantes et donc l'existence d'immeubles séparés susceptibles de se constituer en syndicat secondaire »[279]. Dès lors, avant l'assouplissement des conditions de l'article 27 par l'ordonnance du 30 octobre 2019, la seule présence de joints de dilatation, voire d'un escalier d'accès commun à deux structures séparées formant un ensemble architectural unique était insuffisante à caractériser l'indépendance nécessaire à la reconnaissance d'une pluralité de bâtiments[280]. Il en était de même lorsqu'il s'agissait de la surélévation d'un bâtiment existant[281], de parties imbriquées d'un même immeuble[282] ou lorsque l'un des bâtiments n'était pas encore édifié[283]. Or, l'une des

276 Voir notamment Paris, 15 janvier 1993, RDI 1993, p. 269, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; Loyers et copro., n° 5, mai 1993, comm. 194, p. 12. Dans cette affaire, la cour d'appel de Paris reconnaît la présence d'une pluralité de bâtiments permettant la création d'un syndicat secondaire pour des « aires souterraines de stationnement situées sous un bâtiment, avec une couverture commune ». Si l'on doit approuver la solution avec Messieurs les Professeurs Capoulade et Giverdon en ce qu'elle permet une autonomie de gestion mieux adaptée, il faut néanmoins pouvoir s'assurer que la rigueur de la loi tend à s'assurer qu'une telle autonomie ne posera pas de difficulté dans la gestion des parties communes générales.

277 Dans l'affaire précitée, la solution de la cour d'appel de Paris semblait avant tout motivée par le bon fonctionnement du syndicat secondaire en cause pendant plusieurs années, ce qu'elle avait pris soin de préciser avant d'approuver finalement sa création. Or, la Cour de cassation a récemment rejeté un pourvoi qui tendait à remettre en cause la nullité de syndicats secondaires pourtant en fonctionnement depuis plus de trente ans : Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009 n° 07-22.051, 08-10.043, 08-10.495, Loyers et copro., n° 9, septembre 2009, comm. 218, note G. Vigneron.

Il convient de noter que dans cette affaire, les juges de la Cour de cassation approuvent également la cour d'appel de Paris lorsqu'elle considère que la nullité de ces syndicats secondaires ne remettait pas en cause leur personnalité juridique pendant leur existence et maintenait ainsi l'opposabilité des décisions qu'ils ont pu prendre pendant cette durée.

278 La jurisprudence accepte néanmoins de considérer indépendants des édifices présentant une imbrication très accessoire. En ce sens, Paris, 25 mars 1988, D. 1988, I.R, p. 139 pour un accès commun à la voie publique, utilisé équitablement entre les copropriétaires respectifs ; Bordeaux, 1er juin 1989, JurisData n° 1989-043417 pour un accès commun à des garages privatifs.

279 Cass. civ., 3ème, 26 février 1997, n° 95-12.709, Loyers et copro., n° 8-9, août-septembre 1997, comm. 247, p. 20. Dans le même sens, voir Cass. civ., 3ème, 23 janvier 1973, AJPI, novembre 1973, p. 1028, n° 138, note J.-R. Bouyeure ; Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009, n° 07-22.051 et 2 décembre 2009, n° 08-19.870, AJDI 2010, p. 472, obs., P. Capoulade. Plus récemment, voir Cass. civ., 3ème, 26 mai 2016, n° 15-14.475, n° 15-17.190.

280 Pour ce dernier exemple, voir Lyon, 22 janvier 1981, JurisData n° 600797, D. 1981, I.R., p. 396 ; RTD Civ. 1981, p. 656, obs. C. Giverdon.

281 Cass. civ., 3ème, 20 octobre 2001, n° 00-12.525, AJDI 2002, p. 40, obs. C. Giverdon.

282 Paris, 28 juin 1989, D. 1989, I.R., p. 238.

283 Cass. civ., 3ème, 20 novembre 2007, n° 07-12.000, Administrer, février 2008, p. 36, obs. J.-R. Bouyeure.

caractéristiques des grands ensembles immobilier est de proposer une « superposition de structures destinées à être vendues à plusieurs personnes »[284], le tout reposant le plus souvent sur une dalle artificielle liant physiquement les bâtiments entre eux. Dans ces conditions, le recours au syndicat secondaire était donc le plus souvent impossible pour les grands ensembles immobiliers.

58.1. Cette conception stricte pouvait apparaître excessive, mais se comprenait au regard du régime mis en place pour le syndicat secondaire. Nous avons vu que ce dernier permet une gestion autonome du bâtiment concerné, dès lors que les autres copropriétaires ne sont pas impactés. En conséquence, la préservation de cet objectif implique de s'assurer de la réelle indépendance structurelle entre les édifices, sous peine de faire rentrer dans le champ du syndicat secondaire des parties communes générales. C'est logiquement en ce sens que s'est prononcée récemment la Cour de cassation. Cette dernière a rappelé que la constitution d'un syndicat secondaire « implique la présence de plusieurs bâtiments compris comme des constructions matériellement distinctes et indépendantes les unes des autres pour permettre une gestion particulière sans qu'il en résulte de difficulté pour l'ensemble de la copropriété »[285]. Certes, cette décision semble pouvoir s'accorder avec une vision plus souple des conditions de création d'un syndicat secondaire s'attachant plus à l'effectivité d'une gestion autonome qu'à la réalité de l'indépendance structurelle totale des bâtiments[286]. Pour autant, et au regard de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019, la présence d'une pluralité de bâtiments reste donc subordonnée à une indépendance totale entre les édifices[287], c'est-à-dire à l'existence de bâtiments présentant chacun un gros œuvre indépendant les uns des autres[288]. Une copropriété composée d'une construction unique organisée en ailes distinctes ne pouvait donc pas constituer un syndicat secondaire afin de faciliter sa gestion[289]. Ainsi, la présence d'une dalle artificielle liant physiquement les constructions semblait suffire à empêcher la caractérisation de bâtiments distincts permettant la création d'un syndicat secondaire[290], ce qui écartait tout réel

284 J.-C. Chaput, S. Rochegude, M.-H. Louvel, *op. cit.*, p. 467.

285 Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2018, n° 17-26.133, Dalloz actualité, 18 septembre 2018, obs. A. Gailliard ; Loyers et copro., n° 9, septembre 2018, comm. 209, note A. Lebatteux.

286 Sur cette question, *infra*., n° 554.

287 Voir notamment Paris, 11 octobre 2007, Loyers et copro., n° 1, janvier 2008, comm. 22, note G. Vigneron. La solution de la Cour d'appel fut confirmée par la Cour de cassation Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009, *op. cit.*

288 Cass. civ., 3ème, 23 janvier 1973, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 26 février 1997, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 26 mai 2016, *op. cit.* Dès lors que cette condition est remplie, l'existence d'équipements ou d'aménagements communs n'est pas un obstacle à la création d'un syndicat secondaire. Sur ce dernier point, voir, Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2018, *op. cit.* Arrêt dans lequel la Cour de cassation précise que le syndicat secondaire peut être créé « même si ces constructions (indépendantes) sont desservies par des équipements ou des aménagements communs ».

289 Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009, *op. cit.*

intérêt de cette technique pour les grands ensembles immobiliers. Même si les réformes récentes en la matière sont venues améliorer la situation en permettant un recours plus efficace aux syndicats secondaires[291], il n'en reste pas moins que leur difficulté originelle de création a largement contribué à la nécessité de développer un mode alternatif de division et gestion de l'immeuble.

C. Les petites copropriétés et la tentation de la division en volumes

59. Inadaptation du régime aux petites copropriétés. Si l'inadaptation du régime de la copropriété aux grandes structures regroupant de nombreux propriétaires et des affectations différentes est bien l'élément déclencheur du développement contemporain de la division de l'immeuble en volumes, ce n'est pas la seule. Le régime de la copropriété ayant vocation à s'appliquer dès qu'un immeuble est divisé en au moins deux lots de copropriété, il est inévitable que de nombreuses structures de petites tailles ou encore possédant un petit nombre de propriétaires différents soient soumises à ce régime. Or, la loi du 10 juillet 1965 n'est pas plus adaptée aux grands ensembles qu'aux petites copropriétés, principalement – encore une fois – en raison de ses règles commandant la gestion de l'immeuble. De nombreux auteurs ont déjà fait état des difficultés afférentes à cette situation[292], particulièrement en cas de copropriété limitée à deux copropriétaires[293].

60. Exposition sommaire des difficultés. Nous pouvons relever que les difficultés propres aux petites copropriétés sont principalement relatives à la complexité et la lenteur attachées aux dispositions impératives du régime de la loi du 10 juillet 1965. Or, celles-ci peuvent paraître superfétatoires dès lors que la copropriété ne comprend qu'un faible nombre de lots ou de

290 Il est donc impossible de répartir les parties d'un même édifice en fonction des différentes affectations par la création d'autant de syndicats secondaires. Dans l'hypothèse où une gestion autonome de ces éléments serait possible, le syndicat secondaire pourrait assurer le bon fonctionnement de chaque affectation tout en permettant un retour vers le syndicat principal, dès lors qu'une décision a un impact important sur l'ensemble des copropriétaires.

291 L'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 n'impose plus de prendre la décision de création d'un syndicat secondaire pendant la tenue d'une assemblée générale à la majorité de tous les copropriétaires de l'article 25. Il est désormais permis aux seuls copropriétaires concernés de prendre cette décision dans le cadre d'une assemblée spéciale. En outre, et c'est ici l'évolution majeure, il n'est plus exigé une indépendance totale entre les structures, la seule existence d'« entités homogènes » peut désormais suffire à remplir les conditions structurelles à la création d'un syndicat secondaire. Sur les conséquences de cette ouverture, *infra*., n° 554 et s.

292 G. Delattre, C. Becqué-Deverre, « La gestion de l'immeuble bâti. Regards croisés sur les petites et les grandes copropriétés », AJDI 2007, p. 549 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 367 et s., p. 326 et s.

293 Spécifiquement sur cette question : J. Viatte, « La copropriété limitée à deux lots », Rev. Loyers, 1976, p. 72 ; Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », Inf. Rap. Copr., n° 477, juin 2002, p. 20 ; P.-H. Hanoune, « La copropriété à deux personnes : condamnées à s'aimer », Administrer, décembre 2013, p. 20 ; V. Picard, « Adapter la loi du 10 juillet 1965 aux immeubles ne comprenant que deux copropriétaires », Loyers et copro., n° 12, décembre 2012, étude 16 ; G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 24 avril 2013, Loyers et copro., n° 7-8, juillet 2013, comm. 218 ; J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », Rev. Loyers n° 979, juillet 2017, p. 317.

copropriétaires. Ainsi, la désignation obligatoire d'un syndic a pu être critiquée[294], tout comme l'obligation faite aux copropriétaires de prendre toutes les décisions dans le cadre d'une assemblée générale sous peine de nullité[295]. La justification de cette dernière critique est éminemment pratique. Le non-respect de cette obligation est régulièrement constaté dans les petites copropriétés, soit en raison des contraintes que cela implique[296], soit de l'ignorance fréquente de la réalité de l'application de ce régime à leur bien[297]. La grande fragilité des décisions régulièrement prises en dehors de ce cadre est alors relevé : celles-ci peuvent être annulées par le juge à l'occasion d'un litige[298], ce qui peut amener à encourager les comportements déloyaux[299]. Il faut également relever qu'en raison de l'ignorance de l'application du régime de la copropriété à leur bien, de très nombreuses petites copropriétés sont dépourvues de règlement de copropriété[300]. Par suite, cela entraîne quelques incertitudes dans les droits et obligations des copropriétaires, ainsi que dans la répartition entre les parties communes et privatives[301]. Enfin, il est également fait mention des conséquences particulièrement dommageables de la complexification du régime de la copropriété. celui-ci vient en effet fragiliser le choix du syndic bénévole que font la plupart des petites

---

294 S. G. Delattre, C. Becqué-Deverre, Quatrième commission, « La vie de l'immeuble divisé », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p.751, spéc., n° 4012 et s., p. 778 et s. Les auteurs précisant sur ce point que l'application partielle des règles relatives à l'indivision pourrait s'avérer préférable.

295 En vertu de l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965, le syndicat des copropriétaires – qui regroupe l'ensemble des copropriétaires de l'immeuble en cause – « a pour objet la conservation et l'amélioration de l'immeuble ainsi que l'administration des parties communes ». Or, la prise de décision par ce syndicat ne peut se faire, en vertu de l'article 17 de cette même loi, qu'à l'occasion d'une assemblée générale.

296 G. Delattre, C. Becqué-Deverre, Quatrième commission, « La vie de l'immeuble divisé », *op. cit.*, n° 4010, p. 777 ; V. Picard, « Adapter la loi du 10 juillet 1965 aux immeubles ne comprenant que deux copropriétaires », *op. cit.*

297 Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », *op. cit.* ; J. Lotz., thèse, *op. cit*., n° 368, p. 327, spéc., p. 328 ; J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », *op. cit. ;* A. Delas, « De l'inadaptation du régime juridique de la copropriété aux copropriétés horizontales à deux lots », LPA, n° 127, juin 2017, p. 5

298 Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », *op. cit.* ; V. Picard, *« Adapter la loi du 10 juillet 1965 aux immeubles ne comprenant que deux copropriétaires », op. cit.* ; J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », *op. cit.*

Pour une illustration, Cass. civ., 3ème, 24 avril 2013, n° 12-14.593, Loyers et copro., n° 7-8, juillet 2013, comm. 218, note G. Vigneron. Dans cette affaire, la Cour de cassation vient censurer un arrêt de cour d'appel ayant accepté la validité d'un règlement de copropriété établi par un notaire approuvé unanimement par les deux copropriétaires. Elle justifie sa décision pour manquement de base légale au motif que la cour d'appel n'avait pas recherchée si « le règlement de copropriété avait été approuvé par une assemblée générale ».

299 A. Delas, « De l'inadaptation du régime juridique de la copropriété aux copropriétés horizontales à deux lots », *op. cit.* L'auteure prend ainsi pour exemple le copropriétaire qui feint son acceptation d'une gestion illégale de la copropriété illégale – absence de syndic et de convocation aux assemblées générales et prise de décision de travaux en dehors de celle-ci – avant de se prévaloir de cette illégalité auprès du copropriétaire bénéficiaire d'une autorisation illégale de travaux afin d'exiger une somme d'argent en contrepartie de sa renonciation à agir en justice au fin d'obtenir la démolition des éléments litigieux.

300 *Ibid.*

301 J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », *op. cit.*

copropriétés pour des raisons de coûts, au détriment du syndic professionnel plus à même de protéger l'intérêt des copropriétaires[302].

60.1. Au surplus de ces difficultés qui justifient déjà l'attrait d'un autre régime pour les petites copropriétés vient s'ajouter une règle de protection des copropriétaires minoritaires, prévu à l'article 22 de la loi du 10 juillet 1965. Celle-ci impose la réduction des voix d'un copropriétaire en possédant plus de cinquante pour cents à la somme totale des voix détenues par les autres copropriétaires[303]. Si le principe même de cette réduction a fait l'objet de critiques[304], les plus virulentes sont venues des conséquences de son application aux copropriétés ne comprenant que deux copropriétaires : en supprimant la possibilité pour l'un des deux copropriétaires d'être majoritaire, la loi du 10 juillet 1965 subordonne toutes les décisions – y compris celles relevant de la gestion courante – à l'unanimité, multipliant ainsi les situations de blocages dès le moindre désaccord[305]. Cet état de fait, particulièrement problématique, n'était en outre pas réellement résolu par une éventuelle action en abus de majorité, d'une part, car celle-ci nécessite que « la décision votée soit sans intérêt pour la collectivité et qu'elle soit préjudiciable au demandeur »[306] et, d'autre part, car le juge saisi d'une telle action ne pourrait se substituer au pouvoir de l'assemblée générale[307]. En conséquence, dans l'hypothèse où le refus de l'assemblée générale de prendre la

302 V. Picard, « Adapter la loi du 10 juillet 1965 aux immeubles ne comprenant que deux copropriétaires », *op. cit.*

303 Alinéa 2 de l'article 22 de la loi du 10 juillet 1965 : « Chaque copropriétaire dispose d'un nombre de voix correspondant à sa quote-part dans les parties communes. Toutefois, lorsqu'un copropriétaire possède une quote-part des parties communes supérieure à la moitié, le nombre de voix dont il dispose est réduit à la somme des voix des autres copropriétaires ».

304 M. Morand, « Méfaits et inutilité de la réduction des voix du copropriétaire majoritaire », Gaz. Pal. 1969-II, doctr., p. 199 ; E. Kischinewsky-Broquisse, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4e éd., 1989, n° 575, p. 646 et s. ; G. Delattre, C. Becqué-Deverre, « La gestion de l'immeuble bâti. Regards croisés sur les petites et les grandes copropriétés », *op. cit.*

Contra., A. Pradel, « Propos nuancés sur les règles de majorité, sources de blocage », AJDI 2007, p. 624. L'auteur, répondant aux critiques faites sur l'inopportunité de cette règle de réduction, rappelle l'objectif de protection qu'elle poursuit et expose les effets négatifs de sa potentielle suppression : « Si l'article 22, alinéa 2, n'existait pas, le minoritaire n'aurait aucune protection. Le majoritaire pourrait imposer ses décisions sans limite (travaux non indispensables, améliorations dispendieuses, contrats superflus ou à conditions prohibitives, etc., ou, à l'inverse, refus de toute dépense même courante) suivant son unique intérêt. Dans l'hypothèse de dépenses inconsidérées, le minoritaire se retrouverait rapidement copropriétaire en difficulté. À l'inverse, faute d'entretien nécessaire, l'immeuble, et donc le lot du minoritaire, perdrait rapidement de la valeur ».

305 En ce sens, voir notamment : Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », *op. cit.*, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », *op. cit.* ; A. Delas, « De l'inadaptation du régime juridique de la copropriété aux copropriétés horizontales à deux lots », *op. cit.*

306 Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Copropriété des immeubles bâtis : statut et structures*, n° 460.

307 J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », *op. cit.*

décision litigieuse du fait de l'actionnaire majoritaire est annulée, le juge ne pourrait que l'enjoindre à verser des dommages et intérêts[308] – sur le fondement de cette action en abus de majorité.

61. Nécessité de solutions alternatives. L'ampleur des difficultés induites par cette inadaptation du régime de la loi du 10 juillet 1965 aux copropriétés ne comportant que deux copropriétaires a conduit la doctrine à rechercher des solutions. Ainsi, on a pu tenter d'écarter l'application de la réduction des voix du copropriétaire majoritaire au motif d'un argument lexical, l'alinéa 2 de l'article 22 de cette loi précisant que la réduction doit se faire à hauteur de « la somme des voix des autres propriétaires ». L'usage du pluriel a ainsi fait dire à Monsieur Viatte qu'une telle disposition ne devrait pas s'appliquer aux copropriétés limitées à deux copropriétaires[309]. Une autre solution pour supprimer les situations de blocage a été d'imaginer la possibilité, pour les copropriétaires concernés, de saisir le juge afin que celui-ci puisse autoriser les travaux nécessaires à la sauvegarde de l'immeuble, ou encore prendre toutes décisions relevant des majorités des articles 24 et 25 de la loi du 10 juillet 1965[310]. Plus radicale enfin, Madame Delas propose d'écarter l'application de l'intégralité du régime de la copropriété lorsque n'existe que deux copropriétaires en raison de l'adage *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*, qui tend à refuser l'application d'une loi à des situations, qui « tout en paraissant être prévues par la lettre du texte, se trouvent exclues de son esprit »[311].

61.1. Malgré les nombreuses critiques et propositions effectuées par la doctrine et les praticiens, le législateur est resté de nombreuses années sans se saisir de la question. Ce n'est que récemment que les premières mesures d'adaptation en faveur des petites copropriétés sont apparues. Or, dans un premier temps, seules des mesures isolées ont été prises. Celles-ci sont issues de la loi ENL – qui a permis de déroger à la double inscription comptable[312] – et de la loi ALUR – qui a mis en

308 *Ibid.*

309 J. Viatte, « La copropriété limitée à deux lots », *op. cit.*

310 G. Delattre, C. Becqué-Deverre, Quatrième commission, « La vie de l'immeuble divisé », *op. cit.*, n° 4024, p. 785 ; Déjà en ce sens, Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », *op. cit.* La solution présente cependant le désavantage d'alourdir encore fortement le processus décisionnel.

311 A. Delas, « De l'inadaptation du régime juridique de la copropriété aux copropriétés horizontales à deux lots », *op. cit.*

312 Article 14-3 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. L'alinéa 2 de cet article dispose que : « Toutefois, un syndicat comportant moins de dix lots à usage de logements, de bureaux ou de commerces, dont le budget prévisionnel moyen sur une période de trois exercices consécutifs est inférieur à 15 000 Euros, n'est pas tenu à une comptabilité en partie double ; ses engagements peuvent être constatés en fin d'exercice ».

place des systèmes dérogatoires en matière de fonds de travaux[313] et de syndicat coopératif[314]. Ce n'est finalement que par la réforme issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 que le législateur s'est réellement saisi de la question et a prévu, soit des aménagements en profondeur du régime commun – pour les petites copropriétés – soit la création d'un véritable régime alternatif – pour les copropriétés limitées à deux copropriétaires[315]. Conséquence de l'immobilisme quasi total du législateur pendant plus de cinquante ans sur la question et de la faible ambition des premières modifications – les aménagements légaux ne répondaient pas, ou très imparfaitement aux difficultés soulevées[316] – c'est vers une alternative radicale que la pratique s'est tournée : la mise à l'écart totale de la copropriété au bénéfice de la division en volumes. Bien que déconseillée par la pratique en raison des débats sur le champ d'application impératif de la loi du 10 juillet 1965[317] et de la volonté du législateur de limiter le recours à la division en volumes[318], cette solution a pu avoir les faveurs d'une auteure[319]. De plus, elle reste, *a priori*, présente en droit positif dès lors que la Cour de cassation semble n'avoir jamais remis en cause la possibilité de diviser la propriété d'un bâtiment unique en différentes fractions pleinement indépendantes[320]. Certes, de telles opérations bénéficient d'une aura inférieure et d'une moins grande visibilité que celles portant sur les grands ensembles, mais il nous semble nécessaire de rappeler que la division en volumes s'est également développée dans des cadres d'une envergure moindre, parfois familiale, pour des raisons similaires à celle des grands ensembles : la trop grande rigidité et unité du régime de la copropriété[321].

62. Conclusion de section. Le régime de la copropriété, tel qu'il est prévu par la loi du 10 juillet 1965, est longtemps resté totalement inadapté aux nécessités inhérentes aux grands

313 Article 14-2 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. Le III° de cet article dispose que « Lorsque l'immeuble comporte moins de dix lots, le syndicat peut décider de ne pas constituer de fonds de travaux par une décision unanime de l'assemblée générale ».

314 Article 17-1-1 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

315 Sur ce point, *infra*., n° 551 et s.

316 Pour une critique de ces premières mesures, voir notamment J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 370 et s., p. 330 et s.

317 *Infra*., n° 85 et s. ; 180 et s.

318 Sur cette question, *infra*., n° 547.

319 J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 373, p. 334 et s. À noter que cette position est antérieure à la réforme d'ampleur effectuée par l'ordonnance du 30 octobre 2019.

320 Sur ce point, *infra*., n° 206.

321 Par ailleurs, il n'est pas un hasard si la question de l'application de la division en volumes de l'immeuble s'est vite posée à propos d'un bâtiment unique à affectation homogène. S'il ne faut pas minimiser la volonté de certains propriétaires de se soustraire aux obligations contraignantes mises en place par le régime de la copropriété, cet attrait n'en est que plus fort lorsque les obligations en cause s'avèrent totalement inadaptées à une situation donnée, ce qui était le cas des petites copropriétés.

ensembles immobiliers. Ainsi, il est dépourvu de dispositions propres à encadrer la période d'édification, ce qui entraîne de nombreuses difficultés, particulièrement lorsque le projet immobilier est réalisé par tranches successives. Plus encore, le régime de la copropriété n'a pas été spécifiquement pensé pour s'appliquer à un grand nombre de copropriétaires. Il en résulte que la gestion de l'édifice reste problématique lorsqu'existe une multiplication des affectations et des propriétaires. Jusqu'à récemment, les difficultés ne pouvaient être partiellement solutionnées par la création de syndicats secondaires, en raison de conditions d'ouvertures structurellement incompatibles avec nombre de grands ensembles immobiliers. Enfin, et même si ce point n'a pas été l'impulsion générant le développement de la division en volumes, le régime de la loi du 10 juillet 1965 n'est également que très imparfaitement adapté aux petites copropriétés, ce qui a contribué à l'évitement de ce régime et par voie de conséquence, à la nécessité de trouver une alternative.

Section 2. La précarité de la propriété privée établie sur le domaine public

63. Nécessité de cohabitation avec le régime de la domanialité public. Au-delà de l'inadéquation du régime de la copropriété, les règles de la domanialité publique vont également influer sur la nécessité de trouver une alternative à la copropriété. En effet, en raison de l'évolution des politiques de densifications urbaines qui se sont poursuivies sur plusieurs décennies, les grands ensembles immobiliers urbains des années 1960 sont composés pour la plupart d'une imbrication de propriétés privées et de propriétés publiques relevant du domaine public. La raison est double : d'une part il est nécessaire de proposer des voies et services d'accès, souvent publics, afin de permettre un accès à ces grands ensembles et, d'autre part, la densification urbaine implique pour les collectivités territoriales et plus généralement l'État de recourir à de nouvelles acquisitions correspondant à des besoins d'implantation de services publics. Sous l'égide de la loi du 28 juin 1938 relative à la copropriété par appartement, la pratique était de procéder à la simple soustraction du bien relevant du domaine public de la copropriété[322]. La personne publique était alors propriétaire d'un lot sans quote-part de parties communes exclu de la copropriété et les conséquences de son utilisation des éléments d'équipement collectif et de la structure commune étaient réglées par une convention spécifique relative à leur gestion et au calcul des charges afférentes[323]. Cette organisation, qui évoque assez largement une division en deux volumes[324]

322 N. Foulquier, R. Leonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires : le calme après la tempête ? », AJDA 2020, p. 1609.

323 *Ibid.*

324 Un volume pour le bien relevant du domaine public et un volume pour le reste de l'immeuble.

dénué de délimitation géométrique précise et d'organe de gestion[325], ne posait à l'époque aucune difficulté en raison du caractère supplétif de la loi du 28 juin 1938. Les choses se sont complexifiées avec l'entrée en vigueur du 10 juillet 1965, qui tenant compte des problèmes issus de la supplétivité de sa prédécesseure, a rendu son régime en grande partie impératif. Le caractère impératif du régime de la copropriété couplé à son mode de division de la propriété entraîne une incompatibilité *a priori* insurmontable entre ce statut d'organisation collective et les biens relevant du domaine public de l'État.

64. Plan. Ainsi, par la multiplication de ces situations, l'incompatibilité structurelle entre la domanialité publique et la copropriété a pratiquement justifié à elle seule le développement de la technique de la division en volumes (Paragraphe 1). Indépendamment du régime de la copropriété, les biens relevant des règles de la domanialité publique peuvent être le socle de droits conférés au bénéfice de personnes privées. Une telle pratique aurait pu servir de base à une cohabitation entre le domaine public et la propriété privée dans le cadre des grands ensembles immobiliers. Néanmoins, ces droits se sont également révélés incompatibles avec l'édification des grands ensembles : là où de tels projets nécessitent un modèle favorisant la pérennité des investissements effectués, les droits octroyés sur le domaine public maintiennent l'opérateur privé dans une situation particulièrement précaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'incompatibilité du régime de la copropriété avec domaine public

65. Présentation succincte de la domanialité publique. La définition du domaine public de l'État a longtemps été affaire de jurisprudence[326] et ce n'est qu'en 2006, par l'ordonnance du 21 avril[327], qu'une définition légale en fut donnée. L'article L.2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP)[328] reprend et précise la définition jurisprudentielle en posant trois critères cumulatifs nécessaires à l'existence du domaine public : il faut que le bien appartienne à une personne publique, qu'il soit affecté soit « à l'usage direct du public » soit « à un service

325 Cette absence a été, semble-t-il vecteur de nombreux litiges. En ce sens N.Foulquier, R. Leonetti, *op. cit.*

326 Pour qu'un bien fasse partie du domaine public, il fallait alors qu'il soit la propriété d'une personne publique et qu'il soit affecté, soit à l'usage direct du public, soit à un service public. Sur ce point, Y. Gaudemet, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293, n° 7 ; G. Dupuis, M.-J. Guedon, P. Chrétien, *Droit administratif*, Sirey, 12e éd., 2011, n° 526, spéc. p. 422.

327 Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006, J.O.A.N., 22 avril 2006, p. 6024.

328 Article complété par l'article L.2111-2 du même Code dispose quant à lui que « font également partie du domaine public les biens des personnes publiques […] qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable ». Sur l'appréciation de ces critères dans la détermination de l'étendue du domaine public, *infra*., n° 571 et s.

public » et, enfin, qu'il fasse « l'objet d'aménagement indispensable à l'exécution du service public ». Le domaine public ne représente donc qu'une partie des biens relevant de la propriété des personnes publiques, le domaine privé étant la qualification par défaut de ces derniers. La compréhension des critères permettant la distinction est d'autant plus importante que les biens relevant du domaine privé de l'État sont eux, compatibles avec le régime de la copropriété[329]. La distinction intéresse tout particulièrement les grands ensembles immobiliers, pour lesquels la cohabitation avec la propriété publique est fréquente. Les dalles artificielles prévoient souvent des voies publiques d'accès, et les commerces peuvent être amenés à partager un édifice abritant un local soumis au régime de la domanialité publique, tel un poste de police, incompatible avec la loi du 10 juillet 1965.

66. Incompatibilités multiples avec le régime de la copropriété. L'incompatibilité découle des caractères traditionnellement attachés aux biens relevant du domaine public que sont l'insaisissabilité, l'inaliénabilité, ainsi que l'intangibilité de l'ouvrage public. Parce que certains de ces caractères ne sont pas propres au domaine public – l'intangibilité s'applique par principe à l'ensemble des ouvrages publics et l'insaisissabilité est un caractère propre à l'ensemble de la propriété publique[330] – et que le domaine public suppose un degré de protection supplémentaire, le CGPPP précise à son article L. 3111-1 le régime exorbitant de droit commun issue de cette affectation, qui implique inaliénabilité et imprescriptibilité[331]. Selon certains auteurs, de tels caractères sont la marque d'une véritable indisponibilité qui vient réduire la liberté de disposer du propriétaire public[332], ce qui suppose une maîtrise exclusive du bien par son propriétaire et par conséquent, devrait prohiber l'intégration des biens concernés dans des régimes de propriété « partagée » dont fait partie la copropriété.

66.1. Cette idée transparaît dans une décision du Conseil d'État, qui relève dans un arrêt du 11 février 1994[333] et par un considérant très général ne laissant aucun doute sur la grande portée qu'il

329 Rép. min. J.O. Sénat, 11 mars 1999, p. 790. Compatibilité approuvée par la doctrine, mais qui questionne la cohérence de l'incompatibilité de l'hypothèque légale au régime du domaine public fondé sur son insaisissabilité, les biens relevant du domaine privé possédant également ce caractère.

330 *Infra*., n° 104, note 476.

331 L'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du domaine public prévues par cet article ont été déclarées conforme à la constitution, quand bien même l'acquéreur d'un bien de ce domaine est de bonne foi. Sur ce point, voir, C.C., n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018, AJDA 2018, p. 2103, obs. E. Maupin.

332 C. Chamard-Heim, *JurisClasseur Propriété publique – Domaine public – Indisponibilité. Inaliénabilité. Imprescriptibilité*, Fasc. 61, n° 1 et s. ; J.-Ph. Orlandini, *La dénaturation des critères du domaine public*, thèse, Toulouse, 2018, n° 1048, p. 568 et 569.

333 C.E., 11 février 1994, « Compagnie d'assurance Préservatrice foncière », n° 109564, D. 1994, p. 493, note J.-F. Davignon ; AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau ; RDI 1994, p. 426, JCP G 1994, II, 22338, note M.-C. Rouault.

entendait donner à sa solution, que « les règles essentielles du régime de la copropriété telles qu'elles sont fixées par la loi du 10 juillet 1965 […] sont incompatibles tant avec le régime de la domanialité publique qu'avec les caractères des ouvrages publics ». Au titre des nombreux motifs d'incompatibilité figure une conséquence du principe d'inaliénabilité, traditionnellement présenté comme l'incompatibilité la plus dirimante entre le domaine public et le régime de la copropriété[334] : l'impossibilité pour le bien affecté au domaine public de connaître une situation d'indivision[335]. Cet arrêt relève également d'autres motifs d'incompatibilité, issue du régime mis en place par la loi du 10 juillet 1965. Il s'oppose ainsi aux conséquences issues de la gestion collective du bien, en affirmant que « l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale […] contredit le fondement même du domaine public en permettant l'immixtion d'une tierce personne dans la gestion du bien »[336]. Sera également considérée incompatible l'hypothèque légale portant sur le lot des copropriétaires au profit du syndicat des copropriétaires dans le cadre du recouvrement de ses créances[337], qui constituerait immanquablement une contradiction avec l'insaisissabilité et l'inaliénabilité du domaine public[338].

66.2. Ainsi, pour pouvoir être soumis au régime de la copropriété, le bien appartenant à la personne publique ne peut que relever du régime du domaine privé[339]. Une telle solution a été suivie par la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt dans lequel elle affirme qu'en raison du principe d'inaliénabilité du domaine public, « un règlement de copropriété ne peut soustraire au domaine public d'une commune un ouvrage public préexistant à la copropriété »[340]. Par une telle affirmation, elle souligne implicitement que l'application du régime de la copropriété aurait pour

334 Une telle vision des choses peut néanmoins être remise en cause, voir R. Capitant, note sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran » , D. 1933, III, p. 49 ; H. de Gaudemar, « L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture », *op. cit*. ; Ph. Yolka, « L'accès des personnes publiques à la copropriété », Dr. et Pat., mars 2009, p. 80 ; G. Cagnon, *op. cit.,* spéc. p. 118 et s. Sur l'appréciation d'une telle vision et ses conséquences relatives à l'organisation collective de l'immeuble, *infra*, n° 571 et s.

335 Sont ainsi également déclarées incompatibles avec le régime de la domanialité publique « la propriété indivise des parties communes […] la mitoyenneté présumée des cloisons et des murs séparant les parties privatives ».

336 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

337 Article 19 de la loi du 10 juillet 1965.

338 Pour les conséquences de l'application récente de ce principe aux associations syndicales de propriétaire gérant les constructions en volumes, *infra*., n° 578 et s.

339 L'affirmation, soutenue par une partie de la doctrine des plus autorisées en la matière (H. de Gaudemar, *op. cit*.) connaît cependant un point d'achoppement lié à l'hypothèque légale issue du régime de la copropriété. Celle-ci porte en effet atteinte au principe d'insaisissabilité, qui ne grève pas uniquement les biens relevant du domaine public, mais bien l'ensemble de la propriété publique, qu'ils relèvent du domaine public ou privé (en ce sens, Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, thèse, LGDJ 1997, p. 589 et s.).

340 Cass. civ., 1re, 25 février 2009, n° 07-15.772, JCP A 2009, n° 2080, note Ph. Yolka ; Loyers et copro., n° 5, mai 2009, comm. 130, obs. G. Vigneron ; RDI 2009, p. 359, obs. O. Février.

effet de soustraire le bien au domaine public, ce qui aurait pour conséquence d'entraîner « la disparition automatique de la domanialité publique, sans désaffectation ni déclassement »[341], solution qu'elle se refuse logiquement d'adopter[342].

67. Persistance de l'incompatibilité. Certes, on pourra objecter que cette décision est antérieure à l'entrée en vigueur du CGPPP et donc, à l'évolution de la notion de domaine public vers plus de souplesse. Pour autant, et même si son fondement n'est plus centré sur les mêmes questions[343], l'incompatibilité de principe du domaine public avec le régime de la copropriété continue d'être rappelée par les auteurs[344] et il n'est pas certains que la conception légale du domaine public soit porteuse d'une ouverture vers la compatibilité[345]. Au surplus, elle semble même procéder des intérêts contraires en présence. En effet, là où la domanialité publique tend à reconnaître une protection exorbitante de droit commun aux biens relevant de son statut, le régime de la copropriété tend à protéger l'égalité entre l'ensemble des copropriétaires quant à l'exercice et la protection de leur droit[346]. Ainsi, accepter la cohabitation entre le statut de la copropriété et les principes de la domanialité publique implique nécessairement la confrontation d'intérêts contradictoires et, de ce fait, impose l'établissement d'une hiérarchie entre les deux statuts. Or, sur ce point, il a très justement été remarqué qu'une telle hiérarchisation entraînerait dans les deux cas des situations difficilement acceptables[347]. En tout état de cause et indépendamment de l'évolution

341 Ph. Yolka, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 2009, *op. cit*.

342 Cela entraînerait en effet, la soumission d'une disposition législative d'ordre public à un acte juridique conventionnel d'ordre privé. Sur ce point, *ibid.*

343 G. Cagnon, « Droit public et copropriété : duo ou duel ? », RDP 2016, p. 105. L'auteur relativise les fondements classiques de l'incompatibilité, avant de recentrer cette dernière sur les objectifs respectifs des deux régimes en cause.

344 Pour un exemple récent, M. Cornille, « Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », Contrats et Marchés publics, n° 3, mars 2021, étude 1.

345 Sur cette question, *infra*., n° 572 et s.

346 Notamment par l'obligation de recourir à l'unanimité, dès lors que la modification emporterait des modifications fondamentales dans les droits des copropriétaires. Ainsi, l'article 26 de la loi du 10 juillet 1965 impose l'unanimité dès lorsqu'il s'agit de modifier la répartition des charges de copropriété, la destination des parties privatives d'un lot ou de l'immeuble, ou encore d'aliéner une partie commune nécessaire au respect de la destination de l'immeuble. Plus généralement, et au-delà de la liste de l'article 26, l'unanimité est exigée dès lors que la modification envisagée va porter atteinte au droit de propriété d'un ou plusieurs copropriétaires. Sur ce point et pour une liste des différentes situations notables traitées par la jurisprudence, voir P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 333.174, p. 588.

347 J.-F. Davignon, note sous CE, 11 février 1994, *op. cit.* ; M.-C. Rouault, note sous CE, 11 février 1994, *op. cit.* ; surtout, F. Llorens, « Domanialité publique et copropriété », RDP 1990, p. 545, spéc. p. 551 : « Ou bien l'on fait prévaloir les règles de la copropriété sur les principes de la domanialité publique. Mais les atteintes portées à ces derniers sont alors telles que l'on peut s'interroger sur l'utilité de maintenir les locaux concernés dans le domaine public. Ou bien, l'on fait prévaloir les principes de la domanialité publique sur les règles de la copropriété. Mais c'est infliger aux droits des copropriétaires privés des atteintes aussi peu admissibles sur le plan juridique que sur le plan pratique ».

de la notion[348], l'incompatibilité entre domaine public et copropriété a constitué le cadre privilégié du développement de la division en volumes.

Paragraphe 2. La précarité des propriétés superficiaires consenties sur le domaine public

68. Plan. L'incompatibilité de la copropriété avec les règles de la domanialité publique n'a pas freiné la volonté de densifier le paysage urbain et, de ce fait, la nécessité de permettre l'édification d'ensembles immobiliers proposant une cohabitation de la propriété privée et du domaine public s'est maintenue. La copropriété écartée, les solutions furent recherchées dans les statuts classiques proposés dans le cadre d'une telle cohabitation. Si la compatibilité est assurée, les régimes mis en place ne semblent pas en mesure d'assurer la pérennité de la propriété privée. En réalité, l'existence même d'une cohabitation entre propriété privée et domanialité publique doit être questionnée. Si des intervenants privés ont depuis longtemps eu l'occasion de proposer des services distincts des services publics sur des biens relevant de la domanialité publique, la pérennité qu'est censée apporter la propriété immobilière privée ne semblait pas réellement acquise. Ainsi, les solutions envisagées afin de permettre à des investisseurs privés de s'établir sur le domaine public n'ont aboutie qu'à des situations précaires incompatibles avec l'édification de grands ensembles immobiliers. En effet, l'octroi d'un droit de superficie sur le domaine public ne confère en tout état de cause qu'une propriété précaire (A), quand bien même il serait consolidé par une autorisation d'occupation du domaine public (B).

A. La précarité de la propriété superficiaire établie sur le domaine public

68.1. Traditionnellement, la jurisprudence ne conférait à l'occupant du domaine public qu'une autorisation d'occupation particulièrement précaire (1). La première réaction législative a été la création d'un bail réel sur le domaine public. Conçu comme un « instrument de financement privé des équipements publics »[349], il ne propose pas une sécurité suffisante à l'édification de grands ensembles immobiliers (2).

348 *Infra*., n° 571 et s.

349 L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, La mouette, 2001, n° 88, p. 95, spéc. p. 97.

1. La précarité des droits de superficie traditionnels de l'occupant domanial

69. Précarité du principe. La jurisprudence avait logiquement admis que l'occupant restait propriétaire des édifices qu'il avait réalisés sur le domaine public[350]. Toutefois, une telle possibilité était soumise à l'octroi d'une autorisation d'occupation dont le régime n'encourageait pas les investissements importants. Non seulement elle ne conférait qu'un droit personnel[351] à son bénéficiaire empêchant ainsi sa transmission[352], mais au surplus, elle le maintenait dans un état d'incertitude permanent, car l'autorisation pouvait être révoquée à tout moment par l'Administration[353]. En outre, l'occupant domanial ne bénéficie par principe d'aucun droit au renouvellement[354], si bien que l'on a pu affirmer qu'une telle autorisation d'occupation met en place un véritable « principe de précarité » à l'encontre de ce dernier[355]. Ainsi, quand bien même l'occupant restait propriétaire des édifices pendant son occupation, la propriété cessait dès la fin de l'autorisation, soit en raison de la démolition de l'ouvrage prévue par le titre d'occupation lui-même[356], soit par la mise en œuvre du mécanisme de l'accession octroyant ainsi la propriété de l'édifice au propriétaire public du fonds sur lequel il a été édifié[357].

350 Ainsi, ayant qualifié l'occupant domanial de « propriétaire » des ouvrages qu'il avait réalisés : CE, 4 mars 1991, « Madame Palanque », D. 1992, somm. p. 377, obs. Ph. Bon ; CE, 23 juin 1993, « Société industrielle de construction et réparation », n° 111569 ; CE, 27 février 1995, n° 139718, « Secrétaire d'État à la mer c/ Torré », RFDA 1996, p. 1127, concl. G. Bachelier ; RDI 1995, p. 731 note J.-B. Auby ; Cass. crim., 19 novembre 2004, RFDA 2005, p. 105, note Ch. Lavialle. En ce sens et pour un exposé complet de la jurisprudence sur ce point, voir Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *in L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant,* Dalloz, 1996, p. 309, spéc. p. 313 et s. ; Ch. Maugüé, G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2006, p. 1073, spéc. p. 1083.

Ce n'est ici que la conséquence du mécanisme de l'accession, celui-ci permettant le maintien de la propriété superficiaire du constructeur pendant la durée de l'autorisation de jouissance sur le fonds, *infra*., n° 449.

351 *Contra*., voir Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *op. cit.*, spéc. p. 312 et s.

352 C.E., 10 mai 1989, « Munoz », n° 73146. Arrêt rendu en matière d'occupation du domaine maritime dans lequel le Conseil d'État affirme que l'autorisation en cause est « strictement personnelle et révocable ».

353 Y. Gaudemet, « Ouvrage complexe et domanialité publique », RDI 1999, p. 507, spéc., p. 510 ; Ch. Combe, « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », Droit administratif, décembre 2001, n° 12, chron. 22.

354 CE, 19 janvier 1998, n° 158579, « Madame Noblet ».

355 Y. Gaudemet, « Les constructions en volume sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, p. 135, spéc. p. 139. Déjà en ce sens, P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 653.

356 Sur ce point, P. Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », RDI 2010, p. 584, spéc. p. 591. Solution expressément prévue aujourd'hui par l'alinéa 1 de l'article L. 2122-9 du Code général de la propriété des personnes publiques et l'alinéa 1 de l'article L. 1311-7 du Code Général des collectivités territoriales.

357 Si l'accession impose la plupart du temps une indemnisation du propriétaire évincé en vertu de l'article 555 du Code civil, cet article n'est que supplétif de volonté. Il ne trouve donc à s'appliquer qu'en l'absence de convention ou de disposition contraire. Ainsi, il est possible de prévoir la réalisation du mécanisme de l'accession sans que le propriétaire évincé ne soit indemnisé. C'est tout l'objet des articles L. 2122-9 du CGPPP et L. 1311-7 du CGCT qui prévoient la vocation pour le propriétaire public à recevoir gratuitement la propriété des édifices effectués par l'occupant pendant la durée de son autorisation.

2. L'inadaptation de la technique des baux emphytéotiques administratifs

70. Objectif des deux réformes successives. Les investissements des acteurs privés étant fortement limités en raison de la précarité de la situation de l'occupant domanial, le législateur est finalement intervenu pour permettre l'établissement de droits réels sur le domaine public. Le mouvement est né par les lois du 5 janvier 1988[358] et du 25 juillet 1994[359], permettant respectivement l'établissement de baux emphytéotiques administratifs et d'autorisations temporaires d'occupation du domaine public. Cette ouverture du domaine public vers la concession de droits réels au bénéfice d'acteurs privés avait pour objectif avoué de redynamiser la valorisation du domaine public[360] en offrant à l'occupant domanial une plus grande stabilité dans ses droits sur le domaine public.

71. Présentation du bail emphytéotique administratif. Parmi les possibilités ouvertes par ces dispositions, il en est une qui octroie un droit de propriété superficiaire temporaire sur le domaine public : le bail emphytéotique administratif (BEA). L'article 13 de loi du 5 janvier 1988 entendait permettre aux collectivités territoriales, à leurs établissements publics et aux groupements de ces collectivités de consentir sur leurs biens des baux emphytéotiques tels que définis par l'article 451-1 du Code rural. Ainsi, le preneur d'un tel bail sera titulaire « d'un droit réel susceptible d'hypothèque » d'une durée allant de dix-huit à quatre-vingt-dix-neuf ans qui peut être « cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière ». Le recours à ce bail fut un tel succès que de plusieurs extensions de son champ d'application ont vu le jour élargissant notamment la compétence à l'État et ses établissements dans certaines situations particulières[361].

72. Insuffisances du régime. Malgré tout, même au plus haut de cet élargissement – ce mouvement ayant laissé place à une volonté actuelle de restriction[362] – force est de constater que le

358 Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 relative à l'amélioration de la décentralisation.

359 Loi n° 94-631 du 24 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

360 Sur ce point, Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *op. cit.*, spéc. p. 309 et 310.

361 L'article 7 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 a permis à l'Etat et à ses établissements publics de consentir sur leur domaine public des BEA en vue de l'édification de logements sociaux. L'article 21 de cette même loi a par ailleurs permis aux collectivités territoriales de consentir des BEA « en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes à leur implantation ». Plus récemment, la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 ouvrait à la possibilité pour l'Etat et ses établissements publics de constituer un « BEA valorisation » qui vise la « restauration », « la réparation » et « la mise en valeur » de leurs biens immobiliers, possibilité qui a été ensuite étendue aux collectivités territoriales par l'article 96 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 modifiant l'article L. 1311-2 du CGCT.

362 Il a pu être souligné que le succès du BEA tenait surtout « à la volonté des acteurs d'utiliser les mécanismes de droit réel pour faire de la commande publique sans en respecter toutes les règles » (Ph. Yolka, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », AJDA 2016, p. 1797, spéc. p. 1799). En conséquence, le législateur a opéré une réduction du champ d'application du BEA en vue de sa « redomanialisation ». (expression empruntée à Ph. Yolka, *op. cit.,* spéc. p. 1801) Ainsi, l'article 1311-2 du CGCT, qui accueillait les extensions du champ d'application du BEA, a

régime mis en place par le législateur ne répond pas à la problématique de l'édification de grands ensembles immobiliers. En effet, les conditions d'ouverture sont toujours restées strictement limitées. Ainsi, les propriétaires publics autorisés ne peuvent consentir de tels baux que pour la réalisation d'opérations d'intérêt général[363], dont seuls certains exemples sont expressément cités par le législateur[364]. Or, si pour la constitution des BEA, les juges ont parfois eu une appréciation souple de l'existence de la finalité d'intérêt général[365], une telle flexibilité apparaît aujourd'hui bien incertaine[366], d'autant plus que l'on constate une restriction législative des conditions d'ouverture des BEA depuis la loi du 23 juillet 2015. En conséquence, la seule présence de voies d'accès ou d'un bâtiment relevant d'une mission de service public risque de ne pas suffire à justifier une finalité d'intérêt général, dès lors qu'il n'existe aucun lien entre l'activité de l'opérateur privé et celle du propriétaire public. Cette incertitude tend à limiter le recours à une telle technique pour l'édification de grands ensembles immobiliers.

72.1. Surtout, malgré l'affirmation de l'existence d'un droit réel, les prérogatives octroyées au preneur sont trop précaires pour rendre véritablement attrayant le recours à la technique des baux emphytéotiques administratifs. Le droit consenti au preneur, bien que faisant référence à l'article L. 451-1 du Code rural, comporte des aménagements substantiels justifiés par la nécessaire protection de l'affectation du domaine public. Partant, il n'est pas surprenant de constater que la cession des ouvrages réalisés et leur occupation est soumise à l'agrément préalable du bailleur qui doit s'assurer que la cession envisagée reste compatible avec l'affectation du domaine public[367]. En outre, la garantie hypothécaire se trouve également limitée. Son champ d'application est restreint : elle ne

été réécrit puis modifié plusieurs fois depuis la loi n° 2015-899 du 23 juillet 2015. Il en résulte notamment que les BEA « enceinte sportive » et « valorisation » ont été supprimés.

363 Article L.1311-2 du Code général des collectivités territoriales.

364 Ainsi, un BEA peut être consenti par une collectivité territoriale à une association culturelle pour la réalisation d'un édifice de culte ouvert au public (article L. 1311-2 du CGCT) ; par l'Etat pour la création de logement sociaux et la valorisation de son patrimoine immobilier (lois du 17 février 2009 et article 2341-1 du CGPPP).

365 Voir notamment, CE, 25 février 1994, n° 144641, « SA Sofap-Marignan Immobilier », AJDA 1994, p. 550, note H. Périnet-Marquet ; D. 1994, p. 536, note M. Lombard. Arrêt dans lequel le Conseil d'Etat considère que la finalité d'intérêt général est remplie dès lors qu'une partie seulement des immeubles est mis à la disposition de la collectivité, le reste étant constitué de bureaux d'intérêt privé. Également, TA Strasbourg, 6 mai 2000, « Riegert c/ Ville Strasbourg », BJCP 2001, n° 14, p. 83, obs. R. Schwartz. Le tribunal administratif a ici considéré d'intérêt général l'installation d'un bar-cafétéria dans un équipement culturel dès lors que celui-ci « se rattache directement à l'opération d'intérêt général que constitue la réalisation d'un équipement culturel polyvalent », cité également par G. Eckert, *JurisClasseur Propriétés publiques, Bail emphytéotique administratif*, Fasc. 79-40, n° 44.

366 Ainsi, la Cour administrative de Lyon a pu considérer que ne relevait pas d'une finalité d'intérêt général un BEA consentit pour l'édification et l'exploitation d'un bar-restaurant et d'une discothèque sur le domaine skiable d'une commune alors même que ce dernier participe « à l'animation récréative de la station ». CAA Lyon, 7 mars 2011, JurisData n° 2011-009539, « syndicat des copropriétaires de la résidence Le Rond-point des pistes », Contrats, marchés-publ. 2011, comm. 184, obs., G. Eckert.

367 Article L. 1311-3, 1° du CGCT et L. 2321-1, II, 1° du CGPPP .

peut être constituée que pour garantir « des emprunts contractés par le preneur en vue de financer la réalisation ou l'amélioration des ouvrages situés sur le bien loué »[368]. Surtout, elle est limitée dans sa réalisation : si le créancier hypothécaire peut mettre en œuvre la procédure de saisie immobilière préalable à la réalisation de l'hypothèque, le propriétaire public a toujours la possibilité de faire obstacle à la cession du bien, dès lors qu'il existe un risque pour l'affectation du domaine public, en refusant de délivrer l'agrément au repreneur[369]. La nécessité d'obtenir un tel agrément semble opposée au principe même de l'hypothèque – qui permet à un créancier d'avoir la possibilité de se faire payer sur la valeur du bien proposé en garantie en organisant sa cession après l'avoir saisi en quelques mains qu'il se trouve[370] – et risque ainsi de paralyser temporairement la garantie. Surtout, le Conseil d'État a rappelé dans son arrêt du 25 février 1994 que, si une clause permettant au bailleur de résilier unilatéralement la convention était contraire à l'article L. 451-1 du Code rural, « une telle stipulation exorbitante du droit commun peut être insérée dans un bail […] sans que le contrat ainsi passé perde sa qualité de bail emphytéotique »[371]. En procédant ainsi, la jurisprudence instaure une précarité similaire aux anciennes autorisations d'occupation du domaine public, incompatible à l'édification des grands ensembles immobiliers. Les réserves inhérentes à cette précarité n'ont pas été supprimées par le droit réel conféré par l'autorisation temporaire d'occupation du domaine public.

B. La précarité des droits réels issus de l'autorisation temporaire d'occupation du domaine public

73. Présentation de l'occupation temporaire du domaine public. L'objectif de la loi du 24 juillet 1994 était d'obtenir un meilleur équilibre entre les caractères indispensables du domaine public et la sécurisation de l'investissement de l'acteur privé. Aujourd'hui intégrée pour l'essentiel au Code général de la propriété des personnes publique et au Code général des collectivités territoriales (CGCT)[372], cette loi va créer un nouveau type d'occupation temporaire du domaine public qui sera qualifié de droit réel[373], que l'occupant poursuive une mission de service public ou

368 Article L. 1311-3, 2° du CGCT et L. 2321-1, II, 2° du CGPPP .

369 Voir sur ce point, s'agissant de l'autorisation temporaire d'occupation domaniale dont le régime sur ce point devrait être identique en raison de la nécessité d'un agrément à la cession du bien : Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *op. cit.* p. 319 et s. ; L. Depuy, *op. cit.*, n° 92, p. 101. E. Pourcel, *op. cit*., n° 29.

370 Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7e éd., 2016, n° 385, p. 395.

371 CE, 25 février 1994, n° 144641, *op. cit.*

372 Respectivement aux articles L. 2122-5 et suivants et L. 1311-5 et suivants. La répartition s'est faite selon les auteurs potentiels de l'autorisation : l'État et ses établissements publics d'une part ; les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics d'autre part.

non[374]. Il faut tout d'abord remarquer, que contrairement à la jurisprudence du Conseil d'État antérieure à cette réforme, il n'est désormais plus question de l'existence d'un droit de propriété sur les ouvrages édifiés par l'occupant mais seulement d'un « droit réel », portant selon les termes de la loi uniquement sur « les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il (le titulaire de l'autorisation) réalise »[375]. Une telle approche semble critiquable par deux points.

73.1. Le premier est qu'elle laisse le doute quant à la nature de l'autorisation conférée en ce qu'elle n'apparaît pas dans les termes de la loi comme de nature réelle. Une telle autorisation, parce qu'elle confère à son titulaire un droit d'occupation avec une autorisation de construire, devrait pourtant être qualifié de droit réel[376]. Néanmoins, il n'y aurait non pas « deux droits réels, l'un portant sur les ouvrages et l'autre […] portant sur le sol »[377], mais bien un droit réel unique portant à la fois sur le domaine occupé et sur les constructions édifiées par l'occupant, ce qu'a par ailleurs consacré récemment le Conseil d'État en affirmant de façon claire que « le droit réel dont bénéficie […] le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine de l'État, ne porte pas uniquement sur les ouvrages, constructions et installations que réalise le preneur mais inclut le terrain d'assiette de ces constructions »[378].

73.2. Le second point, qui est la conséquence de la conclusion du premier, est que cela induit un doute quant à la nature exacte du droit dont bénéficie l'occupant sur les ouvrages qu'il a réalisés : est-ce un droit réel sur la chose d'autrui ou un droit de propriété ? Seule cette dernière qualification pourrait assurer une éventuelle compatibilité avec un projet d'édification d'un ensemble immobilier impliquant, sur un pied d'égalité, un propriétaire public et des opérateurs privés. Il ressort des termes de la loi elle-même que le droit conféré à l'occupant domanial sur les ouvrages qu'il édifie

373 L'article L. 2122-5 du CGPPP dispose ainsi que « le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre », nature du droit reprise pratiquement dans les mêmes termes par l'article L. 1311-5 du CGCT.

374 Avec une limite néanmoins, L'article L. 2122-20, 2° du CGPPP prévoit que les conditions d'ouverture de cette autorisation pour les collectivités territoriales sont soumises à l'article L. 1311-5 du CGCT. Or, en application de cet article, ces dernières ne peuvent consentir une autorisation d'occupation constitutive de droits réels qu'en vue de l'accomplissement d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence.

375 Articles L. 2122-5 du CGPPP et L. 1311-5 du CGCT.

376 En ce sens, J.-M. Sorbara, « L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public », RFDA 2017, p. 341, spéc. p.349.

377 L. Depuy, *op. cit.*, n° 94, p. 104. Auteur qui précise par ailleurs que cette distinction avait été faite dans l'exposé des motifs de la loi aux termes duquel « le droit d'occupation et les ouvrages peuvent être offerts en garantie aux prêteurs » (*ibid*., note 305).

378 CE, 11 mai 2016, « Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole », n° 390118, Lebon, p. 162. Précédemment en ce sens, CE, 10 juin 2010, n° 305136, « Société des autoroutes Esterel-Côte-d'Azur-Provence-Alpes », JCP A 2010, act. 492 ; CE, 29 octobre 2012, n° 346610, « Société France Télécom », AJDA 2012, p. 2088.

relève du droit de propriété. Passé le rappel selon lequel « ce droit réel confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation et dans les conditions et les limites précisées dans la présente section, les prérogatives et obligations du propriétaire »[379] qui pourrait encore laisser le doute quant à la nature précise du droit de l'occupant sur les constructions qu'il édifie, la loi prévoie expressément que « les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier dont le maintien à l'issue du titre d'occupation a été accepté deviennent de plein droit et gratuitement la propriété de l'État »[380]. La lecture de cette disposition implique l'existence d'un droit de propriété de l'occupant sur les ouvrages édifiés : il serait incohérent de prévoir le retour de la propriété de ces biens vers l'État, s'il en est déjà propriétaire pendant la durée de l'occupation domaniale[381]. Pour autant, se limiter aux seuls arguments rédactionnels ne peut suffire ici à apprécier la teneur réelle des textes et il faut donc s'intéresser au régime mis en place par cette autorisation temporaire d'occupation.

74. Objectif de l'occupation temporaire. La création d'un tel droit réel devait encourager son bénéficiaire à procéder à des investissements et permettre l'octroi des garanties financières nécessaires au financement de telles opérations. L'objectif peut sembler atteint à première vue[382] : en tant que titulaire d'un droit réel, son bénéficiaire peut le transmettre[383], le proposer en garantie par voie d'hypothèque[384] et sera indemnisé en cas d'éviction anticipée de son droit[385]. Surtout, le législateur entend affirmer la protection de l'occupant en rapprochant le droit conféré au régime de la propriété, la loi précisant – nous l'avons vu – que les droits conférés sont, sauf limite expresse de la loi, ceux du propriétaire[386].

75. Précarité des droits conférés à l'occupant. En réalité, outre le vocabulaire employé, la réforme législative ne fait que reprendre l'état du droit positif existant sur les autorisations d'occupation[387], et bien qu'il y ait propriété des constructions, celle-ci reste soumise à la précarité de l'autorisation qui en permet le maintien. En d'autres termes, la domanialité publique ayant

379 Articles L. 2122-6 alinéa 2 du CGPPP et L. 1311-5 alinéa 2 du CGCT.

380 Alinéa 2 des articles L. 2122-9 du CGPPP et L. 1311-7 du CGCT.

381 En ce sens, J.-M. Sorbara, *op. cit*., spéc. p. 348.

382 En ce sens, E. Fatôme, P. Terneyre, « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations ? », AJDA 1995, p. 905. Les auteurs voient en effet dans l'indemnisation à laquelle est tenue l'administration en cas de retrait anticipé de l'autorisation ou de refus illégal d'agrément la mise en place d'une garantie « très forte », « presque semblable à celle d'un titulaire de droit réel en droit civil » (p. 918).

383 Articles L. 2122-7 du CGPPP et L. 1311-6 du CGCT.

384 Articles L. 2122-8 du CGPPP et L. 1311-6-1 du CGCT.

385 Articles L. 2122-9 du CGPPP et L. 1311-7 du CGCT.

386 Articles L. 2122-6 alinéa 2 du CGPPP et L. 1311-5 alinéa 2 du CGCT.

387 En ce sens, Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *op. cit.* p. 312 et s.

toujours comme conditions d'existence une propriété publique pleine et entière[388] et la protection de son affectation, les droits conférés au bénéficiaire de l'autorisation temporaire d'occupation, ainsi que la persistance de sa propriété superficiaire, sont restés précaires[389]. « Les prérogatives et obligations du propriétaire » s'appliquant au titulaire du droit réel d'occupation temporaire du domaine public, apparaissent alors particulièrement résiduelles, au même titre que peut l'être le droit réel consentit au preneur d'un BEA.

75.1. Ainsi, les prérogatives conférées par l'autorisation d'occupation sont restreintes dans le temps et les effets. Dans le temps, tout d'abord. L'occupation est obligatoirement temporaire et d'une durée maximum de 70 ans[390], sans que son renouvellement ne soit assuré[391]. Si une telle limite temporelle n'est pas, en soit, un frein important pour le titulaire originel de l'occupation – l'investissement a vocation à être amorti dans ce délai – il n'en est pas de même pour un éventuel acquéreur une fois écoulée la majeure partie du délai. Surtout, malgré l'existence d'un délai précis dans le titre d'occupation, il sera toujours possible pour l'administration de révoquer l'autorisation dès lors que l'intérêt du service public le demande[392].

75.2. Dans les effets, ensuite. La nécessité de protéger l'affectation du domaine public entraîne inévitablement des prérogatives exorbitantes au bénéfice du propriétaire public et il n'est alors pas surprenant de retrouver dans le régime des autorisations d'occupation, des similitudes avec celui des baux emphytéotiques administratifs. Ainsi, la cession ou transmission des ouvrages réalisés et leur occupation est soumise à l'agrément préalable de l'autorité compétente, autorité chargée de vérifier que l'autorisation envisagée reste compatible avec l'affectation du domaine public occupé[393]. S'il existe quelques situations dans lesquelles l'occupant peut transmettre son droit sans autorisation préalable, voire de possibilité d'opposition[394], elles sont tout de même assorties de limites

388 Sur l'ensemble de la question, voir Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ 1997, p. 492 et s.

389 Ch. Combe, *op. cit.*

390 Alinéa 3 de l'article L. 2122-6 du CGPPP.

391 Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 21 juillet 1994 (Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC) va en effet censurer la possibilité du renouvellement illimité que prévoyait la loi au motif que cela porterait une « atteinte à la protection due à la propriété publique »).

392 Une telle possibilité, est expressément prévue par l'article 2122-9 alinéa 3 du CGPPP et l'article L. 1311-7 alinéa 3 du CGCT sous réserve, comme nous l'avons déjà évoqué, « de l'indemnisation du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée ». Sur ce point, CE, 31 juillet 2009, n° 316534, « Société Jonathan Loisirs », JurisData n° 2009-006579.

393 Article L. 2122-7, alinéas 2 et 3 du CGPPP et article L. 1311-6, alinéas 1 et 2 du CGCT.

394 Cela concerne la transmission aux ayants droits d'un exploitant d'un fonds de commerce sur le domaine public (article L. 2124-34 du CGPPP) ; La transmission d'une autorisation d'occupation pour l'exploitation d'un marché d'intérêt national (R. 761-24 du Code de commerce) et enfin la possibilité pour le titulaire d'une concession funéraire de la transmettre à ses héritiers (CE, 21 octobre 1955, « Demoiselle Méline »).

permettant un contrôle de l'administration sur la continuité de la conformité de l'occupation à l'affectation du domaine public[395]. Au surplus, elles sont attachées à des domaines trop résiduels pour influer sur la frilosité des investisseurs privés.

76. Précarité des hypothèques constituée dans le cadre de l'autorisation d'occupation. En outre, tout comme en matière de baux emphytéotiques administratifs, le régime de l'hypothèque se trouve limité. Limité dans son champ d'application : elle ne peut être constituée que « pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier situés sur la dépendance domaniale occupée »[396]. Surtout, on retrouve la même nécessité d'agrément – et les mêmes conséquences – dans la réalisation de l'hypothèque qu'en matière de bail emphytéotique administratif .

76.1. En matière d'autorisation d'occupation domaniale, l'hypothèque se trouvera également fragilisée par la durée de l'autorisation d'occupation. Si, en l'absence d'éviction anticipée, le caractère temporaire ne posera pas de problème en raison de la prévisibilité de la fin de la garantie, il n'en est pas de même en matière de fin anticipée non fautive de l'autorisation d'éviction. Ces dernières peuvent être imprévisibles et ne sont pas cantonnées à de simples cas hypothétiques – il suffit d'imaginer la seule absence d'agrément d'un cessionnaire pour s'en convaincre. Dans cette situation, le législateur prévoit que la fin anticipée non fautive de l'autorisation d'occupation emporte la fin de la garantie hypothécaire[397], faisant ainsi passer le créancier d'hypothécaire à chirographaire. Or, à partir de ce moment, il ne sera plus en mesure de « pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée » sur le bien qu'il avait en garantie dès lors que sa

395 L'administration peut toujours refuser la transmission de l'occupation du fonds de commerce en raison d'un « motif d'intérêt général » (article L. 2124-34 du CGPPP). La transmission de l'occupation d'un emplacement de marché d'intérêt national est limitée aux seuls « producteurs et commerçants » (article L. 761-1 du Code du commerce) exerçant « les mêmes activités que son prédécesseur (article R. 761-24 du Code du commerce). Enfin, les transmissions de concessions funéraires sont limitées aux membres de la famille. Sur l'ensemble de la question de la transmission des autorisations d'occupation, voir J.-Ch. Videlin, « La transmissibilité du titre d'occupation privative et les enjeux contemporains de la domanialité publique », RFDA 2016, p. 903.

396 Article L. 2122-8 alinéa 1 du CGPPP et article L. 1311-7 alinéa 1 du CGCT. En conséquence, une telle hypothèque portera le plus souvent sur un bien immobilier n'ayant pas encore été édifié. La question ne posait aucune difficulté au regard de l'article 2420-3° du Code civil qui permettait à « celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui […] (d') hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ». Il en sera de même pour son successeur, le nouvel article 2414 du Code civil (issue de l'ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021) disposant de façon générale que : « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs » (entrée en vigueur le 1er janvier 2022).

397 Alinéa 3 des articles L. 2122-8 du CGPPP et L.1311-6-1 du CGCT : « Les hypothèques sur lesdits droits et biens s'éteignent au plus tard à l'expiration des titres d'occupation délivrés […] quels qu'en soient les circonstances et le motif. »

créance n'est pas « née de l'exécution des travaux »[398]. En d'autres termes, un établissement de crédit devenu créancier chirographaire en raison de la fin anticipée non fautive de l'occupation ne pourra plus agir en garantie sur le bien afin d'assurer le paiement de sa créance. Conscient qu'un tel résultat aurait pour conséquence d'inviter les établissements de crédit à une grande frilosité, le législateur proposa une solution logique : le montant de la créance qui était garantie par l'hypothèque se reportera sur l'indemnité octroyée à l'occupant évincé[399]. Comme il l'a été remarqué[400], une telle disposition ne semble pas entièrement satisfaisante : la fin de la garantie hypothécaire ne libère pas l'occupant évincé du paiement de sa créance, alors que les délais administratifs en matière d'indemnisation peuvent être particulièrement longs. En conséquence, la situation fait courir un risque supplémentaire de déchéance pour le débiteur confronté à l'obligation du paiement de ses échéances sans que cela ne permette au créancier de s'assurer un paiement complet et rapide de sa créance.

76.2. Un tel régime exorbitant de droit commun, bien que justifié par la nécessaire protection des biens relevant de la domanialité publique[401], emporte néanmoins une forte baisse d'attractivité de cette garantie et, partant, des possibilités financières offertes aux investisseurs privés dans le cadre d'une occupation domaniale. En définitive, quel que soit le droit réel administratif à l'origine, la propriété superficiaire consentie sur le domaine public qui en découle ne suffit pas à apporter suffisamment de sécurité aux opérateurs privés dans le cadre de l'édification de grands ensembles immobiliers[402]. La solution fut alors de ne plus tenter de créer une propriété privée sur le domaine public, mais d'établir une véritable relation de voisinage entre propriétaires indépendants[403].

---

398 Alinéa 2 de l'article 2122-8 du CGPPP et L. 131-6-1 du CGCT.

399 Alinéa 3 des articles L. 2122-9 du CGPPP et L. 1311-7 du CGCT : « En cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée […] Les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait anticipé sont reportés sur cette indemnité ».

400 Sur ce point, E. Pourcel, *op. cit*., n° 29.

401 En ce sens Y. Gaudemet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », RDI 2009, p.8. L'auteur, avant de présenter plusieurs sécurités conférées au propriétaire public, rappelle que « le droit réel reconnu par la loi à l'occupant domanial sur les équipements et installations qu'il réalise au titre de cette occupation autorisée constitue une transposition raisonnée et volontaire du droit de superficie du droit privé à l'hypothèse particulière d'une occupation du domaine public » (spéc., p. 14).

402 Également en ce sens, Ch. Combe, *op. cit.*

403 Il est vrai que le titulaire d'un BEA ou d'une autorisation d'occupation peut être qualifié de propriétaire superficiaire des immeubles qu'il va édifier. De cette qualification, il serait envisageable d'en déduire qu'il bénéficie d'une propriété indépendante de celle du propriétaire public, pouvant alors laisser penser qu'il s'agit, non pas d'une propriété établie sur un bien relevant du domaine public, mais bien au côté de celui-ci. Néanmoins, force est de constater que la propriété superficiaire en cause est soumise, en raison de sa proximité avec le domaine public, à des restrictions qui soumettent son existence à l'affectation protégée par le régime de la domanialité publique.

77. Conclusion de section. Le régime de la copropriété issu de la loi du 10 juillet 1965 s'avère incompatible avec celui de la domanialité publique, alors même que la densification urbaine renforce la proximité de cette dernière avec la propriété privée. Cette proximité était classiquement résolue par la possibilité d'établir une propriété privée superficiaire directement sur le bien public relevant du domaine public. Quel que soit le titre à l'origine de cette possibilité la situation souffre d'une trop grande précarité.

Conclusion de Chapitre

78. L'importance du contexte de développement du volume immobilier. Afin de bien comprendre le développement du volume immobilier dans notre droit, il est important de replacer son contexte. S'il prend appui sur le renouvellement de fondements théoriques anciens, le volume immobilier a en premier lieu été développé dans un cadre spécifique, selon une approche fonctionnelle. Celui-ci avait pour objectif de répondre à une problématique précise : l'insuffisance du régime de la copropriété à s'adapter au pluralisme de l'immeuble collectif.

79. La trop grande rigidité du régime de la copropriété. La densification urbaine a contribué au développement des grands ensembles immobiliers, apparus à l'aube de la seconde moitié du XXe siècle. La période coïncide avec un renouvellement des règles encadrant la gestion des immeubles collectifs par l'entrée en vigueur de la loi du 10 juillet 1965 fixant le régime de la copropriété des immeubles bâtis. Celui-ci, en grande partie d'ordre public, s'est longtemps avéré inadapté aux nécessités relatives à l'édification et la gestion des grands ensembles immobiliers. D'une part, le régime de la copropriété est inadapté à l'édification des grands ensembles immobilier. En effet, non seulement le moment de son entrée en vigueur souffre d'imprécision lorsque le projet immobilier est édifié par tranches successives, mais son application implique une rigidité trop importante pour rendre ce système attractif, ce que ne peut résoudre, ni l'attribution de mandats modificatifs, ni la technique des lots transitoires. D'autre part, le régime de la copropriété souffre de dysfonctionnements importants dès qu'il existe un grand nombre de copropriétaires. Jusqu'aux réformes les plus récentes, les majorités se sont avérées souvent inaccessibles et le recours aux syndicats secondaires, qui pouvait proposer une solution fiable, était largement inapplicable en raison de ses conditions d'ouverture impliquant une pluralité de bâtiments, condition trop souvent inadaptée face à la situation réelle des grands ensembles immobiliers. En outre, le régime mis en place par la loi du 10 juillet 1965 ne s'est pas montré plus adapté aux petites copropriétés. Cette situation a conduit la pratique à rechercher les moyens d'éviter l'application de ce régime, ce qui a abouti au développement de la division en volumes de l'immeuble collectif.

80. La nécessité de pouvoir faire cohabiter domaine public et propriété privée. La recherche d'une alternative au régime de la copropriété est devenue encore plus importante dès lors qu'il s'est avéré incompatible avec celui de la domanialité publique. L'incompatibilité résulte des nombreux points soulevés par le Conseil d'État. Le premier argument est structurel et résulte de l'indivision forcée inhérente à la copropriété, qui s'avère contraire à l'exigence d'une propriété

publique pleine et entière commandée par le domaine public. L'incompatibilité provient également directement du régime de la copropriété Ainsi, la domanialité publique ayant pour objectif la protection de l'affectation du bien en cause à la mission de service public à laquelle il est attaché, il n'est pas possible de lui appliquer un régime dans lequel une décision prise en assemblée générale pourrait permettre sa gestion collective. En outre, l'hypothèque légale attribué au syndicat de copropriétaire s'avère porter atteinte à la fois à l'insaisissabilité des biens publics et à l'inaliénabilité du domaine public. L'incompatibilité des biens relevant du domaine public au régime de la copropriété mis en place par la loi du 10 juillet 1965 est un véritable frein au développement des grands ensembles immobiliers, tant les situations de cohabitation entre domanialité publique et propriété privée peuvent s'avérer fréquentes en raison de l'augmentation de la densité urbaine. Les différentes possibilités d'occupation du domaine public étant caractérisés par une précarité plus ou moins étendue ne permettant pas à ces montages de présenter une véritable attractivité, la solution s'est portée vers la recherche d'une alternative, trouvée par le développement des constructions en volumes assurant l'indépendance des différents propriétaires de volumes immobiliers.

Chapitre 2. La solution : l'organisation collective de volumes immobiliers indépendants

81. Nécessité d'une organisation alternative à la copropriété. Nous avons vu que la recherche de la densification efficace et pérenne des zones urbaines a entraîné la création de grands ensembles immobiliers, pour lesquels le régime de la copropriété s'est avéré insuffisant tant pour l'édification que la gestion de ces géants urbains. Au surplus, l'incompatibilité de la copropriété avec le domaine public a justifié, presque à elle seule, la recherche d'une technique juridique alternative permettant la réalisation de ces grands ensembles. Fruit de cette recherche, la technique de la division en volumes dans le cadre de la construction d'ensembles immobiliers, apporte une solution satisfaisante à cette adaptation devenue nécessaire. Le volume immobilier apparaît alors comme le résultat d'une opération visant à s'évincer du carcan de l'indivision forcée perpétuelle induite par le régime de la copropriété. Le volume immobilier est donc avant tout un outil juridique au service de cet objectif et, c'est initialement sous cet unique aspect qu'il s'est développé[404]. Cette nouvelle organisation implique que le volume soit l'objet d'un droit de propriété individuel se trouvant au sein d'un ensemble en comprenant de multiples autres. Pour le dire autrement, la propriété du volume est individuelle, mais la somme de ces derniers compose un ensemble qui est inévitablement collectif.

82. Organisation collective de biens indépendants. Dans les constructions en volumes, l'importance du collectif ne doit donc pas être négligée. Non seulement de tels ensembles ne pourraient fonctionner durablement en l'absence de règles d'organisation collective, mais cette prise en compte est nécessaire pour assurer le rejet du régime de la copropriété[405]. Ainsi, la présentation classique de la division en volumes – comme étant une succession de propriétés individuelles sans lien entre elles – semble devoir être relativisée. L'accent mis sur le caractère individuel du volume et l'absence de parties communes vise avant tout à se distinguer clairement du régime de la copropriété. En réalité, une fois cette question sémantique écartée, il ressort une véritable organisation collective de l'ensemble dans lequel le volume prend place.

---

404 Même s'il faut noter que le Doyen Savatier lui octroyait, outre cette fonction première – la vente « au cubage » dans le but de pouvoir y établir un édifice avait effectivement été abordée par le maître dès 1958 (R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1) – une fonction de régulation de la spéculation immobilière (R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, Chron., p. 213. Également publié sous l'intitulé : « Sur la propriété de l'espace », *in La croissance des villes et son influence sur le régime juridique de la propriété immobilière*, Travaux de l'association Henri Capitant, journée de liège, 1965, p. 381, spéc., p. 392).

405 *Infra.*, n° 84.2 et s.

83. Le volume immobilier, du rôle d'outil à la matérialisation de la finalité de l'opération. Au-delà de son rôle d'outil, il faut remarquer que le volume immobilier apparaît également comme le résultat recherché de la division pour son propriétaire : la constitution d'un îlot indépendant de propriété au sein d'un immeuble collectif. Par cela, il correspond tout à fait à notre conception de la propriété individuelle. Cette transition apparaît particulièrement lorsque les deux états du volume sont successifs, ce qui impose parfois la mise en place de procédure de récolement. Une fois celle-ci effectuée, les limites géométriques initiales – utiles à la préservation des droits du propriétaire lors de la période d'édification – sont effacées au profit de celles, matérielles, que présente la structure finale. Cette procédure fait du volume immobilier, non seulement un outil au service de la technique juridique de division de l'immeuble, mais également le résultat de l'opération recherchée. Cette observation permet de remarquer que le volume immobilier n'est dans ce cadre qu'une propriété finalisée et l'on pourrait même douter de la pertinence de considérer comme existante la propriété sur le volume avant construction. On fait remarquer à ce propos que dans le cadre d'une telle opération, la propriété reste dépendante de la réalisation de l'ouvrage et ne porte pas réellement sur le volume d'espace en tant que tel : le propriétaire du volume ne l'est que dans le but de pouvoir acquérir la propriété d'une portion de bâtiment et il est fréquent que la destination spécifique du volume en cause soit fixée par le cahier des charges préalablement établit[406]. Il n'en reste pas moins que l'appropriation du volume d'espace est indispensable au bon déroulement de l'opération envisagée.

84. Plan. Afin d'assurer l'équilibre entre le maintien de l'indépendance recherchée et l'inévitable organisation collective, le volume immobilier s'est avéré être un outil indispensable. D'une part, la pluralité d'états qu'il est susceptible de connaître s'est trouvée indispensable pour l'implantation des grands ensembles immobiliers (Section 1). D'autre part, l'indépendance totale qu'il maintient entre les différents propriétaires a permis d'assurer la pérennité de l'organisation primaire de l'ensemble par la mise en place d'un réseau de servitudes (Section 2).

Section 1. L'indispensable pluralité d'états du volume immobilier

84.1. Le résultat de la division en volumes vise à s'assurer d'une absence totale de propriété indivise entre les volumes et, donc, du maintien de droits de propriétés individuellement exclusifs. Afin de pouvoir se prévaloir d'une telle configuration pour l'ensemble de l'édification et de la

406 En ce sens, Y. Trémorin, « Brèves remarques sur la place de la propriété individuelle dans la division des immeubles bâtis », *in Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 67, spéc., p. 78 et 79, note 26.

gestion du programme immobilier projeté, il a fallu reconnaître l'existence d'une propriété en l'absence de toute construction. Ainsi, le volume immobilier trouve sa source dans une conception abstraite de la propriété immobilière qui comprend le fonds de terre non pas comme une surface à laquelle viendra s'ajouter des éléments matériels, mais comme une étendue dématérialisée en trois dimensions[407]. En conséquence, le volume immobilier apparaît comme un bien susceptible de connaître deux états distincts : non construit et construit[408]. Ces deux états, de ce qui semble être un unique objet de propriété – le volume[409] – se sont révélés indispensables dans la mise en place effective de la technique de la division en volumes. Ils présentent en effet un intérêt particulier dès lors qu'ils assurent lors de l'édification et de la vie de l'immeuble, le rejet du régime de la copropriété (paragraphe 1). Plus encore, ils sont nécessaires à la mise en place de la cohabitation du domaine public avec la propriété privée en permettant de rendre effectif le raffinement indispensable de la délimitation du domaine public (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La pluralité d'états du volume immobilier, condition indispensable au rejet de la copropriété

84.2. La finalité de la division en volumes est, nous l'avons vu, de pallier les imperfections du régime de la copropriété afin d'assurer le bon déroulement de l'édification et de la gestion d'un ensemble immobilier. L'idée est donc de permettre le retour de la liberté contractuelle en s'assurant du rejet de la copropriété pour les différentes étapes de la vie de l'immeuble. Si nous étudierons plus en avant l'impact des réformes récentes sur la liberté de choix du mode de division et d'organisation de l'immeuble collectif[410], il est nécessaire de rappeler dès à présent la condition impérative au rejet de la copropriété : l'absence de parties communes attachée à la propriété privée individuelle (A). Les différents états du volume permettent de s'assurer de cette absence tout au long de l'existence du programme immobilier (B).

---

407 *Infra*., n°270 et s.

408 Le volume construit peut l'être partiellement ou en totalité. Il existe bien souvent des volumes supérieurs et inférieurs dont l'étendue verticale n'est pas déterminée. Dans certains programmes, il existe des volumes qui ne sont pas intégralement construits en raison d'une édification en plusieurs tranches successives. Il s'agit, dans ce cas, de s'assurer que l'édifice projeté, prenant place dans le reliquat d'espace disponible, pourra être réalisé dans les conditions prévues. Enfin, il est parfois des volumes qui ne sont pas intégralement construits en raison d'une limite parcellaire quelque peu supérieure à celle de l'édifice. Dans cette situation, la géométrisation des volumes immobiliers induit que l'on puisse avoir comme résultat de la division, la propriété d'un volume au moins partiellement immatériel.

409 C'est ici la présentation traditionnelle du volume immobilier. Il faut néanmoins remarquer que les limites du volume immobilier seront bien souvent façonnées par la réalité matérielle de l'édifice. Il existe également des situations pour lesquelles, une division en volumes ne peut porter sur la propriété de l'espace en tant que tel. *Infra*., n° 455 et s.

410 *Infra.*, n° 85 et s. ; 180 et s.

A. La condition impérative au rejet de la copropriété : l'absence de lot comprenant partie privative et quote-part de parties communes

85. Principe de division en copropriété. La division en copropriété répond à une définition posée par la loi du 10 juillet 1965. Cette dernière permet de comprendre qu'un immeuble sera divisé en copropriété dès lors que la propriété est répartie par « lots ». La teneur des lots en question est directement précisée par le deuxième alinéa, disposant que « le lot de copropriété comporte obligatoirement une partie privative et une quote-part de parties communes, lesquelles sont indissociables. ». En d'autres termes, l'immeuble sera impérativement divisé en copropriété dès lors que la propriété d'un bien sera répartie en lots comprenant une partie privative et une quote-part de parties communes. Deux interprétations sont alors possibles.

86. Caractère impératif de la copropriété ? La première est de considérer que tout « immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis » doit impérativement être divisé en lots de copropriété. Autrement dit, la division en lots de copropriété serait la conséquence obligatoire de la division en propriétés de tels immeubles. Cela aurait eu alors pour conséquence d'empêcher le recours à un autre régime de division que celui de la copropriété et ainsi bloquer le développement de la division en volumes. Les conséquences d'une telle interprétation pourraient être particulièrement importantes pour la pratique de la volumétrie dès lors que l'article 43 de cette même loi, dans sa version en vigueur au 1er juin 2020, dispose que : « toutes clauses contraires aux dispositions des articles 1er, 1-1,4,6 à 37,41-1 à 42-1 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites »[411]. En d'autres termes, s'il fallait considérer que la division en propriétés d'un immeuble doit impérativement se faire en lot de copropriété, la règle serait d'ordre public et ne pourrait permettre l'ouverture d'autres modes de division, les conventions contraires étant réputées non écrites.

87. Obligation relative de mise en copropriété. La seconde interprétation, à l'inverse, invite à ne conférer un caractère impératif au régime de la copropriété qu'à partir du moment où l'immeuble en cause se retrouve divisé en lots de copropriété, sans que ce mode de division ne soit par lui-même obligatoire en toutes situations. En étant simplement la conséquence du mode de division choisi, ce n'est pas seulement le régime, mais également la division en copropriété elle-même qui

411 Avant la réforme du 30 octobre 2019, l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965 était ainsi rédigé : « Toutes clauses contraires aux dispositions des articles 6 à 37, 41-1 à 42 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites ». La jurisprudence semble par ailleurs déjà avoir conféré un caractère d'ordre public à l'article 1er de cette loi. En effet, lorsqu'elle justifie le rejet de l'application du régime de la copropriété, elle s'attache à démontrer l'absence de partie commune (c'est-à-dire, l'absence de présence d'un lot de copropriété), alors qu'il lui suffirait de rappeler que cet article 1er n'est pas impératif. Voir en ce sens, Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, n° 77-15.375, Bull. civ. III, n° 141 ; Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, n° 09-15.554.

apparaîtrait finalement supplétive de volonté. La jurisprudence a pu confirmer cette idée. Si l'interprétation stricte du caractère impératif a connu la faveur des juges du fond lors d'un unique jugement[412], la Cour de cassation a préféré adopter une position plus nuancée en acceptant le principe même d'un mode de division différent. Ainsi, dans un arrêt du 26 juin 1979[413], elle affirme que les quatre propriétaires d'un immeuble unique divisé verticalement en autant de parties indépendantes n'étaient pas soumis au statut de la copropriété en raison de l'absence de lot comprenant une partie privative et une quote-part de parties communes[414]. L'apport de cet arrêt est important : il assure la possibilité de diviser la propriété d'un bâtiment unique entre différents propriétaires sur un autre modèle que la copropriété et de ce fait, en écarter le régime[415]. La doctrine avait approuvé le caractère éminemment relatif de l'obligation de mise en copropriété en rappelant à l'occasion du jugement niçois précité que c'est « la répartition de la propriété de l'immeuble en lots, présentant la structure ainsi définie [par l'alinéa 1 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965] qui conditionne l'application du statut de la copropriété et non la simple appartenance de parties divises à des propriétaires différents »[416].

87.1. Au vrai, un tel relativisme au caractère impératif de la loi du 10 juillet 1965 doit être approuvé. Celle-ci n'a pas été conçue pour s'appliquer à tous les types de projets immobiliers[417] et elle fait suite à la loi de 1938, seulement supplétive[418]. Dès lors, il semble logique de considérer qu'elle puisse permettre la conservation de modes de division alternatifs entraînant un régime différent. En tout état de cause, c'est en réalité ce qui semble découler de l'article 1er de la loi du 10

412 TGI Nice, 20 mars 1979, JurisData n° 1980-762335, D. 1981-II, I.R., p. 210, note C. Giverdon. Le sommaire de ce jugement reproduit dans la revue *La semaine juridique* rapporte, qu' « un immeuble dont les parties divises appartiennent à des propriétaires différents est obligatoirement régi par la loi du 10 juillet 1965 ».

413 Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, *op. cit.*

414 Pour une décision récente dans le même sens, Cass. civ., 3ème, 24 janvier 2019, n° 17-23.364, Loyers et copro., n° 4, avril 2019, comm. 64, note Ch. Coutant-Lapalus.

415 Cette idée pouvait déjà être constatée auparavant. Voir notamment, Cass. civ., 3ème, 11 décembre 1969, n° 68-10.985. Dans cette affaire, la Cour de cassation a consacré le fait qu'il était possible de prescrire la propriété d'une partie seulement de l'immeuble, sans que ne soit automatiquement créée une copropriété. Il y avait donc division du bâtiment sans que les droits de propriété qui en découlent ne relèvent du régime de la copropriété.

416 C. Giverdon, note sous TGI Nice, *op. cit.*, spéc. p. 211. Également en ce sens, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 230.

417 En ce sens, R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533 spéc., p. 537 : « l'existence désormais classique de grands ensembles réunissant plusieurs copropriétés réparties en plusieurs bâtiments ou groupes de bâtiments et abritant quelques milliers d'habitants pose des problèmes parmi les plus ardus à résoudre en matière d'administration et de gestion. […] Il a paru raisonnable de ne pas apporter d'innovation à caractère impératif dans un domaine en pleine évolution et où l'initiative et l'imagination des praticiens ont déjà dégagé des solutions valables, sinon toujours heureuse ».

418 Loi du 28 juin 1938 sur le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements, JO, 30 juin 1938, p. 7578.

juillet 1965 lui-même, dès lors que sa seconde partie permet de déroger à la division en lots de copropriété tant que certaines conditions structurelles et d'affectations de l'immeuble sont remplies[419]. Il prévoit en effet à son II, qu'« à défaut de convention y dérogeant expressément et mettant en place une organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leurs éléments et services communs, la présente loi est également applicable : 1° A tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis à destination totale autre que d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes ; 2° A tout ensemble immobilier qui, outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, comporte des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs. ».Le 1° est une réponse directe à l'alinéa 1er de cet article 1er et fait référence à une situation dans laquelle les copropriétaires d'un immeuble ou groupe d'immeubles bâtis sans locaux d'habitation désirent tout de même relever du régime de la loi du 10 juillet 1965 et ne nous donne aucune information relative à l'autorisation éventuelle d'un mode de division alternatif sans pour autant, il est vrai, la prohiber expressément[420]. À l'inverse, le 2° permet de comprendre que le régime de la copropriété peut être écarté dans le cas d'ensembles immobiliers divisé par d'autre procédé que le lot de copropriété. En conséquence, la loi du 10 juillet 1965 prévoit elle-même la liberté de recourir à un autre mode de division, et propose même désormais expressément la possibilité de diviser l'ensemble immobilier en volumes.

88. Division en volumes et absence de quote-part de parties communes. En définitive, indépendamment des conditions structurelles et d'affectation pouvant encadrer le mode de division de l'immeuble envisageable, l'absence de lot comprenant une partie privative et une quote-part de parties communes reste une condition impérative à l'absence de copropriété, sa présence emportant immanquablement qualification de copropriété et application du régime qui y est attaché[421].

B. Le volume immobilier, garant permanent de l'absence de parties communes

89. Plan. Le volume immobilier, en ce qu'il est un contenant désincarné pouvant être construit, permet à la fois d'assurer la propriété indépendante de son titulaire lors de l'étalement de la construction du projet (1), mais également le rejet de parties communes au sein de l'ensemble collectif une fois celui-ci édifié (2).

---

419 Sur ces questions, *Infra*., n° 180 et s. ; 567 et s.

420 *Ibid.*

421 Exception faite, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019, des copropriétés ne possédant aucun local affecté à l'habitation et pour lesquelles une mise à l'écart du régime de la loi du 10 juillet 1965 est expressément prévue dans le règlement de copropriété.

1. Le volume d'espace, outil d'édification de l'immeuble en dehors de la copropriété

90. Rappel de la problématique. La problématique de l'étalement de la construction des immeubles d'un programme immobilier n'est pas nouvelle. Afin de proposer une solution, la pratique avait imaginé, dans le cadre de la copropriété, la mise en place de lots transitoires, afin de garantir à leur titulaire la réservation exclusive du droit de construire des parties de la construction dont la réalisation avait vocation à être décalée. Nous n'avons cependant pu que constater l'inadaptation de ces lots « d'attente » dès lors que l'édification s'étale sur plusieurs années, en raison notamment des nécessités courantes de modification du projet que le régime de la copropriété tend à limiter très strictement[422]. Sur ce point, La division en volumes poursuit le même objectif que les lots transitoires, à savoir la réservation de droits à construire alors que ceux-ci ne seront exécutés parfois que plusieurs années après l'établissement de la convention. Cependant, à la différence des lots transitoires, aucune partie commune justifiant l'existence d'un droit de propriété n'existe et plus encore, l'émancipation de la loi du 10 juillet 1965 permet un retour à la liberté contractuelle, réputée davantage propice à la réalisation d'un programme immobilier par étape. Encore faut-il s'assurer, nous l'avons vu, de l'absence de parties communes.

91. Le volume non construit garant de l'absence de parties communes. Lorsque la division en volumes porte sur un programme encore à l'état de projet, les volumes immobiliers qui en découlent sont désincarnés. Ils pallient leur absence de consistance[423] par une identification effectuée grâce à des points altimétriques et planimétriques fondés sur les cotes du Nivellement Général de France (NGF)[424]. Cette définition par cotes d'un volume non construit sert donc à son identification, qui est comprise comme la condition indispensable à son statut de bien, permettant son appropriation[425]. Ainsi, la propriété du volume non construit va permettre l'établissement de droits de propriété distincts sur l'ensemble de l'espace de la parcelle et donc, *a fortiori,* sur celui qu'occupera l'ensemble immobilier une fois celui-ci construit. La propriété d'un volume non construit, permet de garantir à son titulaire la conservation de ses droits quel que soit le temps de la mise en œuvre du programme. Or, lors d'une vente de volumes désincarnés, ce qui est recherché est

422 *Supra*., n° 42 et s.

423 D'un certain point de vue liant la définition juridique à la réalité physique, le volume non construit reste matériel en ce qu'il est composé d'atome d'air. La seule différence entre un volume en tréfonds et un volume d'espace en sur-sol serait ainsi sa composition chimique. En ce sens, H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP G 2010, doctr., 1100, spéc., n° 15, p.2075.

424 Ces cotes ont été modifiées en 1969 afin de remplacer le précédent système, dit orthométrique. Ce dernier reste cependant vraisemblablement utilisé pour la ville de Paris.

425 L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de J.-L. Bergel*, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 759. Sur ce point, *infra*., n° 537 et s.

avant tout la réservation du droit de construire dans un espace déterminé, qui pourra ainsi être conservé sans limite de temps. Par l'existence de ces droits de propriété indépendants, l'absence de parties communes est assurée dans la durée, et ce, pour l'intégralité de l'édification et de la vie de l'immeuble. Ainsi, non seulement cela permet de palier l'inexistence de la copropriété avant toute construction[426] en permettant la mise en place d'une association de propriétaire chargée de gérer l'édification, puis la gestion de l'ensemble, mais au surplus, les restrictions propres au régime de la copropriété une fois l'édification commencée[427] n'ont plus lieu d'être.

92. Persistance de limites issues à la modification du projet. Le retour à la liberté contractuelle n'implique cependant pas une totale liberté de modification de l'ensemble immobilier initialement projeté[428]. Si elle permet une meilleure adaptabilité, celle-ci reste limitée par le projet initial auquel s'est contractuellement engagé le promoteur et qui constitue un frein à une réelle liberté de modification du programme[429]. Ce dernier va en effet être tenu par ses promesses publicitaires[430] et sa qualité de vendeur[431], ou encore, si c'est le mode de promotion choisi, la réglementation propre à la vente en l'état futur d'achèvement (VEFA), particulièrement lorsqu'elle relève du secteur protégé[432]. Certains auteurs ont même pu faire valoir que ces obligations venaient

426 *Supra*., n° 29 et s.

427 *Supra*., n° 34 et s.

428 Voir déjà, *supra*., n° 36 et s.

429 Sur l'ensemble de la question, voir J. Lafond, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Copropriété – Programmes immobiliers évolutifs*, Fasc. 90-50, spéc., n° 51 et s.

430 Cass. civ., 3ème, 23 janv. 1979, JCP N 1979, II, p. 174, note B. Stemmer ; D. 1980, p. 412, note F. Steinmetz ; RDI 1979, p. 477, obs. J.-C. Groslière, Ph. Jestaz. La Cour de cassation approuve la condamnation des promoteurs au motif que la modification de l'ensemble immobilier était contraire « aux promesses faites aux acquéreurs et aux avantages que ceux-ci pouvaient escompter du mode de construction et d'implantation des pavillons ».

431 Il sera donc tenu à un devoir d'information, prévu depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations, à l'article 1112-1 du Code civil. Cet article dispose en effet à son alinéa 1 que « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » et à son alinéa 3 qu' « ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ».

Surtout, le promoteur aura, en tant que vendeur, l'obligation de délivrer un bien immobilier conforme à ses engagements contractuels, en vertu de son obligation de délivrance prévu aux articles 1604 et suivants du Code civil. La cour de cassation, dans un arrêt du 1er décembre 1992 (Cass. civ., 3ème, 1er décembre 1992, n° 91-14.090) a ainsi pu sanctionner un promoteur qui avait modifié la réalisation d'un programme faisant l'objet d'une VEFA en augmentant le nombre de logement au motif que ces modifications « étaient préjudiciables aux acquéreurs […] par l'amoindrissement de l'agrément des conditions de vie ». Plus récemment, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 29 mars 2018 (Cass. civ., 3ème, 29 mars 2018, n° 17-13.127, Gaz. Pal. 2018, n° 18, 22 mai, n° 323e1, p. 81, note V. Zalewski-Sicard), sanctionné pour défaut de conformité un promoteur ayant livré un appartement dont l'orientation avait été modifiée de 180°. D'une manière générale, la Cour de cassation semble apprécier l'obligation de délivrance conforme au regard du cadre de vie promis aux acquéreurs. Voir en ce sens, Cass. civ., 3ème, 5 juillet 2000, n° 98-20.857.

432 L'article R. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation dispose en effet à son alinéa 2 que si la VEFA porte sur un ensemble immobilier, « ces indications [celle de la consistance de l'immeuble vendu] doivent être complétées par un plan faisant apparaître le nombre de bâtiments de cet ensemble, leur emplacement et le nombre d'étages de chacun d'eux ». Si le degré d'exigence qui découle de cet article est débattu (sur cette question J. Lafond,

figer la situation de l'immeuble projeté dans le strict respect des documents établissant la division. Ainsi, aucune modification des limites des volumes ne serait possible sauf à obtenir l'accord unanime des propriétaires, rapprochant alors cette situation avec celle découlant de l'application du régime de la copropriété[433].

92.1. En réalité, sous réserve de ces engagements contractuels, la modification reste possible, mais le champ de liberté s'avère néanmoins relativement peu étendu. Certes, par le biais d'un éventuel mandat, le promoteur pourrait disposer d'un pouvoir apporter des modifications substantielles au programme[434] mais la protection de l'acquéreur dont nous venons de rappeler l'importance viendra fortement en restreindre le champ d'application. En définitive, malgré la mise à l'écart du régime de la propriété, le volume immobilier ne révolutionne pas les possibilités offertes au promoteur en matière d'évolution du programme. Il permettra cependant d'apporter une souplesse et de permettre des modifications qui auraient été impossibles – ou dont la mise en œuvre aurait été bien plus lente – sous le régime de la copropriété[435]. Au surplus, s'assurer de l'absence d'application du régime de la copropriété reste intéressant pour maintenir l'attrait d'un programme immobilier dont l'édification s'étalera sur plusieurs années. Nous avons en effet vu que les règles de la copropriété auront vocation à s'appliquer dès la livraison du premier lot[436], imposant ainsi au propriétaire d'un lot transitoire le paiement des charges de gestion. En leur absence, rien n'empêche le promoteur de prévoir l'absence de charges pour les propriétaires des volumes non encore construits et ainsi contribuer à renforcer l'attractivité du programme[437].

2. Le volume construit, outil de rejet de la quote-part de parties communes dans le collectif

93. Nécessaire répartition individuelle des équipements communs. Une fois construit, le volume représente la finalité de l'opération, la raison pour laquelle le volume non construit a existé. En pratique, cela représentera le plus souvent, un élément particulier – tel un local, un équipement –

---

op. cit., n° 59 et s.), il n'en reste pas moins qu'il impose tout de même au promoteur des précisions importantes sur l'environnement de l'ensemble immobilier, et que des modifications substantielles de ce dernier ne seront pas acceptables sans accords des acquéreurs.

433 P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, « La construction en volumes. Aspects juridiques et techniques posés par les ensembles immobiliers complexes », AJPI, 10 octobre 1981, étude, p. 688, spéc., p. 707.

434 Ch. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Edilaix, 2012, n° 43 ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 271, p. 148. Il faut quand même souligner que ces mandats doivent être précisément délimités dans leur champ d'application.

435 *Supra*., n° 34 et s.

436 *Supra*., n° 31.

437 En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 271, p. 148.

visé au sein du bâtiment[438]. Pour autant, la construction n'est pas uniquement constituée de parties pleinement indépendantes d'un point de vue matériel. Ainsi, l'ensemble repose sur une assiette commune – le sol ou une dalle artificielle – et l'immeuble concerné comporte des éléments de gros œuvre. Plus encore, il est des équipements attribués à l'usage de tous qui vont devoir traverser un certain nombre de volumes afin de pouvoir être pleinement efficaces : cela va des gaines et canalisations aux corridors, escaliers ou ascenseurs. L'intérêt collectif de ces éléments est par ailleurs ce qui a motivé le législateur de la loi du 10 juillet 1965 à les rattacher aux parties communes[439], assurant ainsi une prise en compte collective de leur gestion.

93.1. Afin de s'assurer du rejet du régime de la copropriété, il faut donc extraire ces éléments de la qualification de « parties communes rattachées aux parties privatives ». Procédant à une interprétation s'écartant du lot de copropriété à la faveur de la seule indivision, la Cour de cassation a pu exiger l'absence de toute situation d'indivision pour l'ensemble des parties de l'immeuble et des éléments d'usage collectif[440]. Une telle extension du critère, qui pour certains auteurs reste excessive et inopportune[441], amène les praticiens à choisir entre deux options. La première consiste à éviter le plus possible la création de volume spécifique aux éléments collectifs de l'immeuble, ce qui implique de complexifier le réseau de servitude mis en place dans le cahier des charges[442]. La seconde accepte la création de tel volume et prévoit leur acquisition par l'association syndicale de propriétaires en charge de la gestion de l'immeuble, qui sera alors seule propriétaire d'éléments dont l'attribution à un seul des co-volumiers semblait exclue. La pratique semble s'orienter vers la seconde option, même si une voie médiane peut également être privilégiée. Au vrai, il n'est pas certain que l'indivision seule soit un motif de requalification en propriété. La Cour de cassation

438 Ce point est par ailleurs corroboré par la pratique des opérations de récolement qui tendent à modifier les cotes du volume non construit, vendu initialement, pour les faire correspondre avec la réalité de la construction, une fois celle-ci réalisée. La propriété du contenant – le volume d'espace – est ainsi modifiée par la réalité de son contenu. Il est marquant que le 112e Congrès des notaires de France propose sur cette question de prévoir une clause indiquant que la « définition des configurations des volumes prévaudra sur […] la mention des cotes » (Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 649, spéc., n° 3178, p. 718). Sur cette question, montrant que la division en volumes se désintéresse parfois de la propriété du volume d'espace en tant que tel, *infra*., n° 455 et s.

439 L'alinéa 1er de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 dispose que « sont communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux ».

440 En effet, la Cour de cassation a pu ne pas se contenter de la simple constatation d'une absence de lot comprenant une partie privative et une quote-part de parties communes, mais soumet la mise à l'écart de la loi du 10 juillet 1965 à l'absence totale de toute indivision, même si aucune de ces parties communes n'est rattachée aux parties privatives. Sur ce point, Cass. civ., 3ème, 29 mai 2002, n° 00-17.542, Bull. civ. III, n° 113, D. 2003, jur., 1331, note C. Giverdon ; JCP G 2003, 117, n° 8, chron. H. Périnet-Marquet.

441 J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 361 et s., p. 320 et s.

442 En ce sens, M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, n° 18-16.117, JCP N 2021, 1168.

semble avoir assouplie sa position sur ce point, en ce qu'elle admet désormais qu'un ensemble divisé en volumes prévoit dans ses actes des situations d'indivision pour des éléments accessoires de l'immeuble[443]. Il apparaît que c'est bien davantage l'existence indissociable d'un lot unique comprenant partie privative et quote-part de partie commune qui relève impérativement d'une qualification en copropriété[444].

94. Importance de l'identification des différentes portions d'immeuble. Quoi qu'il en soit, il est donc impératif de pouvoir connaître précisément les limites exactes de la propriété de chacun des co-volumiers en excluant toute idée d'indivision. L'intérêt est d'autant plus important qu'une absence de définition des parties communes dans les actes n'entraîne pas pour autant leur inexistence, le juge pouvant dans cette situation se référer aux critères de la loi du 10 juillet 1965. Il faut alors considérer que l'absence de précision – ou le simple doute – dans la répartition de la propriété des éléments de l'ensemble collectif risque d'entraîner l'application de cette loi et la détermination judiciaire des parties communes. En effet, l'article 3 de cette loi prévoit en son alinéa 2 que tout élément d'usage collectif de l'immeuble dont les titres ne précisent pas leur statut – ou sont contradictoires – soit réputé parties communes[445]. En définitive, dès lors qu'une partie matérielle d'un bâtiment présente un intérêt potentiel pour une pluralité de propriétaires, si son appropriation individuelle – potentiellement au sein d'un volume déterminé en indivision – n'est pas spécifiquement indiquée – en raison de l'absence, de l'imprécision, de l'ambiguïté ou de la contradiction des stipulations – la qualification de parties communes risquera de s'appliquer en

443 Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, n° 10-27.396, JCP G 2012, doctr., 465, obs. H. Périnet-Marquet ; AJDI 2012, p. 237, note N. le Rudulier ; p. 276, note Ch. Atias.

444 Voir cependant, Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, *op. cit*. Il était question dans cette affaire d'un immeuble divisé en deux volumes dont chacun possédait une quote-part indivise d'un passage commun desservant les parcelles voisines – et dont les propriétaires était pour certains également propriétaires indivis. Même si la question de la requalification en copropriété n'était pas au cœur du débat, il n'en reste pas moins que la Cour de cassation a validé l'homologation de l'état descriptif de division.

La solution pourrait amener à comprendre qu'un volume puisse finalement être composé d'une partie privative et d'une quote-part de partie commune. C'est cependant oublier qu'en l'espèce, la portion en indivision en cause n'était pas réservée aux seuls co-volumiers mais également aux propriétaires des parcelles voisines desservies par ledit passage. Il eut certainement été préférable de créer trois volumes, deux comprenant les portions strictement privatives aux co-volumiers et un troisième comprenant le passage commun en indivision.

445 Ainsi, sont réputés par principe – et à titre supplétif – parties communes les éléments suivants : le sol, les cours, les parcs et jardins, les voies d'accès ; le gros œuvre des bâtiments, les éléments d'équipement commun, y compris les parties de canalisations afférentes qui traversent des locaux privatifs ; les coffres, gaines et têtes de cheminées ; les locaux des services communs ; les passages et corridors ; tout élément incorporé dans les parties communes.

raison de la présomption établie par cet article 3[446] et partant, l'application du régime de la loi du 10 juillet 1965, même si les actes n'y font aucunement référence.

94.1. Le volume immobilier construit va donc permettre d'apporter le niveau de précision demandé dans la répartition de la propriété entre les différents propriétaires afin de prévenir tout risque éventuel de requalification en copropriété de la division effectuée. Par le jeu de la procédure de récolement dont l'objet est de redéfinir les limites du volume, initialement abstraites, par celles de la construction effectivement réalisée, le volume immobilier construit va pouvoir suivre précisément les parties de l'édifice concerné. Ce sera ensuite à l'état descriptif de division de faire apparaître avec une grande précision la délimitation entre les différents volumes et de préciser, pour les parties de l'immeuble profitant à tous, le point exact de séparation entre les différents propriétaires. Les limites séparatives entre les différents volumes ne sont donc pas, à terme, des coordonnées géodésiques et altimétriques, mais bien des éléments physiques du bâtiment[447].

94.2. Ainsi, chaque élément du bâti – même lorsqu'il porte sur des éléments présentant un intérêt collectif – doit être attribué à un unique volume pour maintenir cette absence d'indivision entre les co-volumiers. Afin de remplir cette exigence, l'état descriptif de division doit procéder à des choix permettant de maintenir cette indépendance tout en préservant l'intérêt de la collectivité des propriétaires. Cet équilibre passe par deux points : le premier est d'attribuer au propriétaire les seules parties du bâtiment dont il a un intérêt direct et exclusif ; le second est d'impliquer la totalité des propriétaires concernés dans la gestion des éléments d'intérêt collectif. En conséquence, dès lors que l'élément du bâti présente un intérêt collectif, le découpage en volume va permettre – si cela est envisageable au regard de l'élément en cause – de le scinder en autant de parties que de co-volumiers concernés. Dans le cas où une telle division ne serait pas possible, la partie de l'immeuble en question sera comprise, en intégralité, dans un volume, qu'il soit spécifique, ou non.

95. Dilution du collectif dans l'indépendance des volumes individuels. La première situation se rencontre la plupart du temps pour les parties séparatives entre les différents locaux composant le

---

446 En effet, lorsque les titres ne sont pas certains, voire inexistants, le juge doit décider de la qualification commune ou privative de la partie de l'immeuble en cause, en fonction d'une appréciation objective de la situation d'espèce. Ainsi, le juge recherchera si l'usage de la partie litigieuse est effectivement réservé exclusivement à l'un des copropriétaires ou non. Sur l'ensemble de la question, P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 7 décembre 1994, n° 92-17.184, RDI 1995, p. 149 ; P. Capoulade, note sous Cass. civ., 3ème, 25 juin 1997, Administrer, mars 1998, p. 45, spéc., p. 46 ; P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, Dalloz action, 10e éd., 2020, 112.12 et s., p. 49 et s.

447 Afin de limiter d'éventuels conflits entre les différents propriétaires lors du passage du volume de l'état non construit à construit, il peut être intéressant de prévoir, dès l'origine, les limites séparatives exactes des volumes construits à venir en faisant référence aux éléments concrets qui les caractériseront dans l'état descriptif de division.

bâti telles les murs séparatifs, les dalles, ou encore les éléments porteurs de l'édifice. La complémentarité des cotes de volumes et de leur définition précise dans l'état descriptif de division permet alors de prévenir toute situation d'indivision, en posant des repères matériels concrets marquant la limite de la propriété de chacun. Ainsi, les murs ou éléments porteurs séparatifs seront souvent attribués à chaque propriétaire concerné jusqu'à leur axe médian ou celui du joint de dilatation, si le mur en est pourvu. La solution est quelque peu différente pour les dalles, qui appartiendront au propriétaire du volume du dessous jusqu'au revêtement, ce dernier étant la propriété de celui qui le foule.

96. Création de volumes indépendants d'intérêt collectif. La seconde situation montre les limites de l'indépendance souhaitée par les co-volumiers au regard de la réalité physique et fonctionnelle de l'immeuble. Le plus souvent, l'impossibilité de rattacher une partie de l'immeuble en autant de parties que de volumes intéressés découlera de la situation de l'élément en cause par rapport à la somme des intéressés. Ainsi, une toiture présente un intérêt direct pour la totalité des propriétaires de l'immeuble, mais ne pourra pas être rattachée, le plus souvent, à la totalité des volumes concernés. Dans cette situation, il semble préférable de créer un volume spécifique pour la toiture qui sera attribué en propriété à l'organe de gestion, la limite avec le propriétaire inférieur étant « la sous-face de la dalle faisant office de plafond »[448].

96.1. Plus encore, certains équipements, tel un ascenseur ou un escalier roulant, vont traverser plusieurs volumes sans qu'il ne soit envisageable de leur attribuer à chacun une partie spécifique en propriété. En effet, si une telle répartition est possible pour certains équipements – par exemple pour des canalisations – c'est parce que l'entretien de ces derniers peut se faire par la somme des actions individuelles des propriétaires concernés sur la partie qui leur appartient. Or, cette répartition n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques, ne serait-ce qu'en raison de la coordination nécessaire entre les propriétaires, voir même leur simple identification, afin de mener à bien certaines réparations[449]. Pour des équipements coûteux de grande envergure, il arrive qu'ils

448 Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *op. cit.*, n° 3183, spéc., p. 720. Les auteurs constatent cependant que pratique notariale attribue le plus souvent la propriété de la toiture au(x) volume(s) qu'elle recouvre directement tout en pointant l'inopportunité de la situation. En effet, l'utilité d'une toiture n'étant pas limitée aux seuls volumes qu'elle recouvre, il ne semble pas justifié de faire supporter au propriétaire du volume comprenant la toiture l'intégralité des dépenses d'entretien de cette dernière. Ainsi, une telle situation impose de répartir conventionnellement l'entretien d'une chose qui appartient à un propriétaire unique entre l'ensemble des co-volumiers concernés.

449 Ainsi, il est courant que les plans d'équipements – qui indiquent la localisation des câbles, gaines, canalisations ou encore tuyaux – soient établis avant l'édification par l'architecte. Il est cependant fréquent que la localisation exacte de ces éléments soit différente une fois la construction achevée, le passage n'ayant pu se faire à l'emplacement prévu pour des raisons techniques. En conséquence, des difficultés pourront se poser en cas de dégâts, ne serait-ce parfois que pour déterminer le propriétaire.

puissent être utiles à des volumes qu'ils ne traversent pas, compliquant ainsi la coordination nécessaire et la répartition des coûts. Au surplus, une répartition en propriété en autant de volumes traversés impliquerait également de se poser la question de la propriété des éléments mouvants de ces équipements, imposant la multiplication de servitudes entre les fonds concernés. Ainsi, il reste préférable de les isoler dans un volume unique, dont la détermination dépendra des limites structurelles de l'élément en cause. La propriété de ces éléments étant par ailleurs souvent attribuée à l'association de propriétaires gérant l'ensemble. Dans ces situations mettant en place un volume « traversant », leur construction permettra de leur donner une représentation concrète, la complexité de la forme géométrique de la représentation par simples cotes NGF peinant à s'intégrer efficacement dans un état descriptif de division.

Paragraphe 2. Le volume immobilier, outil de la mise en place d'une propriété privée au côté du domaine public

97. Précarité des droits consentis sur le domaine public. L'absence de partie commune est donc assurée – de l'édification du projet à sa gestion – par les différents états que peut connaître le volume immobilier en ce qu'il permet une délimitation précise et complète des limites séparatives des biens qu'ils constituent. Au-delà, le volume immobilier permet également de contenir le domaine public à l'espace qui lui est strictement nécessaire. Nous avons vu que la propriété privée établie sur le domaine public ne confère qu'une propriété particulièrement précaire quand bien même elle serait octroyée par le biais d'un BEA ou d'une autorisation temporaire d'occupation. Il résulte de cette observation que la propriété privée ne peut réellement pérenniser lorsqu'elle prend place sur le domaine public. L'idée est alors de ne plus s'établir directement sur le domaine public, mais à côté de ce dernier. Au vrai, il est possible de trouver des exemples anciens qui démontrent l'existence de cette pratique bien avant l'avènement des volumes. Il existait ainsi une loi ancienne du 12 mai 1825[450], qui permettait aux personnes privées d'acquérir par prescription les arbres et plantations bordant les chemins publics relevant de la domanialité publique. D'une portée moins limitée, il faut relever les nombreuses expropriations qui ont eu lieu au début du XXe siècle pour l'édification de réseaux de transports en commun ou la création de tunnel[451]. Cependant, autrefois limité à ces situations peu courantes et facilement identifiables, l'urbanisation a entraîné la nécessité

450 Pour la reconnaissance d'une possession distincte d'un arbre sur la voie publique, Cass. civ., 7 novembre 1860, D.P. 1860, I, 488, concl. De Marnas. Précisons que cette loi a été depuis abrogée par l'article 5 de la loi n° 89-413 du 22 juin 1989 relative au Code de la voirie routière. Voir déjà, pour la reconnaissance de la propriété superficiaire d'arbres sur la voie publique, l'article 14 de la loi du 28 août 1792 qui disposait que « tous les arbres existants sur les chemins publics autres que les grandes routes nationales et sur les rues des villes […] sont censés appartenir aux propriétaires riverains, à moins que la commune ne justifie en avoir acquis la propriété par titre ou possession » (cité par Sévin, concl. sous, Cass. civ., 18 mai 1858, D.P. 1858, I, 218).

de multiplier les affectations sur l'étendue horizontale et verticale d'une même parcelle. Très réduite au début du XXe siècle, la coexistence indépendance d'une propriété publique relevant du domaine public et de la propriété privée tend dès les années 1960 à se généraliser. Il fallait alors trouver un cadre favorable à ce développement qui ne laissait aucun doute quant à l'existence de la propriété privée et l'indépendance de cette dernière par rapport au domaine public.

98. Pérennité des droits établis au côté du domaine public. Le volume immobilier, en ce qu'il tend à la mise en place d'une superposition de propriétés indépendantes, permet de délimiter avec précision chaque îlot de propriété. Le domaine public étant un régime protecteur visant la protection de l'affectation du bien concerné, pouvoir le circonscrire au seul espace nécessaire permet de s'absoudre des contraintes qu'il présente dès lors que l'affectation du bien protégé n'en sera pas atteinte. La division en volume permet donc la superposition de biens sur une même assiette appartenant à différents propriétaires, publiques comme privés. En conséquence, la propriété privée ne s'établit plus sur le domaine public et ne souffre donc plus de la précarité des droits réels consentis sur ce dernier[452]. En définitive, plus la limitation du domaine public sera réduite au strict nécessaire, plus la valorisation du patrimoine public et le développement d'ensembles immobiliers sera encouragé[453]. Le volume immobilier apparaît ici comme un outil juridique indispensable permettant d'assurer l'effectivité de la superposition des propriétés publiques et privées et garantir ainsi la pérennité des droits de l'opérateur privé.

99. Volume immobilier et raffinement de l'étendue du domaine public. La différence avec une simple occupation du domaine public n'est pourtant pas toujours évidente au premier regard : il est fréquent que la propriété privée s'établisse directement au-dessus du domaine public, sans pour autant être considérée « sur » ce dernier. Une telle distinction entre superposition indépendante ou dépendante n'est possible que par un raffinement dans la délimitation du domaine public. C'est ici qu'intervient l'intérêt du volume immobilier, en ce qu'il permet de déterminer avec une grande précision géométrique l'étendue nécessaire du domaine public dans la mise en place des

451 Pour la création de lignes de métro à Paris : J.-F. le Petit, « L'expropriation du tréfonds parisien », Gaz. Pal. 1972, II, doc., p. 691 ; A. Levy, « L'indemnisation du tréfonds parisien », AJPI 1995, p. 855. Pour l'édification de tunnels : Cass. civ. 1er août 1866, S. 1866, 436.

452 Il faut tout de même préciser que, même dégagée d'une telle précarité, la proximité géographique de la propriété avec le domaine public pourrait faire peser un risque accru d'expropriation pour le propriétaire privé, tout en lui assurant d'obtenir une juste indemnisation.

453 Ce point n'intéresse par ailleurs pas uniquement l'édification de constructions en volumes : les volumes immobiliers sont également utilisés afin de permettre l'établissement d'ouvrages de taille plus modeste aux côtés de biens relevant du domaine public. Ainsi, dans un objectif du développement d'énergies renouvelables, on peut noter la mise en place de panneaux solaires sur le toit d'un établissement d'éducation ou d'un marché, ou encore d'éoliennes sur des parcelles autrefois rattachées au domaine public. Sur ce point, Ph. Terneyre, « Domaines publics et énergies renouvelables », Environnement et développement durable, revue JurisClasseur, février 2011, p. 15.

équipements indispensables à la réalisation de la mission de service public qui lui est affecté. L'idée est « d'isoler dans l'espace un volume investi de la domanialité publique et totalement désolidarisé de son environnement supérieur et inférieur »[454].

100. Plan. Les différents états que peut connaître le volume immobilier sont ainsi apparus comme un atout de choix face aux difficultés que pose la nécessaire délimitation du domaine public. Le volume immobilier permet d'assurer la cohabitation de la propriété privée avec le domaine public dès lors que ce dernier peut répondre à une conception très extensive (A). Il permet en effet une délimitation très précise des éléments intégrés au domaine public afin de permettre de maintenir cette cohabitation, quel que soit le degré de précision demandé (B).

A. Les conceptions extensives du domaine public

100.1. Lorsque la question de l'édification des premiers grands ensembles immobiliers s'est posée, l'étendue du domaine public était dominée par une conception extensive. Ce dernier était pourtant initialement contrôlé par des critères visant à le restreindre au maximum[455]. Il fallait en effet d'une part, que soit démontrée la nécessité pour le bien en cause de bénéficier d'un aménagement spécial propre à assurer la mission de service public[456]. D'autre part, il fallait pour les accessoires, soit qu'ils présentent un lien matériel à la dépendance du domaine public en cause, soit qu'ils constituent un élément indispensable pour ladite dépendance[457]. Malgré cette volonté initiale, la jurisprudence adopta finalement une lecture très souple de ces critères[458].

---

454 P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 539, spéc., p. 654.

455 Voir sur ce point, M. Waline, *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, éditeur Jouve, 1925, p. 45. L'auteur, après avoir rappelé les inconvénients d'une conception extensive de la domanialité publique, propose de rattacher au domaine public un bien qui « à raison d'un aménagement spécial, est particulièrement adapté à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public ». Ces critères seront ensuite repris par la jurisprudence afin d'en faire le principe directeur de rattachement au domaine public (CE, 19 octobre 1956, n° 20180, « Société Le Béton », Lebon, p. 375, RDP 1957, p. 310, concl. M. Long ; CE, 11 mai 1959, n° 9229, « Sieur Dauphin », Lebon, p. 294).

456 CE, 19 octobre 1956, *op. cit*. ; CE, 11 mai 1959, *op. cit.*

457 CE, 28 mars 1969, n° 72678, « Dames Février et Gatelet ».

458 Sur ce point, voir les nombreuses références jurisprudentielles exposées par P. Sandevoir, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », ADJA 1966, p. 84 ; M. Gros, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », RDP 1992, p. 749. Si le constat de Monsieur Gros fait également état d'une extension jurisprudentielle du domaine public, il l'impute néanmoins à l'élargissement de la notion d' « affectation », qui aurait supplanté et vidé de son contenu celle d' « aménagement spécial » (spéc., p. 766).

À noter qu'une telle extension du critère de l'aménagement spécial se trouvait en filigrane dès sa première application, tant son existence, caractérisée par le Conseil d'État dans son arrêt du 19 octobre 1956, semble discutable en ce qu'il n'existe qu'en raison de « son raccordement aux voies de communication et au réseau de distribution d'énergie électrique » (M. Long, note sous CE, 19 octobre 1956, *op. cit*., spéc., p. 318. En ce sens, F. Melleray, « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique », AJDA 2004, p. 490, spéc., p. 494.

100.2. Si une étude détaillée de l'application de ces critères dépasserait le cadre de notre étude, il faut néanmoins s'y intéresser lorsqu'elle présente un réel obstacle à la mise en place de la cohabitation recherchée en propriété privée et domaine public. C'est particulièrement le cas lorsque l'interprétation souple des critères de rattachement au domaine public conduit à lui appliquer le bénéfice de l'accession (1), dont on peut trouver des traces dans certains critères de rattachement plus actuels (2).

1. L'extension du domaine public par le bénéfice de l'accession

101. Rappel succinct sur le mécanisme de l'accession. Il est avant tout nécessaire de rappeler que le mécanisme de l'accession est régulièrement rattaché à l'article 552 du Code civil – dont l'alinéa premier dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » – par la doctrine[459]. En conséquence, nombres d'auteurs ont indistinctement questionné l'application de l'accession et de l'article 552 du Code civil à la domanialité publique[460]. En ce sens, l'accession serait un attribut de la propriété visant à unifier la propriété des choses par l'octroi de l'accessoire au propriétaire du principal[461]. En d'autres termes, l'accession est présentée comme un principe « en vertu duquel la propriété d'une chose, réputée accessoire, accroît à la propriété, dite principale »[462]. En réalité, le rattachement de l'article 552 du Code civil au mécanisme de l'accession est débattu[463], certains ne voyant dans cet article qu'une règle portant sur « l'usage et la

459 Voir notamment, E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, p. 18 « L'article 552 visant spécialement l'accession immobilière, pose en termes parfaitement clairs une règle fondamentale dans la matière de la propriété et dans la théorie de l'accession […] Voilà consacré le droit d'accession, et dans les termes les plus absolus » ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, LGDJ, 1979, n° 45 et s., p. 67 et s., n° 101, p. 117 ; L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, La mouette, 2001, n° 99, p. 113 : « Le mécanisme de l'accession, tel qu'il est définit [*sic*] à l'article 552 du Code civil » ; F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001, n° 225, p. 252 et s. ; J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H . Louvel, deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 336, spéc., p. 470.

460 Voir notamment, Y. Gaudemet, « la superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293, spéc. n° 15, p. 296 ; « Les constructions en volumes sur le domaine public », *op. cit*., spéc., p. 302 ; « Ouvrage complexe et domanialité publique », RDI 1999, p. 507, spéc. p. 517 ; M.-J. Aglaé, « Division en volumes et propriété privée sur le domaine public », RDI 1993, p. 313, spéc. p. 317 ; J. Morand-Deviller, *Droit administratif des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2014, p. 37.

461 Cette conception, très large, de l'accession est celle retenue par les rédacteurs du Code civil qui précisent, par une formule rappelant les articles 546 et 551 du Code civil, que « non seulement le droit de propriété s'étend sur tout ce qui est produit par la chose dont on est propriétaire ; mais il *s'étend encore sur tout ce qui s'y unit et s'y incorpore, soit naturellement, soit artificiellement*. C'est ce qu'on appelle *droit d'accession* ». (P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris, 1836, p. 123).

462 H. Aberkane, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français*, thèse, LGDJ 1957, p. 209.

463 P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951, n° 45 et s., p. 121 et s. ; H. Aberkane, *op. cit.*, n° 150, p. 211 ; W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 192 et s., p. 191 et s.

jouissance de la chose »[464]. Plus précisément, l'article 552 du Code civil ne servirait qu'à définir « l'assiette du droit du propriétaire d'un immeuble »[465], alors que l'accession serait définie comme un simple mode d'acquisition de la propriété du bien considéré comme accessoire par le propriétaire du bien considéré comme principal[466]. Si ces discussions entraînent des conséquences importantes dans la compréhension de l'accession[467], ce serait néanmoins aller au-delà du cadre de notre étude que d'effectuer une présentation complète de ces points.

---

464 P. Levie, thèse, *op. cit*., n° 46, p. 125.

465 W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. unique, n° 4. La même idée apparaissait déjà chez Monsieur Aberkane, qui soutient dans sa thèse que l'article 552 du Code civil « attribue le pouvoir de jouir du sol sous-jacent à la propriété et de la portion d'air qui se trouve au-dessus. Il donne le droit de creuser et celui d'élever des constructions. […] Il n'y a rien qui permette de dire que, si un tiers élève une construction, le maître du sol en acquiert la propriété dès l'incorporation ou seulement après » (H. Aberkane, thèse, *op. cit*., n° 150, p. 211). Voir Également, A. Valette, *De la propriété et de la distinction des biens. Commentaire des Titres I et II du Livre II du Code civil*, par F. Herold et Ch. Lyon-Caen, A. Marescq éditeur, 1879, p. 141. L'auteur, qui bien que classant l'article 552 du Code civil dans le droit d'accession, précise que son alinéa premier signifie que « le propriétaire a un droit indéfini au-dessus et au-dessous ».

466 W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 406, p. 745.

467 Le rattachement de l'article 552 au mécanisme de l'accession entraîne une confusion dans la nature exacte de ce dernier. Un tel fondement conduit en effet à considérer l'accession non pas comme un mode d'acquisition de la propriété (pourtant défini comme tel par l'article 712 du Code civil), mais comme un attribut du droit de propriété. En matière immobilière, cela a pour conséquence de considérer toute incorporation au sol comme un accroissement de ce dernier et de voir l'accession comme un simple fait juridique tiré du caractère absolu de la propriété (Pour le développement de cette conception, dominante au XIXe siècle : A.-M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome II, 1853, n° 391bis, p. 467 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome II, 5e éd., 1859, n° 409 et s., p. 397 et s. ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 572 et s., p. 484).

Il en résulte une appropriation automatique du propriétaire du fonds qui semble contradictoire avec l'affirmation constante de la jurisprudence qui voit dans le droit de superficie un véritable droit de propriété (*infra*., n° 391 et s.). En conséquence, les auteurs rattachant l'accession à cet article ont dégagé deux solutions :

– La première est de rejeter toute possibilité de remettre en cause l'unité de la propriété d'un immeuble en réduisant le droit de superficie à un simple droit réel sur la chose d'autrui (Voir F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 275 et s., p. 313 et s. Pour une étude démontrant la contradiction d'une telle conclusion avec le droit positif, *infra*., n° 387 et s.). À noter que Madame Dumont, en partant de l'exemple des mines, admet tout de même la division en propriétés du tréfonds en plusieurs strates différentes dès lors qu'une réelle autonomie entre les immeubles semble possible. Elle considère ainsi qu'une telle situation n'est pas une exception à l'application de l'article 552 du Code civil, mais que cette dernière ne s'appliquera qu'au sein de l'immeuble indépendant (F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 272, p. 309 et s.). En réalité, il ne s'agit ici que d'une forme purement matérielle d'application de l'accession à un volume d'espace dans l'étendue verticale du sol, mécanisme qu'elle rejette faute de matérialité de l'espace et de l'absence d'autonomie par rapport au sol dès lors qu'une construction est existante (F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 307 et s., p. 350 et s.). Surtout, une telle conception implique nécessairement le rejet de l'article 552 du Code civil : ce dernier ne raisonne pas en matière d'indépendance matérielle et de double sol, mais s'applique par principe indistinctement au-dessus et dessous du sol au sens parcellaire – ce que Madame Dumont considère pourtant impossible. Enfin, elle justifie cette possibilité en se fondant sur l'autonomie des propriétés superficiaires située chacun dans une portion du sol (n° 272, p. 310) en occultant le fait que pour articuler différentes strates de tréfonds entre différentes personnes, il conviendra, sauf dans des cas très exceptionnels qu'elle n'évoque pas, d'établir différentes servitudes ou droits entre ces derniers, ce qui les places dans une situation relativement similaire aux droits de superficie de surface. Sur la théorie du double sol, voir *infra*., n° 339 et s.

– La seconde est de partir des propos de la jurisprudence considérant que l'article 552 n'établit qu'une présomption simple de propriété pouvant être combattue par la preuve contraire (voir notamment, Cass. Req., 26 juin 1901, D.P. 1901, I, 501 ; Cass. civ., 3ème, 13 février 1973, n° 72-10.680 ; Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, n° 90-22.145, dernièrement

102. Plan. Indépendamment de cette question, le bénéfice de l'accession et de l'article 552 du Code civil au domaine public ont été reconnus par le juge administratif (b), par extension de son application à la propriété publique (a). L'incongruité de cette application est aujourd'hui unanimement critiquée (c).

a. La reconnaissance jurisprudentielle de l'extension de la propriété publique par voie d'accession

103. Application de l'article 552 du Code civil à la propriété publique. L'intérêt de l'article 552 du Code civil est double. D'une part, il pose une présomption destinée à permettre la preuve de la propriété de l'étendue verticale de la parcelle en l'absence d'éléments supplémentaires à la preuve de la propriété du sol[468]. D'autre part, il met en place une véritable règle de fond[469], particulièrement importante en ce qu'elle assure au propriétaire du sol que les pouvoirs liés à son statut s'exerceront dans le prolongement vertical du sol[470]. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 7 mai 1931, a décidé qu'« en vertu des dispositions de l'article 552 du Code civil, la voie publique comprend non seulement le sol sur lequel elle repose, mais également le sous-sol et l'espace qui la surplombe »[471]. Par cet arrêt, le Conseil d'État se détache de l'ambiguïté de sa jurisprudence antérieure[472] et pose clairement le principe d'application de l'article 552 du Code civil à la propriété publique.

104. Cohérence de cette application. Il semble, en accord avec nombres d'auteurs, que rien ne s'oppose à l'application de ce texte à la propriété publique[473]. En effet, la propriété publique étant

Cass. civ., 3ème, 11 juillet 2019, n° 18-16.726) afin de réduire l'accession à une simple présomption de propriété (J.-P. Marty, thèse, *op. cit*., n° 104 et s., p. 119 et s.). Cette deuxième solution, vient cependant occulter le rôle acquisitif de propriété de l'accession, rôle rappelé par l'article 712 du Code civil. Monsieur le Professeur Dross remarque alors que l'on peut être tenté de distinguer l'accession « présomption » de l'accession « acquisition » (W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 193, p. 192), mais affirme, à juste titre, que cela ne fait que renforcer la confusion entre accession et lien d'accessoire à principal (W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 193, p. 193). Or selon lui, il ne fait aucun doute que le mécanisme de l'accession ne procède pas de ce lien, mais se contente de l'utiliser afin de déterminer quel sera le bénéficiaire de l'unification de la propriété des biens rapprochés.

468 Voir notamment, Cass. Req., 26 juin 1901, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 13 février 1973, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, *op. cit*. Plus qu'une simple présomption, l'article 552 du Code civil pourrait mettre en place une véritable règle de fond attribuant par principe la propriété du dessus et du dessous au propriétaire du sol. En ce sens, W. Dross, « L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ? », note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RTD Civ 2015, p. 902. Sur le débat concernant la portée de l'article 552, *infra.*, n° 291 et s. ; n° 349 et s.

469 Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 436, p. 145 ;

470 En ce sens, P. Lévie, thèse, *op. cit*., n° 46., p. 125 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952.

471 CE, 7 mai 1931, n° 93.427, « Compagnie nouvelle des châlets de commodités », Lebon, p. 491, spéc., p. 492.

472 CE, 11 mai 1883, n° 55.575, « Sieur et dame Chamboredon et Sieur Brahic c/ Compagnie de Paris-Lyon Méditerranée », concl. Le Vavasseur de Précourt ; Lebon, p. 479.

473 M.-J. Aglaé, *op. cit*., spéc. p. 326 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 327, p. 179 ; Ch. Gijsbers, « La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique », RDA, n° 8, octobre 2013, p. 44.

définie par un critère organique[474] – c'est-à-dire la qualité publique de la personne propriétaire – elle ne se distingue fondamentalement de la propriété privée que par la qualité de son titulaire et représente la maîtrise du propriétaire – qu'il soit privé ou public – sur ses biens[475]. Il est donc logique de lui appliquer par principe les dispositions du Code civil qui y sont relatives, tant que cela ne porte pas atteinte aux éventuelles particularités que cette propriété pourrait présenter. Or ces dernières sont liées à la qualité « publique » du propriétaire qui implique la préservation de l'intérêt général dans la gestion des biens publics[476]. En l'espèce, priver le propriétaire public du bénéfice de l'article 552 du Code civil réduirait sa propriété à un sol surface aux utilités fortement limitées faute de pouvoir s'étendre verticalement[477] et entraînerait une différence injustifiée entre propriétaire public et privé. En conséquence, l'application de l'article 552 du Code civil semble indispensable

474 Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, thèse, LGDJ, 1997, spéc., p. 513 et s. développements que l'auteur résumera sous ces termes : « c'est la personnalité publique de son titulaire qui colore la propriété de droit public » (spéc., p. 515).

475 En ce sens, J.-F. Giacuzzo, B. Schmaltz, « La propriété des personnes publiques », *in Les controverses en droit administratif*, AFDA, Dalloz, 2017, p. 105, spéc., p. 113 et s.

476 En ce sens, F. Tarlet, « L'application du droit privé aux propriétés publiques », AJDA 2021, p. 69.

Pour plus de précisions sur les particularités de la propriété publique :

Monsieur le Professeur Yolka distingue la propriété publique de la propriété privée par deux points : la propriété publique reste en tout état de cause incessible à vil prix et insaisissable. Sur ce point, voir, Ph. Yolka, thèse, *op. cit*. p. 578 et s. (incessibilité à vil prix), p. 589 et s. (insaisissabilité) ; également, Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15e éd., 2014, n° 33, p. 24 et s.

L'insaisissabilité de la propriété publique est aujourd'hui consacrée à l'article L.2311-1 du CGPPP, bien qu'elle subisse des atteintes partielles. Il est ainsi possible de questionner le respect de ce principe pour les biens relevant du domaine privé en matière de copropriété, dès lors que ce régime impose l'existence d'une hypothèque légale (*infra.*, n° 576 et s.). Également, l'article 85 de la loi Elan du 23 novembre 2018 a conduit à l'entrée en vigueur du nouvel article L. 421-4-1 du CCH disposant que « les offices publics de l'habitat peuvent accorder des sûretés réelles mobilières dès lors que cela est susceptible de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré ». Une telle disposition porte ainsi atteinte – bien que de façon très résiduelle – au principe d'insaisissabilité de la propriété publique. Sur ce point, Ch. Roux, « L'insaisissabilité des biens publics emportée par l'ELAN », AJDA 2019, p. 601.

Pour le rejet d'un particularisme lié à la nature de la propriété publique, mais le maintien d'un particularisme technique visant la protection de l'intérêt général (que le bien relève du domaine public ou privé) : J.-F. Giacuzzo, « Le particularisme de la propriété publique », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 101, spéc. p. 119 et s. ; « La propriété des personnes publiques », *op. cit*., spéc., p. 116 ; M. Chouquet, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, thèse, LGDJ, 2017.

Pour le rejet de l'incessibilité à vil prix comme particularité de la propriété publique, C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, thèse, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2004. L'auteure rappelle que l'incessibilité à vil prix est un principe commun à la propriété de toutes les personnes morales, publique comme privée (n° 856, p. 641). Également en ce sens, F. Tarlet, « L'application du droit privé aux propriétés publiques », *op. cit.*

477 Pour une vision radicale excluant toute utilité du sol en l'absence de verticalité de la propriété, R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, Chron., p. 213 ; R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, chron., p. 103. Dans ce dernier article, il considère que « ce que s'approprie, dans la pratique, le propriétaire, c'est précisément ce « dessus » et ce « dessous », car la surface idéale de la parcelle n'a aucune épaisseur utilisable » (spéc., n° 1).

pour permettre au propriétaire – indépendamment de sa qualité – de bénéficier d'une pleine maîtrise de son fonds.

105. Application logique du mécanisme de l'accession à la propriété publique. Que l'on comprenne l'accession comme un attribut ou un mode d'acquisition de la propriété, son application est directement liée à l'existence d'un droit de propriété sur la chose. Il en résulte que l'application de l'accession à la propriété publique ne fait aucun doute, à partir du moment où l'existence de cette dernière a été démontrée. L'accession pourra donc tant bénéficier au propriétaire public – dès lors qu'il sera propriétaire du principal[478] – que lui être opposée si le bien principal en cause relève de la propriété privée[479]. Encore une fois, cette application semble en accord avec la protection de l'intérêt général en ce que cela permet au propriétaire public de ne pas être évincé de tout ou partie de l'étendue de son bien par l'action d'un tiers.

b. L'extension de l'application de l'accession au domaine public

106. Application de l'accession à la domanialité publique. Si l'application de l'article 552 du Code civil et de l'accession à la propriété publique semble logique et désormais bien établie, il est d'un intérêt tout particulier de savoir s'il faut en faire de même avec le domaine public. Cette question est loin d'être une hypothèse d'école tant un courant jurisprudentiel du Conseil d'État, né au début des années 1970, a pu rendre des décisions pouvant laisser croire à de telles applications, dans lesquelles le lien organique était privilégié au détriment du lien intellectuel[480]. Ainsi, le Conseil d'État a justifié le rattachement au domaine public d'un hôtel, car ce dernier était édifié sur une voûte recouvrant une dalle, dalle recouvrant elle-même un réseau d'assainissement relevant de la domanialité publique[481]. Peu de temps après, le juge a admis le rattachement au domaine public

478 En ce sens, J.-M. Sorbara, « L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public », RFDA 2017, p. 341.

479 Sauf à ce que le bien accessoire soit également l'accessoire d'un ouvrage relevant du domaine public, situation dans laquelle cette affectation fera obstacle à l'accession, dès lors qu'il est nécessaire qu'un bien relève de la propriété publique pour relever de la domanialité publique. Sur ce point, voir CE, 1er décembre 1978, n° 97563, « Commune de Crissay-sur-Manse », arrêt rejetant l'accession d'un mur de soutènement au bénéfice d'un propriétaire privé au motif qu'un tel mur est un accessoire indispensable à un chemin relevant du domaine public. Également, CE, 12 mai 2004, n° 192595, « Commune la Ferté-Milon », JurisData n° 2004-066703, JCP A 2004, 1421, p. 877, note J. Moreau. Dans cet arrêt le Conseil d'État fait primer l'accession au bénéfice d'un propriétaire privé sur l'affectation au domaine public. La solution sera condamnée par la Cour européenne (CEDH, 27 juin 2006, n° 5356/04, « Mazelié c/ France », JCP A 2006, 1238, note D. Szymczak, JCP A 2007, 2173, note Ph. Yolka) qui écartera sous le sceau de l'évidence l'accession au profit du rattachement au domaine public, en ce que le mur litigieux était l'accessoire indispensable d'une dépendance domaniale.

480 L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 216, p. 220.

481 CE, 28 janvier 1970, n° 76557 « Consort Philip-Bingisser », D. 1970, juris., p. 372, note J.-F. Lachaume ; La Revue Administrative, mai-juin 1970, n° 135, p. 297, note G. Liet-Veaux, J.-M. Becet.

d'un conduit, en ce qu'il était situé sous une voie de circulation relevant du domaine public[482], ou encore d'un pavillon en ce qu'il était édifié sur une promenade domaniale[483].

107. Extension commandée par la situation topographique du bien litigieux. Dans ces arrêts, le rattachement des ouvrages litigieux au domaine public se justifie en raison de leur localisation : ils se trouvent incorporés en dessous, ou au-dessus d'une parcelle relevant de la domanialité publique. En d'autres termes, le domaine public est étendu verticalement dans l'espace sans que ce soit vérifié si les biens litigieux remplissaient les conditions d'affectation normalement requises, ni même si l'ensemble était indivisible. Pour Monsieur le Professeur Allinne, ces décisions sont la marque d'une véritable application par le juge de l'article 552 – qui pour l'auteur, relève de l'accession – au domaine public[484], pratique qu'il condamne dès lors que ces ouvrages « ne présentent aucun caractère d'utilité générale et, qui établis à un autre emplacement, feraient à l'évidence partie du domaine privé »[485]. En définitive, il semblerait que dans ces décisions, la seule situation topographique du bien ait commandé le rattachement au domaine public.

c. Le rejet contemporain de l'accession dans l'extension du domaine public

108. Confusion entre propriété publique et domaine public. Si la portée réelle des décisions du Conseil d'État dans l'application de l'article 552 du Code civil ou du mécanisme de l'accession est discutée[486], elle démontre néanmoins indiscutablement un rapprochement entre les notions de domaine public et de propriété publique. Cette extension jurisprudentielle du domaine public semble en effet provenir d'une assimilation entre propriété publique et domaine public qui a

482 CE, 28 mai 1971, n° 75927, « Dame Gautheron », arrêt dans lequel le Conseil d'État considère que « la portion du conduit où s'est produit l'effondrement cause du dommage […] dépendait, du fait qu'elle était creusée dans le sous-sol de la route nationale […] du domaine public de l'État ».

483 CE, 14 juin 1972, n° 84967, « Sieur Eidel », arrêt dans lequel le Conseil d'État rattache le pavillon des minimes au domaine public en raison de sa localisation sur une promenade relevant du domaine public.

484 P. Allinne, « Domanialité publique et ouvrages complexes », AJDA 1977, p. 523, spéc., p. 528 et s.

485 P. Allinne, *op. cit*., p. 532.

486 Voir sur ce point, Y. Gaudemet, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293, n° 15 et s., p. 296 et s. ; M.-J. Aglaé, *op. cit*., spéc. p. 320 et s., qui présentent des réserves relatives aux fondements utilisés par le Conseil d'État pour rattacher les biens litigieux au domaine public. Pour Monsieur le Professeur Gaudemet, l'application faite par le Conseil d'État de l'article 552 du Code civil ou de l'accession révèle en réalité la volonté du Conseil d'État de les rattacher en tant qu'accessoire indispensable à une dépendance domaniale tout en se fondant sur un mécanisme légal. Ce point est complété par Madame Aglaé qui indique que, si le critère de l'utilité pour l'ouvrage domanial principal ou le lien avec cette dernière est parfois occulté par le juge administratif, ce n'est qu'en raison de l'indivisibilité du bien litigieux avec l'ouvrage principal relevant du domaine public (spéc., p. 321).

longtemps dominé la conception de ce dernier[487], à tel point que l'on a pu considérer que « les notions de domanialité publique et de propriété administrative se recouvrent exactement »[488]. Une telle confusion était d'autant plus tenace qu'elle était attachée à la démonstration de l'existence de la propriété publique faite par le doyen Hauriou[489], mettant alors fin aux thèses prônant le simple droit de garde et de surintendance de l'État sur les biens relevant du domaine public[490].

109. Fin de la confusion. La fin de l'assimilation entre propriété publique et domaine public a été mise en avant par Monsieur le Professeur Yolka, qui, après avoir démontré l'existence d'une propriété publique « organique »[491], fait apparaître la véritable nature de la domanialité publique : un régime protecteur particulier du bien objet de propriété directement lié à l'affectation de ce dernier[492]. En d'autres termes, le domaine public est un régime exorbitant de la propriété publique, se superposant à cette dernière, et qui ne trouvera à s'appliquer que lorsque l'affectation du bien public le commandera[493]. Ainsi, pour reprendre la formule devenue célèbre de Monsieur le Professeur Gaudemet, la domanialité publique va opérer « comme un voile »[494] recouvrant la propriété publique. Cette distinction entre la propriété publique et son régime d'exception se retrouve aujourd'hui dans le CGPPP, dont on remarque que les dispositions concernant le domaine

---

487 Voir notamment la décision du Conseil Constitutionnel du 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, qui fonde la protection constitutionnelle de l'utilisation du domaine public sur la base de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 disposant que « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». En ce sens, voir également Ch. Maugüé, G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2006, p. 1073 spéc., p. 1075

488 A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », RDP 1950, p. 1, spéc., p. 25. L'auteur précisera ensuite « Elles ne sont que les deux qualifications d'une même institution dont la première (domanialité publique) désigne le régime juridique et la seconde (propriété administrative) la nature juridique » (spéc., p. 25).

489 M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, par A. Hauriou, Sirey, 4e éd., 1938, p. 390 et s.

490 Voir notamment, J.-.B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome I, Dijon, Lagier éditeur, 1833, n° 204, p. 269 : « Le domaine public diffère essentiellement du domaine de propriété, puisqu'il ne s'applique qu'à des choses qui n'appartiennent propriétairement à personne […] le domaine public n'est […] qu'un domaine de protection » ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des biens*, tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 457, p. 322 : « Les expressions domaine public ainsi entendues, sont, en quelque sorte, exclusives d'un véritable droit de propriété, même de la part de l'État. C'est qu'en effet, l'affectation spéciale et permanente de ces sortes de choses à un usage public, les met véritablement hors du commerce, et par conséquent en dehors des règles du droit privé, qui gouvernent les biens susceptibles de propriété. L'État n'en a que la garde et la surintendance ».

491 *Supra*., n° 104, note 476.

492 Ph. Yolka, thèse, *op. cit*., p. 603 et s.

493 Cette conception des choses se retrouve tout de même en filigrane dès les années 1970, lorsque l'on remarque que « l'application de ce régime d'exception [le domaine public] est limitée dans l'espace à ce qui est commandé par l'affectation de l'ouvrage » (Y. Gaudemet, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293, spéc., n° 16, p.296).

494 Y. Gaudemet, préface à la thèse de Ph. Yolka, *op. cit*., p. VIII.

public sont placées dans une partie deux traitant de la gestion de la propriété. Plus encore l'article L.2111-1 établit clairement la distinction entre la propriété publique – un bien appartenant à une personne publique – et le régime conditionné qu'est la domanialité publique. En effet, l'article précité rappelle que l'application du domaine public dépend de l'affectation du bien appartenant au propriétaire public, soit à « l'usage direct du public », soit à « un service public » dès lors que dans cette dernière situation, le bien en cause fasse l'objet « d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public »[495].

110. Conséquence de la distinction. Une fois cette distinction effectuée, deux objections s'opposent à l'application, respectivement, de l'article 552 du Code civil et de l'accession au domaine public. D'abord, l'article précité ne tend qu'à préciser l'étendue de l'objet de la propriété immobilière ; or le régime de la domanialité publique ne peut simplement pas en bénéficier, parce qu'il n'est pas constitutif en lui-même de propriété. Ensuite, le mécanisme de l'accession pose une règle d'attribution de la propriété d'un bien accessoire au titulaire du bien principal. Il s'agit ici d'un mécanisme dont l'objet est de déterminer le propriétaire unique de deux ou plusieurs biens qui ont été rapprochés matériellement. Le régime de la domanialité publique, en tant que régime d'affectation superposé à celui de la propriété publique[496], est de ce fait extérieur au mécanisme de l'accession, car sa mise en place suppose justement que la propriété du bien en cause ait déjà été établie au profit de la personne publique[497]. En d'autres termes, l'article 552 et l'accession s'appliquent directement au droit de propriété, or, le domaine public n'étant qu'un régime particulier attaché à la propriété publique, il ne peut en bénéficier[498].

---

495 En distinguant très clairement les biens affectés soit à « l'usage direct du public » soit à « un service public » tout en leur attribuant des conditions différentes afin qu'il puisse appartenir au domaine public, cet article dispose en creux qu'il n'est pas indispensable qu'un aménagement spécifique existe pour qu'un bien relève du domaine public, dès lors que celui-ci est affecté à l'usage direct du public.

Voir également, E. Fatôme, note sous CE, 25 janvier 2018, n° 409618, AJDA 2018, p. 928. L'auteur observe qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du CGPPP, les conditions jurisprudentielles d'appartenance au domaine public n'exigeaient pas d'obligation d'aménagement spécifique pour les biens affectés à l'usage direct du public. Il en déduit que le CGPPP ne prévoyant pas expressément cette obligation et laissant plutôt penser à la solution inverse, il n'y aurait pas lieu de soutenir qu'une telle obligation existe en droit positif.

496 Voir peut-être dans le futur, simplement superposé à la propriété, privée comme publique. Sur cette question, *infra*., n° 573, note 2569.

497 Voir cependant, pour une confusion récente du Conseil d'État entre domanialité publique et propriété publique : CE, 19 juillet 2010, n° 329199, « André A. ». Dans cet arrêt, le Conseil d'État justifie l'application de la domanialité publique à l'intégralité d'une parcelle. Il justifie ainsi le rejet d'une demande de servitude de passage, au motif que cette parcelle est un « îlot de propriété d'un seul tenant ». Si l'on entraperçoit la volonté du Conseil d'État de faire application de la domanialité publique globale en invoquant l'indivisibilité de la parcelle litigieuse (sur ce point, *infra*., n° 111 et s.), il se contente néanmoins de le justifier en établissant un lien direct entre propriété et domaine public. En ce sens, Ph. Yolka, *JurisClasseur Administratif, Distinction du domaine public et du domaine privé*, Fasc. 405-10, n° 170.

498 Déjà en ce sens, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 220.

110.1. Comme le prévoient désormais les articles L.2111-1 et 2 du CGPPP, le rattachement au domaine public répond donc à des critères qui lui sont propres et qui sont directement liés à l'affectation du bien en cause. L'idée d'une extension par le seul jeu de la propriété est donc désormais rejetée. Au surplus, par la recherche de critères plus stricts que ceux mis en place par les solutions jurisprudentielles antérieures[499], les rédacteurs du CGPPP ont clairement souhaité l'avènement d'un domaine public dont l'extension serait contrôlée, comme la doctrine a pu le prôner depuis le milieu du XXe siècle[500]. Cette recherche vient s'opposer frontalement à une conception du domaine public qui tendrait à s'appliquer à l'étendue verticale de ses dépendances.

2. La persistance de critères de rattachement extensifs

111. Présentation des critères. L'éviction logique du mécanisme de l'accession du champ du domaine public n'a cependant pas empêché la persistance de mécanismes de rattachement extensifs. Ainsi ont persisté la théorie de l'accessoire et de la domanialité publique globale[501]. La première, présente à l'article L. 2111-2 du CGPPP[502], permet de rattacher au domaine public un bien qui, bien que ne répondant pas aux critères demandés, est néanmoins « complémentaire […] et en contact direct »[503] avec une dépendance domaniale. La seconde, quant à elle, est une construction jurisprudentielle[504] mis en lumière par la doctrine[505] dont la définition peut être résumée ainsi :

499 Ainsi, l'aménagement « spécial » recherché autrefois par la jurisprudence est remplacé par le critère de l'aménagement « indispensable » au terme de l'article L.2111-1 du CGPPP. L'article L. 2111-2 prévoit quant à lui que l'accessoire ne pourra être inclus au domaine public que s'il remplit deux critères cumulatifs que sont la participation à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public et le fait qu'il en constitue « un accessoire indispensable ».

500 Voir déjà en ce sens, M. Waline, note sous CAA Paris, 13 mai 1933, D.P. 1934, 2, p. 101, l'auteur précisait déjà que le domaine public, en tant que régime d'exception « ne doit pas être étendu à la légère », et « qu'il ne faut pas incorporer au domaine public un mètre carré de plus qu'il n'est nécessaire » (spéc. p. 104).

501 Parfois également appelé domanialité publique par contagion (N. Foulquier, « Rétrospective sur la domanialité publique par contagion », note sous CAA Nancy, 23 janvier 2014, n° 13NC00548, « Cité des artisans », AJDA 2015, p. 884).

502 Article L. 2111-2 du CGPPP : « Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable ».

503 Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, *op. cit.* n° 198, p. 138.

504 Le raisonnement attaché à la domanialité publique globale apparaît dans un arrêt dès 1965 (CE, 5 février 1965, n° 57781, « Société lyonnaise de transports », RDP 1965, p. 493, concl. Y. Galmot. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement se prononce en faveur du rattachement d'un garage situé dans le sous-sol de l'hôtel « Terminus » faisant partie de la gare Perrache à Lyon. Il justifie sa position en ces termes largement repris depuis : « juger autrement [c'est-à-dire ne pas rattacher ces garages au domaine public] ferait de chaque gare une mosaïque de parcelles enchevêtrées qui relèveraient les unes du domaine public, les autres du domaine privé, et dont la gestion deviendrait pratiquement impossible » (spéc., p. 498). Également cité par, Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, *op. cit*., n° 189, p. 133 ; F. Melleray, note sous CE, avis, 13 juin 1989, n° 345012, *Les grandes décisions du droit administratif des biens, op. cit*., n° 8 – 4, p. 88.

505 L'utilisation du terme « domanialité publique globale » par le Conseil d'Etat est très exceptionnelle et récente, alors que la doctrine a regroupé de longue date sous ce terme le raisonnement précité et ses nombreuses applications jurisprudentielles. Pour un exposé des nombreuses utilisations de la domanialité publique par la jurisprudence, voir F.

« dans le cas où les services publics dont l'exercice détermine la domanialité publique sont exercés sur une emprise foncière déterminée, la jurisprudence choisit de ranger sous ce même régime de domanialité publique l'ensemble des biens inclus dans cette emprise foncière, y compris ceux qui ne sont pas – ou pas encore – affectés au service public »[506]. Comme Monsieur le Professeur Fatôme a pu le faire remarquer, il s'agit dans les deux cas d'une « modalité d'incorporation dans le domaine public de biens qui, par eux-mêmes, ne remplissent pas les conditions pour lui appartenir »[507], si bien que la distinction précise entre les deux théories n'apparaît pas toujours clairement en jurisprudence[508] et est souvent sujette à débat[509].

112. Finalité opposée des mécanismes extensifs. Il faut néanmoins remarquer que la théorie de l'accessoire en matière de domanialité publique répond à des critères stricts prévus par le CGPPP, si bien que malgré l'extension potentielle qui en résulte, celle-ci procède en réalité à une réduction de l'étendue du domaine public au strict nécessaire[510]. En effet, malgré une rédaction pouvant laisser penser l'inverse, la théorie de l'accessoire revient en pratique à limiter l'étendue du domaine public au strict nécessaire et par là, constitue bien un critère réducteur. À l'inverse, la théorie de la domanialité publique globale reste absente de toute consécration législative et procède de l'objectif inverse. Elle vise au maintien d'une affectation unique – la domanialité publique – pour tous les biens présents dans un périmètre – la parcelle appartenant au propriétaire public – dans lequel se trouve un élément relevant du domaine public afin d'éviter une « mosaïque d'affectation ». L'idée, comme l'avait très justement émis le commissaire Galmot[511] est de limiter

---

Melleray, note sous CE, avis, 13 juin 1989*, op. cit.* n° 8 – 5 et s., p. 88 et s. ; particulièrement pour des applications récentes Ph. Yolka, JurisClasseur, *op. cit*., n° 104 à 109.

506 Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens, op. cit*., n° 189, p. 133.

507 E. Fatôme, *op. cit*., spéc., p. 1093.

508 CE, 07 mai 2012, n° 342107, « SCP Mercadier et Krantz » ; CE, 19 novembre 2014, n° 366276, « *Espace Cauterets* ». Ces deux arrêts ont par ailleurs chacun été interprétés comme l'application de la théorie de l'accessoire ou de la domanialité publique. Pour un exposé sur cette question, Ch. Arnaud, « Domanialité publique globale et théorie de l'accessoire », RDP 2017, n°1, p. 97. *Adde.* : CE, 29 mai 2019, n° 417012, « Syndicat. Intercommunal du camping Donville-Granville ».

509 Sur ce point, Ch. Arnaud, *op. cit.* Certains auteurs réservent ainsi la théorie de la domanialité publique globale aux seules enceintes – telles les ports aéroports ou hôpitaux (Ph. Yolka, *JurisClasseur Administratif, op. cit.*, n° 169) – quand d'autres raisonnent simplement en matière d'horizontalité ou verticalité, limitant alors la théorie de la domanialité publique globale à « une domanialité horizontale » (Ch. Maugüé, « Frontières de la domanialité publique », JCP A 2006, 1245, spéc., n° 14). La majeure partie des auteurs semblent retenir le second point de vue et approuvent donc comme critère de distinction, l'horizontalité ou la verticalité de la situation du bien en cause. Ainsi, la théorie de l'accessoire aurait vocation à s'appliquer aux éléments verticaux d'un édifice alors que la domanialité publique globale a pour fonction d'étendre à l'ensemble de la parcelle le régime prévu pour un édifice particulier (F. Melleray, note sous CE, avis, 13 juin 1989, *op. cit.*, n° 8 – 7, p. 89, Ch. Maugüé, *op. cit*.). Au surplus, cette seconde conception semble avoir été retenue par le Conseil d'État, dans plusieurs arrêts (CE, 19 juin 2006, n° 266263, « Ville de Lyon » ; CE, 19 juillet 2010, *op. cit.*).

510 Sur cette question, *infra*., n° 120 et s.

511 Y. Galmot, concl. sous CE, 5 février 1965, *op. cit.*

la multiplicité d'affectations qui viendrait complexifier à outrance la gestion du bien domanial et risquerait de nuire à la mission de service public qui y est attaché. En d'autres termes, l'application de la domanialité publique globale ferait rentrer dans le domaine public la totalité d'une parcelle au sein de laquelle seul un élément précis en remplirait réellement les critères[512]. En ce cas, l'application de la domanialité publique ne répond plus à des critères objectifs mais dépend de l'appréciation prétorienne, qui persiste, malgré l'absence de consécration légale de la théorie[513], à en faire application[514]. Dans ces arrêts, le rattachement au domaine public est la conséquence de l'absence de démarcation matérielle franche entre la partie supportant l'édifice affecté et le reste de la parcelle. L'absence de division matérielle existante au sein de la parcelle semble alors emporter « contamination » par la domanialité publique pour son ensemble.

113. Difficultés attachées à la domanialité publique globale. Faire application de la théorie de la domanialité publique globale pour ce seul critère ne semble pas satisfaisant, et cela pour deux raisons. La première consiste à remarquer qu'une telle conception strictement matérielle tend à évincer le but premier de la théorie qui avait pour finalité d'éviter les complications insolubles dans la gestion des biens au sein d'une parcelle. La seconde, est qu'une telle application – très mécanique

512 En ce sens, CE, 19 juillet 2010, *op. cit.*

513 Un débat existe sur le fait de savoir si la domanialité publique globale peut s'appliquer à des litiges qui relèvent de l'application du CGPPP (les litiges relatifs aux arrêts précités du 19 juin 2006 et 19 juillet 2010 relevaient des règles antérieures au CGPPP), ce dernier instituant la théorie de l'accession comme unique mode d'incorporation au domaine public d'élément ne pouvant en faire partie par eux-mêmes.

Certains considèrent que l'absence de la domanialité publique globale du CGPPP en condamne l'application (E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et question ? », *op. cit.* ; N. Foulquier, « Rétrospective sur la domanialité publique par contagion *», op. cit.*).

D'autres affirment que le maintien de la domanialité publique globale se justifie tant d'un point de vue théorique – le CGPPP ne serait pas exhaustif et ne laisserait pas l'occasion à la jurisprudence d'en combler les vides – que pratique – les problèmes de la multiplicité des affectations que soulevait le commissaire au gouvernement Galmot restant d'actualité (Y. Galmot, concl. sous CE, 5 février 1965, *op. cit*.). (F. Melleray, note sous CE, avis, 13 juin 1989, *op. cit.*, n° 8 – 10 et s, p. 90 et s. ; Ph. Yolka, *JurisClasseur Administratif, op. cit.,* n° 167 et s.).

Le débat se cristallise dans les interprétations contraires de l'arrêt « Commune de Val-d'Isère » rendu par le Conseil d'Etat le 28 avril 2014 (CE, 28 avril 2014, n° 349420), qui selon les interprétations condamne clairement la théorie de la domanialité publique (N. Foulquier, *ibid*.), ou laisse entrouverte la possibilité d'y recourir (F. Melleray, *ibid*., n° 8 – 7, p. 91 ; note sous CE, 28 avril 2014, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3e éd., 2018, n° 35 – 18, p. 329).

Il semble que la seconde interprétation reflète plus exactement la réalité jurisprudentielle, les juges continuant de refuser la divisibilité d'affectation de certaines parcelles en appliquant indistinctement le domaine public en son sein. Sur ce point, voir CE, 6 mai 2015, n° 369152, « Commune de Saint-Brès », AJDA 2015, p. 1779, qui semble faire application de la théorie de la domanialité publique globale en raison de l'absence de démarcation matérielle complète qui assurerait la démarcation franche entre le domaine privé et public. Le Conseil d'État applique ici les règles de la domanialité publique à une partie de la parcelle dont la réalité des critères commandant le rattachement à ce régime – en eux-mêmes, ou par accessoire – n'est pas assuré, ni contrôlé.

514 CE, 6 mai 2015, *op. cit*., et de façon plus explicite pour les juges du fond : CAA Nancy, 23 janvier 2014, *op. cit.* ; CAA Marseille, 15 décembre 2015, n° 14MA024, « Communauté d'agglomération de Montpellier, ADJA 2016, p. 616, Concl., S. Deliancourt (arrêt dans lequel le rattachement de l'intégralité d'une parcelle au domaine public est justifiée par l'absence de démarcation matérielle entre l'édifice rattaché au domaine public et le reste de la parcelle).

– effectue un retour objectif vers une assimilation de l'affectation – le régime de domanialité publique – avec la propriété de la personne publique. Une fois ce rapprochement effectué, rien ne s'opposerait à un retour de l'application de l'article 552 du Code civil au domaine public. Cela reviendrait à considérer alors l'intégralité de la parcelle ainsi que son étendue verticale comme relevant du domaine public. En tout état de cause, le retour d'une telle conception extensive du domaine public viendrait se positionner en contradiction avec la volonté du législateur, qui tend à privilégier un véritable resserrement des critères de rattachement. Au surplus, une telle extension peut paraître inopportune, dès lors que le volume immobilier permet de matérialiser les espaces d'affectation distincte et ainsi, peut apporter une véritable effectivité aux critères restrictifs dégagés par le législateur.

B. Le volume immobilier comme outil de délimitation des portions d'immeuble ou d'édifice

114. Plan. Les premiers projets d'ensembles immobiliers ont donc dû s'accommoder d'une conception extensive du domaine public, qui pouvait aboutir au rejet de la cohabitation recherchée. Cette difficulté n'a pu être surmontée qu'avec le développement des déclassements de volumes d'espaces, assurant la superposition des propriétés relevant de régimes différents (1). En limitant le domaine public artificiel aux seuls aménagements indispensables à l'exécution de la mission de service public[515] et aux seuls accessoires participants de façon indispensable à l'exercice de cette mission[516], le législateur a donc ouvertement souhaité limiter l'étendue du domaine public. Si de tels critères ne sont pas sans fragilités – leur efficacité à limiter l'extension matérielle du domaine public que l'on constate depuis le milieu du XXe siècle est à relativiser[517] – ils invitent néanmoins à un découpage précis du domaine public au sein d'un édifice. Seules les parties de l'immeuble correspondant aux critères prévus par le CGPPP seront alors soumises à la domanialité publique. Le volume immobilier permet donc d'apporter une effectivité réelle aux critères de réduction du domaine public prévu par le législateur (2).

515 Article L. 2111-1 du CGPPP. À noter que lorsque le bien en cause est affecté à l'usage direct du public, il n'est pas nécessaire que ce dernier soit pourvu de tels aménagements.

516 Article L. 2111-2 du CGPPP.

517 En ce sens, F. Melleray, « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique », AJDA 2004, p. 490 ; E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », AJDA 2006, p. 1087 ; Ch. Ballandras-Rozet, « L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public », AJDA 2007, p. 571 ; M. Canedo-Paris, « Feu le critère de l'aménagement « indispensable » ? », ADJA 2008, p. 1145.

1. La superposition des propriétés assurée par le déclassement en volumes d'espace

115. Difficultés issues d'une conception extensive du domaine public. Selon certaines conceptions extensives de la domanialité publique, l'espace qu'elle recouvre augmentent de façon substantielle, à tel point que le domaine public subirait une véritable « hypertrophie pathologique »[518], ce dernier s'appliquant sur la totalité de l'espace du dessus et du dessous du bien en cause ainsi qu'à tout ce qui s'y incorpore. À l'extrême, le domaine public ainsi étendu limiterait – en raison de ses caractères inaliénable et imprescriptible – les possibilités de superposition de propriétés. En effet, et les occupants privés positionnés au-dessus ou en dessous du domaine public se trouveraient en conséquence soumis aux régimes des droits réels consentis sur le domaine public, dont nous avons précédemment étudié la précarité[519]. Autrement dit, une telle compréhension – qui passe nous l'avons vu par l'application erronée de l'article 552 du Code civil et de l'accession – ferait obstacle à la superposition de volumes immobiliers relevant du domaine public et de la propriété privée, freinant ainsi grandement le développement d'ensembles immobiliers à affectations multiples, pourtant indispensable au développement urbain.

116. Possibilité d'un déclassement du bien. L'inaliénabilité du domaine public n'est cependant pas un obstacle absolu à la superposition du domaine public et de la propriété privée tant elle est en réalité, conditionnelle[520]. Nous avons vu que le régime exorbitant de la domanialité publique n'a vocation à s'appliquer que dans le cadre de la protection de l'affectation du bien en cause[521] : c'est la raison pour laquelle le Conseil d'État accepte depuis longtemps qu'un bien perde son rattachement au domaine public dès lors que l'affectation qui en est la cause a cessé[522]. En conséquence, dès qu'un bien est soustrait du domaine public pour cette raison, le régime de ce dernier – dont fait partie l'inaliénabilité – n'a plus vocation à s'appliquer. L'inaliénabilité reste donc soumise au rattachement du bien au domaine public et ce lien est tout sauf immuable : il suffit qu'il cesse pour que le propriétaire public retrouve la libre disposition du bien en cause.

---

518 Expression empruntée à G. Liet-Veaux, J.-M. Becet, « Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public », note sous CE, 28 janvier 1970, La Revue Administrative, mai-juin 1970, n° 135, p. 297. La paternité de l'application du terme « hypertrophie » à l'étendue du domaine public semble revenir à M. Waline, *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, Jouve, 1925, p. 29, déjà très critique quant à la conception extensive du domaine public. Voir également, J. Morand-Deviller, *Droit administratif des biens*, Montchrestien, Lextenso édition, 7e éd., 2012, p. 85.

519 *Supra*., n° 68 et s.

520 En ce sens, M. Douence, « L'inaliénabilité du domaine public », AJDA 2006, p. 238.

521 *Supra.*, n° 114 et s.

522 CE, 20 mai 1898, n° 83.693, « Sieur Patru », Lebon p. 412. La fin du rattachement était liée à la modification du trajet de la route, ce qui avait pour conséquence de faire cesser l'affectation.

117. Condition du déclassement. Bien que directement liée à l'affectation du bien[523], la sortie du domaine public n'est cependant pas automatique à compter de la désaffectation et dépend d'une procédure bien particulière : le déclassement. Alors que la seule constatation d'une affectation de fait à une mission de service public suffit à faire rentrer le bien dans le domaine public[524], la fin de cette affectation ne suffit cependant pas à l'en faire sortir. Ainsi, un bien dont l'affectation a cessé relèvera du domaine public tant qu'un acte formel de déclassement ne sera pas intervenu. La procédure de déclassement suppose deux éléments cumulatifs, l'un matériel – la désaffectation de fait du bien – et l'autre formel : l'établissement d'un acte de déclassement[525]. Cette double condition, posée de longue date par le Conseil d'État[526], est aujourd'hui consacrée par l'article L.2141-1 du CGPPP[527]. Ainsi, pour être déclassé, un bien doit non seulement être désaffecté de son usage direct du public ou de sa mission de service public[528] mais également faire l'objet d'un acte formel de déclassement pris par l'autorité compétente qui, la plupart du temps, est le propriétaire public lui-même[529].

118. Émergence des volumes déclassés. L'idée est alors de transposer cette idée non plus uniquement aux biens anciennement affectés, mais également aux volumes d'espace

---

523 M. Douence, « L'inaliénabilité du domaine public », *op. cit.*

524 CE, 30 octobre 1953, « SNCF », Lebon, p. 463 ; CE, 11 mai 1959, n° 9229, « Dauphin », Lebon, p. 294.

Cette absence de formalisme se déduit *in fine* des articles L. 2111-1 et L. 2111-3 du CGPPP. Le premier expose les conditions d'entrée dans le domaine public sans faire référence à une quelconque exigence d'acte de classement. Ce que confirme de façon expresse le second lorsqu'il résume l'acte de classement à un simple rôle de constatation en disposant que « S'il n'en est disposé autrement par la loi, tout acte de classement ou d'incorporation d'un bien dans le domaine public n'a d'autre effet que de constater l'appartenance de ce bien au domaine public ».

525 L'idée derrière cette double obligation est de garantir la protection de l'affectation : un bien ne pourra, sauf exception légale, sortir du domaine public sans décision expresse de l'administration.

526 CE, 20 juin 1930, n° 96372, « Sieur Marrot », Lebon, p. 644, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3e éd., 2018, note F. Melleray, n° 84, p. 801.

527 Article L.2141-1 CGPPP : « Un bien d'une personne publique mentionnée à l'article L.1, qui n'est plus affecté à un service public ou à l'usage direct du public, ne fait plus partie du domaine public à compter de l'intervention de l'acte administratif constatant son déclassement. ». Il faut noter qu'en exigeant un « acte administratif constatant [le] déclassement », cet article pourrait semer le doute quant à cette notion : si l'acte administratif ne fait que constater le déclassement, alors ce dernier est censé intervenir avant l'acte en lui-même. La seule autre condition posée par le texte étant la fin de l'affectation, la rédaction de l'article pourrait lier le déclassement à la désaffectation. En réalité, il n'en est rien et les deux notions restent indépendantes. En ce sens, F. Melleray, note sous CE, 20 juin 1930, *op. cit*., n° 84-3, p. 803.

528 La désaffectation doit être traduite dans les faits sous peine d'être irrégulière. Sur ce point, CAA Nancy, 29 septembre 2011, n° 11NC00405, « Commune de Lambach c/ Bour », à propos d'un chemin qui bien que réputé désaffecté, était toujours utilisé comme voie de circulation.

529 C'est en effet le propriétaire public du bien qui a le pouvoir de modifier l'affectation de ces biens (CE, 5 mai 1944, n° 68.168, « Société auxiliaire de l'Entreprise », Lebon, p.131) et qui, de ce fait, est compétent pour déclasser les biens relevant de son domaine public (CE, avis, 27 janvier 1977, n° 518858). Il existe néanmoins des exceptions relatives à l'affectation particulière du bien en cause. C'est ainsi le cas en matière d'édifice de culte, de local scolaire, de voies ferrées. Sur l'ensemble de la question : C. Chamard, thèse, *op. cit*., n° 599, p. 451 ; C. Chamard-Heim, *JurisClasseur Propriété publique. Sortie du domaine public*, Fasc. 53, n° 12 et s. et n° 29 et s.

potentiellement rattachés au domaine public en raison de sa conception extensive. Autrement dit, si, tant que l'espace – avec ou sans consistance matérielle – dans lequel doit prendre place le ou les volumes envisagés relève du domaine public, toute aliénation est impossible. Il suffit néanmoins de déclasser ces derniers afin de permettre leur aliénation et mettre en place la superposition du domaine public et de la propriété privée. La recherche des conditions nécessaires au déclassement ne posant pas de difficulté particulière dans cette situation – la désaffectation de fait d'un volume d'espace dont le rattachement est douteux ne pose en effet pas de difficulté[530] – Le volume immobilier fut donc ici un outil précieux : face à l'incertitude du rattachement de ces espaces au domaine public en raison d'une délimitation encore imparfaite de ce dernier, le déclassement volumétrique a permis aux opérateurs de se prémunir d'une éventuelle nullité de l'aliénation de ces espaces et ainsi assurer la mise en place la superposition du domaine public avec la propriété privée.

119. Réduction du nombre de déclassement. Lorsque prévalait la conception extensive du domaine public, la superposition de propriétés publiques relevant de la domanialité publique et de propriétés privées ne pouvait se faire que sous réserve d'un alourdissement considérable de la procédure[531] en raison du nombre de déclassement à envisager. Un tel recours massif au déclassement doit aujourd'hui être relativisé : cette extension du domaine public relève d'une confusion aujourd'hui abandonnée. On pourrait penser à une éventuelle application de la domanialité publique globale. Sur ce dernier point, la démocratisation du volume d'espace pourrait amener à réduire le recours à cette théorie. Les difficultés liées à la multiplication des affectations différentes pouvant notamment être réduites par la démarcation franche de ces dernières. En outre et nonobstant ce dernier point, l'application d'une telle théorie n'empêche pas le déclassement postérieur de portions étrangère à l'affectation protégée. Il en résulterait encore une fois une multiplication inutile des procédures de déclassement entraînant un accroissement des démarches administratives.

119.1. En définitive, si la théorie de la domanialité publique globale devait perdurer, il serait préférable qu'elle se limite aux biens préexistants ainsi qu'à l'éventuel espace vertical au-delà de ce bien qui serait nécessaire à l'exploitation de ce dernier. Ces éléments constituent – en définitive – la seule étendue strictement nécessaire du domaine public et pour lesquels le volume immobilier permet une identification très précise. Il s'agirait ainsi d'une forme de domanialité publique globale restreinte et, de ce fait, les déclassements n'auraient à porter que sur la parcelle – ou une partie de

530 La question de l'étendue du domaine public dans l'espace se pose cependant dans un certain nombre de situations, notamment en matière de voirie.

531 Voir sur ce point, C. Chamard, *JurisClasseur Propriété publique, op. cit*., n° 17 et s.

celle-ci – et les éventuels éléments qui s'y trouveraient[532]. L'étendue verticale restante demeurerait étrangère au domaine public et en conséquence, aucune procédure de déclassement ne serait nécessaire pour disposer librement de ce dernier : les volumes pourraient donc être créés sans procédure contraignante préalable. C'est par ailleurs ainsi que s'est aménagé le quartier de la Défense à Paris : les volumes relevant du domaine public portaient sur des éléments du bâti et leur espace d'exploitation et ne se sont pas étendus au-delà de leurs limites initiales[533], ainsi, la création de volumes les surplombant n'a pas eu comme prérequis un déclassement préalable. Enfin, nous pouvons remarquer que le législateur est venu réduire l'importance de l'opération de déclassement en cas de division en volume d'un immeuble existant en faisant passer les bien immobiliers à usage de bureaux des administrations du domaine public vers le domaine privé[534].

2. Le volume immobilier comme outil d'effectivité des critères de réduction du domaine public

120. Intérêt du volume dans la délimitation de l'espace attaché à la domanialité publique. La réduction du nombre de déclassement n'aura aucun impact sur l'importance du volume immobilier dans la cohabitation du domaine public avec les autres régimes de propriété. Le déclassement n'est qu'une mesure préalable tendant à faire sortir un bien du régime d'affectation spécifique qu'est la domanialité publique. L'intérêt du volume immobilier reste donc entier : il est toujours indispensable afin de permettre l'isolement des biens relevant du domaine public. Les critères restrictifs mis en place par le CGPPP trouvent donc une véritable effectivité dès lors que l'on a recours au volume immobilier, ceux-ci apportant en toutes circonstances la précision nécessaire à leur mise en œuvre. Ils permettent ainsi la création de portions pouvant être distinctement appropriées au sein d'une parcelle, d'un ensemble immobilier, voire d'un édifice.

120.1. Dans toutes les situations que nous venons de voir, le volume immobilier a permis de donner une effectivité réelle aux critères de réduction du domaine public prévus par le CGPPP et de recentrer ainsi le domaine public sur ce qui était indispensable. Au sein d'un immeuble, l'application de ce principe impose de raffiner encore davantage la démarcation du domaine public et de la propriété privée. Le propriétaire public va ainsi pouvoir se réserver la propriété de certains éléments d'équipement de l'immeuble afin de faciliter la gestion de son bien. La réduction du

532 Le déclassement de l'espace situé au-dessus de ces éléments sera néanmoins nécessaire si cette étendue verticale est considérée comme faisant partie du domaine public en raison de sa nécessité pour l'exploitation du bien domanial.

533 M.-H. Péro Augereau-Hué, O. Boudeville, deuxième commission, « L'exercice du droit de propriété immobilière », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 261, spéc., n° 2038, p. 296.

534 Article L. 2211-1 du CGPPP.

domaine public est ici à son paroxysme, ce dernier étant limité aux seuls éléments spécifiquement indispensables à l'affectation protégée. C'est encore une fois le volume immobilier qui va permettre de rendre effectif les critères de réduction de la théorie de l'accessoire, prévue à l'article L. 2111-2 du CGPPP, au sein d'un ensemble unique. Celui-ci, rappelons-le, prévoit que « font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable ».

121. Interprétation de la notion d'accessoire et intérêt du volume. Ne bénéficiant pas de plus de précision dans ses éléments caractéristiques, la notion d'« accessoire indissociable concourant à l'utilisation du bien » a dû être précisée par la jurisprudence et la doctrine. Monsieur le Professeur Gaudemet a pu préciser qu'il s'agissait de biens complémentaires présentant un contact direct avec le bien relevant du domaine public[535]. La jurisprudence est allée dans le même sens, le Conseil d'État qualifiant d'accessoire indissociable le bien dont l'appartenance au domaine public « présente une utilité directe » pour celui-ci[536]. La théorie de l'accessoire n'est pas sans poser de question relative à l'étendue du domaine public dans le cadre de la division en volumes d'un ensemble immobilier. Particulièrement, l'importance des critères de l'utilité directe et de la proximité physique dans la théorie de l'accessoire peut laisser penser que les volumes situés directement en dessous ou au-dessus de celui relevant du domaine public font également partie de ce régime. À titre d'exemple, dans son arrêt du 26 janvier 2018, le Conseil d'État a pu conclure que le bien litigieux ne faisait pas partie du domaine public après avoir relevé qu'il ne concourait pas à la solidité ou l'étanchéité du bien relevant de la domanialité publique[537].

121.1. Ce questionnement se traduit en pratique. Il est en effet assez fréquent que le propriétaire public souhaite se réserver la propriété de certains éléments de l'ensemble immobilier afin d'éviter d'avoir à subir les conséquences qu'une mauvaise gestion de ces derniers pourraient avoir sur l'affectation protégée. En particulier, il pourra ainsi chercher à conserver la propriété du toit, du gros œuvre ou encore des canalisations et de certains accès de l'immeuble d'assurer la continuité du service public présent dans l'immeuble. Ainsi, il sera parfois tentant pour le propriétaire public de se réserver la propriété de la totalité de la toiture d'un immeuble lorsque le bien affecté au domaine public est situé directement sous celle-ci, même partiellement. De la même manière, la propriété de

535 Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, *op. cit.* n° 198, p. 138.

536 Voir récemment, CE, 17 juin 2015, n° 382692, « Commune de Ploërmel » (À noter que le droit applicable à cette affaire était antérieur à l'entrée en vigueur du CGPPP) ; CE, 26 janvier 2018, n° 409618, « Société Var Auto », AJDA 2018, p. 928, note E. Fatôme.

537 CE, 26 janvier 2018, *op. cit.*

l'étage inférieur au bien affecté ou d'un accès à ce dernier pourra aussi être conservée ou octroyée au propriétaire public afin d'assurer une maîtrise efficace et rapide sur d'éventuels travaux nécessaires. Parfois, c'est l'intégralité du gros œuvre qui aura vocation à rester dans le patrimoine du propriétaire public[538], créant ainsi des volumes à destination de propriétaires privés au sein d'un ensemble lui appartenant.

121.2. S'il est parfaitement logique de constater une telle prudence par la pratique, cela ne permet pas de s'assurer de son caractère impératif. En d'autres termes, la question de savoir si les volumes directement inférieurs à un bien relevant du domaine public – et parfois supérieur s'il s'agit de la couverture de l'immeuble – en font également impérativement partie en vertu de la théorie de l'accessoire reste entière. À la lecture de l'article L. 2111-2 du CGPPP et de l'application jurisprudentielle de la théorie de l'accessoire que nous venons de voir, la réponse semble positive dès lors que le bien en cause assurera son support physique ou son étanchéité. Pour autant, Monsieur le Professeur Fatôme a logiquement pu remarquer qu'une telle appartenance de principe n'ancre pas ce rattachement de façon indissociable avec celui du bien principal, le déclassement du bien accessoire étant toujours envisageable indépendamment de l'affectation du bien principal[539]. L'auteur justifie sa position par deux arguments. Premièrement, il remarque qu'une solution en sens contraire entraînerait une différence de traitement incohérente entre une division en volumes avec des propriétaires privés intégrant dans un second temps un bien relevant du domaine public et celle effectuée par le propriétaire public au sein d'un ensemble lui appartenant et dont une partie est soumise au domaine public[540]. En effet, dans l'hypothèse ou le rattachement au domaine public d'un bien par la théorie de l'accessoire est indissociable de l'affectation du bien principal, seules les premières pourraient être limitées au volume relevant à titre principal du domaine public en raison de son affectation. Deuxièmement, il remarque qu'une telle conséquence irait à l'encontre de l'intention du législateur, pour qui le CGPPP était notamment l'occasion de faciliter et sécuriser les divisions en volumes intégrant des bien relevants de la domanialité publique[541]. En tout état de cause, à partir du moment où l'on a pu constater que le régime de la domanialité publique tend surtout à la protection de l'affectation du bien qui y est rattaché, il nous semble tout à fait

538 À la différence des solutions les plus courantes en matière de division en volumes impliquant des propriétaires privés qui prévoient soit une mitoyenneté, soit une démarcation à la moitié de l'épaisseur des éléments de gros œuvre, ou de séparation entre locaux. Voir Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 649, spéc., n° 3178 et s., p. 717 et s.

539 E. Fatôme, note sous CE, 26 janvier 2018, AJDA 2018, p. 928.

540 *Ibid.*

541 *Ibid.*

envisageable d'écarter de ce régime pour la partie des biens qui y sont rattachés par la théorie de l'accessoire, dès lors que la protection de l'affectation reste assurée. Or, cette protection peut être assurée comme le rappelle Monsieur le Professeur Fatôme, par la mise en place de servitudes et l'établissement, dans le cahier des charges[542], de stipulations permettant une faculté d'intervention sur la structure commune de l'immeuble contenue dans des volumes privés au bénéfice du propriétaire du volume relevant du domaine public[543].

121.3. Enfin, il faut également remarquer que la mise en place d'une véritable indissociabilité des éléments attachés au domaine public par la théorie de l'accessoire pourrait amener à une interprétation particulièrement extensive de celle-ci, pouvant aboutir à rattacher au domaine public l'intégralité de la structure du bâtiment. Ainsi, à la frontière entre la règle de l'accessoire et celle de la domanialité publique globale, la jurisprudence a pu parfois appliquer le régime de la domanialité publique à la totalité du bâtiment, alors que seuls quelques locaux remplissaient les critères demandés pour un tel rattachement. Dans cette situation, c'est l'indivisibilité de l'ensemble qui avait motivé les juges à rattacher l'intégralité du bâtiment au régime de la domanialité publique[544]. En dehors de ces quelques décisions qui peuvent paraître excessivement strictes, il semblerait qu'une séparation des affectations au sein d'un même immeuble soit désormais accueillie par les juges dès lors qu'ils constatent une réelle autonomie des parties litigieuses[545]. L'autonomie semble devoir s'apprécier par l'existence d'un accès autonome et de liens fonctionnels continus avec le bien du domaine public. Une telle constatation permettra au juge de renverser la présomption d'indissociabilité de l'affectation tirée de l'unité physique des parties[546]. Là encore, le volume permet d'assurer l'effectivité des critères en assurant un raffinement dans l'identification des éléments nécessaires à l'affectation et en permettant d'isoler les portions du bâti et les équipements strictement nécessaires.

122. Risque de la multiplication de micro-volumes. En définitive, il est même imaginable d'établir des micro-volumes afin de réserver à la personne publique la propriété d'un élément particulier de l'ensemble immobilier traversant plusieurs volumes dès lors que la préservation de cet

542 Aussi appelé « cahier des règles d'usage et d'habitation ».

543 E. Fatôme, note sous CE, 26 janvier 2018, *op. cit.*

544 Cass. civ., 3ème, 18 mars 1998, n° 96-13.128 ; CE, 07 mai 2012, n° 342107, « SCP Mercadier et Krantz ».

545 CE, 11 décembre 2008, n° 309260, « Madame Perreau-Polier », Lebon, AJDA 2009, p. 828, note O. Févrot ; CE, 28 décembre 2009, n° 290037, « Société Brasserie du théâtre », Lebon n° 528, AJDA 2010, p. 841, obs. O. Févrot ; CAA Bordeaux, 5 janvier 2012, n° 10BX01571, « Philippe X. c/ Communauté de communes du canton d'Oust ».

546 E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier général sept ans après le CGPPP », AJDA 2013, p. 965, spéc. p. 970.

élément s'avère indispensable au bon fonctionnement du bien domanial. Ce raffinement se traduit par une mosaïque de volumes dans l'immeuble, pouvant entraîner une complexification de la gestion et, partant, un retour des critiques justifiant la théorie de la domanialité publique globale. Après tout, ce qui semble recevable pour une parcelle devrait l'être également des éléments présents en son sein[547]. À celle-ci s'ajoute les limites de la représentation de ces micros-volumes au sein de l'état descriptif de division en volumes : étant traversants et parfois intégrés dans le bâti, leur représentation concrète dans les actes en tant que volumes pourra s'avérer complexe[548].

122.1. Pourtant, l'intérêt est ici indéniable : assurer la protection de l'affectation tout en permettant la valorisation des éléments qui ne sont pas strictement nécessaires au domaine public. Le volume immobilier permet donc de procéder à un raffinement de la théorie de l'accessoire prévue par le CGPPP en lui conférant un niveau de détail très important. La contrepartie d'une telle précision reste que la propriété privée semble parfois absorbée dans l'ensemble affecté dont elle fait partie. Il y a une forme de paradoxe à affirmer l'existence d'une réelle indépendance quand tous les éléments qui entourent la propriété en question relève d'une protection particulière. En réalité, l'indépendance ici n'apparaît que par la somme des éléments matériels que l'on a soustraits à la propriété privée. Comme le propriétaire public s'est assuré la propriété de tous les éléments nécessaires à la sauvegarde de l'affectation protégée dans l'ensemble immobilier, le propriétaire privé pourra bénéficier d'une réelle indépendance dans l'exercice de son droit de propriété. De même, le bien domanial ne pourra, en principe, être troublé par l'exercice normal des droits du propriétaire privé sur son bien.

123. Conclusion de section. Le volume immobilier s'est révélé être un outil idéal pour écarter le régime de la copropriété et ses imperfections. Les différents états qu'il connaît ont permis d'assurer l'absence de parties communes tout au long de l'existence du projet, de la réalisation de l'ensemble à sa gestion, tout en préservant les droits de son propriétaire. Plus encore, ils ont également permis d'assurer l'effectivité des critères réducteurs de l'étendue du domaine public, ceux-ci concourant par ailleurs en faveur d'un développement de la construction en volumes. Le volume d'espace a en effet permis de limiter les conceptions extensives du domaine public en favorisant les déclassements sur des portions de terrain, de tréfonds ou d'espace autrefois inutilisés. En s'adaptant sans difficulté aux contours du bâti, le volume a également permis la mise

547 Et cela, que l'on soit en présence de domaine public ou non. Ainsi, Monsieur le Rudulier critique indistinctement le recours à des micro-volumes portant sur des équipements spécifiques traversant plusieurs volumes : N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 595, p. 316.

548 C'est pour cette raison que de telles divisions de propriété, lorsqu'elles existent, ne sont pas désignées en tant que volumes, mais en tant qu'éléments d'équipement distinctement appropriés.

en œuvre d'une délimitation précise et pragmatique de la structure et, ainsi, une utilisation plus optimisée de l'espace octroyée par la construction. Par cette délimitation précise des différents éléments d'un fonds, dont le volume immobilier apparaît comme l'outil indispensable, il peut se mettre en place une véritable cohabitation entre la domanialité publique, privée, et la propriété privée. La conformité de la multiplication des affectations au sein d'une parcelle – et d'un édifice unique – est ainsi assurée par la recherche d'une indépendance totale entre les différents co-volumiers, qui ne seront soumis qu'à de simples relations de voisinage par la mise en place d'un réseau complexe de servitudes et à des stipulations présente dans le cahier des charges permettant à la personne publique de s'assurer de la protection de l'affectation domaniale.

Section 2. Le volume immobilier : outil d'organisation de la propriété individuelle au sein d'un ensemble collectif

124. Existence inévitable d'obligations issues de l'ensemble collectif. La division en volumes, bien qu'attachée à la mise en place de volumes indépendants les uns des autres, ne peut cependant éviter, ni la mise en place de relation de voisinage, ni la nécessité de gérer des éléments dont l'usage ne peut être que collectif. Ces éléments sont souvent compris dans des volumes appartenant à l'association de propriétaires et pour lesquels une gestion collective proche de celle de la copropriété se met en place. Au-delà de leur gestion, il faut mettre en place un réseau d'obligations primaires, indispensables à la cohabitation dans l'ensemble formé par la somme des propriétés indépendantes.

125. Insuffisance des obligations personnelles. Afin d'organiser la gestion des relations entre les volumes, deux options sont envisageables : la création d'un réseau d'obligations personnelles entre les propriétaires, ou celle d'un réseau de servitudes portant sur les biens eux-mêmes. En réalité, le choix ne présente pas de difficultés. Les ensembles immobiliers ont vocation à être pérennes, et partant, doivent mettre en place des relations stables entre les différents propriétaires. Sur ce point, les obligations personnelles présentent une réelle infériorité comparée aux servitudes[549]. En effet, une telle obligation n'a pas vocation à la perpétuité : soit elle est soumise à un terme, soit elle n'en a pas. Or, dans cette seconde hypothèse, l'absence de terme ne s'accompagne pas de la transmissibilité de l'obligation avec la chose. En d'autres termes, l'obligation personnelle s'impose à la personne et ne porte pas sur le bien. Ainsi, la mise en place d'un réseau d'obligations personnelles entraîne une modification de ces relations à chaque

549 Sur ce point, Ph. Théry, « Création de l'ouvrage complexe et relations entre les propriétaires », RDI 1999, p. 496.

changement de propriétaire[550]. Au surplus, la contrepartie de cette durée indéterminée sera la possibilité pour le débiteur d'y mettre fin unilatéralement[551]. L'obligation personnelle n'est donc pas un choix permettant d'organiser dans la durée les relations entre les différents propriétaires d'un même ensemble.

126. Recours aux servitudes permis par la propriété des volumes. L'idée est alors de limiter ces relations à celles que peuvent avoir de simples voisins, par le biais des servitudes. Nous retrouvons donc ici la seconde vertu de l'indépendance des volumes immobiliers. La Cour de cassation refusant de façon constante l'établissement des servitudes entre des biens appartenant – même de façon indivise – à un même propriétaire[552], il était nécessaire de s'assurer l'absence de toute indivision entre les différentes parties de la structure commune, sous peine de ne pas pouvoir recourir aux servitudes pour ces dernières. Cela aurait été particulièrement dommageable en ce qu'elles présentent l'intérêt indéniable de rester attachées au fonds et, de ce fait, d'ancrer les relations durablement en se transmettant à tous les acquéreurs successifs du bien en cause.

127. Plan. Les servitudes permettent ainsi d'assurer la pérennité des relations entre les différents propriétaires concernant les relations primaires des volumes entre eux (Paragraphe 1). Encore a-t-il fallu s'assurer qu'une telle organisation puisse s'appliquer en présence de biens domaniaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les servitudes, outils des relations primaires entre volumes

128. Difficulté relative à la mitoyenneté. Dans un premier temps, il faut rappeler que les servitudes ne sont pas les seules conséquences des relations de voisinage que prévoit le Code

550 Pour un arrêt dans lequel la Cour de cassation constate qu'une obligation personnelle résultant de l'établissement d'une servitude ne se transmet pas aux propriétaires successifs du fonds : Cass. civ., 3ème, 13 octobre 1993, n° 91-19.087.

551 Cass. civ., 3ème, 7 juillet 1982, JurisData n° 1982-701745. Dans cet arrêt, la Cour de cassation sanctionne une cour d'appel ayant sanctionné la rupture unilatérale d'une obligation personnelle de passage au motif qu'elle n'avait pas constaté le caractère abusif de cette résiliation. Il résulte de cet arrêt qu'en l'absence d'un tel abus, la résiliation unilatérale du débiteur de l'obligation personnelle de passage à durée indéterminée pouvait s'effectuer librement.

552 Voir ainsi, pour le refus d'une servitude entre un fonds appartenant exclusivement à un indivisaire et le fonds en indivision, Cass. civ., 3ème, 12 avril 2018, n° 16-24.708).

civil[553] – en témoigne le régime de la mitoyenneté des murs séparatifs[554], ou encore les dispositions relatives au bornage[555] et à la clôture[556]. Si le bornage et la clôture restent extérieurs à la division en volumes[557], la mitoyenneté est à l'inverse régulièrement invitée à régler l'appropriation des murs séparatifs entre volumes. Néanmoins, la possibilité d'avoir recours à la mitoyenneté sur un bien relevant de la domanialité publique reste discutée, ce qui rend cette solution incertaine dans cette hypothèse. Si certains auteurs n'y voient pas d'inconvénient de principe[558], d'autres considèrent que cela en exclura l'application[559]. Le Conseil d'État[560], tout comme l'exécutif[561], semblent rejeter une telle application en affirmant que la mitoyenneté met en place une forme d'indivision qui serait contraire à l'inaliénabilité du domaine public et impose, de ce fait, que le bien en cause fasse partie du domaine privé. À l'appui de cette idée, un auteur a remarqué que la mitoyenneté met en place « un véritable régime de propriété collective propre aux relations de voisinage »[562]. Par suite, la contrariété de la mitoyenneté au domaine public relèverait surtout du défaut de propriété pleine et entière considérée comme indispensable à ce dernier[563]. Un

553 Les dispositions en question – si elles sont effectivement regroupées sous un Titre IV du Code civil relatif aux « servitudes ou services fonciers », puis dans des chapitres faisant spécifiquement référence aux servitudes dérivant « de la disposition des lieux » (Chapitre I), ou « établies par la loi » (Chapitre II) – ne remplissent néanmoins pas les critères de la définition des servitudes, posés l'article 637 du Code civil. Sur ce point, J.-Ph. Tricoire, « Les rapports du voisinage et des servitudes », *in Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, 2013, p. 775, spéc. p. 801 et s.

Il faut également souligner que l'avant-projet de réforme du droit des biens de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française semble également procéder à cette exclusion. Il distingue les servitudes, dont le chapitre se trouve inséré dans un titre IV relatifs « aux démembrements de la propriété », des relations de voisinage qui constituent l'objet même du titre V. S'il est vrai que ce dernier titre possède lui-même un chapitre VIII consacré spécifiquement à « la servitude légale de passage en cas d'enclave », les dispositions relatives aux bornages, clôtures et mitoyennetés ne sont plus rattachées artificiellement à celle de servitude.

Contra, mais uniquement sur la notion de bornage : B. Belloir-Caux, *Dictionnaire de droit de biens*, Ellipses, 2013. L'auteur assimile ainsi le bornage à une servitude en assimilant la charge que fait peser le fonds dominant sur le fonds servant à l'action du propriétaire pouvant obliger son voisin à procéder au bornage (p. 77).

554 Article 653 et suivants du Code civil.

555 Article 646 du Code civil.

556 Article 647 et suivants du Code civil.

557 *Infra*., n° 241 et s.

558 Y. Gaudemet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », RDI 2009, p. 8 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 426, p. 381.

559 En ce sens, F. Morelon, « Création de l'ouvrage immobilier : aspects techniques et pratiques de la division des volumes », RDI 1999, p. 502 ; M. Boudot, *Répertoire Dalloz, Droit civil , Mitoyenneté – Qualification juridique de mitoyenneté*, n° 31.

560 CE, avis, 13 avril 1880, cité par Ph. Yolka, thèse, *op. cit*., p. 504 et L. Depuy, thèse, *op. cit*, n° 115, p. 130.

561 Rép. min. nº 32282, JO Sénat 6 sept. 2001, p. 2904, indiquant qu'un élément mitoyen appartenant à une personne publique ne pourrait relever que de son domaine privé.

562 J.-Ph. Tricoire, *op. cit*., spéc. p. 804.

563 Ph. Yolka, thèse, *op. cit*., p. 504 ; L. Depuy, thèse, *op. cit.*, n° 115, p. 130.

assouplissement de ce principe permettrait d'ouvrir le domaine public à la mitoyenneté[564], tout comme la faculté d'éclatement du régime des différents biens d'un même propriétaire public[565]. En outre, quelques assouplissements ont pu être observés. Une cour d'appel administrative a ainsi pu considérer qu'« aucune règle ne s'oppose à ce que l'État ou une personne de droit public puisse être propriétaire d'un bien en mitoyenneté même si le bien qu'il s'agit de clore appartient au domaine public »[566]. Il faut néanmoins relativiser la portée de cette solution, qui pose un principe jamais confirmé par le Conseil d'État et axe davantage sa solution sur la qualité du propriétaire que sur le régime d'affectation. En outre, la décision souffre de circonstances d'espèces particulières, en ce que le bien litigieux avait, dès-avant son entrée en mitoyenneté, vocation à être déclassé. Quoi qu'il en soit, la situation actuelle invite à la prudence, et ce, malgré l'entrée en vigueur du CGPPP qui n'autorise pas expressément cette situation.

129. Plan. En dehors de ces considérations, le recours à la mitoyenneté est porteur d'informations en ce qu'il confine davantage à la gestion d'éléments particuliers de l'immeuble que de son organisation primaire visant à assurer sa pérennité et son fonctionnement général. Les servitudes sont donc un outil indispensable à la pérennité de l'ensemble divisé en volumes et aux relations que ces derniers doivent entretenir entre eux (A). Si elle fut autrefois contestée, la compatibilité de principe des servitudes et des volumes ne fait aujourd'hui plus débat (B). Cette reconnaissance n'évite cependant pas la persistance de certaines situations problématiques face à la prohibition des servitudes d'empiétement (C).

A. Les servitudes, indispensables à la pérennité et à la gestion de l'immeuble

130. Multiplication des servitudes réciproques et collectives. L'organisation des relations entre les différents volumes d'un ensemble immobilier va donc passer par la mise en place d'un réseau de servitudes, ces dernières étant souvent collectives et réciproques. Un volume sera donc généralement à la fois fonds servant et fonds dominant à l'égard d'un ou plusieurs volumes. Sans

564 Cette consécration irait dans le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui accepte que le propriétaire public d'un bien relevant du domaine public puisse obtenir la propriété d'un mur jouxtant ce dernier par le jeu de l'article 661 du Code civil (Cass. civ., 14 février 1900 ; D.P. 1900, I, 593, concl. Desjardins, note P. de Loynes). Il faut cependant rappeler que la compatibilité n'en serait pas assurée pour autant, dès lors que le régime de la mitoyenneté prévu serait celui prévu par le Code civil. Or, l'article 661 de ce dernier prévoit la possibilité pour l'un des propriétaires mitoyens d'imposer à l'autre la cession de sa mitoyenneté, ce qui resterait incontestablement incompatible avec la protection du domaine public. Le régime attaché à la mitoyenneté n'étant pas d'ordre public, il est néanmoins toujours possible de prévoir des stipulations contraires prenant en compte les particularités attachées au régime de la domanialité publique.

565 Il serait ainsi possible de rattacher les éléments mitoyens au domaine privé, à l'instar d'une solution proposée en matière de copropriété. *Infra.*, n° 573 et s.

566 CAA Amiens, 14 octobre 2004, JurisData n° 2004-255471.

qu'il soit possible, ni même nécessaire de lister l'intégralité des servitudes pouvant être établies dans le cadre d'une division en volumes, il en est cependant quelques-unes qui paraissent impératives aux différentes étapes de la vie du programme immobilier en raison de l'imbrication des volumes entre eux. Ainsi, un réseau de servitudes sera nécessaire dès la période de construction et se poursuivra dans le cadre de son fonctionnement. Sur un plan non temporel, les servitudes vont se répartir sous deux objectifs : assurer la pérennité de la structure collective et la gestion de l'usage des volumes entre eux.

131. Diversité des servitudes nécessaires. L'existence et la pérennité de la structure collective va imposer la mise en place de servitudes dont l'objectif est d'assurer le bon déroulement de la construction, de son entretien et éventuellement de sa reconstruction. Le bon déroulement de la construction imposera parfois la mise en place de servitudes de passage ou de tour d'échelle dont la finalité sera de permettre au propriétaire de passer sur le fonds voisin afin d'assurer l'édification de son volume[567]. L'édification en elle-même va nécessiter de façon constante des servitudes tendant à garantir les nécessités techniques de l'ensemble immobilier. Ainsi, il sera établi des servitudes d'appui visant à garantir aux volumes supérieurs la possibilité de s'appuyer sur les volumes inférieurs. L'obligation de faire qui en découle pour le propriétaire du ou des volumes inférieurs n'est pas problématique : la combinaison des articles 697 et 698 du Code civil permet d'imposer au propriétaire du fonds servant – ici, le propriétaire du ou des fonds inférieurs – d'effectuer à ses frais tous les ouvrages nécessaires pour user de la servitude en cause[568] – ici, la servitude d'appui qui implique une construction s'appuyant sur une autre. Parce que les servitudes d'accroche et d'appui ont pour objet d'assurer la création dans un volume supérieur, elle implique l'obligation d'une construction préalable dans le volume inférieur. Elles sont donc utilisées afin de préserver et d'assurer l'effectivité des droits de construire des propriétaires des volumes non encore construit, que l'édification soit prévue dans la continuité directe ou non des volumes inférieurs[569]. Poursuivent un objectif similaire les servitudes d'accroche et d'ancrage qui assurent aux volumes de pouvoir mettre en place une emprise dans les volumes contigus afin de garantir la solidité et fonctionnalité[570] de l'ensemble. Tout ceci implique, outre l'obligation d'effectuer les constructions

567 Sur ce point, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 581, p. 310.

568 L'obligation du propriétaire du fonds servant étant très contraignante, il bénéficie en vertu de l'article 699 de la faculté d'abandonner son bien. Si une telle possibilité n'a que peu d'intérêt lors de l'édification primaire de l'immeuble, elle semble pouvoir trouver une utilité en cas de reconstruction de l'ensemble. Sur cette question, qui n'est pas sans poser de difficultés, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, n° 46 et s.

569 Ainsi, elles permettent d'assurer une surélévation ou une extension horizontale future, même si ces dernières n'ont vocation à se réaliser que plusieurs années après la fin de l'édification du bâtiment.

nécessaires à l'édification des volumes supérieurs, le respect de caractéristiques techniques propres à permettre l'accueil de ces derniers et le maintien de cette solidité tout au long de l'existence de l'ensemble[571]. Aussi, le caractère général de ces servitudes permettra également au promoteur d'apporter des modifications dans l'organisation des volumes entre eux et leurs dispositions concrètes[572].

131.1. La gestion des relations entre les volumes implique également un certain nombre de servitudes dont l'objet sera de permettre d'assurer l'usage et l'entretien de l'ensemble immobilier. Un ensemble immobilier impliquera notamment un grand nombre de servitudes de passage afin d'assurer l'intégralité des accès à l'usage et l'entretien de son bien – et cela même si l'équipement assurant le passage est compris dans un volume unique, ce dernier n'appartenant qu'à un unique propriétaire. Ce dernier point est d'autant plus important que, la plupart du temps, les réseaux de distribution appartiennent aux propriétaires des volumes qu'ils traversent, tout en en desservant de multiples autres[573]. En conséquence, garantir l'accès à la conduite en cause pour son entretien ou sa réparation par le propriétaire du volume qu'elle traverse – quand bien même il n'en bénéficie pas personnellement – est primordial et, encore une fois, mis en place par le jeu des servitudes. La grande utilité des servitudes n'a cependant pas empêché de questionner leur validité appliquée aux volumes, tant cela questionne la plasticité des règles posées par le Code civil.

B. L'acceptation des servitudes entre volumes

132. Plan. Cette compatibilité a pu être remise en cause dès lors que la servitude porte sur un volume d'espace (1) ou qu'elle tend à en permettre l'exploitation (2).

570 Ainsi, une servitude d'accroche pourra permettre de fixer ou d'encastrer dans des éléments de bâti des fonds contigus l'ensemble des éléments d'équipements assurant la fonctionnalité du volume : canalisations, gaines électriques, accroches des faux plafonds ou encore éléments de fixation d'équipements privatifs, etc. En ce sens, J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H. Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 337, spéc., n° 2406, p. 494 et 495.

571 Ce point est assuré par l'article 701 du Code civil qui dispose que « le propriétaire du fonds, débiteur de la servitude, ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode ».

572 En ce sens, *Ibid.* Dans cette situation, il sera nécessaire de procéder à une opération de récolement afin de faire correspondre les limites abstraites et concrètes du volume sous peine de créer une potentielle situation d'empiétement.

573 La construction en volumes bénéficiant de la liberté contractuelle en termes d'organisation, il est bien évidemment possible d'organiser ces réseaux de façon différente en les enfermant en intégralité dans des volumes appartenant à un propriétaire unique – généralement l'association de propriétaire gérant l'ensemble. L'inopportunité de ces micro-volumes a pu néanmoins être relevée En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 595, p. 316.

1. La compatibilité des servitudes et des volumes d'espace

133. Correspondance du volume à la notion de fonds en matière de servitude. Définie à l'article 637 du Code civil, la servitude est « une charge imposée sur un héritage [le fonds servant] pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire [le fonds dominant] ». Classiquement, les servitudes sont présentées comme un droit réel[574], le seul qui puisse être perpétuel en ce qu'il emprunte ce caractère à son bénéficiaire, le fonds[575]. De façon plus précise, une servitude entraîne une redéfinition des utilités des fonds concernés : le fonds dominant va être augmenté d'une utilité qu'il va emprunter au fonds servant[576]. Il en découle que la perpétuité de

574 Plusieurs courant doctrinaux ont contesté tant le qualificatif de droit réel que celui de droit subjectif aux servitudes. Ainsi, la nature de droit réel a été remise en cause dans la première moitié du XXe siècle sous l'influence de Planiol, fondateur du courant « personnaliste ». Refusant l'idée qu'il puisse exister un droit représentant une relation entre une personne et une chose, le droit réel est alors considéré comme une obligation passive universelle résultant de la seule relation entre les personnes. Ainsi, le titulaire du droit – le « sujet actif » – est assuré de pouvoir jouir pleinement et de façon exclusive de son droit en ce que toutes les autres personnes – les « sujets passifs » – auront comme obligation de ne pas nuire à ce dernier (Pour l'exposé complet de ce courant, voir M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 37 et s., p. 42 et s.). Adapté aux servitudes, on a pu voir dans les servitudes « qu'une obligation personnelle pure et simple » (H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse, Paris, 1900, p. 237).

Il en fut de même lors de la modernisation de cette théorie par le courant dit « néo-personnaliste » introduit par Ginossar. L'idée consiste, très succinctement, à considérer que tout droit autre que la propriété implique en réalité une relation entre les personnes : le propriétaire et le titulaire du droit en cause (S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, 1960, n° 44 et s., p. 114 et s.). Cette conception a pour conséquence de ne concevoir l'existence même de droits réels sur la chose d'autrui que part un réseau d'obligations entre les personnes (S. Ginossar, thèse, *op. cit.*, n° 42 et s., p. 111 et s.). Si le terme « droit réel » n'est pas refusé en tant que tel, sa définition classique en reste fortement modifiée en ce qu'elle se caractérise – comme le droit personnel – par une relation entre plusieurs personnes. (S. Ginossar, thèse, *op. cit*. n° 45 et s., p. 121 et s.).

Ces deux théories auront donc eu comme conséquence la négation de la qualification classique de droit réel aux servitudes, sans toutefois que cela impacte le régime de ces dernières. D'une part, la théorie personnaliste n'avait que pour conséquence d'expliquer différemment le régime d'opposabilité des droits réels sans le modifier (En ce sens, Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 12, spéc. p. 22). Voir cependant, H. Michas, thèse, *op. cit*., pour qui la nature de simple obligation réelle des servitudes pourrait impliquer la possibilité d'établir des obligations positives à l'encontre du propriétaire du fonds servant.

D'autre part, la théorie néo-personnaliste, si elle posait en tant que principe la possibilité d'établir des obligations réelles positives au bénéfice du titulaire du droit réel, n'entendait pas, en tout état de cause, revenir sur la restriction que pose le Code civil concernant les servitudes. Dans ce cadre, de telles charges restaient limitées, comme le prévoient les articles 698 et 699 du Code civil, aux seules situations dans lesquelles elles apparaissent nécessaires pour l'exercice de la servitude en cause. (S. Ginossar, thèse, *op. cit*., n° 64, p. 166, spéc., p. 167).

Pour un rappel des débats sur la qualification réelle ou personnelle des servitudes, J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 209, n° 334 à 342, p. 386 et s.

Plus récemment, c'est le qualificatif même de « droit » qui fut contesté aux servitudes. En partant de la définition légale des servitudes imposant une relation de fonds à fonds, la constatation est faite que le propriétaire – et donc, la personne juridique – est absente des relations juridiques à l'œuvre. On retrouve alors la conclusion qu'avait fait Planiol sur la condition d'existence d'un droit : ce dernier ne pouvant s'appliquer qu'à une personne, il ne pourrait régir les relations entre les biens. (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 382-1, p. 707 et s.). Encore une fois, une telle qualification n'emporte pas de conséquences particulières sur le régime des servitudes à ce stade de notre étude. En l'espèce, cela implique surtout d'expliquer le rattachement permanent de la servitude au sort du fonds dominant par un autre moyen que celui de la théorie de l'accessoire. En procédant à une redéfinition des utilités du fonds, la servitude fait partie de ce dernier. Il est en conséquence tout à fait logique qu'elle soit directement liée au destin de ce dernier (En ce sens, W. Dross, *op. cit.*, n° 381-3, spéc., p. 707).

575 *Contra*., C. Pourquier, *Propriété et perpétuité*, thèse, Montpellier, 1997, n° 219, p. 268 et s.

principe d'une servitude ne fait aucun doute dès lors que cette utilité est ajoutée à un bien dont la propriété – perpétuelle – porte sur l'ensemble de ses utilités[577]. Sous cet aspect, la compatibilité des servitudes avec la division en volumes ne semble pas poser de difficultés. Dès lors que le volume immobilier est considéré – indépendamment de ses états – comme un bien immeuble objet de propriété, la condition relative à la présence d'une pluralité de fonds qui découle de l'article 637 du Code civil est par principe respectée[578].

134. Impact de l'incorporalité du volume d'espace. Un doute a pu naître à la lecture de cet article 637 en raison de l'utilisation du terme « héritage », faisant ici directement référence à un fonds de terre[579]. Plus encore, l'article 687 de ce même code ne semble prévoir dans le champ d'application des servitudes, que les fonds de terre et les bâtiments qui y sont édifiés[580]. Il en découlerait l'impossibilité de recourir aux servitudes lorsque le volume ne serait pas encore construit[581], ce qui peut s'avérer problématique tant elles doivent préexister à la construction pour assurer le bon déroulement de l'édification et son éventuelle reconstruction. En réalité, il ne semble pas que les servitudes soient soumises à l'existence d'un fonds de terre au sens strict, matériel, du terme. Outre le fait que la rédaction des articles précités a subi les affres du temps[582], leur interprétation pourrait s'adapter sans difficulté au volume non construit, à condition de mettre en parallèle cette situation avec l'interprétation large de la notion de fonds qui est faite par la jurisprudence en matière de servitudes[583].

134.1. En effet, il faut remarquer – même si cela a été discuté pendant un temps[584] – qu'il est tout à fait possible d'établir des servitudes entre plusieurs parties privatives d'un bien en copropriété[585]. Une telle possibilité implique donc qu'une servitude puisse être établie sur une partie de l'immeuble au bénéfice d'une autre. Or précisément, la partie de l'immeuble que représente la partie privative d'un bien en copropriété semble principalement composée d'un espace immatériel, dès lors que l'on adhère à la théorie dualiste de la copropriété[586], qui reste la conception légale[587] et celle justement retenue par la jurisprudence pour justifier le bien fondé des servitudes

576 En ce sens, Ch. Atias, « La mutabilité des servitudes conventionnelles », RTD Civ. 1979, p. 249, spéc., n°30, p. 261 : « Concrètement, la servitude consiste en un complément d'utilité apporté au fonds dominant. […] le propriétaire voit croître les possibilités d'usage de son bien, en même temps que sa valeur. […] La notion d'utilité des fonds est au cœur de l'institution » ; W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.,* n° 382, p. 707 ; « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, nos 18-14.547 et 18-15.386, RTD Civ. 2019, p. 622. Pour une vision proche, E. Meiller, *La notion de servitude*, thèse, LGDJ 2012, p. 573. L'auteur considère en effet que la servitude « procure au fonds dominant, une utilité qu'il n'a pas naturellement » tout en considérant l'utilité en question comme étant « l'affectation du fonds voisin à son profit ».

577 W. Dross, *ibid.*

entre parties privatives[588]. En conséquence, si une servitude peut s'établir entre les parties privatives de deux lots d'une copropriété dont l'élément principal serait un espace immatériel, rien ne semble s'opposer à ce qu'elle puisse être également établie entre deux volumes d'espace. Ainsi, pourrions-nous nous interroger sur la réception de la servitude légale de passage en cas d'enclave aux propriétés superficiaires[589], afin de l'appliquer aux différents volumes entre eux[590]. L'enclave résultant d'une vente, ce point devrait être réglé par l'article 684 du Code civil, qui dispose que : « si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou

578 Pour une consécration jurisprudentielle, Cass. civ., 3ème, 28 octobre 2009, n° 08-18.614.

579 Une auteure a pu démontrer que l'emploi de ce terme ne recouvrait pas tout à fait celui de fonds de terre. En ce sens, A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens,* P.U.F., 1re éd., 1989, n° 77, p. 92 : « L'immeuble, notion romaine objective, fait référence à une qualité particulière de la matière : la fixité […] à l'opposé, l'héritage, notion coutumière, fait référence à la maîtrise familiale sur les biens : à la famille, projection de l'individu dans le passé et le futur ».

580 Alinéa 1er de l'article 687 du Code civil « Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre ».

581 En ce sens, D. Gaborieau, *La nature du droit de superficie*, mémoire, Nantes, 1998, p. 36.

582 La conception abstraite d'un immeuble en tant que volume d'espace était en effet difficilement envisageable au regard du développement technologique de l'époque et des nécessités pratiques.

583 Sur la notion de fonds en général, *infra.*, n° 324 et s.

584 En faveur de l'établissement des servitudes au sein d'une même copropriété en raison de l'existence d'une partie privative représentant l' « héritage » demandé par l'article 637 du Code civil : Ch. Atias, « Naissance d'un principe : des servitudes en copropriété immobilière », D. 1987, p. 285 ; J.-L. Aubert, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, n° 91-10.116, D. 1993, p. 156 ; « Quelques mots à propos des servitudes en copropriété », JCP G 1993, doctr., 3726.

À l'inverse, certains considéraient que le caractère indissociable des parties privatives et communes formant le lot de copropriété impliquait l'incompatibilité de la servitude et de la copropriété, en ce que la condition posée par l'article 637 du Code civil, imposant une relation entre des fonds appartenant à des propriétaires distincts, n'était pas remplie (C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, *op. Cit.* ; JCP N 1994, I, p. 82.

585 Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, n° 03-11.562, RDI 2004, p. 440, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2004, p. 753, obs. T. Revet ; AJDI 2005, p. 193 note F. Bayard-Jammes.

586 En ce sens, R. Savatier, note sous Cass. civ., 3ème, 16 mai 1977, D. 1978, juris., p. 161, spéc., n° 4, p. 163 ; G. Daublon, « Etat descriptif de division et volumes : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, art. 37168, p. 558 ; Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 679, spéc., p. 683 et s.

587 Ce rattachement provient de l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1965, qui dispose que « les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire ». Également en ce sens, En ce sens, A. Cayol, « Servitude et copropriété des immeubles bâtis », AJDI 2018, p. 340 ; A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2020, n° 382, p. 326 et 327. *Contra*., A. Tardif, « L'indivision perpétuelle », LPA, 20 juillet 2020, n° 144, p. 9, spéc., n°9. Pour l'auteur, la loi du 10 juillet 1965 retient en réalité une vision unitaire de la copropriété qui ressort notamment de son article 4 disposant que : « les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement ». L'idée soutenue par l'auteur provient de l'usage du terme « copropriétaire » faisant référence aux différents propriétaires indivis. Selon lui, cet usage ne peut résulter d'une simple redondance rédactionnelle et signifierait qu'il existe une « indivision entre les propriétaires des parties privatives ». Il en déduit alors que « l'indivision perpétuelle a donc pour domaine à la fois les parties communes et les parties privatives » (*ibid*.) et non pas aux seules parties communes. Il nous semble excessif de faire tenir de telles conséquences au seul emploi du terme « copropriétaire » par cet article. Celui-ci n'a en effet pas pour fonction de rappeler la nature du droit de propriété en cause, mais simplement de faire référence aux propriétaires concernés par les dispositions en cause et accessoirement, d'exclure toute appropriation d'une portion de partie commune par un propriétaire extérieur à la copropriété.

Malgré l'attachement dualiste des textes légaux, la doctrine continue de proposer des modèles alternatifs permettant d'expliquer le régime offert par la copropriété et le contenu exact du lot de copropriété et de purger les contradictions théoriques que peut porter la conception dualiste. Certains y voient une indivision totale et perpétuelle dans laquelle les

de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes ». L'usage du terme « terrain » ne doit pas être interprété strictement afin de limiter la servitude en cas d'enclave aux seuls fonds de terre au sens strict. La rédaction de l'article résulte en effet des travaux du législateur de 1804 et adoptait donc une conception centrée sur les rapports entre parcelles. Ce n'est pas à dire que son application aux propriétés superficiaires est impossible. Il faut néanmoins se garder d'une interprétation extensive. Le propriétaire d'un volume d'espace ne devrait cependant pas pouvoir demander la création d'une structure matérielle au titre de la servitude légale de passage aux propriétaires inférieurs afin de pouvoir rejoindre un éventuel volume situé en surplomb du sol.

134.2. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de l'hypothèse selon laquelle le réseau de servitudes, présent dans le cahier des charges de la construction en volumes, établirait de nombreux droits réels sur une chose future – en ce qu'ils portent sur des éléments non encore existants[591]. Cette position ne se comprend qu'à partir du moment où l'on se refuse de caractériser

copropriétaires se voient octroyer autant de droits de jouissance exclusifs (W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 214 et s., p. 404 et s.). D'autres considèrent le lot de copropriété lui-même comme un bien objet d'un droit de propriété exclusif. Il constitue alors le fonds demandé par l'article 687 du Code civil (F. Zenati, « Notion de servitude », note sous Cass. civ., 3ème, 19 juillet 1995, Bull. civ. III, n° 201, RTD Civ. 1998, p. 145 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 7e éd., LGDJ, 2017, n° 718, p. 259 et s. ; F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003, spéc. n° 110 et s., p. 124 et s. ; note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, AJDI 2005, p. 193).

À réfléchir sur les conséquences induites par les différentes conceptions, certains considèrent que seule la conception dualiste permet une justification éventuelle des servitudes entre une partie privative et une portion de parties communes. En ce sens, Y. Strickler, *Droit des biens*, Coll. Cours, LGDJ, Lextenso édition, 2017, n° 740 et 741, p. 424, quand d'autres apparaissent plus modérés : A. Ferracci, thèse, *op. cit.*, n° 395, p. 338, n° 398, p. 341 et 342. Dans les développements précités, l'auteur sembler rejeter une telle possibilité, avant de concéder qu'une conception unitaire du lot de copropriété pourrait s'accommoder d'une telle faculté (n° 402, p. 245). En tout état de cause, l'utilité de telles servitudes semble limitée. La jurisprudence a pu valider un droit réel de jouissance spéciale perpétuel consenti sur un lot au bénéfice d'un autre lot (Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, n° 17.17-240), si bien que l'utilité de telles servitudes se trouverait principalement dans le cadre des servitudes négatives. Cette validation n'est cependant pas sans aller avec un certains mystères concernant son régime, ce qui induit une potentielle complexification supplémentaire d'une notion aux contours déjà fort incertains. En effet, la question de la perpétuité du droit réel de jouissance spéciale est discutée et la portée de cet arrêt reste incertaine dans la potentielle généralisation de sa solution et la portée de la perpétuité qu'il autorise – s'agit-il d'une perpétuité similaire aux servitudes où d'une réelle perpétuité impliquant une imprescriptibilité ? Il nous semble que si la perpétuité d'un tel droit est envisageable, son imprescriptibilité emporterait une atteinte certainement excessive aux droits de propriété des copropriétaires sur les parties communes. Sur la question de la perpétuité et de l'imprescriptibilité des droits réels de jouissance spéciale, *infra*., n° 524 et s.

Remarquons tout de même que toute difficulté théorique ne serait pas évincée par le rejet de cette solution au bénéfice de l'acceptation des servitudes entre partie privative et portion de parties communes. En effet, à retenir une conception dualiste de la copropriété, cette possibilité suppose malgré tout une redéfinition de la notion de servitude en considérant que la pluralité de fonds demandée par l'article 637 du Code civil est remplie dès lors que sur un même bien, une portion n'est pas appropriée de façon exclusive. En ce sens, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 871, p. 777, spéc., p. 778 ; A. Ferracci, thèse, *op. cit.*, n° 335, p. 285, n° 384 et s., p. 328 et s.

588 Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, *op. cit.*

589 Articles 682 à 685-1 du Code civil.

590 Pour l'application des servitudes en cas d'enclave à de telles propriétés, *infra*., n° 522 et s.

591 La question n'est pas dénuée d'intérêt, dès lors que de tels droits ne seraient existants et pourront donc s'appliquer qu'à partir de l'existence de la chose sur laquelle ils portent, possibilité offerte par la technique de la condition

un volume en tant que fonds, au sens des dispositions relatives aux servitudes, et que l'on considère la division en volumes comme une simple répartition des droits de construire sur le sol. Au vrai, l'ensemble de ces servitudes ne porte pas sur la construction en tant que telle mais sur les volumes d'espace, permettant ainsi d'assurer l'édification souhaitée, ainsi que son maintien, son entretien, mais également sa reconstruction en cas de destruction. Par suite, nul besoin de l'existence d'une construction[592] afin de faire produire un effet à ces différentes servitudes. Cette solution est par ailleurs totalement en accord avec l'objectif poursuivi par ces servitudes, dès lors qu'elles tendent justement à garantir – notamment – l'existence de la construction et ont donc vocation à s'appliquer en l'absence d'édifice. Une fois cette difficulté écartée, il n'en reste pas moins que les servitudes doivent remplir les autres exigences posées par le Code civil, à savoir une pluralité de propriétaires[593] et un rapport de fonds à fonds[594]. Le premier point ne présente pas de difficultés puisque la construction en volumes consiste justement à effectuer une division en propriétés distinctes sans parties communes, en somme, de procéder à une division « sans reste ». Le respect du second consiste à s'assurer que la servitude va se limiter à organiser les rapports entre les fonds.

2. La compatibilité des servitudes portant sur l'exploitation des volumes

135. Pratique des servitudes d'exploitation. Appliqué à la division en volumes, le rapport de fonds à fonds imposé par l'article 686 du Code civil implique que le bénéfice de l'utilité conférée par le volume servant doit revenir au volume dominant, et non pas au propriétaire de ce dernier. Il est alors impossible d'anticiper le respect d'une telle condition de façon abstraite et générale dès lors que l'on conjugue la liberté de principe d'établissement des servitudes avec le respect des conditions de leur existence strictement lié à leur contenu. La pratique de la construction en volumes implique cependant de se questionner sur les servitudes propres à assurer l'exploitation d'un bien. En effet, ce type de montage prévoit la plupart du temps une pluralité des affectations et l'imbrication des volumes entre eux. La possibilité de prévoir des servitudes afin de garantir une exploitation précise est alors particulièrement importante : elles seules permettent d'assurer la pérennité de la situation par leur caractère perpétuel et transmissible. Dans cette situation, distinguer

---

suspensive. Sur ce point, F. Rouvière, *JurisClasseur Notarial Répertoire, Servitudes – Servitudes du fait de l'homme – Qualification et domaine,* Fasc. 70, n° 31.

592 Dont le moment exact de la naissance poserait par ailleurs des difficultés supplémentaires.

593 Cette règle ne se retrouve que de façon implicite dans le Code civil aux articles 692 et suivants concernant la servitude établie par destination du père de famille, ainsi qu'à l'article 705 imposant l'extinction de la servitude par confusion dès lors que les fonds entre lesquels la servitude a été instaurée deviennent la propriété d'une seule personne.

594 Ainsi, en posant les conditions attachées aux servitudes conventionnelles, l'article 686 du Code civil dispose que les propriétaires peuvent établir sur leur propriété « telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds ».

l'intérêt du volume de celui de son propriétaire ne sera pas toujours aisé, notamment lorsque la pluralité des affectations de l'immeuble imposera le passage d'une clientèle nombreuse sur un ou plusieurs volumes au bénéfice d'un autre à exploitation commerciale, ou qu'une servitude de non-concurrence soit établie au bénéfice d'un volume à l'encontre de tous les autres. On a pu faire valoir que la distinction entre les servitudes – consenties au bénéfice d'un fonds – et les droits personnels – consentis au bénéfice du seul propriétaire du fonds – confinait parfois à opérer une distinction artificielle, en ce que le propriétaire bénéficiait toujours de l'utilité conférée par le biais du fonds lui-même[595]. Certes, la remarque pointant la difficulté n'emporte pas la certitude de la solution, mais il faut admettre que la recherche d'un critère objectif sur ce point s'avère insoluble : l'intérêt direct obtenu par le fonds est en effet susceptible d'une pluralité d'interprétations[596].

136. Confirmation jurisprudentielle. La doctrine finira par conclure qu'il est parfois préférable d'écarter le recours aux servitudes pour lui préférer une division volumétrique supplémentaire. Ainsi, on a pu proposer d'isoler l'assiette du passage des clients pour la constituer en un volume indépendant, directement affecté à la desserte des lots concernés[597]. Pourtant, la jurisprudence semble avoir apporté une solution satisfaisante sur l'ensemble des questions portant sur les servitudes consenties au bénéfice de l'affectation précise du fonds. Depuis un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 juillet 1987[598] autorisant la mise en place de servitude de non-concurrence, les juges acceptent qu'une servitude puisse s'appliquer à l'exploitation du fonds, et non pas uniquement à l'immeuble en tant que tel.

---

595 F. Zenati, note sous, Cass. com., 1er avril 1997, RTD Civ. 1999, p. 659. Pour la qualification d'une servitude de non-concurrence à titre de servitude personnelle : N. Reboul-Maupin, note sous Cass. civ., 1re, 4 juillet 2001, D. 2002, p. 2513.

596 Le problème de cette recherche est qu'elle reste toujours soumise à des appréciations subjectives concernant l'importance du lien entre le propriétaire et le fonds lui-même. On a proposé une forme d'objectivation de ce critère en posant une double condition : il faudrait d'une part, que le sous-acquéreur du fonds dominant puisse bénéficier de l'utilité conférée par la servitude et d'autre part, que la vente du fonds dominant fasse perdre au vendeur le bénéfice de cette utilité. (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 384, p. 711). En réalité, aucun des deux critères n'est pleinement satisfaisant. Le premier ne permet pas de résoudre la question de savoir si l'utilité est consentie au propriétaire ou au fonds : cette persistance de l'utilité est la conséquence du régime même des servitudes, pas du respect de ses conditions légales. Le second ne permet pas de rendre compte des servitudes pouvant avoir un impact sur l'environnement des biens en cause. Ainsi, le vendeur d'un fonds bénéficiant d'une servitude *non aedificandi* ne perdra pas obligatoirement le bénéfice de cette dernière, dès lorsqu'une telle servitude impacte non seulement le fonds dominant mais également tout une partie de son voisinage.

597 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 609, p. 322.

598 Cass. com., 15 juillet 1987, n° 86-11.272, D. 1988, p. 360, note Ch. Atias ; RTD Civ. 1989, p. 351, note F. Zenati. Les juges se prononcent en ces termes : « attendu que l'interdiction faite à l'acquéreur d'un fonds de l'affecter à un usage déterminé peut revêtir le caractère d'une servitude établie par le fait de l'homme attachée au fonds dans l'intérêt d'un autre fonds et est valable pourvu que ce service n'ait rien de contraire à l'ordre public ». Cette solution a été reprise par la suite par la troisième chambre civile de la Cour de cassation : Cass. civ., 3ème, 24 mars 1993, n° 91-11.690, JCP N 1994, II, 100322, p. 94, note J.-G. Raffray ; RTD Civ. 1993, p. 853, obs. F. Zenati.

137. Incertitudes sur la portée de la confirmation. En l'espèce, il s'agissait de l'exploitation d'un fonds de commerce et la solution de la Cour de cassation ne peut s'expliquer par l'assimilation de ce dernier à la notion de fonds demandé par l'article 686 du Code civil. La jurisprudence continuant de refuser la constitution de servitudes sur des biens meubles, c'est donc une autre justification qui explique la solution rendue en la matière. On a pu remettre en question la portée générale que semblent avoir ces arrêts et adopter une position plus restrictive. Selon cette conception, la qualification en servitude de non-concurrence – donc d'une servitude établie au bénéfice de l'exploitation du fonds – ne serait possible qu'en raison de l'importance de l'aménagement de l'immeuble nécessaire pour mettre en place l'exploitation protégée[599]. Il est vrai que les faits des deux arrêts en cause invitent à une telle idée, tous deux portant sur un fonds affecté à usage de station-service impliquant de très importants travaux. Il faudrait alors étudier la structure précise de chaque volume pour définir si une servitude pourrait s'appliquer à l'exploitation en cause et voir sa situation se pérenniser. Ainsi, un volume constitué d'une structure ne pouvant recevoir qu'une exploitation déterminée serait à même d'organiser cette dernière par le jeu des servitudes alors qu'un volume constitué d'un local générique ne le pourrait pas.

138. Appréciation critique. L'interprétation présente néanmoins des points critiquables qui laissent finalement plus penser à une corrélation qu'à la véritable mise en place d'un critère de qualification. En effet, l'idée qu'une servitude puisse bénéficier au fonds tel qu'exploité n'est pas nouvelle et la jurisprudence l'a même accepté de longue date, sans que n'intervienne le critère de l'importance de l'aménagement du fonds. Ainsi, elle avait qualifié de servitude le droit du propriétaire exploitant de prélever de la terre d'un fonds voisin, afin de confectionner des tuiles[600] ou des œuvres en porcelaine[601]. Au surplus, partir de l'aménagement du fonds pour déterminer si le bénéfice de la servitude porte directement sur ce dernier, ou seulement sur l'exploitation, implique d'apprécier l'intérêt du fonds au regard de la réalité de « sa conformation concrète »[602]. Si tel est le cas, on voit mal ce qui peut justifier la mise en place d'un critère restreignant la possibilité d'une servitude à l'importance de l'aménagement au regard de l'exploitation. Il arrive certes qu'elle soit la cause d'une servitude – telle la servitude de passage en cas d'enclave – mais n'est pour autant pas directement liée à cet état de nécessité – il est toujours possible d'établir une servitude conventionnelle de passage.

---

599 Ph. Théry, « Création de l'ouvrage complexe et relation entre les propriétaires », RDI 1999, p. 496, spéc., p. 499.

600 Cass. civ., 15 avril 1833 ; S. 1833, I, 278, concl., M. de Gartempe.

601 Cass. Req., 8 mars 1880 ; D.P. 1881, I, 269, concl. Rivière.

602 Ph. Théry, *op. cit.,* spéc., p. 499.

138.1. Plus encore, adopter une conception restrictive de l'intérêt pour le fonds en matière de servitude de non-concurrence peine à se justifier, dès lors que le droit positif admet sans difficulté une conception souple dans nombre de situations. Ainsi, il est possible d'établir des servitudes *non aedificandi* entre les fonds. Cette servitude fait perdre au fonds servant la possibilité de construire, utilité pourtant primordiale de sa propriété. Or, tout comme en matière de non-concurrence, le bénéfice direct de la servitude reviendra à son occupant, qui va pouvoir jouir d'un environnement dégagé de façon durable. Tout comme en matière de servitude de non-concurrence, le bénéfice que va pouvoir en tirer le fonds ne sera qu'indirect : il est constitué par la plus-value générée par la protection de son environnement[603]. On pourra objecter que le bénéfice de la servitude de non-concurrence sera davantage lié à la personne et donc à la réalité de l'exercice de l'exploitation protégée en ce qu'il sera difficile de justifier la plus-value en l'absence d'exploitation effective. La servitude *non aedificandi* présente cependant exactement la même situation : le bénéfice qu'elle apporte n'aura d'intérêt que pour certaines affectations – habitation, exploitation touristique – alors que d'autres – stockage, industrie – n'en obtiendront aucun avantage.

138.2. Surtout, remettre en question l'intérêt direct que peut fournir une servitude de non-concurrence au fonds et la lier à l'importance de l'aménagement structurel, c'est refuser que la destination de l'immeuble puisse servir de base aux servitudes – ce qui est pourtant le cas en droit positif. Ainsi, depuis un arrêt de 1964, la Cour de cassation accepte que s'établisse au bénéfice d'un fonds une servitude d'habitation bourgeoise[604] qui présente des restrictions bien supérieures à la seule servitude de non-concurrence[605], sans pourtant que ne soit présente la question d'un aménagement particulièrement important. Dans les deux cas, l'intérêt de la servitude est de poser des limites à la destination de l'immeuble et, en conséquence, d'empêcher une – la servitude de non-concurrence – ou plusieurs affectations – la servitude d'habitation bourgeoise.

139. Confirmation théorique. Accepter que l'exploitation d'un bien puisse faire l'objet d'une servitude, c'est tirer toutes les conséquences de la nature des servitudes : plus qu'un simple droit accessoire, elle est une qualité du fonds en lui-même[606] permettant une nouvelle redéfinition des

603 En ce sens, F. Rouvière, *JurisClasseur Notarial Répertoire. Servitudes. Servitudes du fait de l'homme. Qualification et domaine,* Fasc. 70, n° 42.

604 Cass. civ., 1re, 30 juin 1964, Bull. civ. I, n° 353, RTD Civ. 1965, p. 153, obs. J.-D. Bredin. Sur cette question, M. Dagot, « La clause d'habitation bourgeoise (étude de jurisprudence) », JCP G 1967, I, 2108.

605 En effet, une servitude d'habitation bourgeoise interdit tout type d'exploitation sauf une, à l'inverse de la servitude de non-concurrence qui n'en interdit aucune sauf une.

606 En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations,* PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 808, p. 1758, spéc., p. 1759. L'auteur rappelle ainsi que « toute servitude apparaît, activement et passivement, comme une manière d'être, une qualité de l'un et de l'autre fonds ». Il maintient tout de même leur qualification d'accessoire. Les auteurs se sont ensuite détachés de cette qualification d'accessoire pour assimiler pleinement la

utilités qui le compose[607]. Or, une telle fonction n'est pas dépendante de l'intensité du lien matériel entre le fonds et son exploitation : cette dernière n'est qu'une des utilités du fonds et, en tant que telle, peut se voir répartie par le biais des servitudes. C'est donc l'appréciation de l'intérêt direct du fonds qui a été élargie par la jurisprudence à l'occasion de ces arrêts[608]. Monsieur le Professeur Frédéric Zenati, lorsqu'il commente l'arrêt du 24 mars 1993, indique à ce propos que « s'il est indéniable que la restriction de concurrence profite au fonds de commerce, elle n'en est pas moins susceptible de profiter à l'immeuble dans le cadre duquel ce fonds est exploité »[609]. Il justifie cette affirmation en distinguant deux situations : celle dans laquelle le propriétaire est également exploitant du local et celle où il ne l'exploite pas. Dans les deux cas, la servitude de non-concurrence permet au local de jouir d'un emplacement privilégié, ce qui se répercutera ensuite sur la valeur économique du bien dont le propriétaire va pouvoir bénéficier, que ce soit par l'impact sur l'exploitation ou par la valeur des loyers[610].

139.1. En définitive, nous retrouvons ici le critère de l'utilité : il s'agit de savoir si le sous-acquéreur du fonds va pouvoir bénéficier de l'utilité instituée en tant que servitude, et cela dans une vision particulièrement large. En effet, cela part du principe que l'ajout d'une utilité venant d'un fonds à un autre fonds bénéficiaire impliquera toujours une plus-value pécuniaire, et que cette dernière suffit à caractériser l'intérêt direct pour le fonds. Ainsi, la frontière entre utilité conférée « au fonds » ou « à la personne » n'aurait plus lieu d'être en tant que condition structurelle de la

servitude à une qualité du fonds qu'elle redéfinit. En ce sens, J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 201, p. 190 ; F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 237, p. 325. Voir déjà, pour une constatation similaire : Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, tome III, Paris – Warée, 1811, p. 297 : « On en vint au point où nous en sommes aujourd'hui, de considérer les servitudes comme on a considéré la propriété elle-même, comme des qualités civiles ou morales de l'héritage dominant et de l'héritage servant ». L'auteur précisera ensuite que « les servitudes étant considérées comme des qualités de l'héritage auquel elles sont attachées, sont des choses incorporelles qui ne peuvent subsister d'elles-mêmes, et qui suppose l'existence d'un fonds auquel elles sont attachées » (p. 298).

607 Pour les partisans les plus récents de cette idée, E. Meiller, thèse, *op. cit*., n° 185 et s., p. 292 et s. ; n° 228 et s., p. 367 et s. ; W. Dross, *Les choses, op. cit*., n° 117, p. 229 et n° 382 et s., p. 707 ; Y. Trémorin, « La propriété foncière entre autonomie et sujétion : observations sur la nature et les fonctions de la servitude civile dans son rapport avec la division de l'immeuble », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 31, 2017, p. 113, spéc., p. 115 et s. Voir déjà, pour un raisonnement similaire : M. Kornprobst, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain*, thèse, Strasbourg, 1936, p. 309 : « Il y a dans la servitude un transfert d'utilité ; mais il répond moins à l'idée d'aliénation qu'à celle de partage ou de division de la jouissance, – de répartition des services éventuels du fonds servant entre deux héritages »). Sans adhérer pleinement à une lecture rattachant directement la servitude au fonds, mais constatant que la servitude procède à l'adjonction d'une utilité pour le fonds dominant : F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2007, n° 38, p. 42 et 43.

608 Ce que ne manquent pas de remarquer les auteurs adoptant une conception stricte de ce lien. En ce sens, E. Moreau, « La *servitude de non-concurrence*, étude critique », D. 1994, p. 331. L'auteure indique alors que « la clause de non-concurrence transformée en servitude est d'abord créée dans l'intérêt du fonds de commerce. Si le profit parvient aussi à l'immeuble, c'est par ce seul intermédiaire, par ricochet en quelque sorte », avant de remarquer qu'une telle interprétation s'éloigne « manifestement de l'esprit » de l'article 637 du Code civil (n° 13).

609 F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème , 24 mars 1993, *op. cit.,* spéc., p. 855.

610 *Ibid.*

servitude. En d'autres termes, quelle que soit l'utilité en cause, il suffirait qu'elle soit instituée en tant que servitude pour être valablement formée, dès lors qu'elle implique une plus-value pour le fonds[611]. Seuls resteraient des droits personnels ceux expressément réservés à une ou plusieurs personnes déterminées, ou ceux dont l'intérêt pour le fonds est si lâche qu'il ne lui octroie aucune plus-value. Il resterait alors à distinguer le bien, en lui-même, de son utilité afin de distinguer la servitude de la propriété.

139.2. Cette compréhension de la servitude est partagée par une partie de la doctrine[612] et semble se retrouver en jurisprudence : d'une part – nous venons de le voir – en raison des décisions précitées sur l'exploitation d'un fonds[613], mais d'autre part, car il lui arrive parfois de transformer une obligation expressément personnelle en servitude restreignant l'affectation d'un fonds[614]. Par ces deux arrêts autorisant la servitude de non-concurrence, la Cour de cassation propose une lecture souple du rapport de fonds à fonds posé par l'article 686 du Code civil et permet ainsi de généraliser les servitudes portant sur l'exploitation d'un bien. Cette généralisation semble par ailleurs avoir été récemment confirmée par la Cour de cassation : cette dernière accepte l'établissement de servitudes permettant l'implantation, sur le fonds servant, d'éléments d'équipement propres à garantir l'exploitation spécifique du fonds dominant[615]. Il ne semble donc pas y avoir d'obstacle à consentir tous types de servitudes au bénéfice de l'exploitation d'un fonds – qu'elles soient de non-concurrence, de passage, ou encore d'installation d'équipement spécifique sur le fonds servant. Le volume pouvant être défini comme tel dans le cadre des servitudes, il n'existe alors aucun obstacle à établir ces dernières afin d'en garantir la bonne exploitation[616].

---

611 Déjà en ce sens, M. Kornprobst, *op . cit.*, thèse, p. 193 et s.

612 En ce sens, W. Dross, *Les choses, op. cit*., n° 382 et s., p. 707, et plus spécialement sur la question de l'exploitation du bien, n° 385 et s., p. 713 et s. Pour un raisonnement proche, E. Meiller, thèse, *op. cit*., n° 301 et 302, p. 509 à 513.

613 Cass. com., 15 juillet 1987, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème , 24 mars 1993, *op. cit.*

614 Cass. civ., 3ème, 17 février 2015, n° 13-27.479, RTD Civ. 2015, p. 644, note W. Dross, « Un peu d'alchimie : comment transformer une obligation en servitude ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation procède à la transformation d'une obligation de faire prévue dans un acte de vente (en l'espèce, la destruction d'un bâtiment et son remplacement par un parking souterrain recouvert d'une zone végétalisée au niveau du sol) en servitude (constituée selon la Cour de cassation par l'interdiction de stationner sur le bâtiment ayant vocation à être détruit et d'utiliser ce dernier à une autre affectation que celle prévue dans le contrat, à savoir, être une zone végétalisée) alors que les parties au contrat avaient expressément prévues dans l'acte de cession une absence totale de servitude entre les fonds.

615 Cass. civ., 1re, 20 juin 2019, n° 18-10.502, Ann. Loyer, septembre 2019, p. 107, obs. J.-M. Roux ; RTD Civ. 2019, p. 905, note W. Dross, « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? ».

616 Un auteur dégage néanmoins une limite à ce principe : la protection que confère le Code civil à la propriété ne devrait pas permettre à une servitude de limiter le volume à une affectation unique sous peine de risquer « une stérilisation des biens en cas d'évolution économique privant, par exemple, de toute rentabilité l'exploitation du commerce prévu » (Ch. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Edilaix, 2012, n° 65, p. 29).

C. L'articulation des servitudes avec les empiétements sur le fonds d'autrui

140. Difficulté inhérente aux inévitables empiétements en matière de construction en volumes. Nous avons vu que de façon très logique, la mise en place des servitudes dans le cadre de la construction en volumes ne peut s'affranchir des règles de droit commun qui y sont attachés. En conséquence, un doute a pu surgir sur la validité de certaines servitudes indispensables au bon fonctionnement de l'ensemble immobilier, dès lors qu'elles impliquent un empiétement, c'est-à-dire une construction partielle au sein du fonds ou du tréfonds d'autrui[617]. Cette situation, loin d'être une hypothèse d'école, se retrouve notamment lorsque l'accroche d'un équipement appartenant à un co-volumier implique des éléments spécifiques s'incorporant dans un volume appartenant à un autre propriétaire.

141. Plan. Une articulation doit cependant être dégagée, autorisant sous condition les empiétements dans le cadre des servitudes. Ainsi un empiétement nécessaire à l'exercice de la servitude sera valable alors qu'à l'inverse, une servitude justifiant un empiétement ne le sera pas (1) et entraînera ainsi la sanction en matière d'empiétement : la destruction (2). Malgré tout, il ne faut pas surestimer un tel risque dans le cadre des constructions en volumes (3).

1. L'empiétement pour la servitude versus servitude pour l'empiétement

142. Refus de principe de l'empiétement par servitude. Le principe est né de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui refuse de façon constante qu'une servitude puisse justifier un empiétement. Elle affirme à ce sujet, dans un arrêt du 24 mai 2000, qu'une « servitude ne peut être constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété »[618]. La situation d'espèce et la formulation très générale de l'attendu de principe invitent à appliquer cette restriction quand bien même l'empiétement n'implique qu'une fraction du fonds, ce que la Cour de cassation confirmera logiquement par la suite. Ainsi, elle affirmera dès l'année suivante « qu'une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui »[619], puis énoncera quelques années plus tard qu'une servitude ne peut interdire au propriétaire « toute jouissance d'une partie de sa propriété »[620].

617 Situation qui sera désignée comme étant un « empiétement » pour le reste de la thèse. Il est indéniable qu'une construction effectuée en totalité sur le fonds d'autrui constitue également un empiétement. Néanmoins, la particularité cette dernière situation offre la possibilité de prévoir un régime alternatif à la destruction – par la mise en œuvre du mécanisme de l'accession – ce qui justifie qu'elle sera exclue des réflexions portant spécifiquement sur la résolution de l'empiétement (sur cette dernière question, *infra*., n° 230 et s. ; n° 481 et s.).

618 Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, n° 97-22.255, RDI 2000, p. 316, obs. J.-L. Bergel ; D. 2001, p. 151, note R. Libchaber ; Defrénois 2000, 1170, obs. Ch. Atias.

619 Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, JurisData n° 2001-010354, JCP G 2003, II, 10141, note J.-L. Elhoueiss.

620 Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2007, n° 06-18.288, RDI 2008, p. 268, obs. E. Gavin-Milan-Oosterlynck.

142.1. L'affirmation, bien que dépourvue de fondement légal exprès, procède directement de la nature des servitudes, dont l'objet est par principe confiné à la répartition des utilités du bien. Or, il y a ici une différence fondamentale avec l'empiétement : là où la servitude confère au fonds dominant une ou plusieurs utilités particulières issues du fonds servant, l'empiétement va quant à lui priver le propriétaire du bien empiété de la totalité des utilités de la partie du bien concerné. La doctrine a pu déduire de cette différence que si la servitude consiste en une répartition des utilités, l'empiétement ayant vocation à perdurer – ce qui serait le cas s'il était qualifié de servitude – implique en réalité une nouvelle répartition des limites de la propriété des biens en cause[621]. Le rejet des servitudes basé sur cette seule constatation impliquerait la nullité de toutes servitudes emportant la perte, pour le propriétaire du fonds servant, d'une fraction de son bien en raison d'une installation ne lui appartenant pas, ce qui viendrait réduire le recours des servitudes à une peau de chagrin et notamment bloquer la pratique des servitudes d'accroche ou d'ancrage dans les constructions en volumes.

143. Autorisation des servitudes produisant un empiétement. Au vrai, conférer une telle portée à la jurisprudence de la Cour de cassation semble particulièrement excessif[622]. Il semble notamment contradictoire d'appliquer une telle règle dès lors que la servitude concerne les éléments nécessaires à l'usage des servitudes d'accroche. En effet, dans cette situation, même s'il y a indéniablement une fraction du fonds servant qui est matériellement empiétée, ce n'est que pour permettre la répartition de l'utilité objet de la servitude. La fraction du bien dont est privé le propriétaire du fonds servant n'est ici que la conséquence nécessaire de l'existence de la servitude, et non sa cause principale. Le droit positif ne semble pas remettre en cause la validité de ces servitudes impliquant un empiétement consubstantiel à leur exercice. En réalité, de nombreuses servitudes entraînent la privation du propriétaire du fonds servant d'une partie de son bien[623]. Ces privations sont même directement autorisées par le Code civil lorsque celui-ci prévoit des servitudes

621 Cette analyse transparaît particulièrement à l'occasion des commentaires d'un arrêt de la Cour de cassation refusant la qualification de servitude à la possibilité pour un tiers d'utiliser à titre exclusif un appartement et son débord qui surplombait le fonds d'autrui. Voir ainsi, Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n° 18-14.547, RDI 2019, p. 510, note J.-L Bergel, « La distinction des servitudes et des droits réels de jouissance spéciale et leur limites respectives » ; JCP G 2019, 729 , note F. Danos, « Servitude et droit réel de jouissance spéciale » ; D. 2019, p. 1689, note J. Dubarry, « Comment cantonner le domaine des droits réels de jouissance spéciale pour préserver celui des autres droits réels ? » ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? ». La distinction entre la répartition des utilités et celle d'une fraction du fonds n'est cependant pas toujours évidente. Sur ce point, *infra*., n° 493 et s. ; n° 505 et s.

622 En ce sens, D. Sizaire, « Une inquiétante confirmation d'une jurisprudence restrictive », obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, JurisData n° 2003-019569, Construction – Urbanisme, n° 10, octobre 2003, n° 229. Voir déjà en ce sens ; D. Sizaire, « Les limites du concept de servitude », note sous Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, Construction – Urbanisme, n° 10, octobre 2001, n° 205, spéc. III, 1.

623 W. Dross, « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? », note sous Cass. civ., 1re, 20 juin 2019, n° 18-10.502, RTD Civ. 2019, p. 905.

légales imposant l'édification, sur le fonds servant, d'installations propres à assurer leur exercice[624]. On retrouve ainsi dans la pratique de nombreuses servitudes nécessitant la pose d'éléments sur le fonds servant qui, part leur appropriation distincte constituent un empiétement, sans que celles-ci ne soient sanctionnées par la Cour de cassation[625].

144. Interdiction des servitudes justifiant un empiétement. En conséquence, sauf à restreindre démesurément le champ d'application des servitudes, il ressort qu'un empiétement peut être la conséquence nécessaire de l'exercice d'une servitude. À l'inverse, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation[626], la servitude ne peut avoir pour simple objet l'empiétement par lui-même[627]. En d'autres termes, si une servitude peut avoir entraîné la création d'un empiétement comme conséquence de l'exercice de l'utilité conférée au fonds dominant, elle ne peut exister à titre principal pour en justifier un. On pourrait être tenté d'objecter qu'une telle distinction est artificielle en ce que l'empiétement implique par lui-même une utilité pour le bâtiment qui le cause, ne serait-ce que par le maintien de son intégrité. Ainsi, la seule présence de l'empiétement justifierait de son utilité pour le bâtiment et donc, de l'existence de la servitude[628]. Ce serait cependant omettre que l'empiétement est dans ce cas l'élément déclencheur de sa propre justification et c'est finalement ici que se situerait l'artificialité : l'empiétement deviendrait le fait générateur nécessaire de l'exercice de la servitude et de l'utilité qu'elle procure en raison de sa seule édification[629]. À s'en tenir à une définition stricte des servitudes – imposant la présence d'au

---

624 Il en est ainsi des servitudes d'aqueduc, prévues par les articles L. 152-14 à L. 152-16 du Code rural, des servitudes d'appui permettant l'édification d'un barrage, prévues aux articles L. 152-17 à L. 152-19 du Code rural des eaux, ou encore de la servitude d'écoulement des eaux prévue aux articles L. 151-20 à L. 152-23 de ce même Code.

625 Sans prétendre à l'exhaustivité qu'il est impossible d'atteindre sur cette question, nous pouvons rappeler l'existence de nombreuses servitudes administratives, la validation des servitudes d'enseigne ou encore de celles permettant la pose de canalisation sur le fonds servant. Ainsi, la Cour de cassation a pu valider l'existence de servitudes d'aqueduc ou de puisage, de raccordement aux réseaux de distribution d'eau et d'énergie. Sur ce dernier point, voir Cass. civ., 3ème, 8 avril 2010, n° 09-10.301 et Cass. civ., 3ème, 14 juin 2018, n° 17-20.280 acceptant le principe d'une servitude de passage impliquant la pose de canalisations dans le tréfonds servant à titre de servitude dès lors que l'acte le prévoit expressément.

626 Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2007, *op. cit*. Pour une application récente de ce principe, Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*.

627 Nous pouvons également trouver le refus par la Cour de cassation d'accepter qu'une servitude n'existe que par l'existence d'un empiétement non consolidé. Ainsi, une servitude de vue ne peut justifier à elle seule l'existence d'un empiétement : la première n'a pas besoin du second pour exister.

628 Une telle interprétation pourrait par ailleurs correspondre en apparence à la solution rendue par la Cour de cassation le 12 mars 2008 (Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164, JCP G, 2008, II, 10161, note P. Dechenaud ; D. 2008, p. 919, obs. G. Forest ; p. 1224, note A.-C. Monge ; AJDI 2008, p. 795, note S. Prigent ; RDI 2008, p. 202, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2009, p. 142, note Th. Revet), dans laquelle elle approuve l'acquisition de la servitude de surplomb en raison de l'intérêt architectural de l'édifice.

629 Pour un raisonnement proche, centré sur le fait qu'un intérêt architectural ne provient pas de l'espace occupé mais de l'édifice : Th. Revet, « Une dénaturation : la validation, comme servitude de surplomb, du débordement aérien d'un immeuble », note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, RTD Civ. 2009, p. 142.

moins deux fonds, l'un dominant et l'autre servant – les servitudes d'empiétements devraient donc être proscrites[630].

145. Importance de la possibilité de modification de l'assiette de l'empiétement. La possibilité de modification de l'assiette des servitudes permettrait également de soutenir la distinction entre les servitudes justifiant un empiétement et les servitudes produisant un empiétement. Bien que logiquement très encadrées[631] et ne pouvant permettre de nuire à l'utilité poursuivie par la servitude en elle-même, de telles modifications sont possibles tant en matière civile[632] qu'administrative[633]. Elles permettent de modifier le passage de canalisations[634] ou encore d'ouvrages – ligne ou pylône – traversant le fonds d'autrui[635]. S'il est incontestable que de tels ouvrages entraînent un empiétement sur le fonds d'autrui, il n'en reste pas moins que cet

630 Pour une remise en cause de cette prohibition par le constat selon lequel la propriété superficiaire n'emporte pas l'acquisition de l'espace occupé par son objet, *infra*., n° 534 et s.

631 Ainsi, une telle modification sera impossible lorsqu'elle porte sur une servitude instituée pour le transport ou le stockage de matières dangereuses (respectivement prévus aux articles L. 555-1 et suivants du Code de l'environnement et diverses dispositions émanant du Code minier et du Code de l'environnement selon la nature de l'élément stocké) ou encore pour les canalisations lorsqu'elles concernent l'exercice d'une servitude administrative de passage de gaz. L'article L. 433-6 du Code de l'énergie qui ouvrait la possibilité pour le propriétaire du fonds servant de demander la modification du passage des canalisations a été supprimé par l'article 38 de la loi n°2013-619 du 16 juillet 2013 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable (Sur ce point, J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Grandes catégories*, Fasc. 392, n° 94). Il n'en reste pas moins que dans le cas où la servitude vient bloquer de façon permanente et perpétuelle l'utilisation d'une partie du fonds servant comme cela peut être le cas lors du stockage de matière dangereuse, l'opération semble davantage s'apparenter à une expropriation que l'établissement d'une servitude.

632 L'alinéa 3 de l'article 701 du Code civil prévoit en ce sens, que « si cette assignation primitive [le passage des éléments sur le fonds servant] était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser ».

Sauf à retenir une interprétation particulièrement stricte des termes « réparations avantageuse », il découle donc de cet article la possibilité, pour le propriétaire du fonds servant, de modifier l'assiette de la servitude qui grève son fonds afin de permettre la réalisation d'une construction sur la portion servant d'assiette ou d'en modifier l'affectation. Une condition stricte existe cependant, celle-ci refusant à une telle modification d'entraîner une incommodité du propriétaire du fonds dominant dans l'exercice de ses droits.

À cette condition s'ajoute une logique processuelle émanant du droit positif, qui semble conditionner le changement d'assiette souhaité par le propriétaire du fonds à un accord préalable de la part du propriétaire du fonds dominant ou de l'autorisation judiciaire constatant la réalisation des conditions de l'article 701 du Code civil. En ce sens, W. Dross, « L'opposition du propriétaire du fonds dominant au changement d'assiette de sa servitude », note sous Cass. civ., 3ème, 10 septembre 2020, n° 19-11.590, RTD Civ. 2021, p. 167 ; Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 16-15.944.

633 Sur cette question, G. Liet-Veaux, J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Théorie générale*, Fasc. 390, n° 11 et s. ; J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Grandes catégories*, Fasc. 392, n° 76 et s. (Passage des lignes électriques).

634 La modification du passage des canalisations publiques d'eau et d'assainissement est autorisée en vertu de l'article R. 152-15 du Code rural et de la pêche maritime.

635 À propos du passage de lignes électriques, l'article L. 323-6 du Code de l'énergie dispose que « La servitude établie n'entraîne aucune dépossession.

La pose d'appuis sur les murs ou façades ou sur les toits ou terrasses des bâtiments ne peut faire obstacle au droit du propriétaire de démolir, réparer ou surélever. La pose des canalisations ou supports dans un terrain ouvert et non bâti ne fait pas non plus obstacle au droit du propriétaire de se clore ou de bâtir ».

empiétement, bien que nécessaire, reste détaché de l'utilité conférée par la servitude. Celle-ci pourra ainsi subir une modification de son assiette et maintenir le propriétaire du fonds servant dans la plénitude de son pouvoir de propriétaire. En conséquence, un propriétaire peut, s'il projette l'édification d'une construction entrant en conflit avec une servitude administrative, demander la modification de l'assiette de passage de la servitude et le déplacement des ouvrages afférents – que cela implique de simples canalisations d'eau, des lignes électriques[636], ou le déplacement de pylônes[637]. Il devrait en être de même en matière civile, même si deux points viennent amoindrir l'effectivité de cette possibilité. D'une part, les frais afférents à la modification sont à la charge exclusive du propriétaire du fonds servant lorsqu'il est l'auteur de la demande[638] et d'autre part, l'article 701 du Code civil précise que le propriétaire du fonds dominant ne doit pas être incommodé par cette modification. Il n'en reste pas moins que le principe ouvrant la modification de l'assiette persiste. L'utilité générée par la servitude apparaît donc bien distinctement de l'empiétement en lui-même : malgré des limites justifiées par l'utilité conférée par la servitude, le propriétaire du fonds servant peut recouvrer la plénitude de son pouvoir de propriétaire sur la partie occupée par les éléments utiles à la servitude[639].

2. Le risque de destruction des empiétements

146. Application du principe : risque de démolition de l'empiétement. Lorsque les balcons et terrasses sont des excroissances matérielles du volume auquel ils sont accrochés, ils restent la propriété du propriétaire de ce volume, tout en étant situés dans un espace relevant d'un autre volume ou de la propriété du sol. En conséquence, la situation est bien constitutive d'un empiétement : la Cour de cassation ne distingue pas selon la nature de ce dernier et retient régulièrement l'empiétement aérien[640]. La pratique notariale a pu être tentée de résoudre la question par l'établissement d'une « servitude d'empiétement » ou, lorsque cela implique un empiétement de l'espace, d'une « servitude de surplomb ». L'objectif alors poursuivi est de pérenniser l'empiétement par l'établissement d'une servitude dont il est l'objet principal[641]. Plus

636 Pour la surélévation de lignes électrique dues à l'édification d'un immeuble sur le fonds surplombé : Pau, 16 juin 1980, « EDF c/ Établissements Silandes », JCP. N. 1983-II, II-jurisprudence, p.144 ; également, Cass. civ., 3ème, 4 avril 2001, n° 00-70.079.

637 Cass. civ., 3ème, 19 juin 2002, n° 00-11.904, RDI 2002, p. 383, note J.-L. Bergel.

638 Cass. civ., 3ème, 27 octobre 1993, n° 91-17.024.

639 La situation est bien différente lorsque l'empiétement est causé par une portion du bâti, qui, si elle confère une utilité certaine à ce dernier, ne peut voir son assiette modifiée en raison de l'implantation même de l'édifice auquel il est rattaché. Sur cette question, *infra*., n° 481 et s.

640 Cass. civ., 3ème, 22 mars 1972, n° 71-10.167 ; Cass. civ., 3ème, 15 juin 2011, n° 10-20.337 ; Cass. civ., 3ème 10 novembre 2016, n° 15-19.561 ; Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 15-17.278.

641 Sur cette question, *infra*., n° 487 et s.

spécifiquement, en matière de construction en volumes, il s'agit soit de sécuriser les empiétements issus de la différence entre les délimitations du volume et la construction, soit d'assurer la présence des excroissances de l'immeuble – balcons et terrasses de l'immeuble – lorsqu'ils ne font pas partie des volumes et sont donc situés dans le prolongement horizontal de ces derniers. Or, nous venons de voir qu'une servitude ne devait pas permettre la justification à titre principal d'un empiétement. La nullité des servitudes dans cette hypothèse implique donc un retour vers la sanction de l'empiétement en cas de litige et, partant, vers la sévérité de la Cour de cassation, qui impose immanquablement[642] sa destruction[643].

642 La Cour de cassation est en effet particulièrement sévère dans sa sanction des empiétements. Non seulement elle considère que l'action tendant à mettre fin à l'empiétement est une action en défense du droit de propriété qui ne saurait dégénérer en abus (Cass. civ., 3ème, 7 juin 1990, n° 88-16.277 ; Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1990, n° 88-18.601, RTD Civ. 1991, p. 562, note F. Zenati ; Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, n° 16-25.406, JCP N 2018, 1190, note M. Destreguil), mais elle refuse également de procéder à un contrôle de proportionnalité (Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-19.561 et n° 15-21.949 ; Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, *op. cit.*) et de constitutionnalité (Cass. civ., 3ème, 15 décembre 2016, n° 16-40.240), justifiant ainsi la démolition de tout empiétement, quelle que soit son importance (pour la démolition d'un empiétement de 0,5 cm, Cass. civ., 3ème, 20 mars 2002, n° 00-16.015) et les conséquences pour son auteur (Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, *op. cit*.).

La Cour de cassation a récemment justifié sa position dans son rapport annuel de 2016 (Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2016, p. 220 et s.). Après avoir rappelé à cette occasion que les conséquences des solutions de compromis entraînant l'absence de démolition proposée par la doctrine ne sont pas opportunes (p. 223), elle poursuit en affirmant que l'empiétement implique pour la victime « une privation de son droit de propriété sur la fraction de terrain concerné » (p. 224), ce qui justifie d'une protection particulièrement stricte sous peine de porter atteinte au caractère absolu de la propriété.

Elle poursuit son rapport en énonçant que l'auteur de l'infraction ne peut bénéficier de la protection de l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales garantissant le droit au respect aux biens (CESDH), en ce qu'il « ne justifie que de son intérêt particulier » alors que protéger le droit de propriété sur un bien d'un empiétement procède de l'intérêt général (*ibid*.). La Cour confirmera par ailleurs ce point dans un nouvel arrêt (Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, n° 16-25.406, AJDI 2018, p. 375, obs. F. Cohet ; RDI 2018, p. 215, obs. E. Gavin-Milan-Oosterlynck) dans lequel elle affirme « que l'auteur de l'empiétement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [*sic*] dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiétement ».

Enfin, elle termine son rapport en évoquant l'atteinte que causerait un contrôle de proportionnalité sur la sécurité juridique par la validation préalable des empiétements que cela entraînerait et l'incertitude de la résolution du litige (p. 225). Déjà en ce sens, H. Périnet-Marquet, « Empiétement et droit constitutionnel », note sous Cass. civ., 3ème, 11 février 2016, n° 15-21.949, Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2016, repère 3. L'auteur remarque très justement qu'un contrôle de proportionnalité en matière d'empiétement « suppose de reconnaître une sorte de droit préalable à un empiétement dont la démolition ne pourrait être ordonnée que si un intérêt général et proportionné de maintien de la construction ne s'y oppose pas » ; J.-L. Bergel, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-17.616, RDI 2021, p. 350 : « La protection intangible de l'intégrité de la propriété est préférable à tout risque d'encouragement à y porter atteinte du fait d'une simple menace de dommages-intérêts ». *Adde*., J.-B. Seube, obs. sous Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-19.561, Droit et Pat. 2017, n° 270, juin 2017, p. 52, spéc., p. 55. L'auteur reprend les critiques précédentes et ajoute que la connaissance pour l'auteur de l'empiétement de la possibilité de ne pas être sanctionné par sa destruction pourrait encourager leur commission, motivée par la recherche d'un profit issu de la surface gagnée par l'empiétement. Il précise par ailleurs que cette pratique risquerait de ne pas être contenue par la crainte des sanctions alternatives à la destruction, à savoir les dommages et intérêts ou le paiement du prix de la valeur de la portion de terrain empiété.

643 Il faut néanmoins préciser que la destruction ne concerne que la portion qui empiète effectivement, si bien qu'il n'est pas toujours nécessaire de détruire l'intégralité de l'élément concerné si une simple réduction est possible. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-25.113 (Sur cet arrêt, N. Reboul-Maupin, *op. cit*., n° 11 et s., qui entrevoit dans le choix de limiter la destruction au rabotage une première étape vers la reception de la proportionnalité (n° 14)). Encore faut-il ordonner la démolition de ces éléments. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-17.616, arrêt dans lequel la Cour de cassation vient censurer une cour d'appel ayant débouté le demandeur de son action en destruction du mur dont une portion causait un empiétement au motif que les débordements de faible ampleur étaient « rectifiables d'un coup de pioche ». La Cour de cassation ne vient pas ici remettre en question le principe selon lequel

147. Assouplissement de la sanction par le contrôle de proportionnalité ? Si cette sévérité reçoit les faveurs de la pratique notariale[644], elle reste majoritairement critiquée en doctrine[645]. Plusieurs éléments ont pu laisser penser à un assouplissement de l'intransigeance de la sanction en matière d'empiétement. Ainsi, Monsieur Terrier a pu annoncer en 2015, alors qu'il était président de la troisième chambre de la Cour de cassation, sa volonté d'en adoucir les conséquences[646]. Plus encore, dans un arrêt du 19 décembre 2019[647], la Cour de cassation a entendue soumettre au contrôle de proportionnalité la destruction d'un empiétement causé par le propriétaire du fonds

seuls les éléments empiéteurs se doivent impérativement d'être détruits, mais rappelle simplement qu'une mesure de démolition en cessation d'empiétement se doit d'être ordonnée. Ainsi, la cour d'appel aurait dû accompagner son refus de la démolition de l'intégralité du mur d'une obligation de raboter la portion empiétante de celui-ci dans les limites des propriétés respectives des parties.

644 Ainsi, la deuxième proposition faite en 2016 par la première commission du 112e Congrès des notaires de France avait pour objet de limiter les sanctions de démolition des empiétements minimes sur le fonds d'autrui lorsque certaines conditions étaient remplies (bonne foi de l'auteur de l'empiétement, prescription de l'action par cinq ans et possibilité de demander au juge de procéder au transfert de l'assiette foncière de l'empiétement au propriétaire de l'empiétement moyennant indemnité). Cette proposition fut rejetée par le congrès en raison de l'atteinte que cela porte au droit de propriété de la victime de l'empiétement. Voir aussi, pour l'approbation de la sévérité de la Cour de cassation en la matière P. Vignalou, note sous Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, Defrénois, octobre 2020, n° 164v9, p. 32.

Un assouplissement peut néanmoins se dessiner lorsqu'il est justifié par des intérêts considérés supérieurs à la seule protection de la propriété privée. Ainsi, le 114e Congrès des notaires de France à adopté en 2018 la troisième proposition de la troisième commission visant à intégrer dans le Code civil « une servitude légale d'isolation permettant au propriétaire d'un bâtiment édifié en limite de propriété […] de procéder à des travaux d'isolation avec emprise au sol ou aérienne sur le fonds voisin ». Remarquons tout de même qu'en justifiant l'empiétement par la recherche d'une utilité extérieure à sa propre consolidation – l'isolation du bien à des fins de protection de l'environnement – la situation visée ne correspond pas exactement aux situations de servitudes d'empiétement habituellement sanctionnées par la Cour de cassation. À noter que l'adoption de cette proposition fut malgré tout celle adoptée avec le moins de suffrages en sa faveur. Sur ce point, F. Letellier, « Les notaires et les empiétements », Defrénois, juin 2018, n° 137b3, p. 24.

Précisons que la loi a récemment consacré une idée très proche sans toutefois la qualifier de servitude. La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite, loi « climat et résilience ») a intégré un nouvel article L. 113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation. Celui-ci prévoit la mise en place d'un « droit de surplomb », qui permet à un propriétaire d'empiéter en surplomb sur le terrain d'autrui afin de permettre une isolation thermique extérieure d'un bâtiment existant. Ce « droit de surplomb », qui ne bénéficie d'aucune qualification légale, reste particulièrement encadré. Ainsi, l'article L. 113-5-1 du Code de construction et de l'habitation prévoit qu'il soit conditionné à « une indemnité préalable au bénéfice du propriétaire du fonds surplombé », mais également qu'il ne peut s'établir qu'à « deux mètres au moins au-dessus du pied du mur, du pied de l'héberge ou du sol, sauf accord des propriétaires des deux fonds sur une hauteur inférieure ». En outre, cet article prévoit que l'empiétement réalisé ne pourra dépasser trente-cinq centimètres et reste conditionné au fait qu'« aucune autre solution technique ne permet d'atteindre un niveau d'efficacité énergétique équivalent ou que cette autre solution présente un coût ou une complexité excessifs ».

645 Celle-ci propose de nombreux axes permettant un assouplissement de la jurisprudence de la Cour de cassation, considérée excessive et antiéconomique. Pour un résumé des diverses propositions : W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 405-1 et s., p. 742 et s. ; E. Gavin-Millan-Oosterlynck, « La multitude des arguments inopérants dans la jurisprudence de l'empiétement », RDI 2018, p. 215. Voir également, en faveur d'un assouplissement de la sanction, N. Reboul-Maupin, « Les empiétements présents et à venir sur le terrain d'autrui : plaidoyer pour plus d'efficacité et d'équité dans la mise en œuvre de la sanction », LPA, 7 juillet 2017, n° 127v2, p. 12 ; M.-S. Bondon, « L'empiétement, pour la fin d'une approche moniste », D. 2020, p. 1964. L'auteur, partant du principe que l'empiétement ne procède pas en une expropriation mais d'une simple situation illicite résultant de l'atteinte subie par le propriétaire victime (Déjà en ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 404-1, p. 740), propose d'ouvrir la possibilité de demander au juge le versement de dommage et intérêt en contrepartie de la tolérance du propriétaire victime de maintenir durablement cette situation (Voir déjà, N. Reboul-Maupin, *op. cit*., n° 12, qui propose – en cas de bonne foi de l'empiéteur et d'un empiétement minime – de permettre la prise en compte des retombées économiques et sociales de la destruction afin de remplacer cette sanction par une « indemnisation-réparation tenant compte de la valeur du fonds empiété, de la plus-value réalisée grâce à l'empiétement et du préjudice qu'il a causé » (*ibid.*)) .

servant sur l'assiette d'une servitude grevant son bien[648]. Enfin, et d'une façon plus générale, certains ont pu noter que la démolition de l'immeuble semble se mesurer de plus en plus comme une sanction subsidiaire s'ouvrant au contrôle de proportionnalité[649]. Malgré tout, il n'est pas certain que l'inflexibilité de la Cour de cassation en matière d'empiétement en propriété soit remise en cause.

147.1. Pour bien comprendre ce point, il convient de revenir sur les faits ayant abouti au contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 décembre 2019[650] et de les mettre en perspective avec les situations d'empiétements en propriété. À première vue, la question des empiétements en propriété est étrangère à celle au cœur de l'arrêt du 19 décembre 2019. Ce dernier effectue un contrôle de proportionnalité à propos d'un empiétement qui portait sur l'assiette d'une servitude de passage, les ouvrages litigieux appartenant au propriétaire du fonds servant. Aucun empiétement en propriété n'était donc impliqué. De cette unique constatation, on pourrait en déduire que si cet arrêt présente sans doute une ouverture vers l'introduction d'un tel contrôle en matière d'empiétement de la propriété d'autrui[651], cela ne procède que d'une lecture audacieuse de l'arrêt en cause. Cela impose en effet de transposer une solution rendue en matière de servitude dans laquelle n'existe aucun empiétement en propriété à une situation dans laquelle se produit précisément un empiétement de la propriété[652]. À l'appui de cette critique, rappelons que la

---

Nous pouvons également citer l'article 539 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil issue des travaux de l'association Henri Capitant, qui proposait en 2009, de prescrire l'action en démolition d'un empiétement inférieur à 0,30 mètres par un délai de deux ans à compter de la connaissance de celui-ci tout en fermant en tout état de cause l'action après un délai de dix ans à compter de l'achèvement des travaux. L'article prévoit également à son alinéa 2 que l'une des parties au litige puisse demander au juge le transfert de la propriété de l'assiette de l'empiétement à son auteur moyennant indemnité. Poursuivant logiquement cette idée tout en concédant l'imperfection des critères de la bonne foi et de l'ampleur de l'empiétement : H. Périnet-Marquet, « La Cour de cassation ne déconstruit pas sa jurisprudence sur la démolition », Defrénois, mars 2017, n° 126c9, p. 359.

646 S. Michelin-Mazéran, « Empiétement de construction : un appel à la tolérance », Opération immobilière, mars 2015.

647 Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, Droit rural, n° 483, comm. 92, note E. Meiller ; D. 2020, p. 1092, note R. Boffa ; RDI 2020, p. 142, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2020, p. 416, note W. Dross ; Defrénois, août 2020, n° 160x4, p. 29, note J. Laurent.

648 Dans cet arrêt, la Cour de cassation accepte de procéder à un contrôle de proportionnalité pour décider de l'éventuelle destruction d'une construction faite par le propriétaire du fonds servant sur son propre terrain, mais qui empiétait sur l'assiette d'une servitude de passage grevant ce dernier et portait ainsi atteinte à l'exercice du droit de propriété du fonds dominant.

649 Pour un compte rendu de ces assouplissements successifs : A. Caston, M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », RDI 2020, p. 647.

650 Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*

651 En ce sens, P.-L. Niel, « Empiétement et construction sur la propriété d'autrui : bilan et perspective du contrôle de proportionnalité », AJDI 2020, p. 255 ; A. Gaston, M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », *op. cit.*

652 R. Boffa, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*, spéc., n° 9 et s. ; J. Laurent, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.* Voir déjà dans le même sens, H. Périnet-Marquet, « La Cour de cassation ne déconstruit pas sa jurisprudence sur la démolition », Defrénois, mars 2017, n° 126c9, p. 359.

Cour de cassation avait déjà refusé de sanctionner des empiétements portant sur l'assiette d'une servitude, au motif que ceux-ci « étaient minimes, [et] qu'ils ne diminuaient pas l'usage de la servitude et n'en rendaient pas l'exercice plus incommode »[653].

147.2. Pour autant, on a pu relever très justement qu'à partir du moment où l'on rétablit la véritable nature des servitudes, il n'y avait aucune raison de ne pas transposer cette solution aux empiétements de propriété. En effet, en observant que les servitudes sont en réalité une redéfinition des utilités du fonds dominant par l'ajout de certaines utilités issues du fonds servant, cela invite *a priori* à ne faire aucune différence de traitement. Dans les deux cas, l'empiétement porte une atteinte à la propriété de la victime[654] et devrait, par principe, pouvoir bénéficier d'un contrôle de proportionnalité sur les mêmes critères que celui ayant été effectué dans cet arrêt du 19 décembre 2019[655]. La particularité de la solution de cet arrêt viendrait alors de la nature de l'utilité dont l'assiette est empiétée. Il s'agissait d'une servitude de passage, ce qui implique par essence un partage de l'utilité en cause. Il ressort de cette observation que la démolition ne pouvait se faire au regard du régime attaché à l'empiétement sur le fonds d'autrui dès lors qu'il n'y avait pas lieu – en l'espèce – de protéger l'appropriation exclusive d'une utilité, mais bien plus d'arbitrer l'utilisation commune de cette dernière[656].

148. Indices du maintien du refus de contrôle de proportionnalité. En tout état de cause et quelle que soit la compréhension de la notion de servitude que l'on retient, la concrétisation en droit positif du contrôle de proportionnalité des empiétements sur le fonds d'autrui n'est absolument pas assurée[657]. Bien qu'appelé de leurs vœux par certains auteurs[658], un tel assouplissement de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'empiétement sur le terrain d'autrui nécessiterait pour cette dernière de revenir sur sa fermeté en matière de protection de l'atteinte au droit de propriété[659]. Or, cette inflexibilité reste confirmée par pléthore de décisions récentes – toutes

---

653 Cass. civ., 3ème, 14 janvier 2016, n° 14-20.247.

654 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*

655 *Ibid.*

656 *Ibid.*

657 W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.* ; A. Gaston, M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », *op. cit.*

658 Dernièrement, voir : P.-L. Niel, « Empiétement et construction sur la propriété d'autrui : bilan et perspective du contrôle de proportionnalité », AJDI 2020, p. 255 ; A. Gaston, M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », *op. cit.* ; M.-S. Bondon, « L'empiétement, pour la fin d'une approche moniste », D. 2020, p. 1964.

659 En ce sens, R. Boffa, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*, spéc., n° 4 à 8 ; W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*

publiées au bulletin – refusant tout contrôle de proportionnalité en la matière[660]. Plus encore, l'acceptation d'un empiétement minime sur l'assiette d'une servitude lors d'un arrêt rendu le 14 janvier 2016[661] n'a pas empêché la Cour de cassation de maintenir sa jurisprudence particulièrement stricte en matière d'empiétement sur la propriété d'autrui quelques mois plus tard[662] et de rappeler les fondements et l'importance d'une telle sévérité dans son rapport annuel de la même année[663].

149. Confirmation du refus du contrôle de proportionnalité. Par ailleurs, la Cour de cassation est récemment venue porter un coup de boutoir à l'interprétation selon laquelle l'arrêt du 19 décembre 2019[664] amènerait à introduire le contrôle de proportionnalité dans la sanction des empiétements en propriété. Postérieurement à ce dernier arrêt, la Haute juridiction judiciaire est venue rappeler son inflexibilité concernant la sanction de l'empiétement en propriété de la même manière qu'en 2016. Cette décision, en date du 9 juillet 2020[665], est dénuée de toute ambiguïté sur ce point, bien que la question de la démolition de l'empiétement ne soit pas au cœur de la décision. L'affaire portait sur le refus, par le juge, de la constatation d'une acquisition par voie d'usucapion abrégée et son approbation d'une demande en bornage tendant à faire apparaître l'empiétement d'une parcelle causé par une construction sur le terrain voisin. Le second moyen du pourvoi en cassation entendait démontrer que la solution rendue par les juges du fond imposant l'action en bornage afin de constater l'empiétement s'avérait disproportionnée. La Cour de cassation rejette le moyen au motif que le demandeur « n'est pas fondé à invoquer le principe de proportionnalité pour contester la fixation de la limite séparative révélant l'existence d'un empiétement de sa construction sur la parcelle contiguë, dès lors que cet empiétement porte atteinte au droit au respect des biens du propriétaire de cette parcelle »[666]. Par cette formule, la Cour de cassation rappelle sa ligne directrice exposée en 2016. Elle semble ainsi maintenir son refus de procéder à tout contrôle de

660 Ainsi en matière d'empiétement : Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-19.561 et n° 15-21.949 ; Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, *op. cit.* N° 16-25.406. Voir également le rapport annuel 2016 de la Cour de cassation sur cette question (Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2016, p. 220 et s.).

Sur un autre domaine que l'empiétement, mais marquant toujours le refus de procéder à un contrôle de proportionnalité sur le fondement de la protection de l'atteinte au droit de propriété : Cass. civ., 3ème, 4 juillet 2019, n° 18-17.119. Voir également, pour un contrôle objectif de proportionnalité aboutissant à un refus de disproportionnalité de l'expulsion de l'occupant illégal d'un terrain et de la destruction de son domicile au regard à la protection de la propriété du propriétaire du terrain : Cass. civ., 3ème, 17 mai 2018, n° 16-15.792.

661 Cass. civ., 3ème, 14 janvier 2016, n° 14-20.247.

662 Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-19.561 et n° 15-21.949.

663 Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2016, p. 220 et s.

664 Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*

665 Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, n° 18-11.940, RDI 2020, p. 589, note J.-L. Bergel, Defrénois, octobre 2020, n° 164v9, p. 32, note P. Vignalou.

666 Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, *op. cit.*

proportionnalité en matière d'empiétement sur le fonds d'autrui en plaçant la protection du droit de propriété de la victime de l'empiétement comme supérieurs aux autres droits et libertés fondamentaux dont pourrait se prévaloir l'empiéteur[667]. Dès lors, la persistance de cette jurisprudence pourrait fragiliser l'attrait et la pérennité des divisions privilégiant la simplicité géométrique des volumes en sanctionnant les empiétements survenant une fois l'édifice construit.

3. L'application aux constructions en volumes

150. Suppression de l'empiétement par le récolement. En réalité, bien qu'inévitables en pratique[668], les empiétements résultants des différences entre les plans délimitant les volumes et leur réalisation ne posent en pratique que peu de difficultés. Même si la doctrine a un temps préconisé l'établissement d'une servitude générale d'empiétement afin de sécuriser ces différences[669], l'incertitude de la solution a poussé la pratique à procéder aux opérations de récolement, qui consistent à modifier les plans initiaux pour les faire correspondre avec leur réalisation concrète. Ainsi, les empiétements constatés ne poseront pas de difficultés en ce qu'ils sont amenés à disparaître rapidement[670], dès lors que l'opération de récolement est prévue dès l'origine dans les actes[671]. Si tel n'est pas le cas et en l'absence d'accord à procéder au récolement, l'empiétement pourrait théoriquement toujours être sanctionné, même à la demande d'un acquéreur successif du bien – la connaissance de l'empiétement lors de l'acquisition n'étant pas un frein à l'obtention de la démolition dès lors qu'il est constaté[672].

---

667 Également en ce sens, P. Vignalou, note sous Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, *op. cit.*

668 Différences que même l'utilisation de plus en plus fréquente du B.I.M. ne parvient pas à totalement supprimer.

669 P. Walet, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Construction en volumes*, n° 108 ; D. Sizaire, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes, application et mise en œuvre*, Fasc. 107-20, n° 23 (Version remplacée depuis le 23 septembre 2013 par N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20). L'auteur indiquait au sujet de ces empiétements qu'ils devraient alors être supportés « en vertu d'un principe de servitude ».

670 L'opération de récolement pose néanmoins une difficulté en ce qu'elle démontre l'existence d'une différence entre la chose prévue contractuellement et celle effectivement livrée, qui peut entraîner un manquement aux obligations contractuelles en cas de différence notable.

671 En l'absence d'autorisation préalable, l'opération de récolement devra réunir l'accord de l'ensemble des co-volumiers concernés en ce qu'elle va modifier les limites initiales de leur volume, situation potentiellement vectrice de conflits (N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, n° 6. À noter que l'auteur utilise le terme de « recollement » comme synonyme à celui de « récolement »).

Nous pouvons dès à présent remarquer que cette opération implique l'acceptation par les acquéreurs que l'objet de propriété porte en réalité, non pas sur le volume abstrait initial, mais sur celui présent après le récolement qui correspond aux limites matérielles de l'édifice.

672 Cass. civ., 3ème, 20 janvier 2009, n° 07-21.758, Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2009, comm. 43, note M.-L. Pagès de Varenne.

151. Application nuancée de la sanction de l'empiétement en matière de construction en volumes ? Peut-être faut-il relativiser le caractère automatique de cette sanction en matière de construction en volumes. Une première limite à la démolition pourrait apparaître en raison de la destination commune de l'ensemble divisé en volumes et de l'imbrication de ces derniers : il serait envisageable d'imaginer que la démolition ne puisse avoir lieu si elle implique la destruction de l'ensemble, dès lors que cela porterait atteinte à des tiers totalement extérieurs à l'empiétement litigieux.

151.1. Ensuite, un assouplissement a pu apparaître en 2008, lorsque la Cour de cassation a de nouveau accepté – dans des circonstances très spécifiques – la prescription acquisitive d'une servitude de surplomb[673], solution qu'elle réitérera quelques années plus tard à des circonstances plus générales[674]. Cependant, l'incertitude persiste dès lors qu'elles semblent limitées à des situations de léger débord en surplomb et qu'un arrêt récent a pu remettre en cause la reconnaissance générale de telles servitudes, en invalidant une servitude assurant au propriétaire d'une fraction d'un immeuble en copropriété de pouvoir maintenir le surplomb de son bien sur un fonds ne lui appartenant pas[675]. Cet arrêt, couplé au maintien de l'affirmation prohibant les servitudes d'empiétement, peut laisser penser que la reconnaissance par le juge de la servitude de surplomb restera limitée aux situations de débord trentenaire et peinera à apporter une solution fiable à la somme des situations d'empiétement que l'on peut trouver dans le cadre d'une construction en volumes[676].

152. Renonciation expresse à la démolition. En réalité, la solution pourra simplement venir de l'ajout d'une clause faisant état d'une renonciation à la démolition par le propriétaire empiété[677]. La

673 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164, JCP G, 2008, II, 10161, note P. Dechenaud ; D. 2008, p. 919, note G. Forest ; p. 1224, note A.-C. Monge ; AJDI 2008, p. 795, note S. Prigent ; RDI 2008, p. 202, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2009, p. 142, note T. Revet.

674 Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377, RTD Civ. 2013, p. 414, note W. Dross.

675 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*

676 Cette reconnaissance limitée laisse penser que le juge est réticent à l'idée d'appliquer pleinement les conséquences de la prescription acquisitive à la propriété de l'espace. En effet, en matière d'empiétement de surface, la prescription acquisitive porte sur l'assiette de l'empiétement, même lorsque celle-ci est minime. Appliquée au volume d'espace qu'empiète la construction en surplomb, ce n'est pas une servitude qui aurait dû être acquise, mais bien le volume d'espace que recouvre la construction, ce que semble refuser la Cour de cassation. Sur ce point, *infra*., n° 481 et s.

677 Cette possibilité se trouvait en filigrane dans un arrêt de la Cour de cassation de 1996 (Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1996, n° 95-12.004) dans lequel les juges acceptent qu'un empiétement aérien ne soit pas sanctionné dès lors qu'il a été accepté en connaissance de cause par le propriétaire du fonds empiété. Quelques années plus tard, des juges du fonds (Poitiers, 29 janvier 2002, JurisData n° 2002-175021) ont soutenu la même idée à l'occasion d'un empiétement en surface, approuvant l'efficacité d'un renoncement conventionnel à la démolition.

technique de la servitude étant incertaine pour régler ces questions d'empiétement[678], il sera donc préférable, soit de prévoir une renonciation à la démolition dans les actes de vente successifs[679], soit de complexifier les figures géométriques servant de délimitation des volumes afin de permettre l'incorporation des petits éléments architecturaux de l'immeuble dans les volumes respectifs de chaque propriétaire concerné[680]. La première solution peut sembler préférable, même si un état descriptif de division peut faire apparaître un grand niveau de détail. En effet, bien que les excroissances classiques – balcon, terrasse – peuvent être prises en compte dans les contours des volumes sans trop de difficulté, ce ne sera pas toujours le cas à propos des légers débords qui viendraient complexifier à outrance les limites de la propriété des parties. Plus pernicieux encore, il est possible de trouver des micro-empiétements issus d'élément attaché à un volume ne pouvant pas apparaître en raison, soit de leur mouvement, soit de leur taille trop insignifiante pour justifier une représentation précise dans l'état descriptif de division[681]. À titre d'exemple, nous pouvons penser à la présence de volets à battant lorsque le volume voisin commence à l'extérieur des murs de façade. Le recours à la renonciation à la démolition semble donc préférable, mais il faudra s'assurer que celle-ci apparaisse bien de façon expresse dans le cahier des charges de la division en volumes et les actes de cessions successifs afin que celle-ci puisse être opposable aux sous-acquéreurs[682]. Il faudra ensuite veiller à préciser que celle-ci ne concerne que les éléments structurels de l'immeuble édifié à la suite de la division volumétrique sur plan et ne s'appliquera pas aux éventuels empiétements postérieurs effectués par les co-volumiers.

Paragraphe 2. La compatibilité des servitudes et du domaine public

153. Intérêt de l'indépendance des volumes. Nous venons de voir que le volume immobilier pouvait bénéficier des servitudes afin de gérer les relations primaires qu'il entretient avec ses

678 En ce sens voir notamment, S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiètements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc. p. 180.

679 L'acceptation de l'empiétement du précédent propriétaire ne suffisant pas à caractériser la renonciation à la démolition des acquéreurs successifs, Cass. civ., 3ème, 20 janvier 2009, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 1er juillet 2014, n° 13-18.506, RTD Civ. 2014, p. 917, note W. Dross, « L'acceptation d'un empiétement est-elle opposable au sous-acquéreur ? ».

680 Ainsi, par exemple, Versailles, 18 novembre 2010, n° 09/04281. Le litige portait sur l'empiétement, par l'un des co-volumiers, de la propriété d'une petite portion d'un bâtiment appartenant à un autre, que le contour des volumes représentait distinctement.

681 En ce sens, P. Walet, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Construction en volumes*, n° 104. Cette question se retrouve assez largement en dehors de la construction en volumes et confine aux limites de la représentation volumétrique de la propriété, sur ce point, *infra*., n° 467 et s.

682 Sur ce point, W. Dross, « L'acceptation d'un empiétement est-elle opposable au sous-acquéreur ? », note sous Cass. civ., 3ème, 1er juillet 2014, n° 13-18.506., RTD Civ. 2014, p. 917.

voisins. Cependant, aussi utiles que les servitudes puissent être pour un édifice divisé en volumes, il a fallu s'assurer de leur compatibilité avec le domaine public, ce dernier étant très régulièrement présent dans ce type de montage immobilier. L'incompatibilité de la copropriété avec les règles du domaine public repose en partie, dit-on, sur l'existence d'une indivision forcée des parties communes[683]. Il est alors important d'assurer une indépendance totale des différents propriétaires afin de permettre la mise en place d'une réelle superposition de propriétés et, partant, de rendre possible la multiplication d'affectations. Nous avons vu que cette superposition de propriétés est l'objet même du recours à la technique de division en volumes immobiliers. À ce stade, le problème de compatibilité avec la domanialité publique n'est pourtant pas résolu en totalité. En effet, ce régime d'affectation privilégié ne semble pas s'accommoder de l'immixtion des différents propriétaires dans le processus de gestion de l'immeuble[684]. Si ces derniers points sont abordés de façon précise dans le règlement de l'ensemble immobilier, il faut encore assurer un point de départ limitant au maximum les interactions entre propriétaires tout en assurant la pérennité de l'édifice. Encore une fois, se trouve ici l'intérêt des servitudes. Les relations entre les différents volumes vont donc être limitées à la seule présence de servitudes, garantes à la fois de la prise en compte des nécessaires interactions entre les volumes, mais également du maintien de l'indépendance recherchée.

154. Plan. La création de servitudes impliquant une charge sur les biens domaniaux n'allait pourtant pas de soi, le Conseil d'État ayant rappelé par le passé leur incompatibilité de principe avec ce régime[685]. Si la difficulté est désormais levée depuis l'entrée en vigueur du CGPPP[686], il faut néanmoins revenir sur la situation antérieure (A) afin de sécuriser la solution actuelle à l'ensemble des divisions volumétriques existantes (B).

A. La situation antérieure au CGPPP

154.1. Avant leur consécration légale, les servitudes établies conventionnellement apparaissaient particulièrement fragiles (1) et on a rapidement préféré procéder par voie administrative (2).

683 CE, 11 février 1994, n° 109564, « Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière ».

684 *Supra.*, n° 65 et s.

685 CE, 10 novembre 1954, n° 13.496, « Commune de Chamigny-sur-Yonne », Lebon, p. 658.

686 L'article L.2122-4 du CGPPP dispose en effet que « Des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires […] peuvent grever des biens des personnes publiques […] qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent ».

1. La fragilité des servitudes conventionnelles sur le domaine public

155. Incompatibilité de principe. La servitude étant définie par le Code civil comme « une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »[687], la possibilité d'en établir une sur le domaine public ne semblait pas envisageable. En effet, l'inaliénabilité du domaine public prohibant par principe toute cession de droit réel sur ce dernier, la possibilité d'y établir une charge grevant le bien affecté semblait compromise. La Cour de cassation avait pourtant accepté de longue date – certes implicitement – que des servitudes puissent grever le domaine public dès lors qu'elles respectent l'affectation protégée[688], mais le Conseil d'État, a adopté une position plus stricte. Il refusait catégoriquement la création d'une servitude sur un bien déjà rattaché au domaine public en rappelant « qu'aucune servitude ne peut être valablement instituée sur le domaine public »[689]. Sa rigueur n'a en réalité pas freiné la création d'ensembles immobiliers, qui imposaient pourtant la plupart du temps la création de servitudes grevant des volumes attachés au domaine public. La solution pouvait paraître précaire dès lors que la sanction d'un éventuel litige ne semblait pouvoir se résoudre que par l'affirmation par le juge administratif de l'incompatibilité de la servitude en cause avec les biens domaniaux.

156. Absence d'alternative efficace. En réalité et au-delà de sa précarité, la situation était embarrassante : en cas de litige, le juge déclarant l'incompatibilité de la servitude avec le domaine public aurait eu la requalification à sa charge. Privé de servitudes – alors que le droit en cause en présente tous les caractères – les options envisageables étaient peu nombreuses, et aucune n'apparaissait satisfaisante. La première était la notion de droit d'usage, dont l'établissement sur le domaine public est possible. Une telle pratique, que l'on retrouvait parfois dans l'état descriptif de division en volumes[690], aurait imposé au juge une contorsion de la qualification du droit en cause bien trop éloignée de la réalité juridique pour qu'elle soit satisfaisante. La seconde était la requalification de l'ensemble du montage effectué dont on peine à voir les conséquences : celles-ci pouvaient aller de la négation totale de la superposition des propriétés par l'affirmation de

687 Article 637 du Code civil.

688 Cass. civ., 19 mai 1926, S. 1926, I, 230. Pour une servitude de passage grevant un bien relevant du domaine public, Cass., Req., 30 mai 1932, Gaz. Pal. 1932, II, p. 357. Il faut néanmoins relever les conditions très restrictives de cette possibilité : la chambre des requêtes rappelle la règle selon laquelle « une servitude de passage peut grever le domaine public, alors même que le fonds enclavé ne serait pas totalement encerclé par le domaine public, à la seule condition que le passage soit impossible par ailleurs ». Si la Cour de cassation accepte dans cet arrêt l'établissement de la servitude sur un bien du domaine public, ce n'est qu'en tout dernier recourt, après avoir constaté qu'aucun autre bien ne pouvait garantir l'exercice du droit de propriété par l'établissement d'un accès. La possibilité d'établir une servitude un bien du domaine public est ici acceptée dans l'unique objectif de ne pas générer une enclave totale du fonds dominant vidant le droit de propriété de sa substance.

689 CE, 10 novembre 1954, *op. cit.*

690 P. Sablière, « Les servitudes sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 115, spéc., p. 129.

l'indivisibilité d'un ensemble unique entraînant un retour au régime de l'occupation domaniale, à la perte de la pérennité que permettent les servitudes par leur requalification effective en droit personnel d'usage. Fort heureusement – vraisemblablement, car les intérêts des parties convergeaient vers le maintien de l'organisation conventionnellement prévue – la question n'est, semble-t-il, jamais arrivée en ces termes devant les juridictions administratives.

157. Evolution jurisprudentielle insuffisante. L'absence de litige n'a logiquement pas freiné la volonté de sécuriser les relations entre les parties. Or, dans des affaires extérieures aux ensembles immobiliers, le Conseil d'État avait laissé entrevoir la possibilité d'un maintien des servitudes établies antérieurement au rattachement domanial dès lors, encore une fois, qu'elles restaient compatibles avec l'affectation du bien en cause[691]. Appliquée à la division en volumes, cette idée semblait attrayante et pouvait servir à contourner l'incompatibilité de principe, le volume immobilier immatériel trouvant une nouvelle fois ici un intérêt direct à son existence[692]. En effet, il suffisait de constater que la convention de cession de volumes préexistait à l'existence du domaine public pour admettre l'antériorité et partant, la compatibilité de la servitude si l'affectation protégée n'en était pas atteinte[693]. Trois problèmes se sont néanmoins posés.

157.1. Le premier découle de la différence de traitement liée à la situation initiale du bien : dans le cas d'une préexistence du domaine public à l'ensemble immobilier projeté, l'incompatibilité restait le principe, indépassable en théorie. Le deuxième portait sur la soumission de la légalité du montage à l'appréciation du juge, particulièrement stricte. En effet, on a pu remarquer que lorsqu'il était confronté à cette question, le Conseil d'État a rejeté de façon quasi constante la reconnaissance d'une telle compatibilité[694], questionnant ainsi sur la portée réelle de l'ouverture qu'il avait lui-même établie. Le troisième, plus récent, émanait de l'émergence de la pratique jurisprudentielle

691 CE, 30 mars 1928, « Ministère des Travaux Publics c/ Esquirol », n° 88.187, S. 1929, III, 2 (Décision du Conseil d'État prise en raison de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1926 (Cass. civ., 19 mai 1926, *op. cit.*) déclarant le juge judiciaire incompétent) ; CE, 3 novembre 1933, « Ministre des Travaux publics c/ Sieur Porte », n° 32.446; S. 1934, III, 41, note P.-L. ; CE, 11 mai 1959, n° 9229, « Sieur Dauphin », Lebon, p. 294.

692 Elle a de fait été utilisée pour des programmes d'envergure. L'E.P.A.D. s'en est servie pour l'aménagement du quartier de la Défense à Paris ; la S.E.M.A.H. pour celui des Halles de Paris. Cité par, P. Sablière, *op. cit*., spéc., p. 130 ; L. Depuy, thèse, *op. cit*., n° 119, p. 135.

693 En ce sens, R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, chron., p. 103, spéc., n° 10, p. 106 et 107.

694 Pour une étude sur la jurisprudence du Conseil d'État en la matière : J.-M. Galabert, M. Gentot, « Existence et conditions d'exercice d'une servitude sur une dépendance du domaine public » , AJDA 1961, I, p. 328. ; P. Sablière, *op. cit*., spéc. p. 121. Ces études révèlent qu'il n'existe qu'une unique décision dans laquelle le juge administratif reconnaît la compatibilité avec l'affectation domaniale d'une servitude établie antérieurement à cette dernière (CE, 13 juillet 1965, n° 62621 « Sieur Gué », Lebon, p. 445). Au surplus, il faut remarquer que dans cette affaire, la servitude souffrait d'une impossibilité d'exercice qui conduisit le Conseil d'État à indemniser le propriétaire concerné. La décision, tant par son caractère exceptionnel que par la situation réelle à laquelle elle a abouti impose de se questionner, comme l'on fait les auteurs précités, sur la volonté réelle du Conseil d'État de consacrer un principe de compatibilité d'une servitude – même antérieure – au domaine public.

tendant à reconnaître l'existence d'un domaine public virtuel[695], qui consiste à rattacher par anticipation un bien appartenant à un propriétaire public au domaine public alors qu'il n'en remplit pas encore les critères, dès lors que les aménagements nécessaires à l'exercice de l'affectation protégée sont prévus. Dans cette situation le rattachement futur au domaine public ne fait alors aucun doute et l'application de la théorie du domaine public virtuel est envisageable.

157.2. Pour toutes ces raisons, la solution ne semblait pas pleinement satisfaisante. Au surplus, il a été remarqué le caractère particulièrement artificiel auquel pouvait aboutir la recherche de l'antériorité des servitudes sur le domaine public : les volumes qui devaient relever à terme du domaine public se trouvaient parfois déclassés provisoirement le temps de procéder à la constitution de la servitude, avant d'être réintégrés au titre de dépendance domaniale[696]. Encore une fois, la technique risquait une éventuelle qualification de domaine public virtuel et cumulait dès lors son artificialité avec l'incertitude de sa pérennité.

2. Les servitudes établies par voie administrative

158. Contexte de la solution. La difficulté que posait la jurisprudence en matière d'établissement de servitudes ne s'accordait que très mal avec la réalité des situations qui imposaient une cohabitation entre propriété privée et domaine public, bien avant que l'on parle de division en volumes. Ainsi, Monsieur Sablière fait remarquer que l'on a assez rapidement eu recours, par voie législative ou réglementaire, à des textes aménageant la cohabitation indispensable entre domaine public et propriété privée présentant un régime proche de celui des servitudes[697]. Parmi les premiers ensembles complexes divisés en volumes se trouvaient un grand nombre de gares. Il s'agissait de permettre au propriétaire public de se séparer des biens et espaces non nécessaire à ses besoins. Ainsi, de nombreuses opérations portant sur des complexes ferroviaires ont prévu par voie réglementaire à la fois le déclassement en volumes, mais également la mise en place de servitudes nécessaires à l'établissement du bâti et au fonctionnement de l'ensemble[698]. Certes, les textes relatifs aux servitudes sur le domaine public ferroviaire sont dénués de toute ambiguïté

695 CE, 6 mai 1985, n°s 41.589 et 41.699, « Association Eurolat et Crédit foncier de France », RFDA 1986, p.21, concl. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 620, note J. Moreau, E. Fatôme.

696 P. Sablière, *op. cit*., spéc., p. 130 ; L. Depuy, thèse, *op. cit*., n° 119, p. 135.

697 P. Sablière, *op. cit*., spéc. p. 118. L'auteur met ainsi en avant l'entrée en vigueur de lois portant sur la création de lignes téléphoniques (1885) et sur la distribution d'électricité (1906). Certes, ces lois n'étaient pas qualifiées de servitudes, mais l'auteur rappelle qu'elles étaient plus proches de cette qualification que de celle de simple convention d'occupation, en ne possédant pas le caractère de précarité inhérent à ce type de convention.

698 Pour une énumération de ces différentes opérations : P. Sablière, *op. cit*., p. 126 ; L. Depuy, thèse, *op. cit*., n° 121, p. 137.

quant à la nature des droits conférés[699], mais la portée apparaît limitée tant cette qualification est restée confinée aux complexes ferroviaires.

159. Insuffisance de la solution. La situation n'était pas satisfaisante : le volume immobilier était un outil formidable pour mettre en place l'inévitable cohabitation entre domaine public et propriété privée des grands ensembles, mais l'effectivité de cette cohabitation était mise à mal par la rectitude théorique du principe d'inaliénabilité. L'absence de litige portant sur la validité des servitudes sur le domaine public dans les grands ensembles ne devait pas occulter le manque de cohérence juridique de la situation au regard de la conception positive de l'époque du principe d'inaliénabilité. Confronté à l'incohérence de la pratique face au droit positif, l'ancien débat[700] portant sur le contenu réel de ce principe fit son retour, tant la création des ensembles immobiliers et leur fonctionnement nécessite la mise en place de servitudes réciproques.

B. La mise en place des servitudes sur le domaine public depuis le CGPPP : l'inaliénabilité limitée à la protection de l'affectation

160. Plan. Le développement des grands ensembles immobiliers a donc donné un nouveau souffle au débat portant sur le contenu exact du principe d'inaliénabilité du domaine public[701] avec pour finalité la démonstration de l'incohérence de la conception stricte de l'inaliénabilité. Cette conception fut finalement retenue par le CGPPP (1), mais ne suffit néanmoins pas à purger de toutes difficultés la question des servitudes établies sur une dépendance domaniale (2).

1. La reconnaissance légale des servitudes sur le domaine public

161. Prise de position doctrinale en faveur de la reconnaissance. Dès lors que l'interdiction totale de création de servitudes sur le domaine public tend à être remise en cause, la recherche d'un critère suffisamment protecteur du domaine public doit néanmoins être assurée. L'idée n'est pas d'en diminuer la protection, mais simplement – tout comme il en est question quant à son étendue –

699 À titre d'exemple, citons l'ordonnance n° 59-237 du 4 février 1959 « relative à l'utilisation complémentaire de certaines dépendances du domaine public ferroviaire en gare du Maine à Paris », dont l'unique article dispose qu' « en vue de permettre d'aménager la gare du Maine à Paris et notamment de construire des immeubles à usage commercial, professionnel ou d'habitation, et des locaux annexes, la Société Nationale des Chemins de Fer français est autorisée, sous réserve d'approbation par son autorité de tutelle et avec l'accord du Ministre des Finances et des Affaires économiques, à consentir sur le domaine public ferroviaire des servitudes de toute nature au profit des immeubles privés construits dans ces conditions, dans la mesure où l'exercice de ces servitudes conventionnelles ne fera pas obstacle au fonctionnement du service public ».

700 Le sujet avait été initialement potée avec succès par le Professeur René Capitant : R. Capitant, *Composition pour le concours d'agrégation des facultés de droit* 1930, RFDA 2007, 1927 ; note sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran » , D. 1933, III, p. 49.

701 La naissance des grands ensembles procède d'un constat démontrant le manque de pérennité des droits établis sur le domaine public, en raison du principe d'inaliénabilité de ce dernier.

de la limiter à son strict nécessaire. Après avoir démontré l'incohérence d'une interdiction absolue, la doctrine majoritaire invite à relativiser le principe d'inaliénabilité en limitant ce dernier à la seule protection de l'affectation domaniale[702]. Leur démonstration repose tant sur les conséquences que pourraient avoir le maintien d'une conception stricte sur l'avenir de la cohabitation entre domaine public et propriété privée, que sur la pratique jurisprudentielle, qui n'apparaît en réalité pas si restrictive que ses considérants de principe pouvaient le laisser croire.

162. Position issue d'une redéfinition du domaine public. En effet, la jurisprudence administrative reprenait déjà en substance l'idée d'une inaliénabilité relative. Elle la limitait à la protection de l'affectation domaniale et avait déjà posé les bases de l'évolution législative à venir. D'une part, le Conseil d'État avait effectivement accepté le maintien des servitudes antérieures au classement domanial dès lors que l'affectation protégée n'en était pas atteinte[703]. D'autre part, les servitudes administratives prévues par les textes émanant de l'autorité réglementaire doivent être approuvées par avis du Conseil d'État, qui effectue alors un contrôle de légalité de leur contenu. Or, lorsque ces textes établissaient des servitudes sur le domaine public, il s'est à chaque fois prononcé en faveur de leur légalité. Partant, on a pu en déduire que le Conseil d'État semblait affirmer indirectement la compatibilité des servitudes ainsi prévues avec le principe d'inaliénabilité du domaine public[704].

162.1. L'idée sous-jacente de ces auteurs était donc de recentrer le principe d'inaliénabilité sur la protection de l'affectation domaniale. En d'autres termes, les interdictions découlant du principe d'inaliénabilité ne seront limitées qu'à une incompatibilité avec l'affectation en cause, le juge restant souverain dans cette appréciation. Pour un certain nombre de servitudes indispensables à l'édification de l'ensemble – telles les servitudes d'appui, d'accroche, ou encore d'ancrage – la question de la compatibilité semble indiscutable en ce qu'elles assurent la pérennité de l'existence même de l'édifice et sont donc un préalable indispensable au bon exercice de l'affectation domaniale. Concernant les servitudes « non structurelles » à l'immeuble en lui-même, qui confinent

702 Sauf quelques auteurs qui prônent un abandon du principe d'inaliénabilité (H. Simonian-Gineste, « L'avenir du principe d'inaliénabilité du domaine public », RDI 1989, p. 169, spéc., p. 178 et s.), la doctrine administrativiste se développa néanmoins dans le prolongement de l'idée du Professeur René Capitant liant inaliénabilité et affectation domaniale (voir notamment, P. Allinne, « Domanialité publique et ouvrages complexes », AJDA 1977, p. 523, spéc., p. ; Y. Gaudemet, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293 ; « Les constructions en volume sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p.135 ; « Ouvrage complexe et domanialité publique », RDI 1999, p. 507).

703 CE, 30 mars 1928, *op. cit*. ; CE, 3 novembre 1933, *op. cit.* ; CE, 11 mai 1959, *op. cit.*

704 En ce sens, Y. Gaudemet, « Les constructions en volume sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p.135, spéc., p. 152 ; *Droit administratif des biens, op. cit.,* n° 319, p. 206.

au passage et à l'exploitation de ce dernier, le juge conserverait alors un pouvoir d'appréciation souverain et s'assurerait de l'écarter dès qu'un risque pour l'usage du bien protégé se présentera. L'indépendance entre les différents propriétaires est ainsi assurée, et les relations sont encore une fois purgées des éventuelles atteintes que le domaine public pourrait subir.

163. Consécration légale. L'intérêt de cette position doctrinale était double : d'une part, en établissant un lien entre inaliénabilité et affectation domaniale, l'interdiction de principe prohibant la mise en place de tout droit réel sur le domaine public n'a plus lieu d'être. Cela entraîne un renversement du principe et de l'exception, le premier devenant l'autorisation et le second, par conséquence, la prohibition conditionnée. D'autre part, cela permettait de conférer une assise juridique aux nombreuses servitudes indispensables aux ensembles immobiliers. Dans les deux cas, l'intérêt est loin d'être négligeable, tant il permet d'apporter de la souplesse dans la gestion et, partant, de valoriser le domaine public. Cette solution a donc logiquement été retenue par le CGPPP qui, à son article L.2122-4, dispose que « des servitudes établies par conventions passées entre les propriétaires […] peuvent grever des biens des personnes publiques […] qui relèvent du domaine public, dans la mesure où leur existence est compatible avec l'affectation de ceux de ces biens sur lesquels ces servitudes s'exercent ». La construction en volumes bénéficie donc, depuis l'entrée en vigueur du CGPPP d'une assise légale permettant d'organiser un réseau de servitudes impliquant des biens relevant du domaine public.

2. Le maintien discutable de la prohibition aux ensembles immobiliers antérieurs à la réforme

164. Persistance d'une incompatibilité basée sur la non-rétroactivité du CGPPP. Le CGPPP n'a néanmoins pas eu comme conséquence de purger toutes les interrogations portant sur la constitution des servitudes sur le domaine public, la jurisprudence refusant une application rétroactive du CGPPP[705]. Il n'est donc pas étonnant de voir les juges administratifs étudier la

705 CAA Lyon, 29 avril 2008, n° 07LY02216, « Société Boucheries André », AJDA 2008, p. 2338, note J. Andreani Dans cette affaire, les juges du fond refusent d'appliquer le nouveau critère de l'aménagement indispensable en matière d'accessoire au domaine public. Le CGPPP étant entré en vigueur postérieurement les juges ont considéré qu'il ne pouvait « avoir pour effet de faire sortir du domaine public des biens qui en faisaient partie avant leur entrée en vigueur ».

Voir également, CE, 11 décembre 2008, n° 309260, « Perreau-Polier », Lebon, p. 734, AJDA 2009, p. 828, note O. Févrot. Toujours à propos de la théorie de l'accessoire dans le cadre du domaine public, le Conseil d'Etat refuse ici implicitement de faire une application rétroactive du CGPPP en se prononçant sans même faire référence aux nouveaux critères qu'il met en place.

Pour une affirmation claire du Conseil d'État sur la question : CE, 3 octobre 2012, n° 353915, « Commune de Port-Vendres », Lebon, p. 742, AJDA 2013, p. 471, note E. Fatôme, M. Raunet, R. Léonetti, arrêt dans lequel le Conseil d'État refuse d'appliquer rétroactivement la nouvelle définition du domaine public posée par l'article L. 2111-1 du CGPPP en rappelant « qu'en l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenaient antérieurement au domaine public ».

validité d'une servitude sur le domaine public lorsque celle-ci est antérieure au CGPPP, non pas au regard des critères de ce dernier, mais selon ceux de la jurisprudence antérieure de ce Code[706]. Le Conseil d'État revient donc au double critère de l'antériorité de la servitude par rapport au rattachement domanial et de la compatibilité avec l'affectation protégée[707]. Ainsi voit-on venir le retour d'une solution peu satisfaisante, maintenant les ensembles immobiliers dans une réelle précarité, pour peu qu'ils aient été établis antérieurement au CGPPP.

164.1. Le problème d'une telle solution appliquée à la construction en volumes se révèle immédiatement dès que l'on constate qu'un grand nombre d'ensembles immobiliers ont justement été édifiés antérieurement à son entrée en vigueur en 2006. Il convient néanmoins de s'interroger sur la portée réelle que peut avoir la référence du Conseil d'État à sa jurisprudence passée. En l'absence de disposition expresse, la rétroactivité du CGPPP aux situations juridiques – qui plus est pour le point qui nous intéresse, conventionnelles – antérieures à son entrée en vigueur n'est pas envisageable[708]. Certes, il arrive parfois que le juge décide de proposer une application rétroactive de la loi nouvelle de façon détournée en faisant référence à un ordre public virtuel préexistant à la norme[709], mais les solutions retenues par le juge administratif concernant l'application dans le temps du CGPPP écartent de façon indubitable sa rétroactivité. La position semble donc clairement faveur du maintien de l'interdiction absolue de la constitution des servitudes sur le domaine public dès lors qu'elles sont antérieures à l'entrée en vigueur du CGPPP.

164.2. Une étude plus approfondie des décisions du Conseil d'État tend à relever une possible application des anciens critères à la lecture des nouveaux. Ainsi, à propos de la théorie de l'accessoire appliquée au domaine public, le critère de « l'accessoire indispensable » a été évincé au

706 CE, 14 décembre 2011, n° 337824, « Bouyeure c/ Commune de Marcillac-la-Croisille », RDI 2012, p. 286, obs. O. Février ; CAA Marseille, 12 mai 2015, n° 13MA04257, « Orcières » ; CE, 26 février 2016, n° 383935, « Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Mercure », RDI 2016, p. 284, note N. Foulquier.

707 Les termes du Conseil d'État dans son arrêt du 26 février 2016 sont très clairs sur ce point : « Considérant qu'il résulte des principes de la domanialité publique qu'une servitude conventionnelle de droit privé constituée avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques peut être maintenue sur une parcelle appartenant au domaine public à la double condition d'avoir été consentie antérieurement à l'incorporation de cette parcelle dans le domaine public, lorsque cette incorporation est elle aussi antérieure à l'entrée en vigueur du code, et d'être compatible avec son affectation ».

708 Voir l'article 2 du Code civil et son application jurisprudentielle constante. Cass. Com., 15 juin 1962, Bull. civ. III, n° 313, p. 258, *in* F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, Dalloz, 12ème éd., 2007, n° 4-7, p. 40, spéc., p. 45 et s.

709 Voir par exemple, Cass. civ., 1re, 29 octobre 2014, n° 13-19.729, JCP G 2014, 1170, obs. G. Loiseau ; D. 2015, p. 242, obs. A.-S. Epstein ; 246, note D. Mainguy ; 529, note M. Mekki, D. Mekki-Amrani. L'affaire portait sur les suites de l'interdiction de l'exposition « Our Body ». La Cour de cassation devait déterminer s'il était possible d'annuler un contrat d'assurance en raison de l'illicéité de sa cause, alors que le fondement textuel de cette illicéité est apparu postérieurement au contrat litigieux. Elle justifie alors la nullité en indiquant que « le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil ».

profit de celui, antérieur, de « l'accessoire spécial », ce qui n'avait pas empêché le juge d'adopter finalement une position favorisant la vision restrictive poursuivie par le CGPPP[710]. Néanmoins, cette solution ne semble pas satisfaisante au regard de la situation des servitudes consentie sur le domaine public. Il n'est en effet pas question de critères relevant de l'appréciation souveraine des juges mais bien d'une interdiction absolue ne nécessitant pas de recherche particulière quant à une éventuelle compatibilité.

165. Ouverture vers la rétroactivité. Toutes les issues ne sont pas fermées pour autant. Il est aujourd'hui admis que le juge peut, s'il le souhaite, faire application de la loi nouvelle à une situation juridique antérieure dès lors qu'il existe une raison d'ordre public de procéder ainsi[711], voire une raison que l'on pourrait qualifier d'impérieuse[712]. Celle-ci pourrait justement se trouver dans la nouvelle définition que donne le CGPPP au principe d'inaliénabilité du service public. En effet, l'acceptation des servitudes sur le domaine public par ce Code ne procède pas d'une disposition spéciale écartant à titre exceptionnel leur contrariété à l'inaliénabilité du domaine public[713]. Il semble davantage s'agir d'une conséquence tirée d'une redéfinition de la notion même d'inaliénabilité. En effet, dans son article L. 2121-1 disposant que « les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation. », le CGPPP invite à définir le principe d'inaliénabilité au regard de l'affectation. En ne refusant l'établissement d'un droit sur le domaine public que dans le cas où il serait contraire à l'affectation, la loi octroie finalement un droit préalable à la constitution de tout droit réel, droit qui ne sera écarté qu'en raison d'une incompatibilité avec l'affectation protégée.

165.1. Fort de cette constatation, il serait souhaitable que le juge, bien qu'excluant de façon générale la rétroactivité du CGPPP, décide malgré tout d'adopter une position bienveillante à propos des servitudes établies sur le domaine public. La vision du domaine public proposé par le CGPPP

710 O. Févrot, note sous CE, 11 décembre 2008, *op. cit*., spéc., p. 831 : l'auteur indique à ce propos que « s'inscrivant dans une logique de resserrement du domaine public, l'arrêt commenté tend aussi à démontrer que le Conseil d'État peut prolonger l'esprit de la réforme, sans qu'il soit nécessaire d'en convoquer la lettre ».

711 Cass. civ., 1re, 20 octobre 2014, *op.cit*.

712 Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 février 2015 (Cass., avis, 16 février 2015, n° 14-70.011, D. 2015, p. 1178, obs. N. Damas ; RTD Civ. 2015, p. 569, note P. Deumier ; Loyers et copro. 2015, comm. 88, note B. Vial-Pedroletti) décide de conférer un effet rétroactif à la loi nouvelle et, partant, de l'appliquer à des contrats antérieurement formés en l'absence de consécration légale. Elle justifie sa position en raison de la crise attachée à l'objet de la loi (en l'espèce la crise du logement) et de l'urgence qu'il y avait alors à rendre effective la loi nouvelle, ce qui impliquait de l'appliquer le plus rapidement possible.

713 Cependant, *contra.* N. Foulquier, « Les servitudes sur le domaine public », Dr. et pat., mars 2009, n° 179, p. 69, spéc., p. 71. L'auteur considère ici que l'interdiction de constitution de droits réels sur le domaine public reste le principe en raison de son caractère inaliénable rappelé par l'article L. 3111-1 du CGPPP.

procède en effet d'un raffinement de la définition de l'inaliénabilité plus à même de remplir l'objectif public de valorisation des biens domaniaux. Si cela ne semble pas être – de façon générale – la voie choisie par le juge administratif[714], il n'est pas exclu que la situation particulière des constructions en volumes nécessite une rétroactivité exceptionnelle du CGPPP. En effet, le Conseil d'État semble parfois s'intéresser aux conséquences concrètes de l'application de la loi dans le temps. Il procède alors à un arbitrage des intérêts en présence[715]. Or, les conséquences de la nullité des servitudes antérieures au CGPPP dans les constructions en volumes emporteraient, non seulement des conséquences dommageables contraires à l'objectif de valorisation des biens publics, mais également à toutes les personnes propriétaires des volumes au sein de l'ensemble concerné. Enfin, il faut souligner que cette question de la validité des servitudes antérieures au CGPPP lorsqu'elles sont établies dans le cadre d'une construction en volumes n'est en réalité pas tranchée avec certitude. Cette situation précise ne se retrouvait dans aucune des affaires en cause. Or, nous avons vu que, sur ce point, le juge administratif avait implicitement raisonné avec bienveillance en ne frappant pas du sceau de l'illégalité les servitudes établies par voie réglementaire.

166. Conclusion de section. En excluant toute partie commune, le volume a permis un développement étendu des servitudes au sein des ensembles immobiliers, limitant les relations entre les propriétaires à ces seuls rapports de voisinage. Ainsi, l'objectif d'indépendance persiste, tout en permettant de préserver la pérennité des relations entre volumes, indispensable à celle de l'ensemble. Les servitudes impliquent néanmoins le respect d'un certain nombre de conditions, dont on a pu douter qu'elles puissent être compatibles avec les particularités du volume immobilier. En réalité, les servitudes s'accommodent sans difficulté du volume, tout comme, depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, le domaine public.

714 Les derniers arrêts effectuant tous un retour vers la jurisprudence antérieure au CGPPP. CE, 14 décembre 2011, *op. cit.* ; CAA Marseille, 12 mai 2015, *op. cit.* ; CE, 26 février 2016, *op. cit.*

715 En ce sens, G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », RTD Civ. 2019, p. 785, spéc. p. note 76. L'auteur illustre particulièrement cette recherche du Conseil d'État, par un arrêt du 8 avril 2009 (CE, Ass., 8 avril 2009, n° 271737, « Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet ») dans lequel il décide d'apporter un effet rétroactif à une loi qui ne prévoyait pas de dispositions transitoires aux contrats en cours dans des conditions limitées. Cette limitation de l'effet rétroactif que le Conseil d'État confère à la loi démontre sa volonté de rechercher un compromis entre les intérêts contraires de l'espèce (l'intérêt général et la volonté des parties aux contrats antérieurs à la loi nouvelle).

Conclusion de Chapitre

167. Le volume immobilier, un outil parfait au service de la mise à l'écart du régime de la copropriété. La recherche d'un moyen d'écarter le régime de la copropriété aboutie à la division de l'immeuble en volumes. Inspiré de l'ancien article 664 du Code civil et fondé sur le droit de superficie auquel l'abstraction géométrique est appliquée, il permet d'assurer indépendance et abstraction géométrique précise de l'objet de propriété. Par ses caractères, le volume immobilier constitue un outil idéal au service de la technique juridique de division de l'immeuble collectif.

168. L'assurance d'une absence de parties communes. En premier lieu, il permet ainsi d'assurer à son propriétaire l'éviction de toutes parties communes : un ensemble immobilier divisé en volumes effectue une division « sans reste » qui tend à éviter toute situation d'indivision. Le volume immobilier est donc avant tout un outil permettant la division de l'immeuble en parties totalement indépendantes les unes des autres. Or, cette absence de parties communes entre les différents propriétaires est la condition préalable au rejet de la copropriété, ce que le volume immobilier est en mesure d'assurer par les différents états qu'il est susceptible de connaître. Existant sous la forme immatérielle d'un volume d'espace, il assure les droits des différents propriétaires lors de la période d'édification en faisant persister leur droit de construire dans un espace déterminé. Une fois l'édifice construit, le volume immobilier permet de s'assurer d'une répartition précise de la propriété indépendante des différents locaux et éléments d'équipement à usage collectif.

169. La délimitation précise de l'étendue du domaine public. En second lieu et dans le cadre de la recherche d'une meilleure articulation entre le domaine public et la propriété privée, le volume immobilier est également un outil dont le rôle est d'assurer l'effectivité des critères de réduction de l'étendue du domaine public, indispensable à la création d'une véritable cohabitation perenne. En permettant un découpage de la propriété de l'espace en trois dimensions, le volume immobilier a, dans un premier temps, réussi à limiter les conceptions extensives du domaine public au prix de nombreuses procédures de déclassement. Depuis l'évolution de l'étendue de cette notion – qui tend désormais à être limitée aux biens et à l'espace nécessaire à l'affectation qu'il protège – le volume immobilier continue de jouer un rôle primordial dans la délimitation des biens domaniaux et la valorisation de ces derniers. Ainsi, la précision géométrique qu'il autorise permet de rendre effectifs les critères de réduction mis en place par le législateur. Le volume immobilier vient donc freiner l'application de la théorie de la domanialité publique globale et peut même servir à limiter son

étendue aux seules parties de l'immeuble strictement nécessaires à l'exercice de l'affectation protégée.

170. L'encadrement des relations collectives par les servitudes. Corollaire de sa faculté de déterminer des espaces de propriété indépendants les uns des autres avec précision, il est possible de limiter les relations entre propriétaires de volumes aux seules relations de voisinage. Ainsi, les relations primaires entre les différents volumes vont être gérées par la mise en place d'un réseau de servitudes qui tend à assurer la pérennité et le bon fonctionnement de l'ensemble collectif. La compatibilité de principe des servitudes avec les volumes immobiliers a néanmoins été remise en question à propos de l'application des premières aux volumes d'espace. Sur ce point, la souplesse de la notion de fonds, lorsqu'elle est appliquée aux servitudes, permet de s'en assurer. La généralisation de l'utilisation des servitudes dans le cadre d'une division en volumes a également été discutée, notamment lorsqu'elles tendent à assurer l'exploitation de certains volumes particuliers. Les solutions jurisprudentielles rendues depuis trente ans et la nature même de la notion de servitude ne semblent pourtant pas s'opposer à une telle utilisation. Une difficulté persiste néanmoins : le droit positif sembler refuser que les servitudes ne puissent servir à la régularisation des empiétements. Les constructions en volumes étant particulièrement exposées à cette problématique, il sera important de résoudre ces questions par d'autres moyens, telles les opérations de récolement.

170.1. La nécessité du recours aux servitudes aurait pu porter un coup de boutoir à la technique de la division en volumes, le Conseil d'État ayant considéré les servitudes comme incompatibles avec le domaine public. L'incompatibilité affirmée par le Conseil d'État n'a pourtant pas freiné la pratique qui, sans doute par manque d'alternative, a continué de procéder à l'établissement de divisions en volumes afin d'assurer la pérennité des cohabitations entre le domaine public et la propriété privée. Certainement conscient des bénéfices qu'une telle organisation peut apporter et des conséquences inhérentes à leur rejet, le Conseil d'État n'a jamais sanctionné la fragilité théorique des servitudes établies afin de gérer ces ensembles. Depuis l'entrée en vigueur du CGPPP, la compatibilité de principe des servitudes avec le domaine public est désormais assurée dès lors que l'affectation protégée n'est pas atteinte. Cette assise légale conférée aux servitudes édifiées sur un bien du domaine public n'est cependant pas rétroactive, laissant toutes les situations antérieures dans une incertitude quant à leur validité. Il ne faut cependant pas craindre pour le maintien de ces dernières : d'une part, le juge administratif s'est déjà montré bienveillant face aux servitudes établies par voie réglementaire et, d'autre part, une application rétroactive du CGPPP en la matière n'est pas exclue.

Conclusion de Titre

171. Contexte du développement du volume immobilier : les insuffisances du régime de la copropriété. L'apparition moderne du volume immobilier se fait dans un contexte de forte densification urbaine et s'avère motivé par une approche fonctionnelle consistant en la recherche d'une alternative au régime de la copropriété, inadapté au développement du gigantisme urbain du début de la deuxième moitié du XXe siècle. Le régime issu de la loi du 10 juillet 1965 est en effet avant tout pensé pour la gestion des immeubles d'habitation de taille moyenne et ne permet pas de répondre efficacement aux attentes des opérateurs et propriétaires de projet immobilier de grande ampleur ou de petite taille. La période d'édification est également problématique en ce qu'elle ne bénéficie d'aucun encadrement et l'application anticipée du régime de la copropriété, lorsqu'elle se produit, souffre d'une trop grande rigidité pour être pleinement satisfaisante. Au-delà du constat soulevant l'incapacité de la loi du 10 juillet 1965 à s'appliquer efficacement aux immeubles collectifs de grande ou petite envergure, la question de la cohabitation entre domaine public et propriété privée a également joué un grand rôle dans le développement du volume immobilier. L'incompatibilité du régime de la copropriété avec celui de la domanialité publique et la trop grande précarité des droits réels consentis directement sur le domaine public ont fini de justifier la recherche d'une solution alternative.

172. Le volume immobilier, l'outil juridique parfait dans la mise en place d'un mode de division alternatif de l'immeuble collectif. L'idée est alors de faire cohabiter la propriété privée au côté du domaine public et de réduire les relations entre les différents propriétaires au strict minimum tout en assurant la pérennité de l'ensemble collectif. La solution est trouvée par la pratique, qui appliqua l'idée d'une propriété de l'espace dégagée par le doyen Savatier au principe d'indépendance du droit de superficie. Dans ce cadre, le volume immobilier est avant tout un outil au service de l'édification des grands ensembles immobilier. Par son identification géométrique précise et son indépendance, il permet de s'assurer de l'absence de parties communes – condition d'exclusion du régime de la copropriété – et d'une mise en œuvre efficace des critères de réduction du domaine public. Bien qu'indépendant les un des autres, les volumes immobiliers prennent place dans un ensemble collectif qu'il faut pouvoir pérenniser, imposant ainsi l'existence de relations entre les différents propriétaires. L'indépendance, la nature immobilière et l'indifférence à la matière des volumes immobiliers ont permis de réduire ces relations à l'établissement de servitudes,

pour certaines collectives et réciproques. Passé les éventuels doutes sur le bien fondé de leur application à des volumes non construits et de leur compatibilité avec le domaine public, celles-ci se sont avérés être un outil précieux de l'organisation collective.

173. L'approche initialement fonctionnelle de son développement. Dans le cadre qui l'a vu naître, le volume immobilier procède donc exclusivement d'une approche fonctionnelle et est avant tout un outil au service d'un résultat déterminé : l'édification et la gestion efficace des grands ensembles immobiliers par l'octroi de la propriété d'une portion indépendante de l'ensemble créé.

Titre 2. Le développement conceptuel du volume immobilier : du rattachement superficiaire à la caractérisation de l'immeuble par nature

174. Émancipation logique du volume immobilier. Initialement réservé aux opérations de construction de grande ampleur, le volume immobilier tend aujourd'hui à se banaliser. Cette banalisation, que certains auteurs appellent de leurs vœux[716], s'est produite d'abord dans le cadre de l'édification d'immeubles collectifs. L'absence de conditions restrictives expresses au recours à la division en volumes a pu amener à une conclusion simple : si l'auteur de la division de l'immeuble ne souhaitait pas se soumettre au régime de la copropriété, il lui suffisait de s'en écarter en mettant en place un mode de division alternatif de l'immeuble par le biais des volumes immobiliers[717]. Ce n'est pourtant pas l'unique conséquence liée à l'émergence du volume immobilier. Celui-ci trouvant son origine dans une théorie plus générale relevant de l'abstraction de l'immeuble, il est apparu impossible de le confiner aux seules questions pratiques d'organisation collective de l'ensemble immobilier.

175. Plan. Le développement conceptuel du volume immobilier va connaître un véritable essor, ce qui va lui permettre de se développer à titre d'objet issu de la division de l'immeuble (Chapitre 1). Prolongement logique de cette démarche, son approche conceptuelle fera apparaître la véritable révolution que le volume immobilier est susceptible d'amener, en lui permettant de caractériser la réduction la plus pure de toute propriété immobilière et l'assimiler ainsi au fonds de terre (Chapitre 2).

Chapitre 1. La généralisation du volume immobilier à titre d'objet issu de la division de l'immeuble

Chapitre 2. La redéfinition de l'immeuble par nature par le prisme du volume immobilier

716 Voir notamment, L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 763 et s.

717 D. Sizaire, « Division et volumes », JCP N 1998, p. 388, spéc., n° 11 et s. ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 371, p. 202 et 203 ; *Contra*., Ch. Bosgiraud, « Volumes et copropriété : le choix n'est pas toujours permis », Bull. Cridon, Paris, mai 1988, p. 72 ; J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H . Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 337, spéc., n° 2371 et s., p. 479 et s. Ces auteurs considérant qu'écarter volontairement le régime de la copropriété dans des situations où elle s'avère adapté serait constitutif d'une fraude à la loi.

Chapitre 1. La généralisation du volume immobilier à titre d'objet issu de la division de l'immeuble

176. Distinction entre construction en volumes et division en volumes. Lorsque l'on fait référence à la « division en volumes », cela fait initialement référence à ce que l'on peut appeler la « construction en volumes »[718], employée dans un premier temps pour la division de grands ensembles immobiliers qui aboutit à l'appropriation, par les co-volumiers, de volumes immobiliers indépendants imbriqués les uns aux autres dans un édifice à utilisation commune. Il faut donc bien distinguer la « construction en volumes » de la « division en volumes » : la première n'est rien d'autre que l'application à une situation donnée de la seconde. Une telle vision des choses implique donc que le volume immobilier puisse exister en dehors de toute construction en volumes, c'est-à-dire, de façon totalement autonome à la pratique notariale qui l'a fait émerger dans nos paysages urbains.

177. Plan. En réalité, cette distinction entre le principe de la division en volumes et son application suppose de distinguer les approches fonctionnelle et conceptuelle du volume immobilier. La généralisation du volume immobilier se fait d'abord dans son approche fonctionnelle. Ainsi, la division en volumes de l'immeuble collectif fut progressivement utilisée pour des édifices beaucoup plus modestes dans leurs ampleurs et leurs complexités (Section 1). La généralisation du volume immobilier est également conceptuelle. Celle-ci trouve en toute logique une explication dans son fondement : en étant rattaché au droit de superficie, le volume en épouse les caractéristiques dégagées de longue date par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne sa liberté d'établissement et sa perpétuité[719]. Pourtant, bien que faisant initialement acte de ce fondement, la notion de droit de superficie tend aujourd'hui à s'effacer derrière celle du volume immobilier lorsqu'il s'agit de représenter toute division de l'immeuble (Section 2). Force est de constater que la représentation nouvelle de la division de l'immeuble issue de la généralisation conceptuelle du volume immobilier possède des avantages non négligeables (Section 3).

718 Termes empruntés à W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 365, p. 675.

719 *Infra.*, n° 210 et s.

Section 1. La généralisation fonctionnelle du volume immobilier dans le cadre de la construction en volumes

178. Cadre du développement pratique de la construction en volumes. La généralisation du volume immobilier se pose d'abord dans sa compréhension fonctionnelle, c'est-à-dire en tant que mode de division de l'immeuble collectif. Stimulée par la liberté de recourir à cette technique, la division en volumes des immeubles collectifs n'a eu de cesse de se développer malgré les nombreux appels à la mesure émanant de la doctrine comme de la pratique[720], à tel point que l'on a pu soutenir qu'il était devenu « l'outil à tout faire de la division de l'immeuble »[721]. La principale raison de la frilosité des auteurs a pour origine ce qui rend justement cette organisation particulièrement attractive pour la pratique : l'absence de régime restrictif impliquant un retour à la liberté contractuelle. La réticence de la doctrine à la banalisation de la division en volumes de l'immeuble résulte des dangers inhérents à la pleine liberté contractuelle issue de l'absence de régime légal protecteur dans la gestion d'un immeuble collectif. Il faut dire que le souvenir des abus commis sous l'égide de la loi du 28 juin 1938 reste encore bien présent, notamment en ce qu'elle permettait la mise en place de relations particulièrement déséquilibrées entre copropriétaires[722]. C'est précisément en raison de ces abus que sa successeure, la loi du 10 juillet 1965, a mis en place un cadre protecteur pour les copropriétaires qu'elle a voulu rendre en grande partie impératif. Néanmoins et malgré les réticences des premiers commentateurs de cette loi qui souhaitaient limiter sa mise à l'écart aux seules nécessités impératives[723], cela n'a pas freiné le développement de la

720 D. Sizaire, *op. cit.* ; J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H. Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 336.

Ces réserves ont été réitérées récemment, à l'occasion de la remise des travaux du projet GRECCO ayant proposé un avant-projet de réforme de la loi du 10 juillet 1965 et dont certaines propositions ont pu inspirer la réforme par l'ordonnance du 30 octobre 2019. Voir en ce sens, H. Périnet-Marquet, « L'avant-projet de réforme de la copropriété : le GRECCO remet ses travaux », propos recueillis par Ch. Coutant-Lapalus, Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, entretien 1 ; A. Lebatteux, « Le projet du GRECCO pour une simplification et une modernisation du statut de la copropriété », Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, étude 9, spéc., n° 24.

721 Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 430.

722 La loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements (JOFR, 30 juin 1938, p. 7578) avait par exemple laissé une grande liberté dans le choix de la répartition des charges collectives, ce qui avait entraîné un grand nombre de répartitions déséquilibrées. Voir également, J.-M. Roux, « Réflexions sur l'aménagement de l'ordre public dans la loi du 10 juillet 1965 », Loyers et copro., octobre 2015, n° 10, dossier 4, spéc., n° 2.

723 En ce sens, C. Lombois, « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », D. 1966, II, lég., p. 93, spéc., n° 10, p. 94. Si l'auteur rappelle que le législateur a entendu rendre la copropriété impérative que dans les cas où « on ne peut pas faire autrement », l'auteur semble adopter une conception stricte d'une possibilité de division matérielle de l'immeuble et ne limite la qualification d'ensemble immobilier aux situations de copropriété horizontale. Ainsi, il considère que « ce qui marque la copropriété c'est […] l'impossibilité naturelle de répartir la propriété autrement que par lots comportant des

division en volumes. Au contraire, son usage de plus en plus commun a clairement relégué la copropriété à n'être qu'un simple régime supplétif de volonté. Un tel renversement semble contraire à l'intention du législateur et risque de vider de sa substance la loi du 10 juillet 1965. C'est pour cette raison que les réformes récentes en matière de copropriété s'attachent à encadrer les cas d'ouverture à la division en volumes.

179. Plan. Les modifications successives de la loi du 10 juillet 1965 ont ainsi mis en place des conditions visant à encadrer le recours au choix du mode de division de l'immeuble collectif sans toutefois réussir à rendre effective cette volonté du législateur. Outre la nouvelle rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 par l'ordonnance du 30 octobre 2019[724], qui a pu faussement laisser croire à une réduction du recours à la division en volumes (Paragraphe 1), le législateur a tenté de mettre en place plusieurs critères restrictifs qui se sont avérés insuffisants. Le premier s'articule autour de la notion d'ensemble immobilier (Paragraphe 2) et le second autours d'un critère structurel (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Maintien du caractère relatif du mode de division en copropriété

180. Question de l'évolution du caractère impératif du régime de la copropriété. La loi du 10 juillet 1965 n'a pas seulement établi le régime de la copropriété, elle a également prévu les conditions de sa mise en œuvre qu'elle voulait large. Jusqu'à la réforme du 30 octobre 2019, une division en lot de copropriété devait impérativement entraîner l'application du régime légalement prévu, ce dernier étant en grande partie, impératif. Ce lien n'est désormais plus indissociable, le nouvel article 1er de la loi du 10 juillet 1965 prévoyant l'éventualité d'une division en lot de copropriété sans application du régime légal. Cette évolution pourrait marquer une modification du caractère impératif.

180.1. Par le passé, certains auteurs avaient déjà pu proposer de distinguer clairement le mode de division en copropriété de l'application du régime légal. Ainsi, l'avant-projet de réforme du droit des biens proposé par l'association Henri Capitant prévoit une réserve à l'application impérative du régime commun de la copropriété. L'article 1-2 que l'avant-projet entend ajouter à la loi du 10 juillet 1965 permet d'écarter le régime de la copropriété lorsque les éléments communs ne sont

parties privées et une quote-part de parties communes qui leur est, de toute nécessité, attachée (n° 9, p. 94). Voir également, M. Azoulai, « La réforme de la copropriété des immeubles bâtis », Defrénois 1968, art. n° 29027, p. 41, qui distingue les situations ou il y a impossibilité de se défaire d'une répartition de la propriété en lots de copropriété – le bâtiment unique – de celle où elle est simplement envisageable – le groupe d'immeubles (*in fine*, n° 24, p. 65).

724 Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, AJDI 2019, p. 884.

« constitués [que] par le terrain, les murs et la toiture de l'immeuble et si les règles de propriété, d'entretien et de gestion de ces éléments communs ont été conventionnellement prévues »[725]. À s'en tenir aux termes utilisés, on comprend que les éléments communs visés ici sont uniquement ceux placés en indivision, autrement dit, les parties communes. À l'appui de cette interprétation, il faut remarquer que cet article 1-2 ne fait pas référence aux éléments « d'utilité commune » pourtant dégagés à l'article précédent de ce même avant-projet[726]. Conséquence d'une telle interprétation, il faudrait convenir avec une auteure que cette disposition a pour objectif d'effectuer « une énumération limitative des éléments communs admis pour que le statut de la copropriété soit facultatif »[727]. Cette faculté de mise à l'écart du régime commun est par ailleurs corroborée par la nouvelle rédaction proposée de l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965. Ce dernier conserve la même liste de texte d'ordre public mais exclut ce caractère pour « les copropriétés dont aucun des lots n'est à usage d'habitation ou professionnel et d'habitation et dont le règlement prohibe ces destinations »[728]. En définitive, l'avant-projet de réforme proposé par l'association Henri Capitant prévoit deux situations dans lesquelles il sera possible de procéder à une division de l'immeuble en copropriété sans toutefois se plier à son régime commun. La première est celle envisagée à l'article 1-2, c'est-à-dire la copropriété dont les seuls éléments communs se composent de la structure de l'immeuble et de son terrain d'assiette. La seconde hypothèse est celle d'une copropriété à destination exclusivement professionnelle, pouvant mettre en place un régime à la carte à partir du droit commun de la copropriété, sans restriction liée à l'intensité des éléments collectifs.

180.2. S'inspirant de cette proposition doctrinale, l'ordonnance du 30 octobre 2019 portant réforme de la loi du 10 juillet 1965 va cependant moins loin que l'avant-projet. Elle ne retient que la possibilité d'aménagement du régime commun de la propriété pour les immeubles à usage professionnel. Depuis cette ordonnance, l'alinéa premier du premier article de la loi précitée dispose

725 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, version finale du 15 mai 2009, textes déplacés, supprimés ou ajoutés, IV – Textes ajoutés, 3°, article 1-2.

726 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, article 1-1 : « La présente loi [la loi du 10 juillet 1965] s'applique à toute division d'un bâtiment qui comporte, outre les parties attribuées à des propriétaires différents, des éléments communs ou d'utilité commune, notamment de structure, de desserte ou d'équipement ».

727 J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 363, p. 322, spéc., p. 324.

Une réserve à cette interprétation stricte de la notion d'élément commun au sens de l'article 1-2 pourrait néanmoins venir de la suite de l'article. Celle-ci impose en effet de définir conventionnellement « les règles de propriété » des éléments communs. Il serait ainsi possible de déduire que si des règles conventionnelles de propriété doivent être précisées, c'est bien parce que le placement en indivision n'est pas impératif en la matière. Ce serait néanmoins oublier qu'une telle obligation peut ne faire référence qu'à la seule obligation de préciser les modes de calcul de répartition des quotes-parts de parties communes.

728 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, 3°.

que « la présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis à usage total ou partiel d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes ». Cette nouvelle rédaction implique deux réflexions. La première est qu'il faudra désormais distinguer la copropriété en tant que régime juridique, de la copropriété comme technique de division de l'immeuble. La seconde portera sur la portée de l'apport de cette condition d'usage de l'immeuble quant à la possibilité de recourir à une organisation différente de la copropriété.

180.3. L'une des difficultés relatives à la portée de cette modification prend naissance dans la rédaction hasardeuse des termes de la loi et, plus précisément, de l'utilisation de la notion d'« usage » total ou partiel d'habitation par l'alinéa 1er de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965. Au premier abord, cette notion se distingue aisément de celle de « destination », qui évoque la ligne directrice générale de la vie de l'immeuble et donc, des affectations envisageables dans celui-ci[729]. Même si la frontière est plus ténue, l' « usage » doit également se distinguer de l' « affectation », qui représente la détermination de l'usage ou des usages d'un local dans les actes qui y font référence. Sous ce prisme, l'usage semble n'être que la traduction juridique de la seule réalité des faits, indépendamment de sa détermination dans les actes[730]. Le doute s'instille à la lecture de l'alinéa 6 de ce même article. Celui-ci rappelle que le régime issu de la loi du 10 juillet 1965 a vocation à s'appliquer par principe « à tout immeuble ou groupe d'immeubles bâtis à destination [souligné par nous] totale autre que d'habitation » en l'absence d'organisation différente. Dès lors, il faut se demander si l'usage de l'alinéa 1er ne fait pas, en réalité, référence à la notion de destination que l'on retrouve à l'alinéa 6[731]. En l'absence d'informations précises relatives aux choix du recours à ces termes spécifiques par le législateur, l'incertitude persiste et devra être résolue par la Cour de cassation à l'occasion de vraisemblables litiges futurs sur cette question. Cette imprécision est d'autant plus dommageable que la référence à l'usage ou la destination d'habitation pourrait, selon certains, conditionner la faculté pour les propriétaires d'échapper, non seulement au régime de la copropriété, mais également au mode de division qui y est attaché.

181. Analyse stricte : élargissement du champ d'application impératif du régime de la copropriété. Cette question constitue la seconde difficulté, qui intéresse plus directement l'articulation entre le caractère impératif du régime de la copropriété et la faculté de recours aux

729 Sur cette question, *supra*., n° 51 et s. Voir cependant, pour le constat d'une synonymie presque totale des deux termes en matière de droit de la construction : J.-Ph. Tricoire, C. Charbonneau, « La destination de l'immeuble en droit de la construction », Droit et ville, 2019/2, n° 88, p. 171, spéc., p. 171 et 172.

730 Dans un sens proche, Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Copropriété des immeubles bâtis : statut et structures – Entrée en copropriété*, n° 55 et 56, qui considère l'usage comme une sous-catégorie de l'affectation.

731 Également en ce sens, Ch. Atias, N. le Rudulier, *op. cit.,* n° 70.

volumes immobiliers. Il est en effet envisageable que la supplétivité nouvelle du régime de la copropriété pour les immeubles sans locaux d'habitation n'emporte pas une impérativité renforcée dans le cas contraire. Ainsi, certains voient dans cette modification l'impossibilité de recourir à un autre statut que la copropriété et son régime légal pour les immeubles à usage total ou partiel d'habitation, ces derniers constituant « le secteur protégé de la copropriété »[732]. Conséquence directe d'une telle interprétation, il serait désormais impossible d'isoler les différents locaux à usage d'habitation dans un volume spécifique pour le soumettre au régime de la copropriété. Il faudrait alors placer l'intégralité de la structure dans laquelle se trouvent les dits locaux dans un volume soumis au régime de la copropriété.

181.1. À l'appui d'une telle analyse, nous ne pouvons que remarquer l'incohérence fondamentale à laquelle cette supplétivité nouvelle aboutirait en l'absence de création d'un secteur protégé visant tout immeuble à usage au moins partiel d'habitation. Depuis l'ordonnance du 30 octobre 2019, les immeubles collectifs intégralement composés de professionnels bénéficient de trois possibilités. La première est d'opérer une division en copropriété et se soumettre à son régime commun. La seconde consiste à effectuer une division en copropriété et établir un régime sur-mesure qui peut s'inspirer du régime de la loi du 10 juillet 1965 sans risquer un retour impératif vers le régime commun. La troisième est de procéder à une division en volumes et de prévoir un régime spécifique se distinguant nettement du régime commun de la copropriété[733]. À l'inverse, un immeuble collectif comprenant au moins partiellement un local à usage d'habitation ne bénéficierait que de deux de ces trois choix. Il ne pourrait pas être divisé en lots de copropriété assorti d'un régime sur-mesure. Autrement-dit, dans cette situation, la voie médiane lui est interdite.

181.2. Pourtant, l'ouverture de cette voie médiane procède indiscutablement d'une volonté de renforcement de la protection des propriétaires professionnels par l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété. L'idée peut être résumée de la façon suivante. Le régime commun de la copropriété a été prévu pour être protecteur de l'intérêt de l'ensemble des copropriétaires. Or, son

---

732 M. Poumarède, « Présentation générale de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 845 ; M. Poumarède, C. Galy-Cardenac, « Copropriété : le temps de la réforme a sonné ! Aux notaires de s'en saisir », JCP N 2020, act. 674. L'emploi de l'expression « secteur protégé » est un emprunt au domaine du droit de la construction initialement réservé à la vente d'immeuble à construire. Dans ce cadre, il désigne un immeuble dont la destination permet un usage d'habitation ou mixte professionnel et d'habitation auquel l'article L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation prévoit un régime protecteur spécifique. Cette protection, s'est ensuite étendue pour s'appliquer plus généralement à d'autres domaines de la promotion immobilière. Pour un exposé en ce sens, J.-Ph. Tricoire, C. Charbonneau, « La destination de l'immeuble en droit de la construction », Droit et ville, 2019/2, n° 88, p. 171, spéc., p. 179. Pour un exposé de l'appréciation des critères d'entrée sous le secteur protégé, M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 17 et s., p. 19 et s.

733 Sur la portée de l'obligation de création d'une organisation différente et de mise en place d'une personne morale propre à assurer la gestion de l'ensemble immobilier, *infra*., n° 184 et s.

inadaptation aux professionnels a conduit ces derniers à le rejeter totalement, la situation antérieure à l'ordonnance du 30 octobre 2019 n'autorisant pas les applications partielles. L'assouplissement mis en place par cette ordonnance permet donc d'inciter les professionnels à revenir vers ce mode de division et de ce fait, de recouvrer le bénéfice au moins partiel de son régime protecteur plutôt que de se tourner vers une division en volumes à organisation purement conventionnelle dont le mode de division comme le régime peuvent être source de complication et d'insécurité. Dès lors, on ne voit pas bien pourquoi les immeubles à usage au moins partiel d'habitation ne peuvent bénéficier de ces aménagements. Ce sont en effet les propriétaires de locaux d'habitation qui ont été particulièrement visés par la volonté protectrice du législateur de 1965 et en les privant de cette possibilité d'adoption d'un régime seulement partiellement dérogatoire, la seule alternative envisageable au régime commun de la copropriété est de s'écarter totalement de ce mode de division et du régime légal protecteur pensé originellement pour eux. Les priver de la voie médiane ouverte pour les professionnels tout en autorisant les montages conventionnels en volumes s'avère donc contre-productif en ce qu'il aboutit à un choix polarisé pouvant entraîner au final une moindre protection des particuliers relativement à celle des professionnels[734]. On pourrait opposer à cette analyse que la faculté offerte aux professionnels leur permet d'écarter totalement le régime commun, ce qui reviendrait finalement à supprimer tout impact protecteur de la loi du 10 juillet 1965. Il ne faut néanmoins pas négliger l'apport que peut constituer la seule présence d'une division en lots de copropriété. Dans cette situation, même si le régime conventionnel spécial choisi comporte des imprécisions, le juge devra se référer au régime commun, ce qui reste impossible en matière de division en volumes. En toute logique et en considérant que la protection du propriétaire d'un local d'habitation se situe toujours au cœur de l'intention du législateur, il faudrait en déduire que la nouvelle rédaction de l'article 1er à bien pour vocation de constituer un secteur protégé pour les immeubles à usage total ou partiel d'habitation et ainsi, les exclure de toute faculté de division en volumes. Malgré tout, conférer une telle portée à ce remaniement de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 s'avère discutable, la nouvelle rédaction ne nous semblant pas à même de porter de telles conséquences.

182. Maintien de la portée originelle du texte. Le premier argument en faveur de cette interprétation provient de la structure du texte : celle-ci n'est pas modifiée en dehors de cette ouverture nouvelle à destination des copropriétés exclusivement professionnelles. La rédaction de l'alinéa premier de l'article 1 sous l'égide de la loi ELAN était la suivante : « La présente loi régit

734 Également en ce sens, en raisonnant à propos des propositions doctrinales similaires à la réforme du 30 octobre 2019 : J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 376, p. 339, spéc., p. 340.

tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots »[735]. L'ordonnance du 30 octobre 2019 ne fait qu'ajouter la précision liée à l'affectation d'habitation. La version initiale de cet alinéa premier, en vigueur jusqu'à l'application de la réforme issue de la loi ELAN, était rédigé comme suit : « La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes ». En conditionnant expressément l'application de la loi à la division en lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes, la rédaction originelle de la loi du 10 juillet 1965 amenait un argument textuel de poids aux partisans de la théorie d'un caractère supplétif du régime de la copropriété. Or, la rédaction issue de la loi ELAN a expurgé cette précision pour ne retenir comme unique condition de l'application du régime de copropriété la seule division « par lot ». On pourrait alors être tenté de voir dans cette nouvelle rédaction un élargissement du champ d'application impératif de la copropriété. Ce serait néanmoins faire porter des conséquences excessives à une réforme qui, selon le législateur, entendait sur ce point, simplement clarifier les différents éléments constitutifs d'une division en copropriété[736]. En ce sens, si la précision de la composition du lot visée par l'alinéa premier intervient désormais seulement dans le deuxième alinéa, ce choix s'explique par les ajouts qui ont été apportés et qui sont relatifs à l'indissociabilité du lien entre les parties privatives et parties communes.

182.1. La loi ELAN ne modifiant pas le champ d'application originel de la division en copropriété, l'apport relatif à l'affectation issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 ne le modifie pas plus. Il ne s'agit que d'une précision s'appliquant lorsque la division de l'immeuble est effectuée en copropriété et non pas une modification des critères imposant une division en copropriété. En d'autres termes, la question de l'affectation n'intéresse que le régime de la copropriété et non pas le mode de division de l'immeuble en lui-même. Par conséquent, un immeuble avec des locaux d'habitation devrait toujours pouvoir s'écarter de ce régime en adoptant un mode de division différent. Il en résulte que pour pouvoir conférer à l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 une capacité à rendre le régime de la copropriété impératif pour l'ensemble des immeubles comportant des locaux d'habitation, il aurait fallu que le texte précédent impose la copropriété pour l'ensemble des constructions. Ce point amène deux remarques. D'une part, si cet apport venait réellement préciser le caractère impératif du régime de la copropriété, il faudrait en

735 Alinéa premier de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965, dans sa version issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN).

736 Voir sur ce point, Étude d'impact, Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, 3 avril 2018, p. 384.

déduire qu'il le modifie en y apportant plus de souplesse, puisque la précédente rédaction ne distinguait nullement selon l'affectation de l'immeuble. D'autre part, dès lors que le champ d'application originel de la copropriété n'a pas été modifié par les dispositions récentes, les solutions jurisprudentielles sur cette question continuent, *a priori*, de rester d'actualité. Or, sur cette question, la jurisprudence a adopté de longue date une véritable faculté de choix, en limitant l'application impérative du régime de la copropriété à l'existence d'un lot comportant une partie privative et une quote-part de parties communes[737].

182.2. En définitive, cette modification issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 se contente de permettre aux immeubles ou groupes d'immeubles bâtis sans local à usage d'habitation, d'adopter un régime différent de celui issu de la loi du 10 juillet 1965 malgré une division en lots de copropriété. Autrement dit, le régime légal de la copropriété a désormais un caractère supplétif de volonté lorsqu'aucun local d'habitation n'est prévu dans l'immeuble en cause. Ce qui permet à celui-ci d'être divisé en copropriété tout en prévoyant un régime de gestion différent de celui proposé par cette même loi[738]. Il est donc désormais possible de diviser en lots de copropriété de tels immeubles sans pour autant leur appliquer le régime prévu par la loi du 10 juillet 1965. Par conséquent, non seulement rien ne semble empêcher les propriétaires d'un d'immeuble sans locaux d'habitation de le diviser en lots de copropriété tout en choisissant un régime différent de celui de la loi du 10 juillet 1965, mais au surplus, le recours à un autre mode de division devrait également pouvoir se maintenir, que l'immeuble en cause possède ou non des locaux d'habitation. Pour autant, il n'est pas certain que la liberté de choix du mode de division de l'immeuble soit totale, le législateur tentant en effet de le conditionner par le biais de la notion d'ensemble immobilier.

Paragraphe 2. Les insuffisances de la notion d'ensemble immobilier comme vecteur d'encadrement du recours à la division en volumes

183. Plan. La réforme du 30 octobre 2019[739] permet de diviser un immeuble ou un groupe d'immeubles en copropriété sans qu'il ne soit soumis au régime prévu par la loi, dès lors qu'il ne possède pas en son sein de locaux d'habitation. Comme nous l'avons vu, cette possibilité ouverte ne semble cependant pas avoir un impact sur les projets de construction impliquant des affectations

737 *Supra.*, n° 85 et s.

738 En ce sens, le rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, JOFR, n° 0254 du 31 octobre 2019, texte n° 2 ; D. Tomasin, « La structure juridique de l'immeuble en copropriété après l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 847.

739 Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, *op. cit.*

multiples et une cohabitation avec le domaine public. En conséquence, le volume immobilier conserve toute son utilité malgré la réforme. Il devient même expressément l'un des éléments permettant de caractériser l' « ensemble immobilier » au sens de la loi du 10 juillet 1965. Il est ainsi l'outil permettant de se détacher du régime de la copropriété, sous réserve de la mise en place d'une organisation différente (A). Lors des récentes réformes de la copropriété, le législateur a tenté de circonscrire le recours à la division en volumes par le biais de la notion d'ensemble immobilier (B). Dans sa compréhension actuelle, ce critère ne rend malgré tout pas compte des nombreuses situations pour lesquelles une division en volumes peut s'avérer nécessaire. Il ne peut donc servir à limiter efficacement le recours à d'autres modes de division de l'immeuble que celui de la copropriété (C).

A. Les exigences attachées à la division en volumes d'un ensemble immobilier : la mise en place d'une organisation différente

184. Objectif de l'exigence d'une organisation différente. La loi du 10 juillet 1965 met en place un principe de primauté du régime de la copropriété qu'elle prévoit[740]. Ainsi, s'en affranchir est conditionné à la présence d'une organisation différente dans la gestion des éléments collectifs, en sus de la condition d'hétérogénéité et de celle relative à la structure de l'immeuble. Cette organisation différente poursuit deux objectifs : le premier est de démontrer la volonté expresse des propriétaires concernés d'écarter le régime de la copropriété ; le second est d'assurer que les règles de gestion des éléments collectifs de l'immeuble contenus dans le cahier des charges sont prévues et pourront bénéficier d'une réelle effectivité.

185. Conditions d'existence. L'organisation différente exigée par l'article 1er, II° de la loi du 10 juillet 1965 a été précisée par l'ordonnance du 30 octobre 2019. Auparavant seulement rapidement évoquée, la réforme va compléter sa seule évocation passée[741] par des exigences supplémentaires : son article 1er exige désormais qu'une convention « dérogeant expressément » au régime de la copropriété soit signée et que soit mise en place une « organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leur élément et services communs ». Cette réforme vient préciser le contenu des exigences légales que la jurisprudence n'a jamais dégagées avec certitude. En effet, si la Cour de cassation sanctionne l'absence d'organisation

740 D. Tomasin, « Les caractères de la notion d'ensemble immobilier », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, LexisNexis éd., 2007, p. 597, spéc., p. 613 et s.

741 Les versions antérieures de l'article 1er de cette loi se contentaient de rappeler la nécessiter d'adopter une « convention contraire créant une organisation différente » sans en préciser la teneur.

différente – en affirmant par exemple qu'un réseau de servitudes n'en constitue pas une[742] – elle n'en précise pas pour autant les éléments constitutifs. Il faut néanmoins remarquer que sur ce point la Haute juridiction judiciaire insistait déjà particulièrement sur l'importance de mettre en place une structure indépendante[743] capable de gérer les éléments communs[744]. Partant de ce constat, certains auteurs ont pu faire valoir que cela semblait nécessairement impliquer l'existence d'une personnalité morale[745]. L'incertitude sur ce point est désormais levée : la loi du 10 juillet 1965 impose expressément la mise en place d'une structure dotée de la personnalité morale. Une telle exigence implique ainsi l'impossibilité d'établir un ensemble immobilier dont les différents volumes sont gérés par le seul groupement de fait de leurs syndicats de copropriétaires respectifs[746].

185.1. En tout état de cause, il est important de rappeler que le simple fait d'établir un état descriptif de division sans lots de copropriété ne suffira pas à s'assurer la mise à l'écart du régime de la loi du 10 juillet 1965. La Cour de cassation refuse en effet de considérer celui-ci comme de nature contractuelle[747], bloquant ainsi sa qualification éventuelle de « convention contraire » demandée par cette loi. Or, la sanction de l'absence d'une telle convention est la même que celle de l'absence d'organisation différente, à savoir, soit la requalification en copropriété – celle-ci étant, dès lors, réputée exister dès la présence d'une pluralité de propriétaire[748] – soit la seule application

---

742 Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-13.679, D. 2012, p. 2245, obs. Y. Rouquet ; Loyers et copro, novembre 2012, n° 11, comm. 306, obs. G. Vigneron ; RDI 2013, p. 87, note J.-Ch. Chaput ; AJDI 2013, p. 444, note D. Tomasin ; JCP G 2013, 429, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2013, p. 13, obs. L. Tranchant.

743 Cass. civ., 3ème, 12 juin 1991, n° 90-13.708, RDI 1991, p. 379, obs. P. Capoulade, C. Giverdon. Dans cette affaire, la Cour de cassation approuve un arrêt de la cour d'appel de Paris (Paris, 12 janvier 1990, JurisData n° 1990-020061) ayant refusé de caractériser la présence d'une organisation établie par une simple convention entre trois syndicats de copropriétaires prévoyant une répartition particulière des charges. Elle déboute alors le syndicat de copropriétaire de l'un des immeubles de sa demande de paiement des charges fondés sur la convention collective.

Plus récemment, Cass. civ., 3ème, 12 juin 2018, n° 17-18.705, Loyers et copro, juillet 2018, n° 7-8, comm. 185, note A. Lebatteux. La Cour de cassation refuse la qualification d' « organisation différente » à un immeuble comprenant une indivision temporaire dont l'acquisition devait se faire au bénéfice d'une association syndicale, dès lors que cette dernière n'a jamais été créée.

744 Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, *op. cit.* Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle qu'un réseau de servitudes ne caractérise pas cette organisation différente, qui doit permettre « la gestion des éléments communs de l'ensemble immobilier ».

745 En ce sens, A. Lebatteux, note sous, Cass. civ., 1re, 12 juin 2018, *op. cit.* Voir également, P. Capoulade, « Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Administrer, n° 274, janvier 1996, p. 11. *Contra*., N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, n° 62.

746 Pour un tel montage, Cass. civ., 3ème, 31 mars 1993, n° 90-10.143, RDI 1993, p. 270, obs., P. Capoulade, C. Giverdon. Affaire dans laquelle la Cour de cassation considère que les différents syndicats de copropriétaires ne constituaient qu' « un groupement de fait dépourvu de la personnalité morale ». Pour la mise en place d'une organisation similaire dont les effets conventionnels ont été écartés par le juge au bénéfice du respect de la loi du 10 juillet 1965: Cass. civ., 3ème, 12 juin 1991, *op. cit.*

747 Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, n° 90-11.578, D. 1993, p. 1, note P. Capoulade, C. Giverdon ; AJDI 1993, p. 713, obs. J.-M. Gélinet.

748 *Supra*., n° 29 et s.

forcée de son régime[749]. La convention contraire sera constituée le plus souvent par le cahier des charges, qui s'attachera à expliquer les raisons pour lesquelles le régime de la copropriété n'est pas adapté[750] ainsi qu'à préciser le mode de division et l'organisation choisi. La seule division en volumes d'un immeuble ne permet donc pas à elle seule de s'assurer le rejet du régime de la copropriété, dès lors qu'elle rentre sous la qualification d'ensemble immobilier.

B. La notion d'ensemble immobilier au sens de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 : le critère de l'hétérogénéité

186. Définition originelle de l'ensemble immobilier. La notion d'ensemble immobilier telle qu'elle était définie par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 avant la réforme issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 imposait que les ensembles en cause, « outre des terrains, des aménagements et des services communs, comportent des parcelles, bâties ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs ». L'usage de la préposition « outre » permet de comprendre que cette définition conditionne l'existence de l'ensemble immobilier à deux conditions cumulatives. Il s'agit de constater l'existence de « terrains, aménagements et services communs », auquel se cumule la présence de « parcelles […] faisant l'objet de droit de propriété privatifs ». Cette définition légale amène plusieurs remarques. La première est de questionner le sens de l'adjectif « communs », la seconde est de constater l'absence de caractère cumulatif de l'énumération initiale imposant « des terrains, des aménagements et des services communs ».

---

749 Sur cette question, S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2020, étude 6, spéc., n° 38 et s. En ce sens, il faut donc préciser avec Monsieur Lamy-Willing que « l'application du statut de la copropriété ne signifie pas que des propriétés distinctes constitueraient soudainement, par l'effet d'une décision de justice par exemple, des lots de copropriété, ce qui pourrait d'ailleurs être considéré comme une atteinte au droit de propriété » (n° 48).

Afin d'appuyer ces propos, l'auteur démontre que l'application du régime de la copropriété est envisageable pour un ensemble immobilier ne remplissant pas les conditions demandées pour valider l'organisation différente au sens de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965. Il relève en effet que malgré la nécessité de procéder à quelques adaptations relatives au vocabulaire employé, à la portée et à l'application de certaines dispositions (n° 53 et s.), les dispositions spécifiquement relatives aux lots de copropriété ne sont pas d'ordre public (n° 51 et 52) et peuvent donc trouver application sans nécessiter une modification de la répartition de la propriété de l'ensemble litigieux.

Il faut préciser que, selon l'auteur, cette seule application du régime ne peut se justifier lorsque la division en volumes ne connaît aucune organisation conventionnelle et n'est justifiée que par le seul état descriptif de division. Dans cette situation, il préconise une véritable requalification de la division opérée, les volumes devenant alors des lots de copropriété (n° 49).

750 Cette précision se retrouve très fréquemment en pratique, bien qu'extérieure à toute exigence légale. Elle a pour objectif d'afficher clairement le choix effectué et d'éviter ainsi une éventuelle requalification en copropriété ou l'application imposée de son régime. Elle permet aussi de composer avec certains courants doctrinaux considérant la division volumique ouverte aux seules situations dans lesquelles elle est nécessaire sous peine de procéder à un écartement frauduleux du régime de la copropriété. Il ne nous semble pas que la nouvelle rédaction issue de l'alinéa 2 de l'article 1er, II° de la loi du 10 juillet 1965 imposant une convention « dérogeant expressément » au régime de la copropriété soit chargée d'une telle obligation.

187. Signification de l'adjectif « commun ». Selon une partie de la doctrine, le terme « commun » est utilisé en référence à l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 définissant les parties communes[751], ce qui suggère la présence d'une indivision. Ainsi, sous l'égide de l'ancienne rédaction de l'article 1er de cette loi, il apparaît que le droit positif n'entendait conférer la qualification d'ensemble immobilier au sens de cette loi qu'en présence d'éléments communs – c'est-à-dire indivis – et, partant, de volumes indivis au sein de l'ensemble[752]. Selon cette interprétation, un programme immobilier divisé intégralement en volumes dont l'intégralité des éléments collectifs seraient appropriés individuellement ne rentrerait donc pas dans la définition de l'ensemble immobilier, faute d'indivision[753]. Il ne serait donc pas tenu de mettre en place de façon effective une organisation différente[754]. C'est pourtant vraisemblablement le sens qu'entend lui conférer la Cour de cassation, qui à l'occasion d'un arrêt du 26 mars 2020, censure une cour d'appel ayant appliqué le régime de la copropriété sur la seule existence de l'usage commun d'une rampe d'accès[755] faute d'avoir constaté « l'existence de terrains et de services communs aux deux ensembles immobiliers »[756].

188. Absence de caractère cumulatif. La définition de l'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 s'ouvre sur la nécessaire présence « des terrains, des aménagements et des services communs »[757]. Il aurait pu être tentant d'adopter une lecture cumulative de cette énumération, imposant la présence de chacun des éléments cités. Pour autant, une telle analyse semble excessivement restrictive : il sera rare qu'un immeuble collectif présente cumulativement les trois éléments, d'autant plus si ceux-ci se doivent d'être en indivision. Cette lecture en faveur d'une lecture supplétive de l'énumération semble corroboré par la nouvelle rédaction de l'article émanant

751 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 92.

752 En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 386 et s., p. 211 et s., *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 88 et s ; S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2020, étude 6, n° 18 ; Ch.-E. Bucher, « L'application du statut de la copropriété aux ensembles immobiliers : l'existence de terrains et de services communes est nécessaire », note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, AJDI 2020, p. 837.

Faisant un constat similaire tout en laissant entendre qu'une interprétation moins restrictive est envisageable : W. Dross, « L'étrécissement du champ d'application supplétive de la copropriété des immeubles bâtis », note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, RTD Civ. 2020, p. 659 ; M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP N 2021, 1168.

753 *Infra*., n° 192 et s.

754 *Supra.*, n° 184 et s.

755 Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, n° 18-16.117, Dalloz actualité, 12 mai 2020, obs. A. Cayol ; AJDI 2020, p. 837, note Ch.-E. Bucher ; RTD Civ. 2020, p. 659, note W. Dross ; JCP G 2020, 979, note H. Périnet-Marquet.

756 *Ibid.*

757 Article 1er de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version en vigueur au 11 juillet 1965.

de l'ordonnance du 30 octobre 2019. En commençant par rappeler qu'un ensemble immobilier doit comporter « des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs », le législateur n'a vraisemblablement pas modifié la portée initiale de ce critère, mais y a simplement incorporé l'objet volumique. Or, il serait curieux de considérer que l'ajout d'une telle précision, simplement destinée à assurer la cohérence d'ensemble de la loi du 10 juillet 1965[758], conduise finalement à restreindre encore plus les conditions d'existence de l'ensemble immobilier au sens de cette dernière[759].

189. Présentation du critère de l'hétérogénéité. À l'issue de ces remarques, on constate que la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 impose originellement la présence d'élément indivis et de portion de parcelles appropriées de façon individuelle. Si la totalité de la doctrine s'accordait sur la nécessité de l'hétérogénéité de l'appropriation de l'immeuble, certains auteurs entendaient limiter l'ensemble immobilier à cette seule hétérogénéité du foncier[760]. Cette vision semble correspondre à l'intention du législateur de l'époque qui souhaitait conditionner la notion d'ensemble immobilier à l'existence d'un sol n'étant pas intégralement en indivision[761]. D'autres portaient sur cette exigence une appréciation plus souple et acceptaient que la seule hétérogénéité juridique de l'ensemble en tant que tel pouvait suffire[762]. Depuis une décision de la troisième chambre civile en date du 17 février 1999, la jurisprudence semble avoir favorisé une

758 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, JORF, n° 0254, 31 octobre 2019, texte n° 2.

759 Monsieur le Professeur Dross relève quant à lui très justement que maintenir une interprétation cumulative de cette énumération à la suite de cet ajout viendrait « priver de toute portée pratique ce texte et trahir ainsi son ambition organisatrice et pacificatrice » (W. Dross, « L'étrécissement du champ de l'application supplétive de la copropriété des immeubles bâtis », note sous, Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, RTD Civ. 2020, p. 659, spéc., p. 661).

760 En ce sens, P. Capoulade, C. Giverdon, « Propos sur les ensembles immobiliers », RDI 1997, p. 161, spéc., n° 10 ; C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, D. 2000, p. 133 ; J. Lafond, « La distinction entre groupes d'immeubles et ensembles immobiliers », JCP N 1998, p. 804 ; J. Maistre du Chambon, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, RTD Imm. 2013, n°1, p. 55. ; M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP N 2021, 1168.

761 Exposé des motifs de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, JO, 22 juillet 1965, n° 1074, p. 2.

762 D. Sizaire, « Le statut de la copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1969, I, doctr., 2252, spéc., n° 28 et 29 ; « Division en copropriété et en volumes : organisation différente », note sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, JCP N 1999, p. 1639 ; B. Leclercq, « Les ensembles immobiliers », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 403, spéc., p. 419 et s. L'auteur indique alors que « l'essentiel [dans la qualification d'ensemble immobilier] réside dans les bâtiments eux-mêmes et leurs équipements communs » ; L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001, n° 196 et s., p. 225 et s. ; A. Lebatteux-Simon, « Les alternatives à la copropriété », Loyers et copro., n° 1, janvier 2015, étude 1 ; P. Lebatteux, « Comment redéfinir la notion d'ensemble immobilier et l'application du statut ? », Loyers et copro., n° 10, octobre 2015, dossier 2, l'auteur précisant tout de même qu'une telle application est un élargissement nécessaire des critères restrictifs prévus par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 (spéc.,n° 4) ; N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes, op. cit.,* n° 88.

interprétation large des conditions d'hétérogénéité de l'ensemble immobilier[763]. Dans cette affaire, il était question d'un litige portant sur l'organisation d'un ensemble immobilier divisé en volumes reposant sur une assiette faisant l'objet d'une indivision. Or, la Haute juridiction judiciaire approuve la seule « hétérogénéité du régime juridique des fractions de l'immeuble »[764] comme condition permettant de caractériser un ensemble immobilier. On a pu déduire de cet arrêt que l'hétérogénéité demandée à l'ensemble immobilier « passe ainsi de la notion de parcelle à la notion de fraction d'immeuble, qui prend en compte aussi bien le sol que tout autre partie de l'ensemble immobilier »[765]. En conséquence, l'arrêt semble autoriser un ensemble immobilier à caractériser son hétérogénéité par des volumes sans lien direct avec le sol. Il faut néanmoins remarquer que si la Cour de cassation semble en accord avec cette conception, la solution est rendue à l'occasion de faits très particuliers pouvant laisser un doute quant à sa portée. Le doute n'est cependant désormais plus permis, la réforme du 30 octobre 2019 apportant une précision bienvenue sur ce point.

190. Evolution du critère. *A priori*, le rapport relatif à l'ordonnance du 30 octobre 2019 nous indique que les modifications apportées à la définition de l'ensemble immobilier n'entendent pas révolutionner la notion. Il précise que l'ajout du terme « volumes » n'est justifié que par souci de « cohérence avec le IV de l'article 28 [de la loi du 10 juillet 1965] qui prévoit la possibilité d'une scission en volumes »[766]. En dépit de ce manque d'intention, il faut tout de même remarquer que la nouvelle rédaction vient écarter la seule hétérogénéité juridique de la parcelle au bénéfice de celle de l'ensemble en tant que tel.

190.1. La loi du 10 juillet 1965 propose désormais une définition de l' « ensemble immobilier » comme comprenant, « outre des terrains, des volumes, des aménagements et des services communs, […] des parcelles ou des volumes, faisant l'objet de droits de propriété privatifs »[767]. En ajoutant expressément la notion de volume au sein de cette nouvelle définition, l'ordonnance du 30 octobre

763 Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, n° 97-14.368, RDI 1999, p. 298, obs. C. Giverdon ; JCP N 1999, p. 1639, note D. Sizaire ; Defrénois 1999, p. 796, obs. Ch. Atias ; Administrer, juin 1999, p. 39, note P. Capoulade ; D. 2000, p. 133, note C. Giverdon ; JCP N 2000, 1311, note A. Fournier, D. Sizaire. Des mêmes auteurs, voir également : A. Fournier, D. Sizaire, « L'organisation des ensembles immobiliers complexes. Observations complémentaires sur la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1999 », JCP N, 2000, 1311.

764 Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, *op. cit.*

765 L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001, n° 198, p. 226 et s., spéc., p. 227. Déjà en ce sens, A. Fournier, D. Sizaire, « L'organisation des ensembles immobiliers complexes. Observations complémentaires sur la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1999 », *op. cit*., n° 1. Voir également, D. Tomasin, « Les caractères de la notion d'ensemble immobilier », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, LexisNexis édition, 2007, p. 597, spéc., p. 609, l'auteur rappelle à propos de cet arrêt que désormais « l'hétérogénéité ne se limite pas à l'hétérogénéité du foncier ».

766 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, JORF, n° 0254, 31 octobre 2019, texte n° 2.

767 Loi du 10 juillet 1965, article 1er, II, 2°, version en vigueur au 1er juin 2020.

vient clarifier quelque peu l'ancienne rédaction de la loi, qui ne qualifiait expressément d'« ensemble immobilier » qu'un ensemble dans lequel il existait des droits indivis et des droits de propriété privatifs portant sur une parcelle terrestre. En posant comme critère la présence cumulative de droits indivis et de droits de propriété privatifs sur une parcelle, cette définition de l'ensemble immobilier pouvait aboutir à l'exclusion implicite de nombreuses constructions en volumes et ainsi minimiser la portée de l'obligation de mise en place d'une organisation différente. Les immeubles divisés en volumes impliquent bien souvent une pluralité de droits de propriété privatifs qui vont s'établir sur une même parcelle, sans qu'il n'existe de droit indivis, ni de droit privatif portant spécifiquement sur une fraction de parcelle terrestre[768].

191. Impact limité de la réforme. En indiquant que l'ensemble immobilier doit comporter « des parcelles ou des volumes, bâtis ou non, faisant l'objet de droits de propriété privatifs », l'ordonnance du 30 octobre 2019 apporte néanmoins une précision bienvenue. L'idée d'un ensemble immobilier faisant cohabiter des éléments communs et individuels n'est ici pas modifiée, mais le droit de propriété privatif individuel peut porter désormais expressément sur des volumes et plus uniquement des parcelles. Cette précision permet d'écarter avec certitude la limitation de la notion au seul « éclatement du foncier »[769]. Ainsi, la notion est élargie et clarifiée : la seule présence d'un volume indivis aux côtés de volumes appropriés de façon individuelle suffirait ainsi à caractériser la présence de l'ensemble immobilier. La nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 semble donc apporter *a minima* une précision supplémentaire importante quant au premier critère de la qualification d'ensemble immobilier, pour laquelle il suffit désormais qu'existe une hétérogénéité des droits sur les parties de l'ensemble en cause.

191.1. En tout état de cause, l'ensemble immobilier de la loi du 10 juillet 1965 n'est, au sens de son article 1er, II°, pas lié à l'existence d'une structure matérielle hétérogène, ni à une question de dimension[770]. Seule est nécessaire la présence de droits hétérogènes sur ses différentes parties, ceux-ci pouvant être caractérisés par la présence de volumes immobiliers. Certes, une indivision non perpétuelle, ou la simple existence d'une propriété individuelle parcellaire au centre d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles possédant une assiette indivise, permettra également de qualifier le tout d'ensemble immobilier. Néanmoins, force est de constater que la construction en

768 Déjà en ce sens, N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 375, p. 205. L'auteur remarque qu'une telle exigence reviendrait à exclure de la qualification d'ensemble immobilier la division d'un immeuble ne comprenant que des volumes en rez-de-chaussé, en raison de l'absence d'une pluralité de droits qui imposerait, outre des volumes, la présence d'une portion indivise.

769 P. Capoulade, C. Giverdon, « Propos sur les ensembles immobiliers », *op. cit.*, spéc., n° 10.

770 Sur ce point, L. Depuy, thèse, *op. cit*., n°190, p. 217 ; D. Tomasin, « Les caractères de la notion d'ensemble immobilier », *op. cit.*, spéc., p. 606.

volumes sur l'étendue verticale d'une parcelle unique répond davantage aux problématiques de densité urbaine qui impliquent une faible disponibilité des surfaces au sol[771].

C. Insuffisance de la seule notion d'ensemble immobilier à encadrer le recours à la division en volumes

192. L'ensemble immobilier de la loi du 10 juillet 1965 : une notion restrictive. Malgré son extension expresse à la notion de volume, le critère de l'hétérogénéité n'en reste pas moins limité par sa propre nature : celle d'imposer une pluralité de régimes juridiques entre les différentes fractions de l'immeuble pour pouvoir exister. En conséquence, si le volume immobilier peut certes participer à la caractérisation de l'hétérogénéité des droits d'un ensemble immobilier dans le cas où il est complété par des équipements collectifs en indivision ou une copropriété – parfois au sein d'autres volumes – il n'en est pas un élément constitutif. Il a ainsi été très justement remarqué que la division d'un immeuble exclusivement faite en volumes individuels ne correspondra pas à cette exigence[772], ce qui a pour conséquence de l'exclure de la qualification d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965.

193. Conséquence du caractère restrictif de la notion. La division en volumes est donc indépendante de la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965. Si cette loi prévoit qu'un ensemble immobilier peut déroger au régime de la copropriété – quelles que soient ses affectations – sous contrepartie de la mise en place d'une organisation différente dotée de la personnalité morale propre à gérer les éléments communs, c'est donc bien la qualification d'ensemble immobilier au sens de cette loi qui emporte l'obligation de mise en place d'une organisation différente. Il est alors permis de douter qu'en présence d'une division exclusivement composée de volumes individuels, la mise en place d'une organisation différente attachée à cette qualification soit exigée[773]. C'est ici un effet délétère de l'insuffisance de la notion d'ensemble immobilier, couplée à l'absence d'impérativité de principe de la division en copropriété[774] : la division en volumes semble pouvoir être utilisée de façon moins restrictive – c'est-à-dire sans obligation de mise en place d'une organisation différente – dès lors qu'il n'existe aucun ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965. Certes, rien n'empêche les différents propriétaires de

771 Même si ces derniers existent, notamment par la mise en œuvre de programmes immobiliers confinant au gigantisme urbain.

772 En ce sens, Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 388, p. 211 ; « Division en volumes et copropriété : quels choix ? », AJDI 2011, p. 1120 ; S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit.*, n° 18.

773 En ce sens, S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit*., n° 18.

774 *Supra*., n° 180 et s.

s'assurer d'une telle création, mais il n'est pas certain que son absence puisse être sanctionnée par le juge afin de requalifier la division en copropriété, seule solution ouverte au juge par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 s'il constate que l'ensemble immobilier litigieux ne possède pas d'organisation différente propre à assurer la gestion des éléments communs[775].

194. Confirmation jurisprudentielle. Ce constat est confirmé par la jurisprudence. Si elle impose la présence d'une organisation différente dans des situations où cohabitent des droits indivis et divis entre les différents propriétaires[776] – c'est-à-dire lorsqu'est présent un ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 – le juge ne semble pas l'exiger lorsque la division ne connaît pas cette pluralité et ne correspond donc pas à cette qualification[777].

195. Constat de l'insuffisance. Cette solution peut apparaître opportune au premier abord. Si on part du principe que le régime de la copropriété n'est pas adapté dans ces situations en raison d'une absence d'éléments collectifs, la demande d'une organisation différente n'aura pas plus de sens : son utilité est justement d'organiser la gestion de ces éléments qui ne sont pas présents dans cette hypothèse. Pourtant, à partir du moment où la structure abritant les différents volumes est commune, il existe des éléments qui, bien que distinctement appropriés, possèdent un intérêt pour la collectivité des co-volumiers. Il faudra donc en organiser l'entretien ou répartir la charge d'éventuelles réparations. L'absence d'une organisation collective spécifique prévue pour la gestion de ces éléments peut s'avérer problématique, notamment lorsque les travaux nécessaires impliquent des sommes importantes. Pour éviter cet écueil, une convention devrait, *a minima*, exister entre les parties. Surtout, maintenir une telle restriction à la qualification d'ensemble immobilier au sens de

775 En ce sens, S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit*., n° 49.

776 Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-13.679, *op. cit.* ; Cass. civ., 1re, 12 juin 2018, n° 17-18.705, Loyers et copro., n° 7-8, juillet 2018, comm. 185, note A. Lebatteux ; Cass. civ., 3ème, 13 septembre 2018, n° 15-24.655, Construction – Urbanisme, octobre 2018, n° 10, comm. 138, note P. Cornille.

777 Voir en ce sens, des décisions de juge du fond : Rennes, 22 juin 2004, JurisData n° 2004-250385 ; Montpellier, 2 novembre 2011, n° 10/1909 ; Rennes, 16 février 2012, n° 09/02076, JurisData n° 2012-003840 ; La Cour de cassation se prononce également en ce sens : Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, n° 77-15.375, Bull. civ. III, n° 141 ; Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, n° 09-15.554, RDI 2010, p. 606, obs. J.-Ch. Chaput, JCP G 2010, 1162, obs. H. Périnet-Marquet ; AJDI 2011, p. 217, note D. Tomasin ; Loyers et copro., janvier 2011, n° 1, comm., n° 22, obs. G. Vigneron ; Cass. civ., 3ème, 24 janvier 2019, n° 17-23.364, Loyers et copro., avril 2019, n° 4, comm. 64, note Ch. Coutant-Lapalus. Voir également en ce sens, Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, n° 18-16.117, JCP G 2020, doctr. 648, n° 9, note. H. Périnet-Marquet ; AJDI 2020, p. 837, note Ch.-E. Bucher ; RTD Civ. 2020, p. 659, note W. Dross ; JCP N 2021, 1168, note M. Poumarède. Dans les deux dernières affaires, les éléments d'utilisation commune en cause n'étaient pas appropriés de façon indivise mais bien individuelle par un seul propriétaire. L'appropriation du foncier n'était donc pas hétérogène, excluant ainsi la qualification d'ensemble immobilier au sens de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 et, partant, d'une éventuelle requalification en copropriété.

La jurisprudence a même pu valider une division en volumes litigieuse pour laquelle aucune organisation différente n'avait été prévue, quand bien même existait une hétérogénéité du foncier : Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, n° 10-27.396, JCP G 2012, doctr., 465, obs. H. Périnet-Marquet ; AJDI 2012, p. 237, note N. le Rudulier ; p. 276, note Ch. Atias. Précisons néanmoins que la question de la requalification en copropriété ne se posait pas, celle-ci n'étant pas demandée par les parties.

l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 n'est pas sans conséquences négatives. Dès lors que l'on admet que l'obligation de mise en place d'une organisation différente dotée de la personnalité morale ne découle que de l'existence d'éléments appropriés de façon indivise, elle pourrait être facilement détournée en décidant d'attribuer la propriété de ces éléments aux co-volumiers de façon exclusive. La contrepartie de l'absence d'application du régime de la copropriété serait alors totalement évincée sans qu'une requalification ne soit envisageable, au risque de vider de sa substance la volonté protectrice des propriétaires visée par la loi du 10 juillet 1965[778].

Paragraphe 3. L'insuffisance de l'encadrement de la division en volumes par la mise en place d'un critère structurel

196. Plan. Une fois la notion d'ensemble immobilier précisée, le recours à la division en volumes ne s'est cependant pas simplifié pour autant. Procédant à un retour vers la mise en place d'un critère structurel propre au bâti[779], la loi ALUR a procédé à l'ajout, dans l'article 28, IV°, de la loi du 10 juillet 1965, de conditions strictes permettant d'ouvrir la scission d'une copropriété en volumes. Les critères structurels retenus (A) ne sont cependant pas suffisants, en raison de leur incapacité à correspondre aux situations pour lesquelles la division en volumes s'avère nécessaire (B).

A. Mise en place d'un critère structurel à la division en volumes

197. Le recours à une vision structurelle. Cette volonté de venir limiter la notion d'ensemble immobilier à des conditions structurelles transparaît dans la présentation faite de la loi du 10 juillet 1965 par le rapporteur Zimmermann devant l'Assemblée Nationale, dans laquelle il déclarait qu'un autre régime que celui de la copropriété n'était pas envisageable en dehors de la situation des ensembles immobiliers – dont il justifie l'existence par la dimension structurelle[780]. Prolongeant

778 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, RTD Civ. 2020, p. 659.

779 En ce sens, voir notamment, C. Bosgiraud, « Volumes et copropriété : le choix n'est pas toujours permis », Bull. Cridon, Paris, mai 1988, p. 72 : « La structure de l'ouvrage comme sa destination […] ne justifie aucunement l'exclusion du statut de la copropriété dès lors que le bâtiment relève d'une conception architecturale homogène […] il doit être considéré comme un immeuble bâti au sens de l'alinéa premier de la loi du 10 juillet 1965. Cette loi a vocation à s'appliquer impérativement conformément aux dispositions de l'alinéa premier de son article premier ». Voir également, P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, « Les ensembles immobiliers complexes », Defrénois, 1975, I, p. 1217 ; P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, coll. Pratique de l'immobilier, 1989, *passim.*

780 R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533 spéc., p. 537 : « l'existence désormais classique de grands ensembles réunissant plusieurs copropriétés réparties en plusieurs bâtiments ou groupes de bâtiments et abritant quelques milliers d'habitants pose des problèmes parmi les plus ardus à résoudre en matière d'administration et de gestion. […] Il a paru raisonnable de ne pas apporter d'innovation à caractère impératif dans un domaine en pleine évolution et où l'initiative et l'imagination des praticiens ont déjà dégagé des solutions valables,

cette idée, l'argument structurel fut ensuite repris à l'occasion dans le rapport du 73e congrès des notaires de France[781], qui propose de supprimer la notion de « groupe d'immeubles bâtis » pour ne laisser perdurer que celle d'« immeuble bâti » et d'« ensemble immobilier »[782]. Il ressort de la proposition une soumission impérative au régime de la copropriété pour la totalité des immeubles bâtis, et une application facultative pour les ensembles immobiliers, ceux-ci devant être composés d'une pluralité de bâtiment matériellement dissociable les uns des autres[783].

197.1. Reprenant en partie cette proposition, la loi ALUR est venue ajouter une procédure de scission en volumes à l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965 limitée par des conditions très restrictives, dans le but de « contenir les dérives »[784] que la division en volumes d'un ensemble collectif peut présenter. Si, depuis cette réforme, la division en volumes est expressément reconnue par le biais de la scission de copropriété, cette dernière n'est cependant possible qu'à des conditions très strictes, imposant l'existence d'une pluralité de bâtiments et d'affectations, ainsi que l'avis du maire et l'autorisation d'un représentant de l'État[785]. L'objectif initial de la reconnaissance de la scission en volumes par cette loi était de permettre à des immeubles – ou groupe d'immeubles – dont les dimensions et la structure ne sont pas adaptés au statut de la copropriété de pouvoir s'en détacher[786]. Ainsi, les situations directement visées sont celles des immeubles pour lesquels il n'a pas été procédé à une division en volumes dès l'édification, soit parce que la construction est antérieure à la démocratisation de cette technique, soit en raison d'une impossibilité technique de représenter efficacement des volumes complexes au moment de leur création[787]. Or, le texte final

---

sinon toujours heureuses ».

781 B. Leclercq, « Les ensembles immobiliers », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 403, spéc., p. 419 et s.

782 *Ibid.* Cette idée sera reprise plus de trente ans après, par l'avant-projet de réforme des droits des biens de l'association Henri Capitant. Sur cette question, *infra*., n° 569.

783 B. Leclercq, *op. cit.*, p. 419 et 420.

784 Rapport législatif n° 1329 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, article 28 du projet de loi.

785 Article 28, IV°, de la loi du 10 juillet 1965 tel que modifié par l'article 59 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 : « Après avis du maire de la commune de situation de l'immeuble et autorisation du représentant de l'État dans le département, la procédure prévue au présent article peut également être employée pour la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome. Si le représentant de l'État dans le département ne se prononce pas dans les deux mois, son avis est réputé favorable.

La procédure ne peut en aucun cas être employée pour la division en volumes d'un bâtiment unique ».

786 Cette mesure a été prise à la suite du rapport émis par Dominique Braye, président de l'agence nationale de l'habitat, invitant le législateur à permettre aux copropriétés dont le statut n'est pas adapté de pouvoir procéder à des scissions en volumes. ANAH, P*révenir et guérir les difficultés des copropriétés. Une priorité des politiques de l'habitat*, 2012, p. 82.

787 A. Lebatteux-Simon, « Vademecum de la scission en volumes », Loyers et copro., octobre 2015, n° 10, dossier 5, n° 1.

n'a pas limité la scission aux seules copropriétés en difficulté et est rédigé en des termes très généraux. En conséquence, comment justifier que l'on puisse écarter *a priori* le régime de la copropriété si un tel contrôle est mis en place dès lors qu'il s'agit de s'en écarter *a posteriori*[788] ? Cet apport de la loi ALUR a été compris par les praticiens comme la mise en place d'une réduction du champ d'application de la division en volumes. Le 112e congrès des notaires de France s'attache alors à distinguer clairement les situations pour lesquelles le régime de la copropriété doit s'appliquer impérativement et celles où persiste une faculté de choix[789]. Pour le résumer très simplement, ses auteurs considèrent le régime de la copropriété impératif, dès lors que le bâtiment en cause est unique, ou lorsque la pluralité de bâtiments reste extérieure à toute forme d'imbrication[790].

198. Confirmation de l'approche structurelle. L'ordonnance du 30 octobre 2019 est venue alléger les conditions de la scission en volumes en supprimant les exigences d'avis et d'autorisation introduite par la loi ALUR. Nous pourrions en déduire qu'il existe désormais une véritable liberté dans la modification du mode de division de l'immeuble en copropriété. Par symétrie, une telle liberté devrait également être maintenue pour une division originelle. Cet allégement des conditions du recours à la scission en volumes viendrait donc indirectement affirmer la liberté du recours à la division en volumes indépendamment de toute procédure de scission. C'est précisément l'objectif avéré de l'ordonnance du 30 octobre 2019, son rapport mettant en avant la fin d'un contrôle administratif simplement formel permis par les assouplissements évoqués[791] et la nécessité de réattribuer une pleine souveraineté des propriétaires dans le choix du mode de division[792]. L'ordonnance maintient néanmoins des exigences fondamentales à la scission en volumes d'une copropriété : la nécessité d'une pluralité de bâtiments ou d'une pluralité d'affectations pouvant chacune bénéficier d'une gestion autonome, tout en prohibant expressément toute scission en

788 Déjà dans le même sens, J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 359, p. 317, spéc., p. 318.

789 Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 649, spéc., n° 3075 et s., p. 683 et s.

790 Th. Vaillant, A. Muzard, *op. cit.,* n° 3098, p. 694.

791 Voir également, pour un constat faisant l'état de l'absence d'efficacité et d'opportunité des exigences administratives mises en place : A. Lebatteux, « Le projet du GRECCO pour une simplification et une modernisation du statut de la copropriété », Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, étude 9, spéc., n° 34 ; « Les dispositions de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 relatives aux modifications de la structure de la copropriété (syndicat secondaire, surélévation, scission) et aux copropriétés en difficulté », Loyers et copro., n° 2 février 2020, dossier 9, spéc., n° 27.

792 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, *op. cit*., Titre IV : dispositions propres à certains immeubles en copropriété.

volumes d'un « bâtiment unique »[793]. Le doute persiste donc quant à la validité d'une division en volumes originelle portant sur un bâtiment unique ou un ensemble homogène à affectation unique. À l'étude, il n'est pas certain que ce critère structurel s'avère réellement pertinent.

B. Les insuffisances de l'encadrement de la division en volumes par les critères structurels présents dans la loi du 10 juillet 1965

199. Conséquence de l'application stricte du critère structurel. À adopter une conception stricte de l'ensemble des critères, il en ressort que le législateur a prévu un ensemble de dispositions restrictives dans le choix du mode de division de l'immeuble. Il conditionne la scission d'une copropriété en volumes à l'existence d'une pluralité de bâtiments et d'affectations[794]. Il ne permet expressément qu'aux ensembles immobiliers de s'écarter du régime de la copropriété, tout en l'imposant dès lors qu'existent des locaux d'habitation. L'ensemble de ces dispositions étant d'ordre public, la mise en relation de ces différents articles, peut aboutir à une conception stricte des termes de la loi. Cela d'autant plus que l'article 43 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit désormais que son article 1er – établissant le champ d'application de la copropriété – est d'ordre public[795]. Ainsi, la présence de locaux d'habitation exclurait tout autre mode de division et régime autre que celui de la copropriété de la loi du 10 juillet 1965. La présence d'un bâtiment unique ou d'une affectation unique imposerait également une division en copropriété, tout en laissant le choix du régime dès lors qu'il n'existe pas de locaux d'habitation. Au surplus, le libre choix du mode de division octroyé aux ensembles immobiliers n'empêcherait pas d'imposer la mise en copropriété de la structure collective contenant d'éventuels locaux d'habitation qui seraient pourtant initialement contenus dans un volume spécifique en copropriété. En d'autres termes, le recours aux volumes immobiliers serait limité à créer la division primaire d'une pluralité d'immeubles à affectations multiples édifiés sur une dalle artificielle afin d'isoler chaque affectation au sein de volumes qui pourront bénéficier ensuite d'un mode de gestion autonome. Selon cette hypothèse, on comprendrait parfaitement les réticences à une généralisation fonctionnelle du volume d'espace, ce dernier ne pouvant finalement exister qu'à titre de parcelle superficiaire au cœur d'un ensemble immobilier aux caractéristiques très précises d'affectation et de structure.

200. Inopportunité de l'application du critère structurel. Une telle lecture peut néanmoins paraître excessive. Conférer une telle rigidité à la loi du 10 juillet 1965 revient même à bloquer le

793 Article 28, IV°, de la loi du 10 juillet 1965.

794 Article 28 de la loi du 10 juillet 1965.

795 Article 43 de la loi du 10 juillet 1965.

recours à la division en volumes dans des situations où elle semble pourtant tout à fait nécessaire. Il faut remarquer qu'appliquer le critère posé par l'article 28 de cette loi – la pluralité de bâtiments – aux divisions originelles aurait pour conséquence d'interdire tout mode de division de l'immeuble autre que celui de la copropriété pour les bâtiments uniques. Est-ce à dire qu'il est désormais impossible de prévoir des situations de cohabitation entre le domaine public et la propriété privée sous prétexte de l'unicité du bien en cause ? Ce serait priver nombre de bâtiments urbains de cette faculté de cohabitation et remettre ainsi en cause l'un des intérêts principaux de ce mode de division alternatif. De la même manière – et dans le cas où le critère de l'hétérogénéité est rempli – cela ajouterait une condition supplémentaire à la notion d'ensemble immobilier absente de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965. En traitant des seules scissions de copropriété, il est évident que cet article 28 occulte totalement la présence du domaine public, ce dernier ne pouvant être placé sous le régime de la copropriété et ne s'articule que très mal avec la notion d'ensemble immobilier. En outre, il est également possible de rappeler que la version de cet article issue de la loi ALUR entendait soumettre la scission à l'avis du maire de la commune du lieu de situation de l'ensemble et à l'autorisation du préfet[796]. Or, cette obligation n'avait pas vocation à s'appliquer aux divisions originelles, mais bien à la seule procédure de scission en volumes de copropriété. Par conséquent, cette contrainte vient indirectement préciser le champ d'application stricte de l'obligation structurelle présente dans l'article en cause[797]. L'article 28 de la loi du 10 juillet 1965 n'a donc pas vocation à s'appliquer pleinement aux divisions originelles. Reste que les nombreuses réticences doctrinales et praticiennes maintiennent la question au cœur des débats, particulièrement lorsque le domaine public et la qualification d'ensemble immobilier sont absents du bien en cause.

201. Imprécision du critère structurel. Par ailleurs, l'incertitude est renforcée par la notion de « bâtiment unique » dont la définition exacte peine à émerger. Il existe pourtant une réponse ministérielle de 1966 définissant la pluralité de bâtiments comme « des constructions indépendantes les unes des autres, même si ces constructions sont desservies par des équipements ou aménagements communs »[798]. Cette définition a été rendue dans un contexte proche de celui de la scission en volumes : elle a été posée dans le cadre de l'application de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1967 imposant alors le critère d'une pluralité de bâtiments à la possibilité de création d'un

796 Article 28, IV° de la loi du 10 juillet 1965, dans sa version issue de l'article 59 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014.

797 La suppression des exigences administratives autrefois demandées par la loi ALUR pourrait cependant encourager à adopter une lecture plus stricte des conditions originelles de la division en volumes. Ainsi, l'absence de condition s'avérant impossible à appliquer à une telle situation pourrait venir conforter les partisans d'un champ d'application plus large de cet article 28, IV°, là où sa version précédente ne laissait aucun doute sur son champ d'application restrictif par la présence de conditions inapplicables aux divisions originelles.

798 Rép. min. n° 19184, JCP N 1966, prat., 4085-3.

syndicat secondaire[799]. Pour autant, lier à ce point la structure matérielle de l'immeuble à la notion de bâtiment unique ne semble pas satisfaisant[800]. Il a notamment été rappelé que, le plus souvent, la structure même des constructions modernes implique une somme d'imbrications permettant malgré tout une réelle indépendance entre ses différentes parties par la présence de joints de dilatation[801]. Une appréciation aussi stricte des termes « pluralité de bâtiments » pourrait conduire au refus de constitution d'un syndicat secondaire pour une copropriété possédant plusieurs bâtiments distincts mais présentant la particularité d'être lié par une dalle et/ou d'un sous-sol unique. C'est pourquoi, la Cour de cassation est venue assouplir son appréciation. Ainsi, dans un arrêt en date du 12 juillet 2018, elle est venue définir la pluralité de bâtiments comme des « constructions matériellement distinctes et indépendantes les unes des autres [afin de] permettre une gestion particulière sans qu'il en résulte de difficulté pour l'ensemble de la copropriété même si ces constructions sont desservies par des équipements ou des aménagements commun »[802]. En ajoutant à la notion de pluralité de bâtiments proposée par la réponse ministérielle de 1966 des éléments centrés sur la possibilité d'une gestion autonome, cette définition jurisprudentielle recentre la création du syndicat secondaire vers sa finalité. Le cœur de cette notion et l'enjeu de la définition est bien plus de s'assurer de l'effectivité d'une gestion autonome que de la réalité de l'indépendance structurelle totale des bâtiments. Ainsi, seule une vision plus souple des conditions de création d'un syndicat secondaire peut s'accorder à sa finalité.

202. Incidence des réformes récentes. Un doute sur la pérennité d'une interprétation stricte de la pluralité de bâtiments avait déjà pu naître avec la réforme de l'article 28 de la loi du 10 novembre 1965 issue de la loi ALUR du 24 mars 2014. En effet, le nouvel article 28, IV° proposait une distinction entre les « bâtiments distincts sur dalle » et les « entités homogènes affectées à des usages différents ». Appliquer une telle distinction à l'article 27 de cette même loi – ce que proposait par ailleurs le projet du GRECCO[803] – aurait pu permettre un élargissement général de la

799 Cass. civ., 3ème, 26 février 1997, n° 95-12.709, RDI 1997, p. 290. Dans cet arrêt, certes inédit, la Cour de cassation considère que « l'unicité du gros œuvre […] empêchait de constater l'existence des parties indépendantes et donc l'existence d'immeubles séparés susceptibles de se constituer en syndicats secondaires ». Sur cette question, *supra*., n° 57.

800 Déjà en ce sens, E. Kischinewsky-Broquisse, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4e éd., 1989, n° 333, p. 357 et s.

801 D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1988, doctr., 3367.

802 Cass. civ., 3ème, 12 juin 2018, n° 17-26.133, Loyers et copro., n° 9, septembre 2018, comm. 209, note A. Lebatteux.

803 L'article 98 du projet GRECCO prévoit en effet un alignement des conditions de création d'un syndicat secondaire sur celui de la scission en volumes d'une copropriété. Un tel assouplissement de création est envisagé afin d'éviter qu'une copropriété procède à une scission volumétrique en raison de l'impossible création de syndicat secondaire, faute d'une pluralité de bâtiments distincts matériellement. Sur ce point, A. Lebatteux, « Le projet du GRECCO pour une simplification et une modernisation du statut de la copropriété », Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, étude 9, n° 35.

notion de « bâtiments » dès l'entrée en vigueur de cette réforme, ce qui aurait autorisé un recours simplifié aux syndicats secondaires lorsque l'immeuble en question, bien qu'homogène structurellement pouvait faire l'objet d'une gestion autonome. Il semble néanmoins, au regard de sa position au sein de la loi du 10 juillet 1965, que cette distinction ne vaut que pour l'application de cet article 28, IV° portant sur la scission de copropriété en volumes[804]. Jusqu'à l'ordonnance du 30 octobre 2019, et sous réserve d'une appréciation jurisprudentielle plus souple, les critères énoncés à l'article 27 sont donc restés les suivants : une pluralité de bâtiments physiquement indépendants et présentant une absence d'unicité de gros œuvre ainsi qu'une autonomie fonctionnelle permettant une gestion autonome sans qu'il en résulte un préjudice pour l'ensemble de la copropriété[805].

202.1. Procédant d'une véritable volonté d'assouplissement, la réforme issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019 est venue adoucir la condition structurelle de constitution d'un syndicat secondaire. L'alinéa 1er de l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit désormais qu'une telle création est ouverte « lorsque l'immeuble comporte plusieurs bâtiments ou plusieurs entités homogènes susceptibles d'une gestion autonome ». Une auteure a pu très justement relever que cette nouvelle rédaction n'effectue qu'un simple « décalque » de la rédaction de l'article 28, IV, de la même loi, dont le but est de redonner une attractivité à cette faculté, qui était devenue plus contraignante que la scission en volume de l'article 28 précité[806]. Si l'effet est bénéfique concernant la création de syndicats secondaires, qui s'en trouve facilité, l'articulation entre la notion d'entité homogène et celle de bâtiment unique reste problématique concernant les conditions de la scission volumétrique.

202.2. De façon assez paradoxale, il ne semble pas que l'assouplissement effectué quant à la notion de « pluralité de bâtiments » par l'article 27 de la loi du 10 juillet 1965 impacte directement celle de « bâtiment unique » au sens de l'article 28 de cette même loi. Par sa rédaction et l'usage de la conjonction « ou », l'alinéa 1er de l'article 27 propose une distinction franche entre la pluralité de bâtiments et celle d'entité homogène. En d'autres termes, afin de pouvoir créer un syndicat secondaire, il ne devrait plus être nécessaire qu'existe une pluralité de bâtiments, dès lors que les éléments d'un bâtiment unique sont susceptibles d'être gérés de façon indépendante[807]. En conséquence, la notion d'entité homogène doit s'entendre comme une portion de bâtiment

804 En ce sens, P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété, op. cit.,* n° 324.42, p. 414, note 3.

805 Éléments rappelés par Th. Vaillant, A. Muzard, *op. cit*., n° 3055, p. 677.

806 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, *op. cit*., Titre IV : dispositions propres à certains immeubles en copropriété. Voir également, A. Lebatteux, « Les dispositions de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 relatives aux modifications de la structure de la copropriété (syndicat secondaire, surélévation, scission) et aux copropriétés en difficulté », *op. cit*., spéc., n° 11.

indépendamment de sa pluralité. À l'inverse, lorsque l'article 28, IV° de la loi du 10 juillet 1965 ouvre la scission en volumes à tout « ensemble immobilier complexe comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes » pourvu qu'il ne soit pas un bâtiment unique, on comprend que l'entité homogène de cet article ne peut se comprendre qu'à propos d'une pluralité de bâtiments distincts possédant néanmoins une dépendance structurelle commune, sauf à faire porter à cette rédaction un assouplissement de la notion de bâtiment unique qui semble excessive au regard de l'intention du législateur sur ce point.

202.3. Parce qu'ils risquent de ne pas s'adapter aux situations fréquentes d'imbrication, les critères mis en place par l'article 28, IV°, de la loi du 10 juillet 1965 ne semblent pas représenter la réalité des techniques actuelles de construction. Aussi, une application de ceux-ci dès l'origine d'un projet immobilier risque de restreindre fortement les modes de division alternatifs à la copropriété, en imposant l'application du régime de la copropriété de façon bien plus étendue[808].En conséquence, la doctrine a proposé de circonscrire la notion de « bâtiment unique » à sa portion congrue par un ensemble de critères cumulatifs faisant référence, tant à son affectation qu'à sa structure[809]. Serait un bâtiment unique : une structure intégralement homogène de sorte qu'il n'est pas concevable de réaliser un ravalement de façade partiel ; une structure qui doit posséder des fondations exclusives et communes à l'ensemble des parties de l'immeuble ; une structure dont un accès dessert – ou est le point de départ de la desserte de – l'ensemble de ses parties ; une structure dont les éléments d'équipement collectif sont utiles à plusieurs de ses parties. Ces critères étant présentés comme cumulatifs, ils doivent être tous présents pour que le bâtiment soit considéré unique. Si elle semble bénéficier de l'approbation de la pratique[810], une telle définition n'en reste pas moins prospective et n'éclaire pas sur l'éventuelle application de l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965 aux divisions originelles.

---

807 Dans l'idée de maintenir comme condition indispensable à la création d'un syndicat secondaire l'exigence d'une pluralité de bâtiments, tout en assouplissant la solution en ouvrant une telle création aux situations dans lesquelles ces bâtiments, bien qu'indépendant, restent liés par une portion de gros œuvre commune, la rédaction n'aurait pas opposé les deux situations. À l'inverse, les situations auraient été présentées de façon complémentaire, en précisant, par exemple, qu'il eût été possible de créer un syndicat secondaire « lorsque l'immeuble comporte plusieurs bâtiments, que ceux-ci soient pleinement indépendants ou composés de plusieurs entités homogènes susceptibles d'une gestion autonome ».

808 D. Sizaire, « La technique de division en volumes et le statut de la copropriété des immeubles bâtis », Administrer, mai 1998, n° 300, p. 17. Cependant, D. Tomasin, « La scission de copropriété : état de la réglementation et de la jurisprudence », Droit et Ville, 2019/2, n° 87, p. 311, spéc., n° 9, p. 319. Si l'auteur ne semble attacher cette exigence qu'à la situation d'une scission de copropriété en volumes, la justification qu'il propose à l'appui de son maintien se fonde plus généralement sur la nécessité de préserver l'intérêt de la copropriété, d'où il déduit que « le mouvement d'élargissement [du champ d'application de la division en volumes] a donc ses limites » (*ibid*.).

809 A. Lebatteux-Simon, « Les alternatives à la copropriété », *op. cit.*, spéc., n° 67.

810 Th. Vaillant, A. Muzard, *op. cit*., n° 3090, p. 689.

203. Portée limitée du critère structurel. Nonobstant les imperfections propres à son contenu, la portée du critère structurel présente également des incertitudes. En effet, pour que celui-ci soit à même de poser efficacement des restrictions au mode de division originel de la propriété d'un immeuble, il faut qu'il puisse participer de la notion d'ensemble immobilier dans sa capacité à retreindre la liberté de recours à la division en volumes. En conséquence, il faudrait que les conditions prévues par l'article 28, IV°, de la loi du 10 juillet 1965 participent de la définition de la notion d'« immeuble bâti ». Or, une telle lecture semble particulièrement discutable au regard de son agencement au sein de la loi du 10 juillet 1965 et de son articulation avec l'article 1er.

204. Impact de l'ouverture de la copropriété au régime libre. La portée de la limite posée par l'article 28, IV° pourrait être éclairée par sa mise en perspective avec l'article 1er de cette même loi. Cette mise en perspective aboutit à la constatation de la contradiction latente entre ces deux articles. L'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 prévoit désormais la possibilité de déroger librement au régime de la copropriété dès lors que l'édifice en cause ne possède aucun lot affecté à l'habitation. Cette condition est la seule restriction expressément posée par le législateur dans la liberté de choix *ab initio* du régime du bâtiment collectif et celle-ci implique justement de faire le choix initial d'une division en copropriété. Il peut alors sembler quelque peu contradictoire d'appliquer *ab initio* les critères de l'article 28 à l'immeuble projeté, voire de maintenir les restrictions à la scission qu'il prévoit. Pour rappel, cet article entend prohiber toute scission en volumes pour les bâtiments uniques ou les entités plurales mais homogènes ne présentant pas une diversité d'affectations. Ainsi, ces mesures n'avaient d'autre objectif que de tenter de contenir les potentiels écarts au régime de la copropriété en s'assurant l'application la plus générale possible de ce dernier dans un impératif de protection des propriétaires concernés. Or, à partir du moment où la finalité de la construction en volumes est de s'écarter du régime de la copropriété prévue par la loi du 10 juillet 1965 et que son article 1er prévoit désormais la possibilité expresse d'y déroger dès lors que n'existe aucun lot à usage d'habitation sans aucune autre condition relative à la structure de l'immeuble, les restrictions posées par l'article 28 peuvent sembler en contradiction avec l'allègement prévu par l'ordonnance du 30 octobre 2019.

205. Hypothèse de l'incorporation de la condition structurelle à la définition de l'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965. Finalement, appliquer *ab initio* le critère du bâtiment unique de l'article 28 de la loi du 10 juillet 1965 reviendrait à intégrer cette condition à la notion d'ensemble immobilier au sens de cette loi tout en limitant la division en volumes à cette seule catégorie d'édifice. Or, cette lecture semble être contredite par le caractère d'ordre public nouvellement acquis par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965. On pourrait en effet considérer qu'il

aurait comme conséquence de limiter les situations de division en volumes aux seules hypothèses pour lesquelles le résultat correspondrait à l' « ensemble immobilier » au sens de cette loi ; qui prendrait en compte la condition structurelle posée par l'article 28. Outre le fait qu'une telle interprétation imposerait de limiter la notion d'ensemble immobilier à une pluralité de bâtiments – ce qui ne semble pas résulter des termes de la loi[811] – il n'est pas certain que ce soit l'intention du législateur. Sur ce point, le rapport rendu au Président de la République mentionne que l'intention du législateur n'est que de consacrer la jurisprudence relative au caractère impératif du statut de la copropriété sans insister sur le mode division en lui-même[812]. Or, si l'on s'intéresse à la jurisprudence en la matière, il ressort que, bien qu'ayant considéré ce statut impératif dès lors que le bâtiment est divisé en copropriété ou ne remplit pas des exigences légales d'organisation différente[813], le choix originel du mode de division de l'immeuble bénéficie toujours d'une grande liberté[814].

206. Incertitude de la réception jurisprudentielle des conditions structurelles d'encadrement. La réception jurisprudentielle de la volonté d'encadrement du recours à la division en volumes reste assez largement absente. La Cour de cassation n'a jamais utilisé le caractère impératif qu'elle a implicitement conféré à l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 pour limiter la liberté de choix du mode de division originel de l'immeuble. La Haute juridiction judiciaire accepte en effet de longue date qu'un immeuble unique puisse être divisé par un autre mode de division que celui de la copropriété[815], nonobstant toute qualification d'ensemble immobilier. En outre, cette

811 L'article 28, IV° de la loi du 10 juillet 1965 fait rentrer dans « l'ensemble immobilier complexe » pouvant être divisé en volumes, l'immeuble possédant « plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents ». Une telle définition permet de comprendre qu'un bâtiment unique peut être considéré comme un ensemble immobilier complexe dès lors que de telles entités existent : il suffit qu'elles soient affectées à des usages variés et qu'une gestion autonome de ces dernières soit possible. En outre, ce n'est qu'à l'alinéa suivant que l'on apprend l'interdiction de procéder à la scission en volumes d'un bâtiment unique, confirmant en creux que la somme d'entités homogènes assimilable à un ensemble immobilier pouvait n'être constituée que d'un bâtiment unique.

812 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, *op. cit*., Titre V : dispositions diverses.

813 *Supra*., n° 184 et s. À noter qu'il faut encore que le bâtiment en cause soit qualifié d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965.

814 En ce sens, Th. Delesalle, « La copropriété n'est plus une fatalité (ou comment se soustraire d'un statut préexistant) », JCP N 2014, 1244.

815 Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, n° 77-15.375, Bull. civ. III, n° 141.

solution semble suivie, puisque l'on ne constate que de rares réticences chez les juges du fond[816]. Cela peut laisser penser que la jurisprudence n'applique le caractère impératif de la loi du 10 juillet 1965 qu'au seul régime de la copropriété, indépendamment du choix initial du mode de division, pour lequel existe une totale liberté[817]. En d'autres termes, pour la jurisprudence, le régime de la copropriété de la loi du 10 juillet 1965 n'est impératif que si l'on décide de diviser le bien en cause en lot comprenant partie privative et parties communes[818], ou si un ensemble immobilier au sens de cette loi ne prévoit pas l'organisation différente pourtant exigée[819]. Certes, une lecture de l'arrêt du 17 février 1999 rendu par la Cour de cassation a pu instiller le doute sur ce point[820]. Toutefois, tant les juges du fond[821], que la Cour de cassation[822], ont continué d'autoriser la mise à l'écart du régime de la copropriété – et le choix d'une division en volumes – d'un bâtiment unique ne

816 Voir pour la réception dans un arrêt de cour d'appel du critère structurel imposant la copropriété à un bâtiment unique : Lyon 2007, 18 janvier 2007, n° 05/05830. La cour d'appel approuve ici une décision de première instance ayant imposé la mise en copropriété d'une cave à l'immeuble auquel elle était structurellement liée malgré la demande du propriétaire de ladite cave de procéder à une division en volumes. La justification avancée par la cour afin de justifier une telle solution consiste à reprendre les conclusions de l'expert ayant soulevé que « la configuration des lieux et notamment le caractère homogène de l'immeuble et […] la précarité d'une organisation juridique telle que la division en volumes » commandait la mise en copropriété.

Voir dans un sens proche : Rennes, 19 juin 2009, n° 07/07194. Dans cette affaire, la cour d'appel impose la mise en copropriété du bâtiment litigieux en raison du caractère impératif de la loi du 10 juillet 1965, dès lors que « les conditions de la division en volumes ne sont pas suffisamment établies pour ce qui concerne le bien en cause [un manoir composant un bâtiment unique dont une chambre était la propriété d'une autre personne] alors que la demande fait référence à un ensemble immobilier complexe par imbrication de la parcelle […] appartenant à Monsieur T. et sur laquelle est bâti le pavillon qui fournirait l'accès à la chambre située dans le manoir ». En d'autres termes, les juges refusent ici la division en volumes d'un bâtiment unique qui serait composé de deux volumes (la chambre litigieuse et le reste du bâtiment) au motif que le bâtiment en cause ne remplit pas les conditions nécessaires à sa qualification d'ensemble immobilier. Il est possible d'y voir, en creux, les réticences à la division en volumes d'un immeuble unique structurellement homogène, sans que la portée de la décision sur ce point ne soit certaine, la lecture de l'arrêt pouvant également suggérer que la décision ait été prise en raison de l'absence d'organisation différente attachée à la division existante.

817 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 17 septembre 2013, n° 12-19.526, AJDI 2013, p. 837.

818 *Supra*, n° 180 et s. ; sous réserve – nous l'avons vu – des exceptions désormais prévues par l'ordonnance du 30 octobre 2019.

819 *Supra*., n° 191.

820 Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, n° 97-14.368, *op. cit*. La Cour de cassation approuve une cour d'appel qui a déduit d'un acte modifiant la division de l'immeuble litigieux qu'« il découlait de ce nouvel état descriptif une hétérogénéité du régime juridique des fractions de l'immeuble » et que « se trouvait ainsi constitué un ensemble immobilier pour lequel il était possible d'instituer une organisation différente de celle de l'article 1 de la loi du 10 juillet 1965 ». On pourrait en effet comprendre dans cet arrêt, que s'il est possible de déroger à l'organisation prévue par l'alinéa 1 de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965, c'est uniquement dans le respect de son alinéa second.

821 Rennes, 22 juin 2004, *op. cit.* ; Montpellier, 2 novembre 2011, *op. cit.* ; Rennes, 16 février 2012, *op. cit.* ; Orléans, 3 octobre 2016 – n° 15/00251 ; Poitiers, 24 septembre 2019, n° 17/02663.

822 Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, *op. cit.* Arrêt dans lequel la Cour de cassation sanctionne les juges du fond pour avoir caractérisé le bien litigieux de copropriété « sans caractériser l'existence de parties communes ». Voir également, Cass. civ., 3ème, 24 janvier 2019, *op. cit.* Dans cette affaire, la Cour de cassation approuve les juges du fond ayant considéré qu'une structure superposant un porche permettant le passage vers un autre immeuble, deux étages et un grenier ne suffisait pas à caractériser l'existence de parties communes, indispensables à la présence d'une copropriété.

présentant pas, au surplus, les caractéristiques de l'ensemble immobilier demandées par la loi du 10 juillet 1965.

207. Risque de durcissement de la jurisprudence. Dans toutes ces décisions, il faut néanmoins remarquer que les juges font application d'une version de la loi du 10 juillet 1965 antérieure aux réformes les plus récentes. Or, celles-ci font apparaître plus distinctement la volonté du législateur de contrôler davantage les conditions d'ouverture à la division en volumes. Certes, les modifications apportées par la loi ALUR ne portent en réalité aucune modification directe de l'impérativité du régime de la copropriété[823]. Pour autant, les mesures prises par cette loi tendant à limiter la scission en volumes l'ont été afin de prévenir des dérives possibles dans la mise à l'écart du régime de la copropriété[824]. S'il n'est pas certain qu'elles soient strictement appliquées par les juges[825] et que rien ne laisse actuellement penser qu'ils le feront pour l'avenir, on ne peut l'exclure. Les éléments successifs apportés par le législateur pour la régulation du recours à la division en volumes de l'immeuble collectif pourraient finir par obtenir les faveurs de la Haute juridiction judiciaire[826]. Une partie de la doctrine s'est par ailleurs ralliée à une application stricte des nouvelles contraintes législatives[827] et celles-ci sont une source d'inquiétude pour les praticiens qui s'interrogent sur les modes de division applicables à l'opération envisagée[828].

208. Encadrement limité aux immeubles collectifs possédant des éléments fédérateurs. Enfin, il est bien entendu des situations pour lesquelles la division verticale de la propriété n'a pas vocation à générer la mise en copropriété de ses éléments : celles pour lesquelles il n'existe aucun élément collectif. Ainsi, la division en propriété superficiaire d'une cave située dans le tréfonds d'un fonds de terre supportant une maison individuelle et dont les accès comme la structure sont totalement indépendants n'a pas besoin d'une quelconque organisation collective[829]. La relation entre le propriétaire de la cave et celui du fonds de terre ne sera pas différente de celle existant entre

823 La restriction prévue ne concernant que la question de la scission d'une copropriété en volumes immobiliers.

824 Rapport législatif n° 1329, *op. cit.*

825 Ces réserves ne sont pas nouvelles et ont été rapidement dégagées par la doctrine. En ce sens, C. Bosgiraud, *op. cit*., p. 72.

826 Notamment au regard de l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété. Sur cette question, *infra*., n° 549 et s.

827 Par exemple, S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit*., n° 4 et s., n° 58.

828 P. Lebatteux, « Comment redéfinir la notion d'ensemble immobilier et l'application du statut ? », Loyers et copro., n° 10, octobre 2015, dossier 2, n° 4.

829 Division que l'on peut rattacher à une division en volumes au sens du mode de division de l'immeuble, *infra.*, n° 216 et s.

deux voisins de fonds de terre contigus. Dans cette situation[830] qui ne nécessite pas d'organisation collective en raison de l'absence d'éléments communs, la copropriété n'aurait pas d'utilité. En conséquence, les divisions de ce type restent, en tout état de cause, extérieures aux problématiques d'application du régime de la copropriété. Il en sera vraisemblablement de même lorsqu'une division en volumes sera effectuée sans que n'existe d'élément fédérateur commun, telle la pose de panneaux photovoltaïques sur la toiture d'un immeuble[831]. Au vrai et même si l'on peut s'interroger sur la pertinence de la propriété en volumes d'espace à ces situations[832], cette dernière question n'est pas celle qui constitue le cœur des problèmes liés à la liberté de choix du mode de division de l'immeuble collectif, pour lequel nous venons de voir que les critères restrictifs mis en place par le législateur ne présentent qu'une effectivité limitée. Cette interrogation procède plus de la généralisation conceptuelle du volume immobilier, dans lequel la dématérialisation du volume d'espace est venu supplanter la vision matérialiste autrefois attachée au droit de superficie.

209. Conclusion de section. Bien qu'émanant de la volonté affirmée du législateur de venir restreindre l'utilisation du volume immobilier afin d'écarter le régime commun de la copropriété[833], les réformes récentes semblent échouer à resserrer le caractère impératif de la loi du 10 juillet 1965. En premier lieu, la nouvelle rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 excluant les immeubles à usage au moins partiel d'habitation de la faculté de mettre en place une division en copropriété à régime conventionnel ne devrait pas pour autant entraîner l'interdiction de les soumettre à un mode alternatif de division assorti d'une organisation purement conventionnelle. Ensuite, la notion d'ensemble immobilier et le critère structurel échouent à proposer un

830 Qui en outre, ne correspond pas à la définition du bâtiment unique proposée par la doctrine. Sur cette question, A. Lebatteux-Simon, *op. cit*., n° 67.

831 En ce sens, H. Périnet-Marquet, « Les techniques de montage d'un projet photovoltaïque », RDI 2010, p. 352. L'auteur considère que l'obligation de mise en place d'une organisation différente et le risque de requalification sont ici inexistants dès lors que les liens entre les éléments photovoltaïques et le reste de l'immeuble ne consistent qu'à ne pas causer de dommage à la propriété d'autrui. L'auteur raisonnant ici dans le cas où le projet photovoltaïque est intégré dans le bâti et en constitue la toiture, il n'y a pas lieu de penser qu'il en serait différemment dans le cas où le projet n'aurait pas été intégré, mais simplement fixé à la toiture.

Dans le même sens, E. Ravanas, « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », JCP N 2009, 1275, spéc., n° 37 et s.

832 Sur la question des panneaux photovoltaïques, voir A. Gence, E. Meiller, Ch. le Guyader, M.-L. Treffot, « La copropriété et les nouvelles énergies », Loyers et copro., n° 4, avril 2018, étude 4, n° 11. Les auteurs font état des risques d'une division en volumes en la matière en raison de « l'éventuel désintérêt de l'exploitant photovoltaïque, voire sa faillite au cas où son projet se révélerait non rentable », ce qui pourrait entraîner la déshérence du volume contenant l'exploitation ».

833 Il serait alors question d'imposer un régime spécifique – la copropriétés des immeubles bâtis – en dehors de la présence d'une situation structurelle précise – l'existence d'un immeuble répondant à une structure matérielle particulière ou, en cas d'ensemble immobilier, de la présence d'une organisation différente. Selon cette idée, la nature de la division envisagée passe finalement en second plan : qu'elle qu'ait pu être la volonté des parties, celle-ci s'en trouvera contrariée dès lors que les conditions légales à l'évincement du régime de la copropriété ne s'avèrent pas remplies.

encadrement effectif et efficace. Le critère de l'hétérogénéité des droits portant sur les fractions d'immeuble de l'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 fait sortir un trop grand nombre de situation de son emprise. Le critère structurel, quant à lui, peine à s'imposer tant pour des questions relatives à la pertinence de son contenu que dans sa portée.

Section 2. L'effacement du droit de superficie au profit du volume immobilier

210. Plan Le fondement du volume immobilier est issu d'une lecture nouvelle de la propriété immobilière dont la concrétisation pratique a été permise par l'évolution des outils topographiques. D'un point de vue juridique, cette lecture nouvelle a permis à une partie de la doctrine de procéder à un raffinement de la notion de droit de superficie en la caractérisant avant tout par un volume d'espace. Initialement, la nouveauté qu'impliquait le volume immobilier s'effaçait presque sous le caractère rassurant de la notion bien connue de droit de superficie (Paragraphe 1). Actuellement, ce lien est de moins en moins rappelé, si bien que le volume tend pour une partie de la doctrine à devenir la représentation de toute division verticale de la propriété (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le rattachement initial du volume immobilier au droit de superficie : le volume comme raffinement du droit de superficie

210.1. Ce rattachement, particulièrement apparent en doctrine et jurisprudence (A) apparaît à la fois logique et rassurant (B).

A. Le volume immobilier comme résultat de la technique superficiaire

211. Reconnaissance doctrinale de la filiation. La division en volumes est quasiment unanimement présentée comme une évolution, un raffinement du droit de superficie. Ainsi, le rapport du 73e congrès des notaires de France intitulait en 1975 son chapitre IV : « Applications modernes du droit de superficie : la construction en volumes »[834]. Ce lien de filiation[835] sera ensuite largement rappelé doctrine[836], qui présentera volontiers le volume immobilier comme une

834 P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 596.

835 D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1988, I, 3367. L'auteur indique à l'occasion de cette chronique que « cette technique – la division en volumes – trouve une filiation dans un processus ancien, celui de la dissociation entre la propriété du dessus (superficie) et celle du dessous (tréfonds) » (n° 1). Également en ce sens, H. Maurey, F. Lodier, « Du renouveau du droit de superficie », JCP A 2008, 2258, spéc., n° 6.

836 Voir notamment, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 951, p. 844. En faisant référence aux volumes immobiliers, les auteurs considèrent ainsi que « la dissociation de la propriété du dessus de celle du dessous a donné lieu, à une époque récente, à des applications nouvelles répondant parfaitement au concept de droit de superficie, pour peu que l'on n'en retienne pas une acception rigoureusement littérale ». Également en ce sens, Ph.

« application moderne de l'ancien droit de superficie »[837]. Plus récemment, lors d'une thèse consacrée à la division en volumes, Monsieur le Rudulier rappelle dans l'intitulé de son premier chapitre qu'il s'agit d'une « technique superficiaire »[838]. Monsieur le Professeur Dross suggère quant à lui qu'il s'agit d'une représentation contemporaine du droit de superficie[839].

211.1. De façon tout à fait logique, la reconnaissance du volume immobilier va suivre les critiques portant sur la notion même de droit de superficie. En partant du principe que cette dernière serait en réalité, soit limitée[840], soit réduite avant construction, à un simple droit de construire sur le sol d'autrui[841], certains auteurs distinguent alors clairement le volume immobilier du droit de superficie. Sans rentrer dans l'appréciation de la pertinence d'une telle position[842], il convient néanmoins de remarquer que cela ne modifie en rien le lien de filiation entre les deux notions. Même lorsqu'un courant doctrinal vient à considérer le droit de superficie comme un simple droit de construire à son profit sur le sol d'autrui, c'est alors également la division en volumes qui sera

---

Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 902 et s., p. 324 et s. ; J.-P. Marty, *Dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 151, p. 161 ; O.-M. Salam, *Le droit de propriété superficiaire*, thèse, Poitiers, 1998, p. 183 et s.

837 A. Fournier, « Division en volumes et copropriété : un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes », JCP N 1999, p. 422, spéc., n° 6 et 8. Dans le même sens, D. Richard, *De la propriété du* sol *en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 697, p. 731 ; L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749. M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199. L'auteure reprend l'assimilation de la division en volumes comme une figure moderne du droit de superficie (n° 28, p. 212) et conclue son étude en caractérisant le volume comme un raffinement de la superficie (n° 34, p. 215).

838 N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, Chapitre 1, p. 22. Voir déjà en ce sens, L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001, n° 69 et s., p. 73 et s. Dernièrement, voir M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 790, p. 323. L'auteure, bien qu'émettant des réserves quant à leur assimilation totale (n° 787 et s., p. 322 et s.), concède que le droit de superficie est « le fondement de son existence » (n° 790, p. 323). Autrement dit, si le droit de superficie n'est pas le volume immobilier, il procède de la même technique de division du fonds de terre. *Adde*., A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2020, n° 14, p. 9, spéc., p. 10, qui considère que les volumes immobiliers sont des « dérivés » du droit de superficie.

839 W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., spéc., n° 365, p. 675.

840 A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. (Libres et périlleuses réflexions) », *in Liber amicorum G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 229, spéc., p. 234. Ce dernier auteur n'aura cependant pas de difficulté à admettre, deux pages plus loin, que le volume immobilier non construit est « un îlot de propriété à part entière » (p. 236). Pour une vision comprenant intégralement le droit de superficie comme un droit sur la chose d'autrui, *infra*., n° 384 et s.

841 J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737 ; « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p. 44. Sur ce point, *infra*., n° 403 et s.

842 Pour l'appréciation de la théorie limitant les situations superficiaires à la seule qualification de droit réel sur la chose d'autrui, *infra*., n° 387 et s. Concernant la théorie dualiste, *infra*., n° 403 et s.

qualifiée comme tel[843]. Pour résumer, la division en volumes se présente donc en tout état de cause comme le dernier raffinement du droit de superficie dont le volume immobilier est le résultat[844].

212. Reconnaissance jurisprudentielle de la filiation. La jurisprudence adopte la même position, assimilant sans équivoque le volume immobilier à un droit de superficie. Si cette affirmation n'est le sujet principal d'aucun arrêt, les solutions rendues restent constantes. Ainsi, la cour d'appel de Colmar affirme dans un arrêt de 2009 à propos de la vente d'un programme immobilier comprenant plusieurs bâtiments, des garages, parkings et espaces verts, que cette vente « portait sur des droits de superficie ou volumes regroupés en huit lots »[845]. Si la formulation peut porter à confusion quant à l'existence d'une assimilation totale entre les deux termes, la lecture de l'arrêt révèle que la cour ne distingue pas les notions de droit de superficie et de volumes, mais use de ces termes en les assimilant l'un à l'autre. Plus marquant encore, l'exemple tiré d'un arrêt de la cour d'appel de Rennes[846], à propos de la vente d'un ensemble immobilier divisé en volumes, dont certains n'étaient pas encore construits. Les juges du fond indiquent à propos d'un litige portant sur la délimitation de droit de propriété sur une même assiette foncière que « la délimitation du droit de superficie de chaque lot – qu'elle qualifie de volume – sur le socle foncier ressort précisément ». Très récemment, la cour d'appel de Nouméa a pris le soin de rappeler que « le volume immobilier est une des formes du droit de superficie détachée du sol »[847]. Surtout, la Cour de cassation constate, à l'occasion d'une opération de vente menée sur une structure immobilière divisée en volumes, que « l'acte identifie des volumes immobiliers de pleine propriété dans le cadre du régime du droit de superficie »[848] sans pour autant remettre cet état de fait en question.

B. Un rattachement initial logique et rassurant

213. Intérêt du rattachement : existence d'un droit de propriété. Ce rattachement est à la fois logique et rassurant pour le développement des volumes immobiliers. Logique, car le découpage effectué par les volumes immobiliers correspond tout à fait à la situation régie par la notion de droit de superficie depuis l'entrée en vigueur du Code civil, à savoir la dissociation de

843 F. Dumont, thèse*, op. cit.* ; F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil. Étude critique », RTD Civ. 2009, p. 211, spéc., n° 10, p. 220 et 221.

844 L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 84 et s.

845 Colmar, 12 février 2009, n° 07/03610.

846 Rennes, 2 octobre 2008, n° 06/07174.

847 Nouméa, 1er mars 2018, n° 16/00086. Déjà en ce sens Nouméa, 12 octobre 2017, n° 16/00221 : « Que toutefois en choisissant de revendre sa propriété en lots volumes, la SARL […] a vendu un droit de superficie distinct de la propriété du terrain qui lui reste acquise sans toutefois qu'elle en ait conservé l'accès par le fait même de la distinction opérée entre le foncier et le droit de superficie ».

848 Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-13.679.

plusieurs éléments sur une parcelle que l'on octroie à différentes personnes. Rassurant, car depuis les arrêts de principe de la Cour de cassation du XIXe siècle, le droit positif confère au superficiaire un véritable droit de propriété[849]. Cette seule affirmation n'assurait cependant pas au volume immobilier non construit le statut de bien, objet de droit de propriété. Malgré un courant doctrinal dominant concevant – comme la jurisprudence – le droit de superficie comme un véritable droit de propriété[850], un point fondamental de divergence persiste : celui de la nature du droit en l'absence de toute construction. Il ressort en effet de certaines études que le droit de superficie ne peut conférer quelconque propriété en l'absence d'objet matériel sur lequel porter[851].

214. Un droit de propriété portant sur un bien incorporel. En conséquence, c'est uniquement par l'adoption d'un raisonnement en deux temps que le volume immobilier pourra se prévaloir de la qualité d'objet de propriété. La première étape est de reconnaître que le droit de superficie n'est rien d'autre qu'un droit de propriété portant sur un bien situé sur un fonds appartenant à un autre propriétaire[852]. La seconde est d'accepter que le bien en question puisse être un volume non construit. Cette reconnaissance, dégagée par le doyen Savatier[853] et approuvée par une partie de la doctrine contemporaine[854], provient avant tout de l'évolution technologique[855] et d'un mouvement de détachement de la propriété du matériel[856]. Si le Code civil conçoit dès l'origine la propriété immobilière en trois dimensions, le développement de nouvelles méthodes d'identifications et de représentations spatiales lui a permis de se détacher de la matière pour pouvoir porter intégralement sur des côtes géométriques. Désormais précisément identifiable, le

849 *Infra*., n° 391.

850 Par exemple, A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853 ; E. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution*, thèse, Paris – Larose et Forcel, 1881, n° 56 et s., p. 161 et s. ; E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, n° 459 et s., p. 344 et s. ; Ch. Ibled, *Le droit de superficie en droit français*, thèse, Sirey, 1931, n° 20, p. 80 et s.

851 En ce sens, G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279 ; J.-P. Bertrel, *op. cit.*

852 Point sur lequel la majeure partie de la doctrine s'accorde, outre les auteurs refusant toute division de l'étendue horizontale du fonds de terre et considérant le droit de superficie comme un droit réel sur la chose d'autrui. *Infra*., n° 384 et s.

853 Principalement : R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1 ; « La propriété de l'espace », D. 1965, Chron., p. 213.

854 L. Ravanas, thèse, *op. cit.*, p. 84 et s. ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, *passim* ; W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° ; M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, *passim*.

855 Voir en ce sens, X. Guédé, F. Letellier, E. Cevaër, C. Davèze, « Servitudes ou empiétements : une question de sécurité juridique ! », AJDI 2015, p. 188., spéc., p. 193 ; M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199, n° 4, p. 200 ; S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 13.

856 *Infra*., n° 418 et s.

volume immobilier se voit qualifié de bien sur lequel peut porter un droit de propriété par l'établissement d'un droit de superficie. Le volume immobilier peut donc se concevoir comme un bien sur lequel porte un droit de propriété enclavé dans un fonds plus étendu, appartenant à autrui. L'intérêt est de taille dans la promotion des immeubles collectifs, car il sera toujours plus facile à un promoteur de vendre un volume d'espace non construit qu'un simple droit de construire le fonds d'autrui[857], comme peut en témoigner le régime de la copropriété, pour lequel l'approche de la propriété privée a été privilégiée à celle de la répartition de droit de jouissance.

Paragraphe 2. L'effacement doctrinal du droit de superficie au profit du volume immobilier

215. Plan. Le développement de la notion de volume immobilier a emporté un recul de l'utilisation de celle de droit de superficie. Ce recul semble la conséquence logique du fondement de la propriété volumique (A), poussant la doctrine à concevoir la propriété immobilière autrefois appelée « superficiaire » en volumes (B).

A. Le recul logique de la référence au droit de superficie

216. Émancipation du volume immobilier. L'idée selon laquelle on peut comprendre le droit de superficie non pas comme un droit de propriété portant sur un objet matériel précis, mais sur un volume immobilier représenté par des côtes altimétriques et planimétriques tend aujourd'hui à se généraliser. Les auteurs occultent même parfois le rattachement à tout droit de superficie, que ce soit dans le cadre « classique » de la division en volumes ou dans celui de simple superposition de droits de propriété prenant place à l'intérieur d'une même parcelle. Maître André Pône relevait déjà en septembre 2000 qu'en matière de cession de volumes, « une large majorité des praticiens cède des lots de volumes en n'évoquant même plus le droit de superficie et considère de façon plus ou moins intuitive que le volume, construit ou non, constitue un îlot de propriété à part entière »[858]. Cette constatation, effectuée dans le cadre de la pratique notariale de réalisation de grands ensembles immobiliers prend ces dernières années une ampleur supplémentaire : le recours à la notion de volume dépasse le cadre technique de la répartition de la propriété de l'immeuble collectif pour se généraliser à l'ensemble du droit des biens.

857 En ce sens, J.-P. Bertrel, *op. cit*., Dr. et Pat., novembre 1994, p. 44, spéc., p. 47. Précisons que lorsqu'il s'agit de volumes non construits, une partie de la pratique continue de parler de « vente de droits à construire ».

858 A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. (Libres et périlleuses réflexions) », *in Liber amicorum G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 229, spéc., p. 235.

216.1. Il en ressort un effacement de l'emploi de la notion de droit de superficie au profit de celle de volume immobilier. Cette mise en retrait semble s'expliquer par deux facteurs. Le premier est la reconnaissance progressive de l'idée selon laquelle le droit de superficie ne fait que conférer un droit de propriété, certes superposé, mais correspondant au standard posé par l'article 544 du Code civil. Le second est une évolution dans la représentation de l'objet de la propriété elle-même, et donc dans celle de la propriété superficiaire. L'émergence du volume immobilier a en effet donné à repenser la définition de la propriété immobilière[859]. On a pu lire à ce propos que la propriété immobilière ne se définit pas comme la maîtrise de l'objet en lui-même, mais comme « la maîtrise exclusive de l'espace dans lequel s'inscrit ce bien »[860]. En conséquence, là où l'on pouvait représenter le volume immobilier comme le résultat du droit de superficie dès lors qu'il était construit, on considère aujourd'hui de plus en plus régulièrement que le droit de superficie implique nécessairement un droit de propriété portant sur un volume immobilier abstrait : le volume d'espace. En d'autres termes, parce que la propriété immobilière porte avant tout sur « l'espace, en trois dimensions, délimité par la surface du sol »[861], le droit de superficie, division de cette propriété, porterait donc avant tout sur un volume d'espace, que celui-ci soit matériel ou non. Dans ce cas et à conserver le recours aux termes de droit de superficie, celui-ci représenterait donc la propriété d'un volume immobilier déterminé par des côtes géométriques. La présence d'un objet matériel ne serait alors éventuellement prise en compte que pour délimiter les frontières de l'immeuble dans les situations où le droit de superficie se limite à l'espace occupé spécifiquement par l'objet en question.

217. Risque de contamination au volume des ambiguïtés attachés au droit de superficie. Le glissement terminologique se comprend alors sans difficulté, en raison de l'imprécision que peut porter la notion de droit de superficie et son attachement, *a priori* daté, à une forme de matérialité. Cette abstraction a contribué à l'émancipation du volume immobilier, qui s'avère désormais régulièrement détaché de toute référence au droit de superficie, auquel on réserve parfois une fonction différente[862]. Tout d'abord, l'imprécision se retrouve dans le terme même de « droit de superficie ». L'image évoquée sous-entend qu'il ne puisse s'agir que d'un droit portant sur la surface, ce qui ne correspond absolument pas à la réalité de ses multiples utilisations collectives

859 *Infra*., n° 270 et s.
860 Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489, spéc., p. 490.
861 Ph. Simler, *op. cit*., spéc., p. 491.
862 En ce sens, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 130 et s., p. 164 et s., qui réserve la notion de propriété superficiaire aux propriétés strictement matérielles qui ne tendent pas à l'appropriation d'un espace.

contemporaines[863]. Surtout, l'imprécision provient en partie du fait que le droit de superficie est une notion qui a évolué au fil du temps, pour désigner des choses radicalement différentes. Du droit personnel qu'il représentait initialement en droit romain, il fut finalement reconnu comme droit réel[864]. Il est devenu ensuite, sous l'ancien régime, l'octroi d'une utilité particulière du bien[865], pour enfin se voir qualifier de droit réel de propriété par la jurisprudence[866]. Cette évolution a jeté le trouble sur la nature précise de la notion, qui se trouve qualifiée soit de simple droit réel sur la chose d'autrui[867], soit de droit de propriété, voire parfois, indistinctement de démembrement et de division de la propriété[868]. Il a été très justement remarqué que cette confusion vient d' « une application généralisée et sans nuance de l'expression *droit de superficie* […] source de difficultés dans la mesure où elle recouvre des sens différents et des régimes différents »[869]. On retrouve par ailleurs cette incertitude dans la loi elle-même. Introduit tardivement dans le Code civil, le droit de superficie n'apparaît expressément que dans deux articles – 2521 et 2531 – relatifs aux dispositions applicables à Mayotte. Or, ces deux articles distinguent le droit de superficie tant de la qualification de propriété[870] que celle de bien immobilier[871]. À l'inverse, nous pouvons relever que l'article 553

863 Déjà en ce sens, voir R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobilier », D. 1976, Chron., p. 103, spéc., n° 6, p. 105. Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983, n° 224 et s., p. 126 et s. Plus récemment, W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit*., n° 363.1, p. 672.

864 A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853, n° 9 et s., p. 17 et s. ; Ch. Guyot, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, thèse, Nancy, 1876 ., n° 86, p. 120 ; Troisième partie – *Droit intermédiaire et droit actuel*, chapitre II – *De la superficie*, n° 239, p. 90, spéc., p. 92 (p. 424 de l'ouvrage total, selon www.gallica.bnf.fr) ; E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français*, thèse, Nancy, 1894, n° 457 p. 342.

865 Que l'on nommerait aujourd'hui démembrement de la propriété ou droit réel sur la chose d'autrui. Sur la question du choix entre ces deux notions : *supra*., n° 10.

866 Sur cette question, *infra*., n° 391 et s.

867 F. Zenati, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, RTD Civ. 1995, p. 656 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n° 146 et s., p. 225 et s. ; F. Dumont, thèse, *op. cit*. *Infra*., n° 384 et s.

868 A. Fournier, « Division en volumes et copropriété : un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes », JCP N 1999, p. 422, n° 2, comp. n° 6 et 8 ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, Pour ces auteurs, le droit de superficie est présenté dans un premier temps comme un droit réel de la chose d'autrui. Il se trouve ainsi placé dans la partie de leur ouvrage consacrée à « la propriété démembrée », (n° 771 et s., p. 697 et s., spéc., n° 949 et s., p.842 et s). Il est pourtant qualifié de droit de propriété par nécessité pratique (n° 950, p. 842 et 843). Ce n'est que par la vision dématérialisée de la propriété immobilière permise par le volume immobilier que ces auteurs adoptent pleinement la propriété superficiaire (n° 950 et s., p. 844 et s).

869 H. Périnet-Marquet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », RDI 2009, p. 16, spéc., p.19 et 20.

870 Article 2521 du Code civil : « Sans préjudice d'autres droits dont l'inscription est prévue par les dispositions du présent code, d'autres codes ou de la législation civile applicable à Mayotte, sont inscrits sur le livre foncier, aux fins d'opposabilité aux tiers : 1° Les droits réels immobiliers suivants : a) La propriété immobilière ; b) L'usufruit de la même propriété établie par la volonté de l'homme ; c) L'usage et l'habitation […] e) La superficie » [souligné par nous].

871 Article 2531 du Code civil : « Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° L'usufruit des mêmes biens et accessoires, pendant le temps de sa durée ; 3° L'emphytéose, pendant le temps de sa durée ; 4° Le droit de superficie » [souligné par nous].

du Code civil semble accepter implicitement le principe de la propriété superficiaire[872] et que d'autres articles légaux revendiquent de propriété des montages juridiques qualifiés généralement de droit de superficie[873].

217.1. Même au sein de la conception dominante qui – en accord avec la jurisprudence – comprend le droit de superficie comme conférant un véritable droit de propriété, des divergences apparaissent sur le contenu exact du droit. Certains considèrent le droit de superficie comme un simple droit de propriété tiré de la renonciation du propriétaire du fonds à l'accession[874]. D'autres font remarquer qu'il implique un droit de propriété assorti obligatoirement à un droit réel ou personnel sur le sol, seul existant en l'absence de bien matériel déjà présent sur le fonds[875]. Cet ensemble de divergences a encouragé un détachement du lien entre droit de superficie et le volume immobilier dans le langage doctrinal. Afin d'écarter ces incertitudes, un auteur affirme de façon radicale qu' « il est préférable de maintenir la volumétrie la plus éloignée possible de toute référence au droit de superficie »[876]. Il ne faut cependant pas exagérer la portée de cette mise en retrait du droit de superficie. Ce dernier comme le volume immobilier tendent à organiser la superposition verticale de la propriété immobilière. En conséquence, l'occultation du droit de

872 Article 553 du Code civil : « Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ».

873 L'article L.251-1 du Code de la construction et de l'habitation portant sur le bail à construction prévoit que « Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. À défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations », acceptant ainsi le principe d'un droit de propriété distinct du sol.

Plus clairement encore, l'article L.254-1, 2° du Code de la construction et de l'habitation portant sur le bail réel immobilier dispose que « les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration », et l'alinéa 3 de l'article L.254-2 de ce même code poursuis en énonçant que « le preneur peut céder son propre droit au bail, céder son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées et librement consentir des baux sur l'immeuble » [souligné par nous]. Toujours dans le Code de la construction et de l'habitation, nous pouvons également citer l'article L.255-7 relatifs au bail réel solidaire, qui dispose sur le même modèle que le bail réel immobilier que « Les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété de l'organisme de foncier solidaire à l'expiration du bail ».

874 Voir notamment, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 330 ; Ch. Aubry, Ch. Rau, *Droit civil français*, tome II, par P. Esmein, librairies techniques, 7e éd., 1961, n° 372 ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les biens*, Sirey, 2e éd., 1980, n° 177, p. 236 ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019 n° 298, p. 347.

875 G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969, spéc., n° 187, p. 271 ; P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 539, spéc., p. 611 ; D. de Lataulade, A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », Gaz. Pal., 1974, I, doctr., p. 436 ; J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737.

876 N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n°28.

superficie au bénéfice du volume immobilier n'est qu'un écran de fumée placé devant des difficultés théoriques qui ressurgiront inévitablement lorsque que le volume d'espace sera destiné à se concrétiser matériellement[877]. À ce stade de l'étude, remarquons que la présentation renouvelée du droit de superficie permet d'ancrer plus largement l'idée selon laquelle la propriété superficiaire n'est qu'une propriété immobilière comme une autre.

218. Le volume immobilier implique l'uniformisation de toute propriété immobilière. Ainsi, ce glissement conceptuel se comprend également lorsque sont pleinement adoptée les conséquences de l'abstraction de la propriété immobilière. Le droit de superficie – présenté comme une propriété immobilière superposée à celle d'un fonds plus vaste – perd en effet de son sens dès lors que l'on conçoit toute propriété immobilière comme celle d'un espace tridimensionnel. Il relève de la nature même d'un volume que d'être précisément délimité dans l'espace, si bien que la superposition des différentes couches de propriété d'une même parcelle va perdre son caractère exceptionnel. Certes, la référence à la parcelle conserve son intérêt, car elle délimite l'étendue du volume par rapport à son point de référence, le globe terrestre. Néanmoins, présenter la propriété immobilière comme celle d'un espace diminue l'impact du référentiel terrestre et donc de la particularité de la propriété superposée à celle d'un fonds, lorsqu'il est compris avant tout comme une parcelle terrestre. En d'autres termes, la propriété superposée serait une propriété immobilière tout à fait identique à celle présentée dans le Code civil. Il devient alors inutile de faire référence au terme de droit de superficie, qui rappelle justement la particularité de son objet et de la situation qu'il caractérise[878].

B. Consécration doctrinale de cette évolution

219. Le volume d'espace plutôt que la propriété superficiaire de l'objet. Adhérer pleinement au principe de la propriété volumique entraîne par voie de conséquence une remise en

877 *Infra*., n° 384 et s.

878 On pouvait déjà trouver en filigrane cette approche chez Monsieur Depuy (L. Depuy, thèse, *op. cit*., n° 72, p. 79). L'auteur résume le glissement causé par la prise en compte des volumes immobiliers : « Ainsi le droit de superficie désigne sans doute moins un droit particulier qu'un objet particulier du droit de propriété, c'est-à-dire qu'il n'est en fait qu'un droit de propriété sur la superficie ».

En réalité, il semble que généraliser le recours aux volumes immobiliers implique d'aller encore plus loin : si toute propriété immobilière est en réalité composée d'un volume, cela normalise l'objet de propriété en question, qui n'apparaît même plus comme étant particulier. En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*. ; L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 765.

Voir pour une telle approche justifiée par la seule application de la théorie classique de la propriété au droit de superficie aboutissant à l'idée que le droit de superficie n'est rien d'autre qu'un droit de propriété tout à fait standard : P. Ourliac, note sous Cass. civ., 3ème, 6 mars 1991, JCP G 1992, I, 21890, p. 251, spéc., p. 252.

question de la présentation classique du droit de superficie qui en faisait un droit de propriété atypique en raison de son objet particulier. Cette conception connaît cependant des limites. D'abord la lettre même du Code civil, dont il n'est pas certain qu'elle accepte un détachement total du sol et de la matière[879]. Puis, la superposition des volumes implique de façon pratiquement inévitable des relations collectives, qu'il faut alors prendre en compte. À la différence de la jurisprudence – très discrète en la matière[880] – la doctrine fait aujourd'hui néanmoins davantage référence au volume immobilier – en tant que propriété de l'espace – qu'au concept de propriété superficiaire, trop ancré dans la matérialité de son objet.

219.1. L'un des premiers exemples de cette évolution se retrouve en 1998 à l'occasion d'un commentaire portant sur un arrêt de la Cour de cassation relatif à la prescription acquisitive d'une terrasse[881]. Dans cette affaire, il était question de déterminer quel était le propriétaire d'une terrasse située dans le prolongement d'une maison d'habitation et utilisée par les propriétaires de cette dernière, alors qu'elle reposait directement sur une remise appartenant à un autre propriétaire. Les premiers propriétaires entendaient justifier de la propriété de la terrasse en invoquant leur titre de propriété et, en tout état de cause, le bénéfice de la prescription acquisitive. Le second, auteur du pourvoi en cassation, invoquait à son profit l'impossibilité de diviser un immeuble unique en différents objets susceptibles d'appropriations distinctes. La solution rendue par la Cour de cassation est classique : si l'unité de la propriété immobilière a vocation à s'appliquer par principe, elle sera malgré tout évincée par la prescription acquisitive dès lors que celle-ci est démontrée[882]. Si la solution ne comporte, en soi, pas de difficulté particulière, il n'en est pas de même s'agissant de la consistance de l'objet de propriété acquis par prescription. En effet, la particularité de l'espèce était que la terrasse en question avait pour seule matérialité la dalle supérieure de la remise – la toiture – sur laquelle les propriétaires de la maison avaient ajouté des balustrades. En raisonnant sur le modèle classique du droit de superficie ancré dans la matérialité de son objet, les possibilités

879 Sur ce point, *infra*., n° 341 et s.

880 Tout au plus, nous pouvons néanmoins citer un arrêt de la cour d'appel de Montpellier (Montpellier, 2 novembre 2011, n° 10/1909), qui affirme sans détour que la division en volumes est une division en propriétés et non un démembrement de la propriété sans la rattacher pour autant au droit de superficie. Concernant la Cour de cassation, nous ne trouvons qu'un seul exemple de l'utilisation du volume immobilier en lieu et place du droit de superficie (Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, n° 09-13.486). Au surplus, l'usage des termes « partage en volumes » par la Cour de cassation est motivé par la reprise exacte des termes employés par les demandeurs au pourvoi.

881 Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, 96-18.748 ; RDI, octobre-décembre 1998, p. 605, obs., J.-L. Bergel ; RTD Civ. 1999, p. 142, note F. Zenati.

882 On retrouve la même idée dans l'articulation entre l'accession et la prescription acquisitive. Pour une application récente faisant prévaloir la prescription acquisitive : Cass. civ., 3ème, 27 avril 2017, n° 16-10.753, Dalloz actualité, 24 mai 2017, note N. le Rudulier ; D. 2017, 1789, note L. Neyret ; N. Reboul-Maupin ; 2301, note A.-L. Collomp, A.-L. Méano.

étaient réduites et semblaient assez peu convaincantes : le droit de propriété pouvait porter simplement sur les balustrades et la couche superficielle de la toiture. Sur cette question, on a pu lire que la propriété « n'était pas, à l'évidence, celle de la dalle formant toiture de la remise, qui appartenait assurément au voisin. C'est bien l'espace utile au-dessus de cette dalle qui a ainsi pu être acquis par prescription »[883]. Cette idée selon laquelle la propriété superficiaire est en réalité celle d'un volume d'espace va être ensuite poursuivie par son auteur à propos de la consistance réelle de la partie privative d'un lot de copropriété[884], ou encore d'un simple prolongement du sous-sol ou d'un édifice sur le fonds voisin[885]. Plus généralement, il a été soutenu ensuite que « n'importe quel local compris dans un bâtiment à cellules multiples n'a aucune consistance objective »[886], dès lors que les murs et les plafonds sont généralement soit parties communes, soit régis par la mitoyenneté.

220. Le volume comme modèle explicatif doctrinal des divisions de l'immeuble. Progressivement, le volume immobilier va donc s'imposer pour une partie de la doctrine dès lors qu'il va être question d'expliquer l'ensemble des superpositions de propriétés immobilières. Ainsi, Monsieur le professeur Bergel indique à propos d'un arrêt autorisant le partage en volumes d'une montée d'escaliers[887], que si la division en volumes était d'abord conçue comme « une expression du droit de superficie et une dissociation de la propriété immobilière », elle « s'en est maintenant émancipée et les volumes constituent de véritables fractions de propriétés »[888]. Très récemment, certains auteurs ont eu recours aux volumes immobiliers pour expliquer la superposition des différents objets de propriété que peut générer la présence d'un mur mitoyen[889]. À l'occasion d'une affaire dans laquelle des propriétaires avaient construit un édifice en surplomb d'un mur mitoyen, la

883 Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », *op. cit*., spéc., p. 492. Pour la même idée, en filigrane, J.-L. Bergel, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, RDI, octobre-décembre 1998, p. 605. L'auteur, lorsqu'il constate que cet arrêt confirme la possibilité de superposer des propriétés distinctes sur une même assiette foncière constate qu'il s'agit « de mettre en œuvre l'idée de propriété en volumes ».

884 Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *in Le droit privé au milieu du XXe siècle*, *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 679, spéc., p. 690 et s. ; L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, spéc., p. 134 et s.

885 Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *op. cit*., spéc., p. 690 ; F. Terré, Ph. Simler, *op. cit*., n° 948, p. 834, note 2. Les auteurs indiquent à ce propos : « il est particulièrement évident que la propriété incluse dans un immeuble voisin ne peut être que celle de l'espace abstrait délimité par les murs, sol et plafond, ces éléments corporels en étant exclus comme faisant partie de la structure dudit immeuble ».

886 G. Daublon, « État descriptif de division et volumes : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, art. 37168, p. 558.

887 Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, *op. cit*.

888 J.-L. Bergel, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, RDI 2010, p. 447., spéc., p. 448.

889 N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, AJDI 2018, p. 138 ; W. Dross, « A qui appartient le dessus du mur mitoyen ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, RTD Civ. 2017, p. 891.

Cour de cassation avait, comme les juges du fond, ordonnée « le retrait, jusqu'à la ligne divisoire de propriété située au milieu du mur mitoyen »[890]. Afin d'expliquer cette solution, Monsieur le Rudulier précise que « la Cour de cassation crée de fait une division en volumes avec, d'une part, l'assiette foncière du mur qui demeure propriété divise de chaque voisin jusqu'à la ligne divisoire, d'autre part, le mur qui relève bien du régime des article 653 et suivants du code civil et, enfin, un retour à la propriété divise pour l'espace vertical situé au-dessus du mur »[891]. À l'inverse, mais toujours en ayant recours à la notion de volume, Monsieur le Professeur Dross soulève qu'il serait préférable – et plus en accord avec les dispositions du Code civil – de considérer que l'espace situé au-dessus d'un mur mitoyen conserve cette caractéristique[892]. Le volume immobilier devient donc un véritable modèle explicatif des divisions de l'immeuble et celui-ci s'avère particulièrement utile lorsqu'il s'agit de faire état de la division d'un immeuble à usage collectif en fraction individuelle. On peut ainsi lire, s'agissant de la propriété d'une rampe d'accès commune située sur un fonds approprié de façon individuelle, qu'expliquer la situation par l'existence d'un volume immobilier commun dont les contours seraient déterminés par la rampe d'accès litigieuse est une solution traduisant parfaitement, en droit, la réalité des faits[893].

221. Reconnaissance de la primauté de l'espace sur la matière. Monsieur le Rudulier propose même d'aller plus loin. Partant du principe que tout bien immobilier est en réalité un volume, il rappelle que leur identification précise n'est nécessaire que s'il existe un droit de propriété concurrent sur le fonds initialement délimité horizontalement par la seule parcelle[894]. Une telle présentation revient expressément à considérer que toute superposition de la propriété implique la création de volumes immobiliers comme autant d'objets de propriété[895]. Cette idée se retrouve également en matière d'empiétement, dont la nature – de surface, en tréfonds ou encore dans l'espace – est indifférente à sa reconnaissance et à la solution retenue. Cela amène les auteurs à

890 Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 15-17.278, *op. cit.*

891 N. le Rudulier, *op. cit.*

892 W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, *op. cit.*

893 W. Dross, « L'étrécissement du champ d'application supplétive de la copropriété des immeubles bâtis », note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, RTD Civ. 2020, p. 659. Après avoir émis des réserves à la qualification de volume immobilier liées à l'absence de création expresse de volumes par les parties, pouvant rendre cette qualification artificielle, l'auteur considère néanmoins que : « peut-on trouver mieux pour parvenir à traduire en droit ce que les parties ont fait en construisant d'un commun accord sur le fonds de l'un une rampe d'accès destinée à profiter également aux deux ? ». Il choisira néanmoins de proposer une alternative par le recours aux servitudes, ou encore la seule constatation d'un droit de superficie. Sur la question de la création du volume immobilier, *infra*., n° 537 et s.

894 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 108, p. 55 ; « Division en volumes, indivision et fichier immobilier », AJDI 2012, p. 237. Pour une critique du rapprochement fait entre la propriété du fonds de terre et le volume immobilier, *infra*., n° 324 et s.

895 Voir en ce sens, X. Guédé, F. Letellier, E. Cevaër, C. Davèze, « Servitudes ou empiétements : une question de sécurité juridique ! », *op. cit*., spéc., p. 193.

considérer que l'empiétement peut porter sur un volume d'espace de la propriété le subissant lorsqu'il a pour origine la présence d'un édifice fixe[896]. L'affirmation apparaît clairement lorsque les juges acceptent de reconnaître l'acquisition d'une servitude de surplomb par voie de prescription à la suite d'un empiétement aérien[897], là où les commentateurs rétorquent qu'il ne peut s'agir que de la prescription d'un droit de propriété portant sur le volume empiété[898]. De la même façon, les servitudes administratives de transport par câbles en milieu urbain[899], ou encore de transport en tréfonds[900] ont pu être analysées comme effectuant une véritable expropriation en volume d'espace[901].

221.1. Cette opposition entre le volume immobilier et la servitude a pu apparaître encore récemment, à l'occasion de commentaires portant sur un arrêt dont le litige impliquait la privation de l'ensemble des utilités d'une portion d'espace sur le fonds appartenant à l'une des parties. Dans cette affaire, le propriétaire d'un bâtiment en cède une partie située à l'étage. Seulement, une portion du bien cédé surplombe le fonds assiette de la construction, créant ainsi une situation d'empiétement aérien. Le notaire en charge du dossier décide de sécuriser la situation en insérant une clause instituant l'existence d'une servitude et un litige éclate à propos de sa validité. La position de la Cour de cassation, qui rejette la qualification de servitude[902], est approuvée

896 Voir notamment D. Dechenaud, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, JCP G 2008, II, 10161 ; W. Dross, note sous « Empiétement et servitude », note sous Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377, RTD Civ. 2013, p. 414 ; « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622.

897 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164, D. 2008, p. 919, obs. G. Forest ; AJDI 2008, p. 795, note S. Prigent ; JCP G 2008, II, 10161, note D. Dechenaud ; RTD Civ. 2009, p. 142, note Th. Revet.

898 D. Dechenaud, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* ; Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit*. L'auteur, pourtant défavorable à la conception du droit de superficie le définissant comme un droit de propriété, concède qu'un tel empiétement de surplomb a pour résultat « l'expropriation du propriétaire du fonds prétendument servant de la portion d'espace correspondant au volume du fronton [qui correspond à la partie du bien qui empiète] ». Voir également en ce sens, S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiètements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc., p. 187 et s.

899 Articles L.1251-3 et suivants du Code des transports créés par l'ordonnance n° 2015-1495 du 18 novembre 2015 relatives à l'instauration de servitudes d'utilité publique pour le transport par câbles en milieu urbain.

900 Articles L.2113-1 et suivants du Code des transports, créés par la loi n° 2015-992 du 17aout 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

901 En ce sens, D. Richard, « Les nouvelles servitudes du Code des transports ou la distinction entre sujétion et propriété revisitée par le concept de volume immobilier », Construction – Urbanisme, n° 1, janvier 2017, étude 1.

902 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°os 18-14.547 et 18-15.386, D. 2019, p. 1684, avis B. Sturlèse ; p. 1689, note J. Dubarry ; p. 1801, chron. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RDI 2019, p. 510, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross ; JCP G 2019, p. 729, note F. Danos ; Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30, note J. Laurent ; Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19, note F. Vern ; RLDC 2018, n° 174, p. 34, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *Adde*., Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, note S. Benilsi.

unanimement par les auteurs[903], qui justifient ce rejet par la distinction entre la répartition des utilités et celle de l'espace d'un bien immobilier. En d'autres termes, il est soutenu que si la Cour de cassation décide de la nullité de la servitude, c'est parce que la situation litigieuse n'attribuait pas une utilité particulière du fonds au voisin, mais bien un volume immobilier[904].

221.2. Un dernier exemple marquant de cette consécration du volume immobilier en doctrine peut être proposé afin de compléter cet exposé : celui de la compréhension, par une partie de la doctrine, de l'affaire « Maison de Poésie ». Dans cette affaire, il était question de savoir si une fondation pouvait se maintenir plus de trente ans dans des locaux qu'elle s'était réservée à l'intérieur d'un immeuble à l'occasion de la vente de ce dernier. L'arrêt de la Cour de cassation en date du 31 octobre 2012 affirme au visa des articles 544 et 1134 du Code civil « que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien »[905]. Abondement chroniqué, cet arrêt fut également largement désapprouvé, notamment au regard de la durée de ce droit réel de jouissance spéciale, largement supérieur à la limite trentenaire que pose l'article 619 du Code civil[906] en matière d'usufruit, lorsqu'il est consenti à une personne morale. Parmi les explications avancées, une partie des auteurs considèrent la qualification de la Cour de cassation erronée, soutenant que la Fondation s'était en réalité réservée, non pas un droit de réel sur la chose d'autrui, mais bien un véritable droit de propriété en volumes sur la partie de l'immeuble qu'elle occupait[907].

---

903 B. Sturlèse, avis sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*., D. 2019, p. 1684 ; J. Dubarry, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*., D. 2019, p. 1689 ; J.-L. Bergel, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*., RDI 2019, p. 510 ; W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*., RTD Civ. 2019, p. 622 ; F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit*., JCP G 2019, p. 729.

904 J.-L. Bergel, *op. cit*. Dans le même sens, et de façon encore plus franche, W. Dross, *op. cit*. L'auteur précise que les faits d'espèce ne constituaient pas « un usage particulier d'un fonds [puisqu'il] s'agissait de conférer au voisin […] la propriété d'une fraction identifiée de celui-ci (division matérielle de l'immeuble que permet la technique de la division en volumes) » (spéc., p. 624). Dans le même sens, W. Dross, « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? », note sous Cass. civ., 1re, 20 juin 2019, n° 18-10.502, RTD Civ. 2019, p. 905. L'auteur remarque que, en matière de droit d'affichage dont l'enseigne surplombe – même de façon minime – un fonds appartenant à autrui, il s'agit plus de l'acquisition d'un volume d'espace occupé par l'enseigne que de l'octroi d'une utilité par le fonds servant. Sur la question des servitudes d'empiétement, *supra.*, n° 140 ; *infra*., n° 481 et s. ; n° 505 et s.

905 Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, n° 11-16.304, JCP G 2012, 1400, note F.-X. Testu ; Defrénois, janvier 2013, n° 1, p. 12, note L. Tranchant ; Dalloz actualité, 21 novembre 2012, note M. Kébir ; D. 2013, p. 53, note A. Tadros ; note L. D'avout, B. Mallet-Bricout ; RDI 2013, p. 80, note J.-L. Bergel ; AJDI 2013, p. 540, note F. Cohet-Cordey ; RTD Civ. 2013, p. 141, note W. Dross.

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

907 En ce sens, F.-X. Testu, « L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux », note sous Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, JCP G, 2012, 1400. L'auteur, s'il ne parle pas directement de propriété en volumes, va tout de même mettre en avant la propriété (qu'il nomme « propriété partiaire ») sur le volume d'espace réservée à la Fondation ; D. Richard, thèse*, op. cit.*, n° 818, p. 851.

222. Maintien de la cohabitation propriété superficiaire/volume immobilier. Quelques subtilités se rencontrent cependant en doctrine et entendent faire cohabiter le volume immobilier avec la propriété superficiaire. Ainsi, certains auteurs appellent à la distinction franche des deux notions[908]. Si nous adhérons au principe selon lequel une distinction doit se maintenir en raison de l'impossible généralisation de la propriété superficiaire à celle d'un volume d'espace[909], la justification régulièrement avancée au maintien des deux notions ne nous semble cependant pas toujours des plus pertinentes. L'argument principal tient en effet à la dimension complexe et collective qu'aurait le volume immobilier en comparaison du caractère plus simple porté par le droit de superficie[910]. Exemple de cette distinction, le projet de réforme d'ensemble sur le droit des biens – l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil menée par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française – semble faire cohabiter les deux notions, droit de superficie et volumes. L'article 527 de cet avant-projet – qui aurait vocation à remplacer les articles 517 et 518 du Code civil – propose en effet de définir le volume comme un immeuble par nature au même titre que « les fonds […] les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent ». L'article 562, quant à lui, indique qu'un fonds « peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficiaire » tout en rappelant qu' « un fonds peut également […] faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes »[911]. Ainsi rédigé, l'article 562 semble poser une distinction entre volume immobilier et droit de superficie, ce qui a pu interroger[912]. Si l'on s'en réfère à cet article, mis en parallèle avec l'article 527, le volume serait un immeuble par nature issu de la division spatiale d'un fonds[913]. Le droit de superficie – appelé ici « propriété superficiaire » – représenterait quant à lui un autre type de division, non volumique, qui consisterait à séparer une partie du fonds en propriété par une limite divisoire unique.

908 S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 42 ; H. Périnet-Marquet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *op. cit.* ; F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 129 et s., p. 162 et s. ; M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 787 et s., p. 322 et s.

909 Sur cette question, *infra*, n° 445 et s.

910 En ce sens, S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 42.

911 À noter que l'avant-projet propose également de modifier l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 en la rendant expressément applicable aux ensembles immobiliers « réalisés dans plusieurs volumes lorsque la propriété ou la gestion de leurs éléments communs n'a pas fait l'objet d'une organisation différente ». Sur cette question, *infra*., n° 567 et s.

912 G. Godfrin, « Droit des biens : réécriture ou réforme ? », Construction – Urbanisme, février 2009, n° 2, alerte 8.

913 Voir, selon une certaine lecture, un fonds par lui-même. Sur ce point, *infra*., n° 270.

222.1. En réalité, la distinction posée par l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil ne porte pas sur la nature des droits conférés par « la propriété superficiaire » ou le « volume » : ils se caractérisent tous les deux par un droit de propriété immobilier sur une partie d'un fonds de terre plus vaste[914]. Plus encore, ils semblent bien porter sur la propriété de l'espace pour elle-même, indépendamment des choses tangibles qui y prennent place. À partir du moment, où la propriété superficiaire établie ligne divisoire, celle-ci emporte donc appropriation de l'espace situé au-dessus ou en dessous aux propriétaires respectifs[915]. En définitive, la distinction effectuée propose en réalité d'utiliser des expressions différentes selon qu'il s'agisse d'une division spatiale d'envergure collective ou non : il s'agirait de parler de volumes uniquement lorsqu'existerait une superposition/imbrication de différentes propriétés superficiaires[916]. Cette approche procède donc d'une confusion entre le volume immobilier et son utilisation pratique dans le cadre de la construction en volume. Pourtant, si l'on accepte comme le fait l'avant-projet de réforme, l'existence du volume immobilier en l'assimilant pratiquement au fonds de terre, il ne peut se contenter, *a priori*, d'une existence restreinte au cadre de ces seules constructions[917]. De façon intéressante, on a pu tirer de la dimension collective de la division de l'immeuble un lien entre le volume immobilier et la publicité foncière. Une construction en volume impliquant immanquablement des conséquences en matière de publicité foncière, il a ainsi été proposé de ne parler de volumes immobiliers qu'à partir du moment où existerait un état descriptif de division en volumes. En conséquence, le terme de propriété superficiaire serait réservé aux situations dans lesquelles un tel état descriptif de division n'existe pas[918]. Bien que portant comme point de départ la dimension collective de la construction en volumes par opposition à la simplicité de certaines divisions superficiaires, cette conception a le mérite de faire apparaître le lien important entre le volume immobilier et la publicité foncière[919]. Il n'en reste pas moins que l'avant-projet de réforme du livre II tout comme une large majorité de la doctrine insistent particulièrement sur la reconnaissance du volume immobilier – assimilé à une division spatiale détachée de toute matérialité tangible – comme immeuble par nature, objet à part entière d'un droit de propriété. Cette

914 Le choix du terme « propriété superficiaire » en lieu et place de « droit de superficie » a par ailleurs été fait en ce sens, afin d'éviter toute équivocité portant sur les droits conférés par cette opération. Voir les propos du président de cet avant-projet de réforme : H. Périnet-Marquet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *op. cit*., spéc., p. 20.

915 Également en ce sens, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie*, n° 27.

916 Déjà en ce sens, Y. Trémorin, *op. cit*., spéc., p. 429.

917 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 211-2, p. 401 et s. ; n° 365 et s., p. 675 et s.

918 H. Périnet-Marquet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *op. cit.*, spéc., p. 20.

919 En ce sens, notamment F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 129, p. 162 et s. Sur la pertinence d'une telle distinction, *infra*., n° 537 et s.

conception du volume immobilier place le volume d'espace au centre de la division de la propriété immobilière, ce qui emporte un certain nombre de conséquences non dénuées d'avantages.

223. Conclusion de section. Le volume immobilier est avant tout considéré comme le raffinement ultime de la propriété superficiaire, qui a pu être dégagé par les auteurs en raison des progrès de la représentation géométrique dans l'espace. Cela nous amène vers le deuxième aspect de la généralisation du volume immobilier issue de sa conceptualisation : la capacité qu'il aurait à caractériser l'ensemble des divisions verticales de l'immeuble. Cette idée implique un recul de la notion de droit de superficie, qui n'apparaîtrait plus que comme une notion datée, et dont l'utilisation reste, toujours, porteuse d'incertitudes. Tout au plus, dans cette hypothèse, les termes tréfoncier et superficiaire pourraient se maintenir afin de représenter une division simple, coupant un fonds en deux parties. Pour le reste, une grande partie de la doctrine semble avoir adopté le volume immobilier comme plus pure réduction de l'ensemble des divisions de la propriété sur un fonds plus vaste.

Section 3. Avantages de cette généralisation conceptuelle

224. Plan. Outre les avantages liés aux constructions en volumes, la généralisation de la présentation de la division de l'immeuble par le volume immobilier est prônée par une partie de la doctrine et ne se contente pas d'être une simple vue de l'esprit, car sa réception impliquerait un certain nombre de conséquences importantes. Tout d'abord, cela généraliserait l'idée que le volume d'espace serait l'assiette de la propriété de l'immeuble divisé, ce qui ne serait pas sans répercussion, notamment au regard de la persistance du droit de propriété (Paragraphe 1). Ensuite, il faut relever que cela pourrait mettre en lumière une distinction claire avec les droits réels de la chose d'autrui, là où le recours à l'expression « droit de superficie » entretenait la confusion (Paragraphe 2). Enfin, la généralisation du volume immobilier impliquerait la géométrisation de l'objet de propriété immobilière, ce qui faciliterait la matérialisation des limites exactes des biens (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Le volume d'espace comme assiette de la propriété de l'immeuble divisé

224.1. Le principal avantage de la reconnaissance de la propriété du volume d'espace a été dégagé de longue date : il s'agit de la persistance de la propriété de l'espace à la destruction de l'objet qui l'occupait (A). Au-delà de cette conséquence, cela permettrait également d'ouvrir de nouvelles pratiques offrant un régime plus favorable que les droits réels sur la chose d'autrui (B).

A. La persistance de la propriété de l'espace à la destruction de l'objet

225. Rappel du principe. Dès lors que l'on adhère à la vision du doyen Savatier, le volume immobilier tient son existence de la troisième dimension inhérente à la propriété d'un fonds et de la possibilité d'en faire un objet sur lequel s'applique une propriété autonome[920]. En conséquence, c'est bien le volume immobilier représentant un espace déterminé qui est objet de propriété, et non pas uniquement les objets matériels qui vont le composer. Les prérogatives du propriétaire s'exercent donc au sein de ce volume d'espace où il a, par principe, toute liberté dans l'organisation de la consistance de ce dernier. Certes, dans le cas d'un immeuble divisé en volumes, le propriétaire sera limité par l'existence d'un ensemble collectif qui viendra encadrer cette liberté mais, dès lors que le volume immobilier est établi en dehors de toute collectivité, la liberté totale restera le principe. Certes, il s'agira pour le propriétaire du volume immobilier de ne causer aucun préjudice aux propriétaires voisins et aucune atteinte à un autre droit de propriété, mais il ne s'agit pas ici d'une particularité liée à l'existence d'un volume immobilier, simplement du respect de la propriété du Code civil dont l'un des objectifs était d'harmoniser les relations entre les propriétaires voisins.

226. Amélioration de la pérennité du droit du propriétaire. Or, appliquer le régime de la propriété du Code civil au volume d'espace emporte un certain nombre de conséquences, dont la plus marquante est certainement la perpétuité absolue du droit. Contrairement aux objets matériels qui sont tous soumis à une destruction plus ou moins tardive, le volume immobilier est immuable tant que son référentiel existe, à savoir le globe terrestre lui-même. Pour certains, il s'agit donc du seul immeuble parfait en ce qu'il bénéficie d'une véritable perpétuité, libéré de la fragilité de la matière[921]. Selon cette conception, le droit de propriété du volume immobilier va persister malgré la disparition des éléments matériels qui pouvaient se trouver en son sein[922]. Cette évolution entraîne une conséquence directe pour l'objet de la propriété superficiaire. Traditionnellement, il était établi que le droit de propriété superficiaire portait directement sur l'objet matériel. La conséquence logique qui résulte d'une telle analyse est que le droit de propriété superficiaire ne pouvait donc survivre à la destruction du bien : une fois la chose disparue, le droit de propriété

920 R. Savatier, *op. cit.*

921 J.-F. Barbièri, « De l'incorporation à l'attache à perpétuelle demeure et inversement : réflexions sur la distinction meuble – immeuble et sur les mécanismes d'affectation », *in Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Éditions législatives, 2006, p. 111, spéc., n° 10, p. 117.

922 En ce sens, P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, « Les ensembles immobiliers complexes », Defrénois, 1975, I, p. 1217, spéc., n° 17, p. 1227.

n'avait plus d'objet sur lequel porter, il disparaît donc avec cette dernière[923]. Cette disparition emportait une véritable précarisation de la propriété superficiaire : l'unique possibilité pour le superficiaire de retrouver son droit était de reconstruire ou replanter. Or, ce n'était possible qu'en vertu d'un droit – personnel ou réel selon les analyses – sur le sol d'autrui, dont la persistance à la destruction de la chose était très incertaine. Si l'on applique ces principes à des situations aussi fréquentes que la propriété d'une cave, d'une maison d'habitation troglodyte située au sein d'une parcelle appartenant à un tiers ou encore, d'un balcon surplombant le fonds d'autrui, la destruction de la chose impliquerait la perte de la propriété du superficiaire et le retour à l'unité de la propriété du fonds[924]. Outre les éventuelles difficultés que cela peut entraîner dans la détermination de la destruction[925], une telle solution s'avère particulièrement radicale.

226.1. Concevoir toute division de la propriété immobilière comme celle d'un volume implique alors un renversement *a priori* bienvenu[926] : la propriété de l'objet résultant de la portion de l'espace qu'il occupe, sa destruction devient alors totalement indifférente à l'existence de la propriété[927]. Cette dernière porte avant toute chose sur un volume d'espace, qui persistera indépendamment de tout contenu. Certes, cela n'empêche pas la persistance de quelques difficultés notamment au regard de la reconstruction[928] et aux conditions d'existence du volume immobilier[929]. Cependant, nous retrouvons ici les avantages recherchés lors de l'édification des

---

923 En ce sens, G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n° 18, p. 289 ; W. Dross, Les choses, *op. cit*., n° 364-4, p. 675.

Pour un rappel historique de la constance de cette solution, R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie : des glossateurs aux premiers commentateurs du Code civil de 1804 (XIIe – XIXe siècle)*, thèse, Paris II, 2018, p. 479 et s. Il ressort de cette étude que l'ensemble des auteurs acceptant la propriété superficiaire concluent à son extinction totale (perte de la propriété par la destruction de l'objet et impossibilité de reconstruire ou replanter) lorsqu'elle porte sur un objet précis et que celui-ci est détruit. La possibilité de reconstruire est ensuite affirmée, soit lorsque la propriété superficiaire résulte d'un bail sur le sol, où lorsque la division superficiaire porte sur l'intégralité du sol. En ce sens, Ch. Wolff, *Institution du droit de la nature et des gens*, Traduite du latin *Institutiones juris naturae et gentium*, tome IV, 1772, p. 173 et s. qui voit dans toute propriété superficiaire un droit d'occuper une portion du fonds d'autrui avec un édifice construit à ses frais. Voir également J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, et de superficie, tome VIII, Dijon – V. Lagier, 1825, p. 551 et s.

924 En ce sens, G. Goubeaux, *op. cit*. ; W. Dross, *op. cit.*

925 *Infra*., n° 518.2.

926 Cependant, pour une critique de la généralisation d'une telle solution, *infra*., n° 516 et s.

927 En ce sens, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 258.

928 Sur cette question, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion, Fasc. 107-20*, n° 46 et s.

929 Toute la question sur ce point est de savoir si le volume immobilier est créé par sa détermination indépendante du bien (parfois même en amont de son existence), ou si la propriété d'une chose implique en elle-même celle de l'espace qu'elle occupe, indépendamment de toute identification géométrique précise. Sur ce point, qui confine à la question de savoir si la propriété non prédéterminée de l'espace occupé par un objet superficiaire peut être acquise en raison de la propriété superficiaire portant sur ce dernier, *infra*., n° 446 et s. ; n° 505 et s.

grands ensembles immobiliers : pérenniser la situation du propriétaire du volume et mettre fin aux débats doctrinaux sur l'existence d'un droit de propriété avant l'existence d'une construction.

B. Création d'espace de propriété versus droits réels sur la chose d'autrui

227. Supériorité de la propriété de l'espace. Accepter cette conception abstraite du volume immobilier aurait également pour conséquence de mettre fin à la controverse sur la nature des droits du titulaire du volume lorsqu'aucune construction n'existe encore[930]. Bien plus qu'un simple droit réel sur le sol d'autrui, il s'agirait d'un droit de propriété portant sur le volume d'espace, indépendant d'un éventuel droit réel sur le sol, nécessaire afin de pouvoir exercer son pouvoir de propriétaire[931]. La conséquence n'est pas négligeable, notamment en ce qu'un droit de propriété ne connaît aucun terme, ni délai de prescription extinctive, à la différence d'un droit réel sur la chose d'autrui[932]. Aussi, son propriétaire aurait la possibilité de proposer le volume désincarné en garantie hypothécaire, alors même qu'aucune construction en son sein n'est envisagée. Or, s'il est communément admis qu'un volume immobilier puisse faire l'objet d'une hypothèque, c'est souvent une application détournée de l'article 2420, 3° du Code civil qui subordonne cette possibilité à l'existence d'un droit de construire[933] et fait porter l'hypothèque sur les seuls bâtiments à venir. En réalité, dès lors que l'on conçoit le volume immobilier désincarné comme un bien immobilier à part entière, l'article 2420-3° précité n'a pas lieu de s'appliquer[934].

228. Illustration par la vente d'un volume destiné à rester vide. L'intérêt d'une telle pratique ne se limite pas à l'étude théorique, à l'heure où les portions de nature sont de plus en plus rares en zone urbaine et où la préservation de la vue obtenue d'un point fixe connaît une véritable valeur marchande. Il n'est donc pas impossible d'imaginer, par exemple, la vente d'un volume situé quelques mètres au-dessus du sol avec pour finalité de le laisser vide de toute construction, en lieu

930 Voir la conception soutenue par G. Goubeaux, thèse, *op. cit*. ; J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*.

931 Voir par exemple, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n°43 ; Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », *op. cit*.

932 *Infra*., n° 431 et s.

933 Article 2420, 3° du Code civil : « Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement ».

À noter que la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021 est venue supprimer cet article, tout en intégrant un nouvel article 2414 du Code civil disposant de façon générale que : « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs » (entrée en vigueur le 1er janvier 2022).

934 En ce sens, bien que refusant l'appropriation d'un volume d'espace : J.-P. Bertrel, *Le bail à construction. Titre constitutif d'un droit de superficie*, thèse, Tours, 1981, p. 295 et 296 ; « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44.

et place d'une servitude *non aedificandi*. Une telle pratique permettrait de bénéficier du régime de protection de la propriété et non plus de celui des servitudes, ce qui serait davantage favorable pour le propriétaire, notamment en matière d'empiétement[935]. Il faut ainsi remarquer qu'à la différence d'une situation d'empiétement en propriété, la jurisprudence accepte désormais de soumettre la démolition d'un empiétement portant sur l'assiette d'une servitude au contrôle de proportionnalité[936]. Un tel contrôle devrait donc s'appliquer en matière de violation de la servitude *non aedificandi* par le propriétaire du fonds servant, ce qui constitue déjà une différence de régime majeure. Au surplus, des différences résiduelles devraient également apparaître lorsque la violation émane d'un autre propriétaire que celui du fonds servant. À titre d'exemple, il est possible d'imaginer trois terrains contigus, A, B et C, avec un empiétement réalisé en surplomb par le propriétaire du terrain C sur le fonds appartenant à B. Dans l'hypothèse où une servitude *non aedificandi* aurait été consentie uniquement entre les fonds A et B au bénéfice du premier, il n'est pas certains que le propriétaire du fonds A réussisse à obtenir la démolition de l'empiétement sur le terrain B en tant que violation de la servitude *non aedificandi.*

228.1. Ainsi, les juges sont réticents à l'idée de constater la violation d'une telle servitude lorsqu'il s'agit de petites constructions[937], particulièrement lorsqu'elles sont édifiées en surplomb du fonds servant[938]. Cette pratique jurisprudentielle se comprend assez aisément : l'objectif poursuivi par cette servitude est la plupart du temps d'assurer la conservation sur le fonds servant d'un espace dégagé pour le fonds dominant, ce qui invite le juge à contrôler la réalité de cette atteinte éventuelle au regard de l'importance de l'édifice construit[939]. On pourrait être tenté de soulever un autre point venant freiner l'action en démolition du propriétaire du fonds dominant. Il consisterait à remarquer que la servitude *non aedificandi* implique une relation entre fonds servant B et dominant A, mais pas avec les fonds tiers. Or, la situation présentée ne fait pas état d'une absence de respect de la servitude par le propriétaire du fonds servant, mais d'un simple empiétement du fonds B par le propriétaire du fonds C. Pris sous cet angle, il n'est pas certain que

935 *Infra*., n° 485 et s.

936 *Supra*., n° 147 et s.

937 Dijon, 30 avril 2013, n° 12/00771, JurisData n° 2013-010031. Voir également, Cass. civ., 3ème, 9 mars 1977, n° 75-14.456. Il faut remarquer que dans cette affaire, la Cour de cassation rappelle que les parties avaient spécifié que « les bâtiments ou portions de bâtiments existant à l'intérieur du périmètre de ladite cour pourraient être conservés, mais qu'en aucun cas, ils ne sauraient être surélevés ou reconstruits ». Ce n'est cependant pas le point principal de contrôle de la Haute juridiction judiciaire, qui s'attache à relever, outre le fait que les constructions litigieuses ne pouvaient se voir qualifier de « bâtiment », que l'ensoleillement et l'aération de la cour commune assiette de la servitude *non aedificandi* n'était pas atteinte.

938 Cass. civ., 3ème, 5 mai 1975, n° 74-14.464, JurisData n° 1975-700061, Defrénois 1975-I, art. 30995, p. 1256, note E. Frank ; Cass. civ.,3ème, 9 mars 2007, n° 75-14.456 ; Paris, 8 octobre 2008, JurisData n° 2008-370454.

939 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 9 mars 1977, *op. cit.*

le propriétaire du fonds A puisse agir en violation de sa servitude *non aedificandi* contre le tiers C. En réalité, il nous semble que cette analyse ne tire pas les conclusions de la relation de fonds à fonds que mettent en place les servitudes. Dès lors que les servitudes concernent les fonds entre eux, seul devrait compter le respect objectif de la relation qu'ils mettent en place. En conséquence, la seule présence d'une construction dans l'assiette de la servitude constituerait une violation de cette dernière, indépendamment de l'origine de l'édifice litigieux. Ainsi, le propriétaire du fonds dominant devrait être fondé à agir au moins directement contre l'auteur de l'empiétement, en imposant au propriétaire du fonds servant d'agir en cessation de l'atteinte à son droit de propriété causé par l'empiétement afin de mettre fin à l'atteinte de la servitude que cause ce dernier. Reste que se posera tout de même la question de la proportionnalité de la destruction, ce qui rend la solution parfaitement incertaine.

228.2. En tout état de cause, la protection du propriétaire du fonds A sera plus simple s'il est également propriétaire d'un volume situé en surplomb du fonds B en lieu et place de l'assiette de la servitude *non aedificandi*. Dès lors, l'empiétement ne se situera pas sur le fonds B, mais directement dans le volume appartenant au propriétaire du fonds A. Ce dernier pourra alors bénéficier d'une jurisprudence jusqu'à présent particulièrement favorable en matière d'empiétement, qui va imposer immanquablement la destruction des éléments empiéteurs, même lorsqu'ils sont minimes[940]. La clémence éventuelle des juges lors de la réalisation d'un ouvrage minime en surplomb d'un fonds grevé par une servitude *non aedificandi* ne trouvera donc pas à s'appliquer dès lors que le propriétaire A sera propriétaire du volume en surplomb du fonds B. Plus encore, il est de jurisprudence constante que l'extinction de la servitude *non aedificandi* par l'existence trentenaire d'une construction sur son assiette[941] implique la possibilité, pour le propriétaire du fonds servant, de reconstruire et/ou d'agrandir l'ouvrage[942], dès lors qu'il est situé sur la même assiette[943]. Si l'on poursuit l'hypothèse de l'empiétement dans le volume appartenant au propriétaire A, une telle souplesse n'aura pas lieu d'être. L'empiétement trentenaire ouvrant la

940 Sur ce point, *supra.*, n° 146 et s.

941 Règle expressément prévue aux articles 706 et 707 du Code civil, qui disposent en substance qu'une servitude continue (ce qui est le cas de la servitude *non aedificandi*, cette dernière ne nécessitant aucune activité humaine) s'éteint par un non-usage trentenaire dont le délai commence à courir au jour où un acte contraire à la servitude aura été effectué. Ainsi, dans le cas d'une servitude *non aedificandi*, le délai pourra commencer à courir au jour de début de travaux effectués sur l'assiette de cette dernière (Cass. civ., 3ème, 16 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-I, I-législation, p. 219).

942 Cass. civ., 3ème, 27 février 2002, Bull. civ., III, n° 52 ; Reims, 25 mai 2010, n° 09/01086.

943 Cass. civ., 3ème, 26 février 2013, 12-13.261. Dans cet arrêt la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une décision de cour d'appel ayant accepté la destruction d'un ouvrage nouveau édifié sur un fonds grevé d'une servitude *non aedificandi*, au motif que les demandeurs au pourvoi n'avaient pas démontré que la construction nouvelle « était identique dans son implantation à la construction supprimée ».

voie à l'acquisition de l'assiette de ce dernier pour son auteur[944], il deviendra ici propriétaire du volume dans lequel était contenu l'édifice empiéteur[945]. Or, de ce fait, agrandir de quelques centimètres seulement l'édifice constituera un nouvel empiétement, susceptible en cas d'action du propriétaire empiété, de destruction.

Paragraphe 2. Distinction facilitée entre droit de propriété et droit réel sur la chose d'autrui

229. Plan. La généralisation du volume d'espace permettrait le retour d'une conception cohérente dans les relations entre servitude et empiétement (A). D'une façon générale, il permettrait aussi de matérialiser plus simplement la distinction entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété, que le droit de superficie, dans sa conception traditionnelle, ne parvient à faire (B).

A. Retour d'une conception cohérente dans la relation entre servitude et empiétement

230. Incohérence des fondements attachés à la consolidation de l'empiétement. La reconnaissance du volume immobilier marquerait certainement la fin des servitudes privées de surplomb. Celles-ci, utilisées de longue date[946], ont connu un essor dans la deuxième moitié du XXe siècle[947] permettant ainsi la consolidation de petites excroissances de l'immeuble. Leur validité fut ensuite remise en cause par la Cour de cassation elle-même au début des années 2000, lorsqu'elle énonça à plusieurs reprises qu'une servitude ne peut en aucune façon avoir pour objet principal l'empiétement d'un fonds voisin, que l'empiétement soit en tréfonds, sur la surface, ou aérien[948]. Cette dernière revint pourtant sur ses décisions en admettant de nouveau et de façon franche –

944 *Infra*., n° 483 et s.

945 Sur la question de la reconnaissance de l'empiétement en volume par la jurisprudence, *infra.*, n° 487 et s. ; n° 505 et s.

946 Voir déjà, F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VIII, 1873, n ° 200, p. 242 qui fait état de « servitude de saillie » pour justifier la consolidation d'une excroissance d'un bâtiment – telle une corniche – avançant au-dessus d'un fonds appartenant à autrui.

947 Voir notamment, Cass. civ., 1re, 19 décembre 1960, n° 59-10.648, Bull. Civ. 1960, I, n° 553 ; Cass. civ., 1re, 9 octobre 1963, n° 62-10.738, Bull. Civ. 1963, I, n° 425 ; Cass. civ., 3ème, 29 novembre 1989, n° 88-12.687. Dans ces arrêts, la Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la réalité de l'acquisition d'une telle servitude par voie de prescription acquisitive.

948 Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, n° 97-22.255, RDI 2000, p. 316, obs. J.-L. Bergel ; D. 2001, p. 151, note R. Libchaber ; Defrénois 2000, 1170, obs. Ch. Atias. L'arrêt faisait référence à l'impossibilité de priver le propriétaire du fonds servant de la jouissance de son bien. Pour un rejet spécifique en raison de l'empiétement du fonds servant dans une situation de surplomb : Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n ° 98-15.216, Bull. civ. III, n° 87, Construction – Urbanisme, n° 10, octobre 2001, n° 205, note D. Sizaire ; RDI 2002, p. 241, obs. J.-L. Bergel ; Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, n° 01-14.371, D. 2003, p. 2111, note R. Desgorges ; AJDI 2004, p. 318, obs. O. Abram.

l'arrêt ayant eu les honneurs de la publication au bulletin – la validité d'un tel montage en 2008[949]. Depuis cette date, la servitude d'empiétement paraît se cantonner aux seules situations de consolidation des empiétements aériens par l'écoulement du temps[950], la Haute juridiction semblant refuser l'établissement conventionnel d'une telle servitude[951]. Cette acceptation, même limitée, n'est pas satisfaisante : l'existence même des servitudes de surplomb cause un trouble dans la cohérence recherchée par la jurisprudence. L'acceptation en 2008 d'une servitude de surplomb n'a en effet pas empêché les juges de la Cour de cassation d'affirmer qu'une servitude ne pouvait justifier un empiétement sur le fonds d'autrui[952]. La solution adoptée en 2008 par la Cour de cassation implique un souci de cohérence juridique au regard de ses propres principes et il convient de se demander quelles en sont les raisons. Les particularités architecturales de l'immeuble empiéteur de l'arrêt de 2008 pouvait inviter à penser qu'il s'agissait avant tout d'une solution d'espèce liée à l'intérêt historique et architectural du bien[953]. Cette hypothèse s'est vue réfutée lorsque la Cour de cassation réitéra sa solution en 2013[954], alors que le bien en cause n'était d'aucun intérêt historique ou architectural particulier. La volonté de la Cour de cassation apparaît donc clairement : permettre la consolidation des empiétements aériens lorsque ceux-ci ont été ignorés par la victime pendant la durée permettant l'usucapion des servitudes, c'est-à-dire trente ans – la Cour de cassation leur refusant le bénéfice de l'usucapion décennale[955]. Or, cette consolidation existe lorsque l'empiétement se situe en tréfonds ou en surface, mais se justifie différemment : la Cour de cassation accepte dans ces situations que l'usucapion porte, non pas sur une servitude d'empiétement, mais sur la propriété de l'assiette de l'empiétement[956].

---

949 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164, JCP G, 2008, II, 10161, note P. Dechenaud ; D. 2008, p. 919, obs. G. Forest ; p. 1224, note A.-C. Monge ; AJDI 2008, p. 795, note S. Prigent ; RDI 2008, p. 202, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2009, p. 142, note T. Revet.

950 *Infra*., n° 487 et s.

951 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°s 18-14.547 et 18-15.386, D. 2019, p. 1684, avis B. Sturlèse ; p. 1689, note J. Dubarry ; p. 1801, chron. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RDI 2019, p. 510, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross ; JCP G 2019, p. 729, note F. Danos ; Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30, note J. Laurent ; Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19, note F. Vern ; RLDC 2018, n° 174, p. 34, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *Adde*., Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, note S. Benilsi.

952 Pour des exemples récents. Cass. civ., 3ème, 1er avril 2009, n° 08-11.079, Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*

953 En ce sens, G. Forest, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* ; A.-C. Monge, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.*

954 Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377, RTD Civ. 2013, p. 414, note W. Dross.

955 Voir notamment, Cass. civ., 3ème, 21 mai 1979, n° 77-14.873. La Cour de cassation justifie sa solution par une lecture stricte de l'article 690 du Code civil, qui dispose que : « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans ». Elle considère que ce texte n'ouvre l'acquisition des servitudes continues et apparentes par voie de prescription acquisitive qu'à la seule réalisation du délai trentenaire, quand bien même les conditions de réalisation de la prescription décennale seraient réunies.

956 *Infra*., n° 483. À noter qu'en matière d'empiétement en tréfonds, la difficulté sera de démontrer l'absence de clandestinité de la possession, condition impérative à son efficacité juridique.

230.1. Il est possible d'en déduire que la Cour de cassation entend permettre la consolidation des empiétements par l'écoulement du temps, quelle qu'en soit la localisation. Comment expliquer alors la différence de justification selon la localisation ? Afin d'éclairer cette différence, il faut s'intéresser à ce que peut représenter l'assiette d'un empiétement aérien. Cette dernière pourrait être comprise de deux façons différentes : soit elle représente l'intégralité de l'espace supérieur et inférieur de l'extrémité de la bande de terrain située directement en dessous du bien empiéteur qui la surplombe, soit elle est limitée à l'espace exactement occupé par ce bien. La première solution n'est pas soutenable, en ce qu'elle se heurtera régulièrement à des impossibilités théoriques qui renverront immanquablement à la seconde définition. Ainsi, à partir du moment où l'empiétement surplombe une construction appartenant au propriétaire victime, la limite parcellaire ne peut plus constituer l'assiette de l'empiétement, sous peine d'entraîner la perte de la propriété de cette partie de la construction de la victime. Une telle solution semble difficilement tenable, notamment au regard des dispositions du Code civil protégeant le propriétaire contre les expropriations d'intérêt privé[957]. Au niveau des règles entourant l'efficacité juridique de la possession, il est difficilement soutenable que l'auteur de l'empiétement ait une réelle possession sur la parcelle qu'il surplombe dès lors qu'il n'exerce en réalité aucun acte dessus et qu'elle pouvait servir, même de façon très limitée, au propriétaire victime.

231. Retour de la cohérence par l'acquisition de l'assiette volumique de l'empiétement. Nous le constatons, la première définition possible de l'assiette d'un empiétement aérien n'est que difficilement tenable au regard du régime de la possession et risque de subir des aménagements nécessaires selon les situations d'espèce. Cette dernière constatation amène une remarque supplémentaire : il n'est pas concevable que l'assiette de l'empiétement soit traitée différemment selon la situation du fonds empiété : c'est uniquement par rapport à la réalité de l'empiétement qu'elle doit être comprise, pour l'unique raison que la seule chose acquise lors de l'usucapion d'un empiétement est cette assiette. Pour toutes ces raisons, l'assiette d'un empiétement aérien ne peut être constitué que du volume d'espace effectivement occupé par la partie en surplomb. Or, cette nature abstraite semble être la seule qui pourrait justifier la différence dans le mode de consolidation des empiétements par la jurisprudence. En conséquence, il semble bien que ce qui motive le juge à atteindre à la cohérence du régime des servitudes est la volonté de ne pas permettre l'acquisition d'un volume d'espace par voie de prescription acquisitive dans certaines situations[958].

957 Voir article 545 du Code civil : « 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 ».

958 Sur l'étendue des réticences de la Cour de cassation dans la reconnaissance de la propriété sur volume d'espace, *infra*., n° 497.

En acceptant la généralisation du volume immobilier d'espace en tant que bien objet de propriété, les réticences de la Cour de cassation à reconnaître l'usucapion d'un volume par son contenu n'auraient plus lieu d'exister. En conséquence, cela marquerait la fin des servitudes d'empiétement et la cohérence des limites conférées à l'usage des servitudes pourrait être retrouvée. En outre, cela permettrait de mettre fin à une différence de traitement dans la consolidation des empiétements aériens, dès lors qu'accepter l'acquisition du volume d'espace lui servant d'assiette ouvrirait la possibilité pour son auteur de bénéficier de l'usucapion décennale en cas de bonne foi, ce qui reste impossible en matière de servitude de surplomb[959].

231.1. Certes, nous pourrons toujours identifier des servitudes de surplomb à l'occasion de certaines servitudes légales d'utilité publique permettant notamment le passage de câbles et de lignes électrique au-dessus de fonds privé[960]. Cependant, cela se justifie par les particularités attachées aux servitudes administratives d'utilité publique, caractérisées par l'absence de privation du droit de propriété et la possibilité d'en modifier l'assiette de passage[961], si bien qu'il n'est pas certains qu'un volume d'espace soit réellement exproprié[962].

B. Matérialisation de la distinction entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété

232. Porosité de la distinction. La reconnaissance du volume d'espace peut également aider à matérialiser une distinction nette entre le droit de propriété et le droit réel sur la chose d'autrui, surtout dans un contexte de développement du récent droit réel de jouissance spéciale – dont le régime exact est encore défini progressivement par la Cour de cassation. Là où le droit réel sur la chose d'autrui se contente de répartir une ou plusieurs utilités que peut conférer la propriété d'un bien, la propriété du volume réserve à son titulaire et de façon exclusive la totalité des utilités envisageables au sein d'un espace tridimensionnel déterminé. Pour reprendre l'idée dans une présentation classique de la propriété, le volume immobilier concentre en son sein l'intégralité des prérogatives du propriétaire, ce qui est très différent d'un droit réel sur la chose d'autrui qui déconcentre les prérogatives conférées par la propriété pour les attribuer à différentes personnes.

959 Cass. civ., 3ème, 21 mai 1979, *op.cit.*

960 Voir notamment, article L. 323-4 du Code de l'énergie, qui permet notamment « de faire passer les conducteurs d'électricité au-dessus des propriétés privées » .

961 *Supra*., n° 145.

962 Voir cependant certaines situations, pour lesquelles la frontière avec la différence avec l'expropriation d'un volume d'espace est parfois ténue. Ainsi, par exemple de certaines servitudes de transports, *infra*., n° 475 et s.

232.1. Cette distinction, bien que particulièrement claire dans l'énoncé, souffre d'une grande porosité dès lors qu'elle est confrontée à la pratique[963]. Cette confusion est renforcée par la conception traditionnelle du droit de superficie qui tend à limiter la propriété à un objet qui relève du tangible. Selon cette conception, une situation simple – dans laquelle une personne est titulaire d'un droit de superficie sur une chose matérielle située sur le fonds d'autrui – peut s'analyser de plusieurs façons différentes. La première est de raisonner en matière de droit de propriété, qui serait alors réduit aux utilités que confère l'objet en lui-même et cesserait à la disparition de ce dernier. La seconde est de considérer que le plein usage de la chose objet du droit en cause constitue en réalité un droit réel sur le fonds d'autrui. Nous retrouvons ici les divergences doctrinales liées à l'analyse du droit de superficie traditionnel. Certains n'y voient qu'un droit réel sur la chose d'autrui, certains un droit de propriété obligatoirement soumis à l'existence d'un droit réel sur le fonds d'autrui, quand d'autres y discernent un droit de propriété classique limité à l'existence de l'objet en lui-même[964].

232.2. Cette confusion n'est pas anodine, car nous pouvons la retrouver dans la jurisprudence lorsqu'elle propose des solutions laissant planer le doute, soit dans la nature du droit dont bénéficie le titulaire en cause, soit dans le régime exact d'un droit expressément déterminé par le juge. Ainsi, la distinction entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété à tendance à se cristalliser au niveau de leur durée respective, le droit réel sur la chose d'autrui ne pouvant traditionnellement, ni être perpétuel[965]– sauf à être une servitude – ni être imprescriptible. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation consacre de façon claire depuis la fin du XXe siècle des solutions remettant en cause cette distinction[966], en acceptant la perpétuité d'un droit de jouissance exclusif établi sur une partie commune[967], ou encore d'un droit de seconde herbe consenti à une collectivité[968].

963 En ce sens, voir notamment, W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622 ; « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? », note sous Cass. civ., 1re, 20 juin 2019, n° 18-10.502, RTD Civ. 2019, p. 905.

964 Sur ces différentes conceptions, *infra*., n° 383 et s.

965 Pour une remise en cause partielle de ce principe, *infra.*, n° 524 et s.

966 Voir déjà, pour l'acceptation d'un droit réel consenti pour la durée d'existence d'une société de tir : Cass. Req., 7 mai 1930, S. 1930, I, 263.

967 Cas. civ., 3ème, 4 mars 1992, n° 90-13.145, D. 1992. Jur. 386, note Ch. Atias. Il a fallu par la suite quinze ans à la Cour de cassation pour affirmer de façon claire qu'il ne s'agissait pas d'un droit de propriété : Cass. civ., 3ème, 6 juin 2007, n° 06-13.477.

968 Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, n° 89-21.866.

233. Multiplication des situations potentiellement ambiguës. Ce mouvement s'est accéléré ces dernières années avec l'émergence en doctrine[969], puis en jurisprudence[970], du droit de jouissance spéciale. Ainsi, les arrêts récents de la troisième chambre de la Cour de cassation continuent de consacrer des droits réels expressément perpétuels[971], mais également des « prérogatives » imprescriptibles sur le fonds d'autrui[972]. Plus encore, cette même chambre continue de rappeler l'impossibilité de principe d'établir une telle perpétuité[973], tout en autorisant malgré tout la mise en place de délais potentiellement reconductibles à l'infini[974]. Certes, il est possible d'expliquer certaines de ces solutions par les particularités des situations en cause. Par exemple, lorsqu'il est question d'un droit réel consenti sur les parties communes d'une copropriété, la perpétuité de ce droit réel pourrait s'expliquer en ce qu'il était institué sur une partie de l'ensemble dont le bénéficiaire est propriétaire indivis. Toujours en matière de droit réel perpétuel dans le cadre de la copropriété, il faut remarquer qu'un rapprochement avec le modèle des servitudes transparaît dans la rédaction de la Cour de cassation à l'occasion de son arrêt du 7 juin 2018 – ce qui pourrait expliquer en substance la solution[975]. Dans l'épilogue de l'affaire « Maison de Poésie » devant la Cour de cassation, en date du 8 septembre 2016, la validité du droit réel de

969 Introduit par le chapitre IV intitulé « Du droit réel de jouissance spéciale » de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil menée par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

970 Le terme « droit réel de jouissance spéciale » est apparu pour la première fois en jurisprudence à l'occasion de l'arrêt « Maison de Poésie », Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, *op. cit.*

971 Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, n° 17-17.240, JCP G 2018, p. 892, note L. Jariel ; JCP G 2018, 893, note H. Périnet-Marquet ; Loyers et copro., juillet 2018, n° 7-8, comm. 182, note Ch. Coutant-Lapalus ; RLDC 2018, n° 164, novembre 2018, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet ; RTD Civ. 2018, p. 712, note W. Dross ; RDC 2018, n° 115n4, p. 454, note F. Danos ; Droit et Pat. 2019, n° 287, janvier 2019, p. 41, spéc., p. 49, obs. J.-B. Seube. Arrêt dans lequel la Cour de cassation approuve la perpétuité d'un « droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot ».

972 Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202, D. 2012, p. 1934, note L. d'Avout ; p. 2128, obs. B. Mallet-Bricout ; RTD Civ. 2012, p. 553, note Th. Revet ; JCP G 2012, 930, note W. Dross ; Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067, note F. Danos ; RLDC 2012, n° 97, chron., p. 63, spéc., p. 69, obs. V. Perruchot-Triboulet. La Cour de cassation approuve dans cette espèce la cour d'appel qui avait considéré que « la prérogative […] concédée sur la parcelle litigieuse [un droit de bois « crû et à croître »] était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire ». Remarquons tout de même qu'elle fait référence dans un premier temps aux « propriétés » des parties aux litiges. Sur l'incertitude de l'exacte qualification apportée par la Cour de cassation dans cette affaire, *infra*., n° 391.2, note 1725.

973 Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, D. 2015, p. 599, obs. B. Mallet-Bricout ; RDI 2015, p. 175, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2015, p. 413, note W. Dross ; JCP G 2015, 148, p. 244, obs. S. Milleville ; p. 413, rapport M.-Th. Feydeau ; p. 415, avis B. Sturlèse ; p. 417, note Th. Revet JCP N 2015, p. 1083, note M. Julienne, J. Dubarry. La Cour de cassation affirme à l'occasion de cette affaire que « Lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s'il n'est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel ».

974 Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953, D. 2016, p. 2237, chron. A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp ; D. 2017, p. 134, note L. d'Avout, B. Mallet-Bricout ; p. 375, obs. M. Mekki ; p. 1789, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; RDI 2016, p. 598, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2016. 894, note W. Dross ; JCP G 2016, 978, p. 1692, obs. S. Milleville ; p. 2021, note J. Laurent ; p. 2054, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP N 2016, p. 27, note J. Dubarry, V. Streiff ; RDC 2017, p. 60, note R. Boffa ; p. 123, note F. Danos ; *Adde*., RLDC 2016, n° 142, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet.

975 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, *op. cit.*

jouissance spéciale consenti à la Fondation est acceptée en raison de la présence d'un terme – la fin de l'existence de la Fondation bénéficiaire du droit – sortant ainsi le droit en cause de la perpétuité, du moins en théorie[976]. Il n'en reste pas moins que l'émergence partiellement assumée de la perpétuité – voire de l'imprescriptibilité – des droits réels sur la chose d'autrui est venue mettre à mal la distinction classique qu'on leur prêtait avec la propriété. Partant, c'est la distinction même entre les droits réels sur la chose d'autrui et la propriété qui en ressort atteinte.

234. La géométrisation du volume immobilier comme critère de distinction. Ces hésitations pourraient – en partie – être réduites par le recours à la notion de volume immobilier. Selon certains, le volume représenterait un espace déterminé dans lequel peut s'exercer la plénitude des pouvoirs du propriétaire, à la différence du droit réel sur la chose d'autrui qui est limité à une ou plusieurs utilités précises d'un fonds, ou encore d'un bien particulier. Ainsi et dès lors que le titulaire du droit possède un pouvoir exclusif sans limitation de durée sur un bien spécifique qui peut être représenté par une figure géométrique fixe, il serait titulaire non pas d'un droit réel sur la chose d'autrui, mais d'un droit de propriété sur l'espace occupé par le bien[977]. La problématique de l'imprescriptibilité n'aurait alors plus lieu de se poser et il en serait de même quant à la durée du droit, sauf à discuter des termes conventionnels qui institueraient une propriété volontairement temporaire. À l'inverse, lorsqu'il serait inconcevable de traduire le droit en cause par la plénitude des pouvoirs sur un espace géométriquement déterminé, il ne pourrait s'agir, à proprement parler, de propriété[978].

234.1. Sans résoudre la question relative à la perpétuité des droits réels sur la chose d'autrui[979], la mise en place de tels critères permet d'établir une distinction franche entre ce qui relève du droit de propriété et ce qui relève du droit réel sur la chose d'autrui. Le recours au volume immobilier

---

976 En pratique, une fondation peut en effet être renouvelée à l'infini sans difficulté. Les renouvellements successifs dont peut faire l'objet la fondation peut amener à considérer son existence comme potentiellement infinie. Il en ressortirait une forme de perpétuité pour le droit réel de jouissance spéciale dont elle est titulaire.

977 Sur la distinction nécessaire à faire entre droit de propriété portant sur un volume et droit de propriété portant sur un objet particulier, *infra.*, n° 517 et s.

978 Pour une analyse semblant aller en ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 768 et s., p. 802 et s. Il vise en effet sous la qualification démembrement de la propriété (n° 769, p. 803) toutes « les superficies qui ne répondent pas au critère de la propriété volumique » (n° 768, p. 802). Or, bien qu'il rattache ce dernier critère à la possibilité pour la superficie en cause d'être considéré comme « un objet distinct », il semble dénier cette capacité aux objets superficiaire qui semblent irréductibles à toute géométrisation (n° 757 et s., p. 792 et s.).

Pour une critique de cette proposition en ce qu'elle impose une géométrisation fixe et ignore la propriété portant sur des éléments immobiliers ne présentant pourtant pas d'empreinte géométrique, *infra*., n° 465 et s. Ainsi, l'accroissement d'un bien fixe ne doit pas disqualifier le droit sur la chose de droit de propriété. En outre, ce n'est pas parce qu'une chose ne peut être retranscrite par un état descriptif de division en volume qu'elle ne peut faire l'objet d'une appropriation distincte.

979 Celle-ci semble en grande partie relever d'une pure question de politique (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 132-2, p.256, spéc., p. 257), même s'il ne faut pas sous estimer les conséquences juridiques susceptibles d'en découler (F. Rouvière, « La liberté de création des droits réels : dogmatique ou politique ? », RTD Civ. 2021, p. 250).

permettrait donc de comprendre que ce droit de bois « crû et à croître » ne peut être traduit comme un droit de propriété sur le volume supérieur du fonds litigieux[980]. En conséquence, l'imprescriptibilité de ce droit ne pourrait s'expliquer que de la volonté de la Cour de cassation de faire perdurer de façon exceptionnelle la convention initiale établie sous l'inspiration de l'ancien régime[981], où en raison d'une distorsion importante de la propriété superficiaire. À l'inverse, dans l'affaire « Maison de Poésie », il s'agirait finalement d'un droit de propriété sur le volume d'espace compris dans le bâtiment[982]. Une telle explications permettrait notamment de justifier la durée du droit conféré, qui en raison du renouvellement potentiellement infini dont peut bénéficier la fondation aboutissait à une perpétuité – au moins de fait – du droit en question[983]. La reconnaissance des volumes immobiliers permet alors de proposer une distinction entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété qui tiendrait en deux critères cumulatifs : il faudrait, d'une part, que le titulaire bénéficie de l'ensemble des utilités sur le bien ou la portion en cause – ou ait vocation à les récupérer – et, d'autre part, que ce bien soit représentable en une figure géométrique fixe. Passer par cette géométrisation du bien objet de propriété immobilière permet en outre une meilleure connaissance des frontières exactes de l'objet de propriété.

Paragraphe 3. L'amélioration de la délimitation du bien objet de propriété

235. Plan. Nous savons depuis 1810 et l'entrée en vigueur de la législation sur les mines que la proximité inévitable des propriétaires de biens immobilier au sein d'un fonds de terre entraîne l'existence de biens imparfaitement délimités (A). Face à l'absence de solution unilatérale permettant de supprimer cette imprécision (B), la conception volumétrique de la propriété superficiaire pourrait résoudre cette difficulté (C).

A. L'existence de biens imparfaitement délimités

236. Insuffisance des limites tangibles du bien. La question de la détermination précise des limites du bien a une importance fondamentale : elle permet de déterminer l'assiette à l'intérieur de

980 Pour l'hypothèse d'une telle solution, envisagée avec prudence : F. Danos, « Perpétuité, droits réels sur la chose d'autrui et droit de superficie », note sous Cass. civ., 3ème, 23 mais 2012, *op. cit*., spéc., n° 7.

981 La solution n'en reste pas moins contestable, en ce que l'imprescriptibilité de ce droit vient nuire fortement à la plénitude des pouvoirs du propriétaire du fonds.

982 Plus précisément, il s'agirait même d'un droit de propriété sur un volume fongible, la localisation de ce dernier pouvant évoluer selon les besoins du propriétaire de l'immeuble contenant le volume. Pour un rapprochement avec la situation des divisions en volumes dont l'assiette repose sur un droit réel longue durée, *infra*., n° 458 et s.

983 Pour l'affirmation de la perpétuité du droit dans l'affaire en cause, F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, *op. cit.*

laquelle le propriétaire va pouvoir exercer son droit. En conséquence, lorsqu'il est question de superposition de biens immobiliers sur une même parcelle, il est d'une importance capitale de pouvoir déterminer précisément leurs frontières respectives. Pour les grands ensembles immobiliers, le problème a été réglé – nous l'avons vu – par la prise en compte des volumes abstraits auxquels il est appliqué une procédure de récolement une fois l'édifice achevé[984]. La difficulté n'est pas réservée aux géants urbains, mais va se retrouver à chaque fois qu'une superposition de propriétés existe sur une même parcelle terrestre. Or, la détermination précise des frontières de cet objet de propriété enclavé sur un fonds plus vaste est loin d'être aisée. Traditionnellement, il est considéré que la propriété superficiaire porte directement sur l'objet. Ce sont alors les contours matériels de ce dernier qui en représentent les frontières. Pourtant, cette conception ne permet pas de rendre compte des frontières des propriétés superposées dans nombres de situations, notamment lorsque l'exercice du droit de propriété implique un pouvoir exclusif sur un espace qui s'étend au-delà des seuls contours du bien en cause, ou encore lorsqu'il est impossible de déterminer les frontières de ce dernier par la seule constatation de limites tangibles.

237. Illustration historique des difficultés issues d'une délimitation imparfaite. Cette question s'est notamment posée – et continue de faire débat – lorsque le législateur a effectué la première division verticale de propriété à l'occasion de la loi du 21 avril 1810 : il avait institué, selon ses propres termes, une propriété sur les mines, distincte de celle du sol[985]. Lorsque la question de la détermination des limites du bien s'est posée, plusieurs interprétations ont été proposées, et toutes se heurtaient à la difficulté d'en établir des frontières précises. La loi du 21 avril 1810 proposait pourtant un essai de délimitation précise de la mine, qui rappelle fortement une ébauche de division du volume immobilier. Ainsi, l'article 29 de cette loi dispose que « l'étendue de la concession sera déterminée par l'acte de concession : elle sera limitée par des points fixes, pris à la surface du sol, et passant par des plans verticaux menés de cette surface dans l'intérieur de la Terre à une profondeur indéfinie ; à moins que les circonstances et les localités ne nécessitent un autre mode de limitation ». Il ne s'agit que d'une ébauche, en ce que les frontières de la mine sont avant tout déterminées par des références parcellaires, ensuite étendues indéfiniment dans l'axe vertical. Une telle formulation ne peut que rappeler l'article 552 du Code civil[986] et en subit les mêmes imprécisions lorsqu'il s'agit d'appréhender les limitations dans l'espace de l'étendue d'un

984 *Supra*., n° 150.

985 Ainsi, l'article 7 de cette loi du 21 avril 1810 prévoit que l'acte de concession « donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est dès lors disponible et transmissible comme tous autres biens, et dont on ne peut être exproprié que dans les cas et selon les formes prescrits pour les autres propriétés ».

986 En ce sens, D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 230, p. 273.

bien. On ne sait alors pas à quelle profondeur du sol la mine commence, ni jusqu'où elle descend. L'imprécision est porteuse de conflits, particulièrement lorsqu'il existait une pluralité de mines aux frontières potentiellement contiguës. Pour pallier ces imprécisions, les tribunaux semblent s'être attachés à des éléments concrets, corporels, afin de déterminer les frontières exactes de la mine permettant de la distinguer de ses biens voisins. C'est ainsi que procéda le tribunal de Saint-Étienne à l'occasion d'un jugement du 12 janvier 1842. Dans cette affaire qui nécessitait la détermination de la frontière haute de la mine afin de la distinguer d'une carrière, les juges ont considéré qu'elle se trouvait dans un « massif propre à prévenir tout contact »[987] que le propriétaire de la carrière devait maintenir entre son bien et la mine. Ce rattachement à l'objet fut également la solution trouvée par la doctrine lorsqu'il s'est agi de préciser l'étendue de la mine. Ainsi, Messieurs Bréchignac et Michel considèrent que, sous l'égide de la loi du 21 avril 1810, le bien « mine » n'est en réalité composé que des seuls minerais dont l'extraction est autorisée par concession[988]. Le problème d'une telle conception est qu'elle ne permet pas de rendre compte de la réalité du pouvoir du propriétaire, qui doit bénéficier d'une maîtrise exclusive sur un espace bien plus important que le seul minerai qui est extrait[989].

237.1. En réalité, ce qui est simplement suggéré par la loi de 1810 lorsqu'elle fait référence à l'étendue verticale du sol, prend un tout autre sens dès lors que l'on insiste sur l'importance de déterminer avec précision et en trois dimensions l'espace que constitue le bien « mine ». Plutôt que de déterminer l'étendue de la mine en fonction de celle des filons de minerais exploités – ce qui invite à une extension incontrôlée dépendante des actes d'exploitation – il s'agit de prévoir un espace précis et indépassable dans lequel l'exploitation est possible. Cela permet alors de

---

987 Cité par V. Bréchignac, L. Michel, « Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines », Paris, 1887, §64, p. 93.

988 V. Bréchignac, L. Michel, *op. cit*., p. 100. Voir également Dupin, concl. sous Cass. ch. réunies, 3 mars 1841 ; S. 1841, I, 259, spéc., colonne 261 : « Par la concession d'une mine, de quoi le propriétaire du sol est il privé ? D'une seule chose, du droit accordé à un tiers de chercher les matières minérales qui sont l'objet de la concession, et de les extraire de leur gisement ».

Cette vision sera dans un premier temps confirmée par la jurisprudence. En ce sens, voir, Cour imp. de Dijon, 21 août 1856, S. 1856, 2, 518, concl. Massin. Dans cette affaire, la cour impériale adopte les motifs du jugement de première instance. Or, les propos de ce dernier – le tribunal d'Autan – sont rappelés dans les conclusions de l'avocat général Massin (colonne 519). Ainsi, le tribunal affirme : « Attendu que la concession d'une mine ne donne au concessionnaire que la propriété de la mine, c'est-à-dire de la substance minérale exploitable ; que les seuls droits payés par elle sont les droits à la richesse minérale concédée ; qu'elle n'attribue pas au concessionnaire la propriété absolue du tréfonds, puisque, s'il rencontre une richesse minérale autre que celle à lui concédée, il reste sans droit devant elle ; que tout ce qui n'est pas la mine au tréfonds comme à la superficie, ou ce qui n'est pas nécessairement occupé par les travaux d'exploitation de la mince, demeure la propriété libre du maître de la surface ».

puis par la loi du 19 septembre 1919 qui ne reconnaîtra finalement au concessionnaire qu'un simple droit réel sur la chose d'autrui.

989 En ce sens, D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 269, p. 313.

déterminer un ensemble de l'espace dans lequel la matière peut être extraite et celui dans lequel les actes d'exploitation et d'extraction peuvent se réaliser.

238. Persistance contemporaine de biens souterrains non précisément délimités. Au-delà de cet exemple historique, il est de nombreuses situations contemporaines présentant les mêmes difficultés. Très logiquement et de façon assez proche de la problématique des mines, la plupart des biens souterrains sont concernés par cette problématique de délimitation en raison, la plupart du temps, de précisions insuffisantes dans les titres de propriété. En effet, lorsque l'on s'intéresse à la délimitation des biens souterrains, il convient de s'intéresser à leur désignation dans les actes. Celle-ci reprend généralement les éléments alloués à la publicité foncière, qu'il convient alors de rappeler. En application de l'article 7 alinéa 3 du décret du 4 janvier 1955, un tel bien doit être désigné dans un état descriptif de division comme une fraction d'immeuble[990]. Cependant, le degré de précision à apporter dans cet état descriptif de division bénéficie en réalité d'une grande liberté, ce qui influe fortement sur la précision des frontières du bien souterrain en cause. Ainsi, l'article 71 du décret du 14 octobre 1955 se contente d'exiger que la fraction d'immeuble concernée par la division « doit être identifiée par son emplacement, lui-même déterminé par la description de sa situation dans l'immeuble ou par référence à un plan ou croquis annexé »[991]. Si cela permet bien évidemment une délimitation géométrique précise dans le cadre d'un état descriptif de division en volumes, le décret n'impose cependant pas une telle précision géométrique. En conséquence, l'état descriptif de division sera régulièrement dénué de tout établissement de volume[992], en raison des coûts qui y sont afférents. La pratique utilise d'autres méthodes de désignation, affichant chacune un degré de précision différent. La première solution consiste en une simple description de la grotte et éventuellement des parcelles qu'elle traverse lorsque celle-ci est attribuée à un unique propriétaire[993]. La seconde reprend généralement les éléments précédents en ajoutant l'indication

990 Article 7 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. Sur cette qualification, *infra.*, n° 348 et s.

991 Article 71, A.-1 du décret n° 55-1530 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret 55-22 du 4 janvier 1955.

992 A. Fournier, « Division en volumes et publicité foncière, *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptations », JCP N 2006, 1330, n° 11 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2020, n° 7904 et 7905, p. 1811.

993 Voir notamment : Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, n° 19-12.864, RTD Civ. 2020, p. 648, note W. Dross. Dans cette affaire où la question de la propriété d'une cave était discutée entre le propriétaire de la parcelle dans le tréfonds de laquelle elle prenait place et le propriétaire de la parcelle où se situait son entrée, le titre de ce dernier la décrivait comme : « cave en roc avec pressoir et deux cuves en pierre ».

On a également pu considérer que la donation d'une champignonnière s'étendant sous plusieurs parcelles distinctement appropriées n'a pas à être délimitée précisément par un état descriptif de division dès lors qu'elle est désignée par le rappel des parcelles traversées dans l'acte de donation. En ce sens, R. Chardonnal, Chron. Hyp., JCP N 1982, prat. 8363, p. 430 ; JCP N 1986, prat. 9794 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *op. cit*., n° 7905, p. 1811.

d'une surface, notamment lorsque la grotte est susceptible d'être distinctement appropriée selon des limites différentes de celles des parcelles[994]. La troisième, enfin, prévoit une représentation tridimensionnelle en prenant en compte les limites matérielles de la cavité. Aucune de ces solutions, que l'on retrouve pourtant fréquemment, n'est pleinement satisfaisante. La première est trop imprécise quand les deux autres sont incomplètes en occultant, soit la troisième dimension, soit l'importance de la matière. Il résulte que dans ces situations, les frontières précises des biens souterrains ne sont pas pleinement connues. Ces difficultés s'en trouvent d'autant plus marquantes qu'il existe de nombreuses galeries souterraines appartenant à un ou plusieurs propriétaires, qui s'étendent sous un très grand nombre de parcelles et ne suivent absolument pas les limites parcellaires de la surface[995]. Or, en l'absence d'un état descriptif de division en volumes précisément établit pour chacune des parcelles traversées, les limites exactes de ces biens ne s'appréhendent qu'avec de grandes difficultés en raison de l'absence de délimitation géométrique précise.

239. Les biens souterrains, des biens non délimités. En réalité, l'imprécision des limites de la propriété n'est pas cantonnée aux seuls biens souterrains : il existe d'une part des biens dont la ligne séparative exacte entre les différentes parcelles est parfois incertaine et d'autre part, des biens qui sont communément qualifiés de « non délimités ». Ces derniers procèdent d'une situation dans laquelle une parcelle aux contours précisément définis appartient de façon divise à plusieurs propriétaires sans que l'assiette de leur droit de propriété respectif ne soit précisément déterminée[996]. Cette qualification, qui émane de la pratique administrative est considérée comme résiduelle, dans la mesure où elle ne porte que sur la délimitation des parcelles cadastrales[997]. Force est cependant de constater que la situation est en réalité bien plus fréquente dès lors que l'on remarque qu'elle concerne également les biens souterrains. À partir du moment où les biens souterrains ne sont pas délimités par un état descriptif de division en volumes instituant des limites précises dans l'épaisseur de la roche, c'est exactement la situation dans laquelle se trouve le propriétaire de la cavité en cause. Ainsi, malgré la désignation du bien par l'objet en lui-même, sa

994 Voir par exemple, Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, *op. cit.*

995 Nous pouvons citer à titre d'exemple le site de la cave des roches situé à Bourré, qui regroupe de multiples exploitations, réparties sur 120 kilomètres de galeries s'étendant sur différentes strates du tréfonds.

996 Un bien non délimité n'est donc pas, par principe, en situation d'indivision. Ce point a notamment été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 décembre 2019 (Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, n° 18-19.291, JCP N 2020, 1060, note F. Vern, Droit rural, mars 2020, comm. 42, note D. Lochouarn).

997 Sur les 101 801 037 parcelles du territoire métropolitain au 1er janvier 2008, seule 346 068 constituaient des biens non délimités (donnée issue de la direction générale des finances publiques, reportée par A. Maurin, *Guide pratique du cadastre*, coll. Point de Droit, Edilaix, 2009, p. 25).

surface, ou encore ses contours rocheux, ses frontières ne sont en réalité, pas délimitées[998]. En soi, la qualification ne revêt pas une grande importance dès lors qu'elle relève d'une appellation administrative propre au cadastre n'aboutissant, au surplus, à aucun régime juridique particulier. La remarque prend cependant une toute autre portée à partir du moment où elle dénote d'une absence au moins partielle de limites : celles-ci participent à la détermination du bien qu'impose le système de l'appropriation individuel prévue par le Code civil[999]. Il en résulte que la nature juridique de ces biens « défie la propriété »[1000]. Portant sur des parcelles dont la valeur vénale est souvent faible, ou relevant de situations considérées comme provisoires[1001], le droit ne prévoit aucune disposition spécifique amenant à une résolution. Tout au plus, peut-on remarquer que les règles attachées à la publicité foncière tendent à empêcher qu'une cession porte sur un tel bien sans que la délimitation ne soit effectuée et le cadastre modifié en conséquence[1002], mais rien n'empêche les biens non délimités, ni d'exister – la publicité foncière est par principe indifférente de la propriété – ni d'être cédés[1003]. Le droit positif est néanmoins pourvu d'outils permettant de mettre fin à ces imprécisions, que sont l'action en revendication et en bornage[1004]. Ceux-ci ne permettent cependant pas de résoudre les problèmes inhérents aux biens souterrains.

B. Recherche d'une solution unilatérale efficace à la détermination des biens souterrains non délimités

240. Efficacité relative de l'action en revendication. La plupart du temps, les imprécisions liées à la délimitation des biens souterrains n'entraîneront aucune difficulté dans l'exercice du droit

998 Tirant les conséquences de l'absence de délimitation, certains usages locaux s'attachent à préciser au propriétaire du bien souterrain l'étendue de ses pouvoirs sur la chose et son articulation avec le propriétaire du fonds de terre. *Infra*., n° 522.

999 En ce sens, D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 342, p. 392 ; Ch. Atias, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Bornage*, n° 6 ; F. Vern, « Action en division des biens non délimités », note sous cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, *op. cit*. ; W. Dross, « Les immeubles non délimités : bornage ou partage ? », note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, n° 18-19.291, RTD Civ. 2020, p. 424.

1000 F. Vern, note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, *op. cit.*

1001 En ce sens, G. Beaussonie, « L'indivision faute de mieux pour les *biens non délimités* », note sous CA Toulouse, 15 septembre 2008, JurisData n° 2008-005790, JCP N 2009, 1116.

1002 En ce sens, G. Beaussonie, *op. cit.* Sur les difficultés pratiques que pose cette question à l'occasion de la vente de tels biens lorsque l'une des parties entend délimiter le bien : O. Salvat, « Une lacune du cadastre rénové, les biens non délimités », JCP N 2010, 1004.

1003 Il est ainsi parfaitement possible d'établir un état descriptif de division au sein d'un bien non délimité dès lors que cela ne tend pas à modifier les limites parcellaires. En ce sens, P.J.C., « Publicité foncière. État descriptif de division. Assiette foncière constituée par un « bien non délimité ». Possibilité. Régularité (oui). », JCP N., 1987, prat., n° 84, p. 157 et 158.

1004 Rép. Min., n° 5772, J.O. Sénat, 20 décembre 2018, p. 6633, JCP N 2019, act. 197, « *Biens non délimités* : quelles sont les solutions ? ». La réponse ministérielle fait également état de la possibilité de demander le partage, mais cette solution procède d'une confusion avec la situation d'indivision, ce que la Cour de cassation est venue sanctionner (Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, *op. cit*.).

de propriété : en raison de leur nature, ces actions seront occultes, si bien que le propriétaire du tréfonds n'aura le plus souvent, pas connaissance des atteintes portées à son bien. Il n'en reste pas moins que se trouve ici un terreau propice aux développements des actions en revendication, d'autant plus que les travaux de cavités impliquent le plus souvent une suppression de la matière provoquant la captation de matériaux et, à tout le moins, un agrandissement de son espace. Ce sera alors au juge de déterminer de façon franche si l'acte en cause constitue une atteinte au droit de propriété du revendicateur. Or, lorsqu'il se prononce, le juge ne fait que résoudre le problème spécifique qui se pose à lui et ne vient pas établir avec précision l'intégralité des frontières géométriques du bien. Ainsi, il peut s'agir de déterminer à qui appartient la portion litigieuse de la cavité ou les matériaux qui en ont été extraits, ou encore, si l'action litigieuse constitue une atteinte à un droit de propriété s'exerçant sur une chose voisine. Même lorsqu'il est question de l'attribution d'une cavité dans sa totalité, la décision du juge ne vient pas apporter davantage de précision sur sa délimitation, mais se contente de se prononcer sur son appropriation[1005]. Cela est d'autant plus vrai que le juge va statuer en fonction des éléments de preuve rapportés, qui sont constitués le plus souvent de l'existence d'une possession ou d'un titre comprenant les imprécisions sus-nommées. Il existe donc une multitude de biens souterrains dont la délimitation n'est pas déterminée géométriquement, sans que l'on puisse les déduire par leurs contours matériels ou par un mécanisme spécifique permettant de le faire *a posteriori*. En étant partiellement indéterminés, nombres de biens souterrains font en conséquence l'objet d'une appropriation imparfaite.

241. Efficacité relative de l'action en bornage. Autre outil pouvant pallier l'incertitude d'une limite de propriété, l'action en bornage ne peut pas davantage s'adapter pleinement à la géométrisation tridimensionnelle. À première vue pourtant, rien ne semble s'y opposer. Le bornage est prévu dans des termes très généraux par l'article 646 du Code civil disposant que : « tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs ». Une telle rédaction permet que le bornage, bien que pensé initialement pour déterminer les seules limites parcellaires, puisse s'étendre aux délimitations à l'intérieur des

1005 Par exemple, Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1978, D. 1979, 2, inf. rap., p. 118 ; Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, n°s 13-27.342 et 14-15.678, D. 2015, p. 1863, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; AJDI 2015, p. 858, note N. le Rudulier ; RTD Civ 2015, note W. Dross ; Construction – Urbanisme n° 9, septembre 2015, comm. 121, note Ch. Sizaire ; Droit et Pat. 2015, n° 253, décembre 2015, p. 82, obs. J.-B. Seube, Th. Revet ; RDC 2015, n° 112q2, p. 949, note A Tadros.

Il arrive que la solution impose au juge de prononcer l'appropriation distincte d'une seule cavité, dont la démarcation se fera par une ligne divisoire (Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, *op. cit.*). Si une telle décision implique bien l'établissement d'une limite précise, il ne s'agit ici que d'une délimitation très incomplète au regard de l'intégralité de l'objet.

bâtiments[1006], voire de façon plus générale, aux divisions spatiales tridimensionnelles[1007]. Il n'est pas certain qu'une telle extension, pour logique qu'elle soit, puisse résoudre le problème de l'indétermination des limites précises des biens souterrains.

241.1. La première difficulté réside dans la matérialisation concrète des limites qui résulte du bornage. Sauf à considérer que les limites des biens souterrains se situent à la surface de la matière – ce dont nous avons démontré l'inexactitude – la matérialisation inhérente au bornage par la mise en place de bornes est impossible lorsqu'il s'agit de rendre compte de limites tridimensionnelles se situant dans l'épaisseur du tréfonds. Or, si l'on s'en tient à la compréhension classique de l'action en bornage et que l'on considère, comme la jurisprudence, qu'elle n'est pas constitutive de droit de propriété, cela signifie que le bornage se contente d'organiser la détermination des limites de jouissance d'un bien lorsque celles-ci sont méconnues ou incertaines[1008]. En conséquence, il est important de pouvoir matérialiser ces limites afin de rendre effective l'action en cause sous peine de quoi, elle en deviendrait inutile et n'aurait pas d'objet. En quelque sorte, la pose de borne fait le bornage[1009]. On pourrait opposer que la mise en place de bornes n'est en réalité que la traduction de l'objectif recherché et ne devrait pas en être un élément constitutif de l'action en bornage. La borne n'est en effet que la traduction matérielle de la limite établie permettant aux propriétaires concernés de visualiser les limites de leur jouissance. Elle n'est pas, en soi, constitutive de ces limites, mais

1006 En ce sens, A. Garlopeau, *Le bornage en France au XIXe siècle*, Publi-Topex, 2009, p. 71. Afin de justifier ses propos, l'auteur cite pour exemple un jugement émanant du juge de paix (alors compétent en matière d'action en bornage) qui avait ordonné le bornage d'une grange entre deux propriétaires et imposé aux parties l'édification d'un mur afin de le matérialiser.

1007 Également en ce sens, W. Dross, « Quelle place pour le bornage en copropriété ? », note sous Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2015, n° 14-25.403, RTD Civ. 2016, p. 159.

1008 En ce sens, W. Dross, « A quoi le propriétaire consent-il lors du bornage de son fonds ? », note sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, n° 14-14.311, RTD Civ. 2015, p. 899 ; « Quelle place pour le bornage en copropriété ? », *op. cit.* ; « L'article 555, le bornage et l'empiétement », note sous Cass. civ., 3ème, 20 juin 2019, n° 18-13.242, RTD Civ. 2019, p. 901.

Voir également, Cass. civ., 3ème, 13 décembre 2018, n° 17-31.270, RDI 2019, p. 90, note J.-L. Bergel, D. 2019, 1801, note N. Reboul-Maupin ; Construction – Urbanisme n° 3, Mars 2019, comm. 24, note Ch. Sizaire. Cet arrêt, dont l'objet était la recevabilité d'une action en bornage, considère celui-ci irrecevable dès lors que les fonds de terre litigieux, bien que côte à côte au niveau parcellaire, ne pouvaient être qualifiés de contigus en raison de la présence d'une falaise constituant une limite naturelle infranchissable. L'irrecevabilité découlant de l'absence de contiguïté, elle-même résultat de l'existence d'une frontière naturelle infranchissable, semble bien nous indiquer que l'action en bornage entend résoudre avant tout une question de jouissance de la propriété. Dans le même sens, Cass. civ., 3ème, 24 octobre 1990, n° 89-13.886, arrêt dans lequel le juge considère qu'une action en bornage ne présente pas d'intérêt lorsqu'existent des limites parfaitement visibles (qui en l'espèce, émanaient d'un précédent bornage). De la même manière, le fait qu'une action en bornage soit sans objet lorsque la limite séparative est constituée d'un bâtiment (Cass. civ., 3ème, 25 juin 1970, n° 68-13.674) se justifie par le fait qu'une remise en cause de cette limite confine à la question de l'empiétement, qui relève de l'action en revendication. En ce sens, S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le bornage*, Fasc. 261-45, n° 86.

1009 Également en ce sens, Ch. Broche, « Bornage : la délicate distinction entre délimitation des fonds et détermination des droits sur le fonds », note sous Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2020, n° 19-22.294, Defrénois, mars 2021, n° 168m8, p. 13.

n'en est que la représentation : l'action en bornage suppose en premier lieu la détermination des limites qui apparaissent dans le procès verbal de bornage. En conséquence, à partir du moment où la borne n'est pas constitutive des limites, elle ne devrait pas être indispensable à l'action en cause. Une telle analyse est difficilement soutenable à l'aune du droit positif.

241.2. La deuxième difficulté tient à ce qu'un tel assouplissement viendrait amoindrir la distinction entre l'action en bornage et l'action en revendication, rappelée de façon constante par la jurisprudence[1010]. Cette distinction n'est effectivement pas exempte de critiques eu égard aux relations étroites qu'elles sont susceptibles d'entretenir[1011], mais il n'en reste pas moins que quelle que soit leur portée respective sur la propriété, leur objectif reste bien distinct[1012]. Le bornage

---

1010 Cass. civ., 3ème, 28 octobre 1992, n° 90-18.573 ; Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2006, n° 05-13.852 ; Cass. civ., 3ème, 10 octobre 2019, n° 17-14.708 ; Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2020, n° 19-22.294.

1011 La distinction a en effet tendance à devenir particulièrement ténue lorsque l'on constate que l'action en bornage judiciaire résulte du désaccord des parties, qui cherchent chacune à obtenir une limite différente. Pour un constat récent d'une telle confusion, D. Lochouarn, « Action en bornage et en revendication : deux objets proches mais juridiquement distincts », note sous Cass. civ., 3ème, 10 octobre 2019, Droit rural, janvier 2020, comm. 3. En réponse à ces difficultés, Demolombe proposait d'exclure la qualification de bornage au profit d'action en revendication à toutes les hypothèses dans lesquelles un désaccord entre les limites apparaissaient entre les parties (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des servitudes et des services fonciers*, tome XI, Paris, 4e éd., 1867, n° 247 et s., p. 277 et s.).

Indépendamment de la situation de désaccord entre les propriétaires, la portée du bornage est également souvent mal comprise par les parties. Cette méconnaissance entraîne des effets délétères que l'on retrouve notamment lors du bornage amiable, pour lequel l'absence d'effet constitutif de droit permet à un propriétaire de contester les limites ainsi établies conventionnellement par lui-même et son voisin à l'occasion d'une action en revendication. En partant du constat que l'affirmation constante de la jurisprudence selon laquelle le bornage n'est pas constitutif de propriété revient à contrevenir à la volonté des parties qui voient le plus souvent, dans le bornage amiable, « une transaction dans leur propriété respective face à l'incertitude de leurs limites », Monsieur Meiller propose alors de permettre à ce dernier de produire un effet constitutif de droit lorsque cette volonté apparaît clairement (E. Meiller, « Le procès verbal de bornage ne constitue pas un acte translatif de propriété », note sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, Droit rural, octobre 2015, comm. 188). Cette position, qui fait finalement appel à la possibilité pour le juge de donner à un acte juridique la portée qu'ont réellement souhaité lui conférer les parties indépendamment de sa qualification (article 1188 du Code civil), aurait le mérite d'éviter que la seule qualification de « procès verbal de bornage » suffise à disqualifier tout rôle constitutif de propriété.

1012 *Contra.,* Monsieur le Professeur Dross, qui considère que l'objet de l'action en bornage et de l'action en revendication est identique (W. Dross, « A quoi le propriétaire consent-il lors du bornage de son fonds ? », *op. cit.*). La différence entre les deux est alors essentiellement procédurale et il propose de les distinguer selon la seule qualité du demandeur (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.,* n° 348-2). Ainsi, dès lors que l'action est intenté par le possesseur, celle-ci ne pourrait être qualifiée d'action en revendication mais de simple action en bornage, car un revendicateur cherche justement à être remis en possession du bien – ou de la portion de bien – dont la propriété est discutée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. À l'inverse, la qualification d'action en revendication serait amenée à être retenue dès lors que le demandeur cherche à modifier les limites entre les deux biens à son avantage, ce dernier n'étant pas en possession de la partie litigieuse. À noter que dans cette dernière configuration, le droit positif permet au tribunal d'instance compétent de traiter de la question de la délimitation de la propriété lorsqu'elle est soulevée à titre d'exception par le défendeur (Cass. civ., 3ème, 24 mai 1976, n° 75-10.290).

Cette distinction, pour pertinente qu'elle soit, montre qu'il existe un lien presque inévitable entre l'action en bornage et l'attribution de la propriété des limites établies. Une telle constatation n'est cependant pas exclusive d'une conception restrictive de l'objet du bornage. Peut-être faut-il comprendre l'objet du bornage comme strictement préventif, celui-ci tendant davantage à déterminer la jouissance respective des deux propriétaires lorsque celles-ci sont incertaines. Or, il est patent qu'en cas de désaccord entre les parties, cette question tend à se résoudre au regard des limites exactes de propriété, expliquant ainsi la forte imbrication de la revendication dans le bornage. En conséquence, si la résolution d'une action en bornage tend le plus souvent à confiner à une question de délimitation de la propriété en tant que telle, ce n'est pas lié à l'objet initial de la demande, mais au fait que son mode de résolution le plus incontestable reste la

s'intéresse principalement à l'exercice du droit de propriété alors que la revendication tend à sa détermination[1013]. Or, si l'on retire au bornage le lien étroit qu'il entretient avec sa réalisation matérielle – la mise en place de bornes apparentes – on en redéfinit quelque peu son objet principal. Le bornage n'a pour autre objet que la prévention des conflits de voisinage – et pour certains, des empiétements[1014] – par la matérialisation de limites parfaitement visibles entre les deux fonds[1015]. Dès lors que l'on se détache de la représentation matérielle des limites, la spécificité attachée au bornage – la prévention des conflits – tend à s'effacer au profit d'une conception davantage centrée sur l'établissement des limites objective, plus proche de la détermination du droit de propriété que de son exercice. La seconde difficulté tient au fait qu'une telle mise en retrait de la matérialisation du bornage semble en tout état de cause condamnée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 19 janvier 2011[1016], a cassé une décision des juges du fond ayant déclaré l'irrecevabilité de l'action en bornage en raison de l'existence d'un document d'arpentage démontrant la réalisation et l'acceptation d'une matérialisation des limites des parcelles litigieuses. La justification apportée par la Cour de cassation, qui affirme que la « demande en bornage judiciaire n'est irrecevable que si la limite divisoire fixée entre les fonds a été matérialisée par des bornes », semble logiquement centrer l'action en bornage autour de sa matérialisation concrète[1017].

242. La délimitation *a posteriori* des biens souterrains limitée à l'acte translatif de propriété établissant un état de division en volumes. En définitive, quelle que soit la portée que l'on confère à l'action en bornage, il faut surtout remarquer que cette dernière ne permettra pas à

---

délimitation des limites constitutives de propriété. En ce sens, l'attribution en propriété n'est finalement qu'une simple conséquence de l'action sans que cela n'en soit son objet.

1013 C'est notamment ce point qui explique que la cour d'appel de Paris a pu considérer qu'un état descriptif de division en volumes n'est pas constitutif d'un procès verbal en bornage : Paris, 7 novembre 2007, n° 07/09024, celui-ci établissant la création des volumes dans le cadre d'une telle division. Sur ce dernier point, *infra*., n° 538 et s.

1014 En ce sens, Ch. Demolombe, *op. cit.*, n° 240, p. 271. Il faut néanmoins remarquer qu'à partir du moment où le droit positif ne concède aucun effet acquisitif de propriété à l'action en bornage, la prévention des empiétements par ce biais est très imparfaite : il faut en effet que l'action en bornage aboutisse à une délimitation qui correspond exactement aux limites de propriété – ce qui n'est pas toujours le cas – sous peine de quoi, une action en revendication pourrait toujours aboutir et entraîner la destruction de la partie empiétante.

1015 En ce sens, B. Grimonprez, « Le bornage ne préjuge pas de la propriété », note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2013, n° 12-13.898, Droit rural, décembre 2013, comm. 231 ; E. Meiller, « Le procès verbal de bornage ne constitue pas un acte translatif de propriété », note sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, Droit rural, octobre 2015, comm. 188.

1016 Cass. civ., 3ème, 19 janvier 2011, n° 09-71.207. Également dans le même sens, Versailles, 8 juin 2001, JurisData n° 2001-184653, dans lequel la cour d'appel considère qu'un plan de détachement n'est pas constitutif d'un véritable procès verbal de bornage, ce dernier ne respectant pas le principe contradictoire attaché à un tel document (ce qui par ailleurs aurait suffi à disqualifier le document litigieux de procès verbal de bornage), tout en ajoutant qu'il n'a au demeurant pas donné lieu à la pose effective de borne matérialisant la limite entre les fonds.

1017 Cette position explique notamment que la qualification de bornage puisse être retenue dès lors que des bornes ont été posées par un géomètre expert alors même qu'aucun procès verbal de bornage n'ait été établi. Il faut néanmoins pouvoir rapporter la preuve que l'accord des propriétaires concernés ait été recueilli et que les bornes ont bien été placées à l'endroit souhaité. En ce sens, Ch. Atias, B. Grimonprez, *op. cit.*, n° 115.

elle seule une meilleure connaissance des limites des biens souterrains. En effet, en matière de bornage comme en matière d'action en revendication, le juge se prononce au regard des seuls éléments pouvant être apportés aux débats : titres, actes juridiques divers, documents cadastraux, possession, témoignage ou encore éléments matériels issus des fonds litigieux. Or, à partir du moment où ces éléments n'établissent pas une délimitation précise des biens souterrains, ils ne pourront aider le juge à fixer de façon certaine les frontières de la propriété dans l'épaisseur du tréfonds. Cette dernière constatation résume donc le problème : à défaut de désignation précise dans les actes, il sera impossible pour le juge de déterminer *a posteriori* des limites convenables pour les biens souterrains et sur ce point, ni l'action en bornage, ni l'action en revendication ne permet d'améliorer réellement cette situation[1018].

242.1. Seule une lecture particulièrement souple et élargie du bornage pourrait éventuellement permettre d'établir une délimitation certaine aux biens souterrains. Il faudrait alors convenir d'une part, qu'un procès verbal de bornage amiable puisse avoir des effets constitutifs de propriété dès lors que les parties entendent par ce biais procéder à une transaction et d'autre part, que la pose de bornes visibles ne soit qu'accessoire – celle-ci ne pouvant rendre compte de l'intégralité d'une délimitation tridimensionnelle et à plus forte raison si elle se situe dans l'épaisseur de la roche. Une telle pratique revient en définitive à établir un véritable état descriptif de division en volumes, à la différence qu'il pourrait être imposé par le plus diligent des propriétaires concernés.

C. Apport de la géométrisation de la propriété immobilière

243. Une meilleure délimitation de l'espace de la propriété. Dans cette situation, le volume immobilier pourra aider, nous l'avons vu, à la représentation des frontières exactes des biens concernés et ainsi permettre la sécurisation du droit de propriété portant sur ces objets souterrains, ce qui est particulièrement utile lorsque l'espace d'utilisation est nécessairement plus important que celui de l'objet en lui-même. Ainsi, le volume est d'utilisation courante lors de la construction de voies souterraines de circulation, pour lesquelles sont créés des espaces de propriété englobant une portion du tréfonds supérieure à celle de l'espace occupé par le seul tunnel. Ainsi, ces volumes permettent une grande latitude pour réaliser les travaux de rénovation, de réparation, d'aménagement ou encore d'agrandissement.

1018 C'est la raison pour laquelle les usages locaux s'accommodent de telles imprécisions. Voir en ce sens, *Recueil des usages locaux du département d'Indre et Loire*, Chambre d'Agriculture d'Indre et Loire, 1980, n° 60 à 62. Ces usages prévoient notamment que le propriétaire superficiaire d'un bien souterrain reste propriétaire du volume de celui-ci ainsi que des parois le délimitant. Est également précisé que son propriétaire n'est titulaire d'aucun droit à l'agrandissement de la cavité et ne peut en aucun cas extraire les matériaux. Il bénéficie toutefois de l'autorisation d'effectuer tout aménagement et installation au sein de celle-ci.

243.1. En poursuivant cette idée, le volume immobilier peut donc servir à partitionner un bien et permettre une démarcation précise dans l'espace des différentes affectations de ce dernier. Le premier exemple que nous pouvons relever est la détermination du champ d'application du domaine public. Bien souvent, il sera insuffisant de ne prendre en compte que les seules limites du bien. Le volume immobilier permettra alors de rendre compte de la totalité de l'espace devant bénéficier de ce régime protecteur en y ajoutant l'étendue strictement nécessaire à son application[1019]. Cette problématique porte ici uniquement sur l'étendue d'un régime protecteur particulier[1020].

244. Une meilleure délimitation de la propriété superficiaire. De la même manière, le volume immobilier peut aider à la bonne délimitation et compréhension de la partie privative d'un lot de copropriété[1021], mais il pourrait également servir à préciser les propos de la jurisprudence lorsqu'elle reconnaît l'usucapion d'un bien dont les limites matérielles ne sont qu'imparfaitement déterminables. Ainsi, dans l'arrêt du 7 octobre 1998 consacrant l'usucapion d'une « terrasse et de la rambarde »[1022], si la Cour de cassation avait recouru expressément à la notion de volume immobilier, alors cela aurait invité à la définition précise de l'étendue en hauteur du bien objet nouvellement acquis par voie de prescription. Ce point est d'autant plus important qu'il est susceptible de plusieurs interprétations différentes qui modifient fondamentalement les actes matériels possibles sur le bien en cause – par exemple, d'éventuels remplacements de barrières pour du gros œuvre et la création d'une couverture transformant la terrasse en nouvelle pièce à part entière. Si la propriété était limitée aux seuls barrières et revêtements superficiels représentant la matière tangible de la terrasse lors de son acquisition, la question de son amélioration et même de leur remplacement pourrait être remise en cause. Une telle conception appliquée strictement aurait pour conséquence de rendre la propriété de la terrasse très fragile, car soumise à la persistance des éléments qui la compose au jour de son acquisition. À l'inverse, à partir du moment où la propriété porte sur un volume immobilier, qui ne sera limité que par la limite haute de ce dernier, cela ouvre un véritable champ des possibles[1023]. En d'autres termes la reconnaissance du volume immobilier

1019 *Supra*., n° 114 et s.

1020 Et est donc une problématique distincte de celle de la détermination du bien, un même bien pouvant relever pour partie du domaine public et pour une autre du domaine privé.

1021 Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *in Le droit privé au milieu du XXe siècle*, *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 679, spéc. p.692 ; Voir également, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 134 et s. L'auteur rappelle ici que la partie privative constitue en réalité un droit de superficie tout en assimilant celui-ci à un volume d'espace.

1022 Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, 96-18.748, *op. cit.*

1023 Selon l'interprétation que l'on a de la nature exacte du volume immobilier en tant qu'objet de propriété, cette limite changera. Si le volume immobilier est assimilé pleinement au fonds de terre, il est en effet envisageable de considérer qu'il s'étendra vers le haut à l'infini. À l'inverse, si l'on attache au volume immobilier une nature particulière de propriété nécessairement enclavée, il devient indispensable de le délimiter en hauteur. Une illustration de

vient donner de la consistance à l'exercice de la propriété d'un bien dont les limites ne peuvent pas être constituées uniquement des éléments matériels qui la compose.

245. Conclusion de section. L'utilisation par la doctrine des volumes immobiliers afin de caractériser l'ensemble des divisions verticales de l'immeuble est permise par l'approche conceptuelle du volume immobilier. Cette utilisation est logique dans la mesure où ce dernier est compris par ces auteurs comme un simple raffinement moderne du droit de superficie, notion ancienne à laquelle le rôle de division verticale de la propriété avait été confié. Il ne s'agit pas pour autant d'un simple changement de vocable dès lors où la nature désincarnée du volume immobilier présente des avantages non négligeables. Débarrassé de la matière, le volume immobilier deviendrait l'assiette de toute division verticale de l'immeuble. Il pourrait donc, d'une part, être vendu en lui-même indépendamment de tout projet de construction et, d'autre part, assurer la pérennité de la propriété malgré la destruction des objets matériels présents en son sein. La géométrisation précise qu'implique sa pleine reconnaissance permettrait également d'améliorer la clarté de l'articulation entre droit réel de jouissance spéciale et droit de propriété, ainsi que la délimitation des biens dont les limites matérielles paraissent inconsistantes, ou insuffisantes.

cette problématique a pu être illustrée à propos de l'appropriation du dessus d'un mur mitoyen, un auteur considérant qu'il se produit un retour aux limites du fonds de terre quand un autre préfère retenir une approche selon laquelle la mitoyenneté se poursuivra verticalement pour l'espace situé au-dessus du mur (Sur cette question, voir respectivement, N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, *op. cit.* ; W. Dross, « A qui appartient le dessus du mur mitoyen ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, *op. cit.*). Pour le refus d'une telle lecture, *infra*., n° 519 et s.

Conclusion de Chapitre

246. Le constat de la généralisation du volume immobilier à titre de résultat de la division de l'immeuble. Le volume immobilier a connu une généralisation d'abords dans son approche fonctionnelle, puis dans sa conceptualisation. La première conséquence de cette dernière est caractérisée par l'emploi généralisé par la doctrine – et parfois par la jurisprudence – du volume immobilier dans la représentation de l'ensemble des divisions verticales de l'immeuble.

247. Le maintien discutable de la liberté de recours à la division en volumes de l'immeuble collectif. La généralisation fonctionnelle du volume immobilier provient de l'absence de contrôle dans le recours à la division en volumes, alors même qu'elle est apparue dans la pratique pour répondre à des problématiques particulièrement précises et qu'un régime commun avait été spécifiquement prévu pour organiser les divisions d'un immeuble collectif entre différents propriétaires. Malgré la mise en place par le législateur d'un régime de la copropriété voulu en grande partie impératif, celui semble pouvoir être écarté dès lors que l'immeuble n'est pas divisé en lots comprenant une quote-part de parties communes. La liberté d'évincer ce dernier a cependant été discuté. La lecture combinée des articles 1er et 28, IV de la loi du 10 juillet 1965 a pu sous entendre que seuls les ensembles immobiliers comprenant une pluralité de bâtiments peuvent justifier la mise à l'écart du régime de la copropriété. En réalité et malgré l'effort du législateur pour encadrer le recours à la division en volumes, l'absence de condition pleinement satisfaisante et de volonté jurisprudentielle à venir freiner la diffusion des solutions alternatives au régime de la copropriété permet de maintenir une véritable faculté de choix du mode de division et de régime pour les propriétaires d'un immeuble collectif. Ainsi, la division en volumes pourra se faire, qu'elle soit constitutive ou non d'un ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965. La différence entre les deux situations est l'obligation, pour l'ensemble immobilier, de prévoir une organisation différente et la création d'un organe de gestion doté de la personnalité morale, sous peine de requalification en copropriété ou d'application de son régime. Cette faiblesse de la notion d'ensemble immobilier est problématique en ce qu'elle ouvre la possibilité de maintenir un immeuble collectif pourvu d'équipements collectifs sans organe de décision propre à les gérer, voire, sans que n'existe un régime complet de gestion de l'immeuble.

248. La généralisation de l'abstraction de la propriété superficiaire. Dans une approche plus conceptuelle, le volume immobilier s'est développé originellement dans un cadre rassurant, les auteurs le rattachant sans hésitation à la notion de droit de superficie, dont il serait le raffinement

ultime. Le droit de superficie, traditionnellement centré sur des éléments matériels simples et dénués de réelle organisation collective, connaît alors une véritable révolution en se détachant de la matière et en permettant la mise en place de propriétés indépendantes au sein d'ensembles collectifs. Cette avancée n'est cependant qu'une découverte qui a pu être faite en raison des progrès technologiques permettant la représentation précise de l'espace et ne constitue pas en la création d'un objet nouveau. La découverte du volume immobilier va prendre progressivement de plus en plus de place dans les schémas explicatifs de la division de l'immeuble, évinçant alors le recours à la notion de droit de superficie, dont la nature reste discutée même chez les partisans de la propriété superficiaire. Selon une approche radicale, cette conceptualisation du volume immobilier lui permettrait de caractériser l'ensemble des divisions de l'étendue verticale de l'immeuble. Cette conception, qui est envisageable dès lors que l'on accepte la propriété d'un volume désincarné, n'est pas dénuée d'intérêt et présente un bon nombre d'avantages.

249. Les avantages du développement conceptuel du volume immobilier. La reconnaissance du volume d'espace comme un objet de propriété à part entière a d'ores et déjà un intérêt. Elle permet d'assurer la persistance du droit de propriété malgré la destruction des objets matériels contenus au sein du volume immobilier. Aussi, par la précision de ses repères géométriques, le volume immobilier permet de donner de la consistance à des biens dont la seule matérialité ne permet pas de rendre compte de l'espace nécessaire à leur utilisation, ce qui s'avère particulièrement utile dès lors qu'il existe une superposition de plusieurs propriétés sur une même parcelle. Le développement conceptuel de ce dernier pourrait néanmoins aller plus loin et impliquer que cet objet particulier devienne l'assiette de toute division de l'immeuble. La division de l'immeuble porterait alors sur des portions d'espace déterminées plutôt que sur des éléments matériels. Cela ouvrirait la possibilité de créer et vendre des volumes immobiliers dont la seule vocation serait de rester désincarnés. Une telle généralisation pourrait également induire une meilleure articulation entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété, en permettant notamment de mettre fin à la pratique des servitudes de surplomb – étrangeté issue de la jurisprudence de la Cour de cassation et mettant à mal les principes qu'elle a elle-même posés – par la possibilité d'usucaper un volume en tant qu'assiette d'un empiétement. Surtout, le volume immobilier pourrait faciliter la distinction entre droit de propriété et droits réels sur la chose d'autrui, ce que le droit de superficie traditionnel peine à faire avec autant de clarté. Le droit de propriété serait alors caractérisé par la présence de deux critères cumulatifs : il faudrait, d'une part, que le titulaire bénéficie de l'ensemble des utilités du bien en cause – ou ait vocation à les récupérer – et, d'autre part, que ce bien soit représentable en une figure géométrique fixe.

Chapitre 2. La redéfinition de la notion d'immeuble par nature par le prisme du volume immobilier

250. Caractère général de la notion d'immeuble. Dans le Code civil, l'immeuble connaît trois catégories distinctes : il l'est par nature, par destination ou par l'objet auquel il s'applique[1024]. Dès lors que l'objet de l'étude que nous menons s'intéresse au rattachement du volume immobilier à la qualification d'immeuble par nature, c'est bien entendu sur cette dernière catégorie qu'il faut s'arrêter[1025]. Pour le Code civil, l'immeuble par nature est avant tout « le fonds ». Ce dernier est traditionnellement défini comme étant une « expression générique servant à désigner les immeubles par nature (fonds de terre ou bâtiments) pris comme biens principaux »[1026]. Cette conception très générale du fonds sera même comprise de façon encore plus large à l'occasion de l'application de certains textes légaux, notamment en matière de servitude[1027], ou encore de trésor[1028]. Pourtant, à la simple observation, cette définition uniforme de l'immeuble a de quoi dérouter : distinguer et individualiser les différents éléments immobiliers entre eux semble *a minima* utile, en raison des nombreuses utilités différentes qu'un fonds de terre nu, un bâtiment ou encore des plantations sont susceptibles de connaître[1029]. Plus encore, cette définition générale du fonds occulte le fait qu'il n'y a aucun hasard dans la position du terme « fonds de terre » – le premier à apparaître – lorsque l'on recherche la définition des immeubles par nature dans le Code civil[1030]. En effet, le fonds de terre possède une qualité principale qui ne transparaît pas suffisamment dans sa définition générique. En réalité, bien qu'immeuble au même titre que les bâtiments, le fonds est l'immeuble originel, le

1024 Article 517 du Code civil : « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

1025 La catégorie des immeubles par destination implique en effet que le bien en question soit meuble (article 522 à 525 du Code civil) ; alors que celle des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent prévue par l'article 526 du Code civil propose une liste non limitative (en témoigne l'article 2315 de ce même Code qui prévoit un droit réel non énuméré par l'article 526 précité) des droits réels.

1026 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Collection Quadrige, PUF, 10e éd., 2014.

1027 *Supra*., n° 133 et s.

1028 L'article 716 dispose en effet que « la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds ». Or, la qualification de trésor pourra être retenue, que l'objet litigieux soit enfoui dans le sol ou bien simplement caché dans un meuble – c'est-à-dire un bien qui n'est pas incorporé à un immeuble –,lui-même caché au sein d'un bâtiment. Il est même envisageable qu'un trésor soit caractérisé dès lors que le bien en question est simplement dissimulé dans un autre bien, qu'il soit meuble ou immeuble. En ce sens, W. Dross, « Le chef-d'œuvre que dissimule une croûte est-il un trésor ? », note sous Cass. civ., 1re, 5 juillet 2017, n° 16-19.340, RTD Civ. 2017, p. 887.

1029 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 338-1, p. 618. Nous pourrions ajouter qu'accepter cette individualisation marque la première étape de la division de l'immeuble en droit de propriété distinct.

1030 Article 518 du Code civil : « les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ».

terrain[1031], celui qui va immanquablement transmettre sa nature à tout ce qui s'y incorpore, « celui à partir duquel les autres biens peuvent tirer leur nature immobilière »[1032]. Cette remarque implique donc un raffinement dans la définition de l'article 518 du Code civil. Seul le fonds de terre devrait être qualifié de véritable immeuble par nature, tous les autres ne pouvant alors prétendre qu'à la seule qualification d'immeuble par incorporation[1033]. Si ce rappel de la parenté du fonds de terre à l'égard de tous les autres immeubles semble mettre en exergue sa matérialité, cela ne l'empêchera pas pour autant de connaître l'abstraction.

251. Plan. Dès lors que l'on constate que la propriété immobilière ouvre immanquablement vers la troisième dimension et que, en conséquence, la propriété de l'espace est envisageable, le volume immobilier pourrait alors détacher la matière du fonds et devenir l'incarnation complète de ce dernier (Section I). Cette redéfinition emporterait des conséquences importantes dans le régime des immeubles qui y prendraient place (Section II).

Section 1. Le volume d'espace, représentation tridimensionnelle du fonds de terre

251.1. Initialement ancré dans la matérialité, le fonds va évoluer progressivement dans le paysage juridique français par l'introduction du volume immobilier. Depuis les prémisses de sa concrétisation par le doyen Savatier à sa généralisation pratique et doctrinale plus récente, la reconnaissance du volume immobilier a pour principal dénominateur commun le fait de pouvoir porter sur un espace déterminé en trois dimensions, dont, pour la plupart des auteurs, il résulte une ouverture vers l'abstraction[1034]. Cette abstraction du volume immobilier se revendique comme la conséquence logique de la propriété immobilière du Code civil lui-même. Finalement, le volume pourrait constituer non pas la plus pure réduction du droit de superficie, mais bien celle du fonds de terre (Paragraphe 2). Cette conclusion, qui va bien au-delà de la vision matérialiste du législateur de

1031 N. Reboul-Maupin, « La destination de l'immeuble et le droit foncier », Droit et villes, 2019/2, n° 88, p. 109, spéc., p. 112. L'auteure relève que « dans le langage de la promotion immobilière, le foncier va désigner le fonds de terre, à savoir le terrain qui sert de support à une construction immobilière […] Le droit foncier, quant à lui, c'est plus précisément l'étude de l'ensemble des règles qui régissent la gestion des terres et, de façon générale des terres urbaines ou rurales ».

1032 M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. unique, n° 18.

1033 En ce sens, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 101, p. 43.

1034 *Supra*., n° 219 et s. Certains auteurs, bien que reconnaissant l'existence du volume immobilier, entendent conserver une approche matérielle de la propriété immobilière. En ce sens, J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979 ; D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015.

1804, prend appui sur un constat que le Code civil pose par lui-même : le fonds de terre ne peut être limité à une simple surface délimitée en deux dimensions (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Le volume d'espace, une conséquence de la propriété immobilière du Code civil

251.2. Lors de la rédaction du Code civil, ses auteurs ont principalement raisonné en matière d'objets concrets d'exploitation du sol, comme peut en témoigner la lettre des article 518 et suivants. Au fonds de terre de l'article 518 succède directement le bâtiment, puis les articles suivants envisagent moulins et récoltes. En illustrant la propriété immobilière par des choses corporelles, concrètes, les codificateurs étaient certainement bien loin d'imaginer l'abstraction dont l'immeuble allait être l'objet près d'un siècle et demi plus tard. Celle-ci est pourtant le fruit d'un double constat tiré du régime posé par le Code civil lui-même : d'une part, remarquer l'inévitable étendue tridimensionnelle du droit de propriété (A) et, d'autre part, tirer de cette tridimensionnalité la propriété de l'espace (B).

A. La propriété immobilière du Code civil, une propriété tridimensionnelle

252. Nécessité tridimensionnelle du sol. La première constatation qui amène à considérer l'existence latente des volumes immobiliers est tirée de la réalité physique du monde dans lequel la propriété va trouver à s'appliquer. En d'autres termes, l'existence et l'usage de toutes choses qui relèvent de la matière impliquent obligatoirement l'occupation d'un espace : celui de la chose matérielle en elle-même et celui nécessaire à l'usage de cette dernière. C'est le constat inévitable qui se pose dès lors que l'on s'interroge sur l'articulation entre l'exercice du droit de propriété et la réalité physique des choses sur lesquelles il porte. En conséquence, même si l'espace concerné par la propriété du sol était limité à la seule couche superficielle susceptible d'être foulée, il y aurait déjà une projection tridimensionnelle. Elle serait certes, fortement réduite, mais concernerait tout de même l'épaisseur même du sol dans sa couche superficielle, voir même l'espace nécessaire pour s'y promener.

252.1. Limiter par principe la propriété du sol à cette seule étendue reste bien évidemment très insuffisant. Malgré les nombreuses limitations dont elle fait l'objet[1035], la propriété immobilière

1035 Limitations qui émanent le plus souvent de l'autorité publique et sont établies en raison de la protection de l'intérêt général, comme en témoigne l'importance croissante du droit de l'urbanisme et de l'environnement dans l'étendue des utilités et l'exercice du droit de propriété. L'on trouve également des restrictions protégeant l'intérêt privé. Celles-ci peuvent émaner de la loi (servitudes légales découlant de la disposition des lieux), de la jurisprudence (l'abus de droit et les troubles anormaux de voisinage), voire de conventions entre les parties. Pour un exposé de ces limites et de leurs origines, J.-M. Roux, E. Meiller, *JurisClasseur Construction – Urbanisme. Propriété foncière – Droit de*

n'en épouse pas moins le caractère absolu conféré à la propriété individuelle du Code civil[1036] et ce dernier implique, sous réserve d'éventuelle restrictions normatives, de pouvoir bénéficier de toutes les utilités que son propriétaire pourrait imaginer. Portalis a ainsi pu rappeler que « la propriété serait imparfaite, si le propriétaire n'était pas libre de mettre à profit pour son usage toutes les parties extérieures et intérieures du sol ou du fonds qui lui appartient, et s'il n'était le maître de tout l'espace que son domaine renferme »[1037]. Cette idée, qui semble relever du bon sens, se retrouve néanmoins affirmée avec force chez nombres d'auteurs du XIXe siècle, rappelant ainsi la nécessité de conférer une véritable épaisseur au droit de propriété du sol[1038] sous peine de rendre le droit de propriété du sol « ectoplasmique »[1039].

253. Traduction de cette tridimensionnalité par le Code civil. Bien que situé dans une partie du Code civil qui traite de l'accession, l'article 552 du Code civil traduit l'épaisseur du droit de propriété en termes légaux en disposant dans son alinéa premier que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». L'affirmation, bien que d'apparence simple, reste sujette à de nombreuses controverses relatives à son rôle exact[1040]. Seulement, aucune ne permet de remettre en cause la prise en compte nécessaire de la troisième dimension de la propriété du sol. Une fois cette inévitable ouverture à la troisième dimension constatée, il ne restait plus qu'à envisager son absence

---

propriété – Étendue. Restrictions. Modalités, Fasc. 251-10, n° 78 et s.

1036 Affirmation de principe énoncée par l'article 544 du Code civil : « 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 ».

1037 J.-E.-M. Portalis, *Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété, in* P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* tome XI, Paris, 1836, p. 124.

1038 G. Cord, *De la propriété spéléologique*, thèse, Paris, Rousseau éditeur, 1899, p. 21 ; F. Troupel, *La propriété du sous-sol, les eaux souterraines et les grottes*, thèse, Montpellier, Mari-Lavit éditeur, 1933, p. 42 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 251 et s., p. 251 et s. Les auteurs rappellent à propos de la propriété du dessus qu'elle est « indispensable pour l'utilisation de la propriété de la surface » (p. 251) ; H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7ème éd., 1989, 1357, p. 110. Pour un rappel récent : D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 175, p. 214 ; n° 760, p. 795.

1039 Terme emprunté à Monsieur le Professeur Pimont : S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 5.

1040 Outre la controverse liée à l'étendue réelle de la propriété du sol que nous allons traiter ci-après, l'article en connaît deux autres majeures. La première porte sur son rôle relatif au mécanisme de l'accession, certains en voyant le fondement (E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, p. 18 et s. ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 42 et s., p. 64 et s. ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 61, p. 32 et 33), quand d'autres le considère totalement extérieur (P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951, n° 45, p. 121 et s. ; W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 192, p. 191), *supra*., n° 101, note 467.

La seconde est plus impactante pour notre sujet : se pose alors la question de savoir si l'article 552 du Code civil entraîne une simple présomption de propriété ou une véritable règle de fond. Sur ce dernier point, *infra*., n° 285 et s. ; n° 349 et s.

d'incarnation tangible afin de justifier la propriété de l'espace indépendamment de celle comprise au sein des éléments concrets d'un fonds.

B. La prise en compte de la propriété de l'espace par la propriété tridimensionnelle du Code civil

254. Double lecture de la portée de l'article 552 du Code civil. Nous avons vu que, lors de la rédaction du Code civil, l'immeuble ne se concevait qu'ancré dans la matière : le « fonds » est « de terre » et tout le reste est composé de plantations, bâtiments, moulins, ainsi que de composants tangibles s'y intégrant. En conséquence du champ d'application envisagé par les rédacteurs de l'article 552 du Code civil, la propriété tridimensionnelle qu'il consacrait n'emportait pas, à l'époque de grande conséquence[1041]. Malgré tout l'être humain a souvent le regard tourné vers le ciel, voire, dit-on, la tête dans les nuages[1042] et le propriétaire d'une parcelle de terre, lorsqu'il lève les yeux, peut être amené à se demander jusqu'où se prolonge le droit de propriété du sol qu'il foule.

254.1. Sur ce point, deux conceptions opposées ont vu le jour, toutes deux se prévalant d'une assise historique solide. La première, consiste à prendre en compte l'inspiration de l'article 552 du Code civil qui n'est autre que l'article 187 de la Coutume de Paris. Or, ce dernier disposait que « Quiconque a le sol, appelé l'étage du rez-de-chaussé, a le dessus et le dessous de son sol, et peut y faire édifier par-dessus et par-dessous, et y faire puits, aisément et autre chose licite, s'il n'y a titre contraire »[1043]. Il en résulte que liée à la concrétisation de l'exercice du droit de propriété, l'étendue verticale de la propriété du sol serait directement et uniquement liée à son utilisation concrète. En conséquence, l'alinéa premier de l'article 552 du Code civil ne ferait qu'annoncer en des termes généraux ce que ses deux alinéas suivants[1044] détailleraient ensuite : l'ensemble des utilisations possible du sol dans son extension verticale[1045]. Une telle analyse, portée notamment avec force

1041 En ce sens, P. Catala, « Exposé de synthèse », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 181, spéc., n° 5, p. 182.

1042 Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427.

1043 A. Desgodets, M. Goupy, *Les lois des bâtiments suivant la coutume de Paris*, 1748.

1044 Article 552 alinéa 2 et 3 du Code civil : « 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 ».

1045 En ce sens, P. Lévie, thèse, *op. cit.*, p. 124.

chez le Doyen Proudhon[1046], ne permet pas de détacher réellement la propriété immobilière de la matière et n'appréhende l'espace que par les utilités potentielles qu'il représente, celles-ci étant concrétisées par les choses composant les prolongements verticaux du sol.

254.2. La seconde conception consiste à interpréter l'alinéa premier de l'article 552 pour lui-même, en le détachant des alinéas deux et trois. Ces deux alinéas changeraient de logique : ils n'auraient alors non plus pour objet de délimiter le fonds, mais simplement de « conjuguer l'article 544 [du Code civil], qui définit le droit de propriété au cas particulier où ce droit de propriété porte sur un objet immobilier »[1047]. Pris par lui-même, l'alinéa premier se comprendrait au regard d'un axiome du droit romain « *cuius est solum ejus est ad coelum usque ad inferos* »[1048], qui en serait l'inspiration principale. Affirmant que « Celui qui a le sol a la propriété jusqu'au ciel et jusqu'aux enfers »[1049], cette interprétation conférerait à l'article 552 du Code civil le rôle de garant du caractère absolu de la propriété du sol appliquée à son étendue verticale. Cette lecture fut rappelée par Monsieur Guibé qui prête à Accurse les termes suivants : « la terre, qui a reçu la dépouille mortelle, et tout l'espace au-dessus ne font qu'une seule et même chose »[1050]. La propriété du sol prendrait alors la forme souvent rappelée d'un cône partant du centre de la terre pour se prolonger à

1046 J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome II, Dijon – V. Lagier, 1839, n° 689, p. 286 et 287 : « Suivant les règles de droit commun, le domaine qui s'applique à la superficie, n'est pas borné seulement au matériel du fonds : il s'étend ou plutôt il s'élève plus haut, et comprend aussi la maîtrise de l'espace aérien qui est au-dessus, et dont il constitue la partie fondamentale. C'est là ce que nous trouvons exprimé positivement par l'article 552 du Code civil […] en sorte que, comme le disait déjà la loi romaine, quand il s'agit du terrain d'un autre, le tiers […] ne peut rien faire qui avance ou anticipe dans l'espace aérien qui est au-dessus […]. Cependant le droit de propriété ne doit s'appliquer ici qu'à l'espace aérien qui peut comporter quelque utilité réelle pour le fonds surface ».

Nous pourrions voir dans les propos du Doyen Proudhon une première approche de la propriété de l'espace. Cette interprétation nous semble excessive, notamment au regard du lien très strict que l'auteur du XIXe siècle dégage entre maîtrise de l'espace et utilité concrète (J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 689, p. 286 et 287). Au surplus, lorsqu'il illustre ensuite ses propos par différentes propriétés superficiaires, ses exemples font toujours référence à des éléments concrets, matériels (J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 695 et s., p. 692 et s.). Ainsi, lorsqu'il énonce la possibilité de diviser le fonds de terre « par couches ou tranches horizontales qui peut avoir lieu sur l'espace » (J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 695, p. 692, spéc., p. 693), il n'envisage que la division portant « sur les constructions faites dans l'espace qui est au-dessus de la superficie du sol » (*Ibid*) ou du seul tréfonds (J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 704, p. 309, spéc., p. 310 et 311). Conséquence logique de cette vision, Jean-Baptiste-Victor Proudhon pose en réalité les prémisses d'une compréhension dualiste de la propriété superficiaire, bien que celle-ci reste ancrée dans le modèle des propriétés partiaires et l'assimile parfois à une propriété imparfaite, synonyme à cette période de démembrement de la propriété. Sur cette question, *infra*, n° 406 et s. Également ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 485, p. 530.

1047 W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. unique, n° 4.

1048 Attribué à Cynus de Pistoie, voir J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens*, PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 802, p. 1751 ; J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd., 2010, n° 327, p. 474.

1049 Traduction française effectuée par, J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *loc. cit.*

1050 H. Guibé, *Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international*, thèse, Caen, éd. Lanier, 1912, p. 39. L'auteur relève cependant que cette formule ne devait probablement pas désigner initialement la propriété du tréfonds et du sur-sol, mais que cette compréhension fut dégagée postérieurement (p. 40).

l'infini. À l'inverse de la première conception, la propriété de l'espace apparaît ici clairement : si le dessous est encore chargé de matière tangible pouvant faire douter de l'appropriation de l'espace, celle du dessus, qui se prolonge à l'infini au-dessus de tout élément incorporé dans le sol en reste dépourvue.

255. Débats relatifs à l'étendue verticale de la propriété du dessus. Au vrai, une telle affirmation de principe ne posait aucune difficulté particulière dès lors que l'homme restait les pieds sur terre et qu'il était admis que des exceptions étaient possibles[1051]. Tout au plus, les juges devaient résoudre des litiges portant sur des empiétements aériens, dont le Code civil donne une solution franche en matière de plantations à son article 673[1052], solution qui reste facilement transposable en matière de construction. Certains auteurs avaient cependant déjà relevé le caractère ubuesque de l'existence éventuelle d'un droit de propriété sur une chose que l'on ne pourrait ni saisir, ni atteindre, c'est-à-dire, d'une chose dépourvue de toute utilité concrète[1053]. Ce sont finalement les prémisses de l'aviation à la fin du XIXe siècle, puis son développement, qui ont conduit les auteurs à essayer de déterminer avec précision l'étendue du dessus de la propriété. En effet, le développement de la navigation aérienne devait pouvoir s'accorder à la vision étendue de la propriété du sol prévue par l'article 552 du Code civil. Or, c'est à l'occasion de ces débats que la question de l'appropriation de l'espace ressurgit avec force.

255.1. Les divergences se sont donc principalement concentrées autour de deux questions distinctes : la limite haute des pouvoirs du propriétaire du sol et la possibilité pour l'espace d'être susceptible d'appropriation. Pour la première, un inévitable consensus partiel fut trouvé : tous reconnaissent la nécessité de venir limiter l'étendue verticale de la propriété du sol sous peine de voir apparaître des complications inextricables avec la réalité de la navigation aérienne. Des divergences porteront néanmoins sur la détermination de ces limites – certains souhaitant proposer

1051 Voir notamment l'entrée en vigueur, dès la loi du 21 avril 1810 de l'appropriation des mines par l'État, et la jurisprudence, qui, très tôt a considéré que l'article 552 n'établissait qu'une présomption simple de propriété. En ce sens, Cass. civ. 14 novembre 1888, D.P. 1889, 1, p. 469.

1052 L'alinéa 1er de l'article 673 du Code civil dispose en effet, que « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper ».

1053 M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 251, p. 252.

une limite fixe et arbitraire[1054], quand d'autres raisonnent en termes d'utilités ou d'intérêt légitime[1055] – mais celles-ci restent indépendantes de la question de la propriété de l'espace, seule au centre de nos développements actuels[1056]. Concernant la seconde question, les débat se sont articulés autour de la distinction entre l'air et l'espace. L'idée n'était pas tant de nier la propriété de l'espace en réfutant cette distinction, mais plutôt de faire état de celle-ci, en constatant qu'aucun de ces deux éléments ne pouvait faire l'objet d'un droit de propriété[1057]. Les développements concernant l'air ne posent pas de difficulté particulière. Il est qualifié de chose mouvante et insaisissable, souvent assimilé à une chose commune insusceptible d'appropriation[1058]. En tout état de cause, s'il est faux pour la science physique de le qualifier d'immatériel, voir même d'incorporel – l'air n'est rien d'autre que de la matière à l'état gazeux, qui bien que de l'ordre du picomètre, est un corps – son caractère mouvant et intangible ne permettrait pas de le qualifier d'immeuble par nature. L'absence d'immobilité de l'air ne faisant aucun doute, nous ne pouvons qu'approuver cette conclusion sur ce point. Cependant, celui de l'importance du caractère tangible est beaucoup plus discutable, et c'est à son propos que vont se cristalliser les discutions autour de la propriété de l'espace. En définitive, l'on retrouvera en substance la même divergence que celle qui résultait de l'étude des fondements de l'article 552 du Code civil.

1054 Voir les nombreuses propositions tendant, sans succès à proposer une limite concrète. Sans tendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer, par ordre croissant, celle de deux fois la hauteur de la construction la plus élevée de la ville (R. Jammes, *Des actions civiles et pénales qui peuvent naître du fait de la navigation aérienne*, thèse, Toulouse, 1912), celle de la Tour Eiffel (P. Fauchille, « Le domaine aérien des États et le régime juridique des aérostats », Rev. Gen. de Dr. Int. Public, 1901, p. 414) ou encore, celle de l'air respirable contenue dans la partie basse de la troposphère (Ch.-L. Julliot, *De la propriété du domaine aérien* , Extrait de *la revue des idées*, Sirey, 1909, p. 6).

1055 P. Brouillaud, *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, thèse, Bordeaux, 1926. L'auteur commence par écarter le recours au critère de l'utilité pour déterminer l'étendue verticale de la propriété du sol, notamment au regard de son imprécision (p. 134) et de son insuffisance (p. 136 et s.). Il propose alors de raffiner le critère de l'utilité en lui ajoutant celui de l'intérêt légitime, dont il détermine ensuite les contours (p. 142 et s.).

1056 Sur la question des limites verticales de la propriété, *infra*., n° 519 et s.

1057 Voir cependant, E. Naquet, note sous Cass. civ., 15 juillet 1901, S. 1902, I, 217, qui écarte l'appropriation de l'espace tant pour son impalpabilité que son caractère mouvant. Plus récemment, J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit.*, p. 294 ; « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p. 44, spéc., p. 46. L'auteur semble réitérer cette confusion en affirmant que « L'espace, comme le soleil ou la mer, est une de ces choses communes, insusceptibles d'appropriation ». Certes, il précise par la suite qu'il faut distinguer l'air et l'espace pour accepter la propriété de l'espace (note 16), mais il n'en tire finalement aucune conséquence quant à son affirmation précédente. Voir également, G. Daublon, « État descriptif de division et « volumes » : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, 37168, p. 558, spéc., p. 561 : « « Le volume tel que certains l'ont conçu, ne peut être qu'un volume d'air, c'est-à-dire un ensemble dont le contenu n'a aucune consistance si ce n'est celle d'un gaz instable et en perpétuel mouvement ».

1058 Ch.-L. Julliot, *loc. cit.* L'auteur prend néanmoins la peine de préciser qu'il parle ainsi de l'air « à l'état libre », sous entendant qu'il est susceptible d'appropriation par captation proposant ainsi en filigrane la distinction entre les *res nullius* et *communis* qui sera dégagée par la suite : là ou les seconds représentent indistinctement la somme d'une ressource donnée, les premiers en représentent une portion individualisée susceptible d'appropriation par occupation. En ce sens, M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », D. 1985, Chron., p. 27.

256. Positions doctrinales issues de ces débats. Sans rentrer dès à présent dans une appréciation qui sera effectuée plus en avant[1059], il est nécessaire d'en rappeler les grandes lignes afin de comprendre les différentes étapes d'émergence du volume immobilier. Pour ceux refusant que la propriété puisse porter sur une chose impalpable, l'espace est réduit à une figure géométrique ne pouvant recevoir la qualification de « bien appropriable ». L'espace du dessus ne serait qu'une « abstraction bonne pour le raisonnement, mais qui ne produit aucun effet matériel et perceptible pour les sens. Ce n'est pas une entité douée d'une existence réelle ; c'est une idée construite sur des sensations […] Ce n'est pas cela qui donne à ce dernier [l'espace] une existence objective, qui peut en faire une chose »[1060]. En conséquence, la tridimensionnalité de la propriété du sol prévue par l'article 552 du Code civil serait réservée aux choses matérielles tangibles, incorporées dans le sol. La justification d'une telle restriction se situe bien évidemment dans l'absence de tangibilité de l'espace, cette dernière étant – selon eux – indispensable à l'existence d'un droit de propriété. Cette vision – très proche de celle issue de la Coutume de Paris et des travaux préparatoires du Code civil – sera combattue par ceux qui voient comme conséquence de la lettre du Code civil une ouverture vers la propriété de l'espace que le législateur n'avait logiquement pu anticiper. Ils épousent alors totalement l'idée d'une propriété de l'espace et, inévitablement, leurs écrits font apparaître les prémisses de la conception contemporaine du volume immobilier. Ainsi, Julliot, lorsqu'il cherche les limites de la propriété privée de la « colonne d'air qui pèse sur nos têtes » propose de découper cette dernière en tranches successives. Il écrit alors que « l'espace compris entre ces [lignes] verticales constitue des volumes qui se mesurent d'après les règles de la géométrie dans l'espace. Deux choses sont donc à envisager distinctement, l'espace et le gaz qui le remplit. Nous verrons que l'espace est susceptible de propriété […] mais que l'air, à l'état libre, appartient à tout le monde et n'est pas susceptible d'appropriation privée »[1061].

257. Reconnaissance de la propriété de l'impalpable. La postérité semble s'être placée du côté des zélateurs de l'appropriation de l'espace. Il faut dire que l'on retrouve nombre d'arguments saillants en leur faveur. Le premier est bien évidemment la pertinence discutable du rejet de la propriété portant sur des choses impalpables. L'on fait remarquer en effet, que l'argument est avant tout une position dogmatique dont la répétition et l'assurance du rappel ne parviennent pas à masquer l'absence d'arguments juridiques pouvant le justifier[1062]. On a pu remarquer récemment que le fort attachement au caractère corporel avait potentiellement été renforcé à la suite de

1059 *Infra.*, n° 417.1 et s.

1060 H. Guibé, thèse, *op. cit.*, p. 65 et 66.

1061 Ch.-L. Julliot, *loc. cit.*

1062 P. Brouillaud, thèse, *op. cit.*, p. 122.

difficultés théoriques issue de l'impact de la théorie personnaliste sur la conception classique de la propriété[1063]. En réalité, l'étude concrète de la propriété supporterait très bien l'impalpabilité de l'espace : bien loin de n'être qu'une conception abstraite, il peut être déterminé précisément, être attaché à une ou plusieurs utilités[1064], et reste pleinement compatible avec l'application de l'ensemble du régime de la propriété. Finalement, l'étude de la propriété de l'espace « ne différerait alors du droit de propriété proprement dit que par la nature de son objet »[1065], cette seule particularité ne pouvant justifier son rejet.

257.1. Sur le principe de la reconnaissance de la propriété de l'impalpable, la plupart des auteurs contemporains sont semble-t-il arrivés à un consensus, alors même qu'ils restent opposés à la propriété du volume immobilier[1066]. On peut ainsi lire de la part de Monsieur le Professeur Zenati l'affirmation très générale qu' « aucun obstacle juridique sérieux ne s'oppose à l'idée de propriété incorporelle, si ce n'est par tradition doctrinale »[1067]. Les arguments utilisés sur ce point ne sont pas différents de ceux utilisés par ses prédécesseurs, si ce n'est le renfort d'une interprétation nouvelle du droit romain qui, dégagé de l'influence du Moyen Âge et contrairement à ce qui était affirmé au début du XXe siècle, accepterait finalement la propriété de l'incorporel[1068].

258. Impact positif de la notion de bien sur la reconnaissance de la propriété de l'espace. La propriété d'une portion d'espace déterminée – désormais clairement identifiée comme un volume immobilier – s'est également trouvée renforcée par la poursuite des réflexions menées sur la qualification de la notion de bien. Détachant de façon logique le droit de la chose, ces dernières partent du principe – dégagé de longue date[1069] – selon lequel un bien n'est rien d'autre qu'une chose susceptible d'appropriation[1070]. Elles poursuivent ensuite le principe en recherchant ce qui

1063 F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 38, p. 51 et s. *; infra*., n° 421.

1064 P. Brouillaud, thèse, *op. cit*., p. 123.

1065 P. Brouillaud, thèse, *op. cit*., p. 126.

1066 Voir cependant, J.-P. Bertrel, *Le bail à construction. Titre constitutif d'un droit de superficie*, thèse, Tours, 1981, p. 294.

1067 F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981, p. 65.

1068 F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD Civ. 1993, p. 305, spéc., p. 307 et s.

1069 G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, par M. Chauveau, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896, n° 10, p. 11 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 51, p. 58.

1070 Voir notamment, P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007, n°57 et s., p. 25 et s. ; R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil, 1804 – 2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc., p. 324 ; H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP G 2010, doctr., 1100. Voir également, la proposition de réforme du livre II du Code civil mené par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, qui prévoit à son article 520 que « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou

justifie l'appropriation. Il en ressort que sauf prohibition légale l'empêchant de rentrer dans le commerce juridique, une chose est susceptible d'appropriation dès lors qu'elle peut avoir une valeur pécuniaire[1071], voire simplement une ou plusieurs utilités[1072]. Messieurs les Professeurs Zenati et Revet considèrent ainsi que « dès lors qu'un objet apparaît utile et appropriable, qu'il entre peu ou prou dans le commerce, il devient objectivement un bien et devrait être considéré comme tel quoi qu'en dise – surtout : que n'en dise pas – la loi »[1073]. En définitive et quel que soit le critère retenu – valeur pécuniaire ou utilité – ce qui fait le bien n'est autre que la propriété, elle-même commandée par l'intérêt que peut y trouver une personne juridique. Il en résulte que la substance de la chose demeure totalement indifférente à sa capacité à devenir un bien[1074]. Une portion d'espace précisément déterminée possédant au moins une utilité – celle d'être construite, voire potentiellement de rester libre de toute construction et préserver un paysage – qui peut être traduite par une valeur pécuniaire, il n'y a de ce point de vue aucune difficulté à ce qu'elle soit qualifiée de bien.

259. Argument de l'uniformité du droit. La propriété portant sur les choses impalpables étant reconnue de façon générale, il fallait tout de même s'intéresser à la particularité de la propriété immobilière. C'est ici que l'on retrouve le second argument saillant dégagé par les partisans de la propriété de l'espace : celui de l'uniformité du droit de propriété posé par l'article 552 du Code civil. En conséquence, il n'y aurait aucune raison de dénier la possibilité d'être propriétaire de

incorporelles faisant l'objet d'une appropriation ».

1071 Déjà en ce sens, G. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.* : « Les choses n'ont d'intérêt aux yeux des jurisconsultes qu'en raison des droits dont elles peuvent être l'objet. Ces droits représentent pour le titulaire une *utilité* économique, une valeur, et c'est précisément cette utilité, cette valeur qui constituent le bien ».

1072 C'est finalement le sens de Monsieur le professeur Dross, lorsqu'il propose de déterminer précisément ce qu'est cette « valeur » qui commande l'appropriation et fait donc indirectement, si l'on s'en tient à la définition classique, le bien. S'inspirant d'Aristote, il distingue alors la valeur d'échange et d'usage (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op cit*., n° 9 et s., p. 13 et s. ; repris sous une forme résumée dans l'article « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ 2012, p. 419, spéc., n° 7, p. 422). En se démarquant de la vision tendant à qualifier le bien par sa seule valeur pécuniaire, il propose une alternative à leur qualification, cette fois-ci centrée sur l'existence d'une ou plusieurs utilités inhérentes à la chose qu'il nomme valeur d'usage (n° 11 et s., p. 13 et s.), valeur d'usage qui ne fait que se reporter indirectement de façon pécuniaire (la valeur d'échange) lors de la disposition du bien ou de l'une de ses utilités (n° 24 et s., p. 36 et s.). En d'autres termes, en matière de chose, l'utilité – la valeur d'usage – ferait le bien. Sur cette question, voir également, W. Dross, « L'extension de la notion de bien à l'intérêt économique substantiel », *in Les « nouveaux » biens. Nouvelles qualifications ou nouveaux régimes ?*, Dalloz, 2020, p. 15, spéc., n° 3 et s., p. 16 et s.

Déjà dans le même sens, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 8, p. 5 : « On désigne sous le nom de biens, dans la langue des jurisconsultes, les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété ».

1073 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008, n° 10, p. 40.

1074 N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 132, p. 68. *Contra*., P. Berlioz, thèse, *op. cit*., n° 138 et s., p. 44 et s. Sur la question, *infra*., n° 423 et s.

l'espace du dessus dès lors qu'il est possible de l'être pour celui du dessous[1075]. Cet article se contente en effet – lorsqu'il s'agit de traiter de l'étendue de la propriété – d'indiquer que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » sans faire la moindre référence à la présence d'une quelconque matière palpable autre que celle du sol. L'uniformité de la règle posée par l'article 552 implique donc de ne pas traiter la propriété du dessus différemment de celle du dessous[1076]. Cette constatation, couplée à la consécration de principe de la propriété de l'impalpable permet d'arriver à la conclusion suivante : l'article 552 consacre donc le principe de la propriété de l'espace, indépendamment de la présence d'éléments tangibles. En conséquence, propriété du tréfonds ou du sur-sol, tout ne serait que propriété de l'espace[1077]. À l'appui de cette affirmation, il sera par ailleurs remarqué que la propriété de l'espace existe également dans le tréfonds, par l'appropriation de l'espace vide des grottes[1078] et qu'en pratique, il arrive parfois qu'un volume d'espace soit situé à la fois dans le tréfonds et le sur-sol[1079].

260. Reconnaissance de la propriété de l'espace par le biais de sa protection. De façon tout à fait logique, on a pu relever que la propriété de l'étendue verticale du fonds de terre transparaît notamment au regard de sa protection[1080]. Ainsi, l'article 673 du Code civil permet au propriétaire d'un fonds de terre de contraindre son voisin à couper les branches des plantations lui appartenant, dès lors que celles-ci traversent l'espace situé au-dessus de son terrain. De la même manière, le propriétaire d'un fonds de terre peut s'opposer à toute emprise permanente sur cet espace, la jurisprudence sanctionnant avec la même sévérité tout empiétement, qu'il soit aérien, de tréfonds ou de surface[1081]. Cette protection indique pour certains la consécration positive de la propriété de l'espace du dessus, même si quelques réserves peuvent émaner de la différence d'intensité de la protection attribuée à celui-ci comparativement à l'atteinte du tréfonds ou de surface[1082].

1075 *Contra.* J.-P. Blachier, *Les notions d'immeuble et de propriété à l'épreuve des droits de superficie*, thèse, Paris, 2000, n° 25, p. 199.

1076 P. Brouillaud, thèse, *op. cit.*, p. 118 : « La règle doit être uniforme. Elle doit l'être d'abord, parce que la loi s'exprimant en termes identiques, pour le plan inférieur et pour le plan supérieur, il est manifestement contraire, tant à sa lettre qu'à son esprit, d'admettre qu'un texte uniforme puisse poser des principes contradictoires » ; argument repris et approuvé par N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 130, p. 66.

1077 H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse, Poitiers, 1979, p. 154.

1078 P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 615.

1079 Voir en ce sens, un exemple pris par Monsieur Brochu à l'occasion d'un exposé concernant la représentation cadastrale des immeubles. F. Brochu, « La représentation sur le cadastre des immeubles dans toutes leurs dimensions », *in Mélanges offerts au Professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, PUL, 2006, p. 445, spéc., p. 474.

1080 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 100 et s., p. 51 et s.

1081 *Supra*., n° 146 et s.

1082 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 102, p. 52 et s.

261. Une propriété de l'espace toujours liée à celle du sol. À ce stade du raisonnement, la propriété de l'espace est encore liée à celle du sol et n'est pas encore considérée équivalente à celle du sol en lui-même, ou même simplement détachable de ce dernier[1083]. Lorsque l'on accepte de détacher la propriété de l'espace de celle du sol, la vision correspond dans une certaine mesure à l'utilisation pratique que l'on a du volume immobilier, qui se traduit par la division en trois dimensions de l'espace vertical de la propriété immobilière issue du sol. En d'autres termes, c'est toujours le sol qui détermine la propriété immobilière[1084]. Afin d'illustrer ces propos, nous pouvons rappeler la définition du volume immobilier proposée par Sizaire : « La division en volumes est 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 en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant, respectivement, dans l'emprise d'un volume défini géométriquement […] »[1085]. Cette définition du volume immobilier ne le fait exister que dans une utilisation technique[1086]. C'est également cette conception que l'on retrouve de façon plus laconique, mais tout autant démonstrative, dans l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil. Il qualifie effectivement le volume d'immeuble par nature à ses articles 527 et 562, mais le défini toujours comme une division d'un fonds en plusieurs parties impliquant une délimitation précise et l'établissement d'un état descriptif de division[1087]. Le volume n'est ici envisagé que comme une imbrication de droits de superficie rendant indispensable une géométrisation précise[1088]. Le lien au sol reste donc toujours présent en ce qu'il justifie la possibilité de créer des volumes impalpables comme autant d'objets de propriété qualifiés d'immeubles par nature. Pourtant, l'argument de l'uniformité du droit de propriété – généralement inséré dans des développements visant à démontrer que la propriété immobilière puisse être impalpable – va permettre une véritable redéfinition du fonds. En affirmant que la propriété mise en place par

1083 La position consiste alors à ne reconnaître la propriété de l'espace que tant que l'on a celle du fonds de terre. En ce sens, J.-L. Mourey, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, thèse, LGDJ, 1970, p. 263.

1084 En ce sens, J.-L. Bergel, « Divisibilité du tréfonds et droit de superficie », RDI 1998, p. 65. L'éminent Professeur rappelle en conclusion de son commentaire que « le droit de propriété immobilière garde les pieds sur terre : son assise au sol continue à le déterminer ».

1085 D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP N 1988, doctr., 3367, n° 1.

Voir également les développements de Messieurs Terré et Simler, qui envisagent le volume immobilier uniquement dans le cadre de la division « en sous-sol dans l'espace ou au dessus du sol » (F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 951, p. 845 et 846).

1086 Par ailleurs, dans cette définition, l'auteur ne conçoit le volume immobilier que comme une technique juridique de division de l'immeuble bâti, en opposition à la copropriété.

1087 Article 562 de l'Avant-projet de réforme du livre II du Code civil : « Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de divisions faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes ».

1088 *Supra*., n° 222.1.

l'article 552 est en réalité celle de l'espace, l'argument de l'uniformité de la règle vient poser les bases d'une conception totalement dématérialisée du fonds, qui avait été déjà théorisée par Savatier.

Paragraphe 2. Le fonds-volumique, conséquence de la propriété autonome du volume d'espace

262. Plan. Dès lors que l'on raisonne par rapport au « fonds de terre », la reconnaissance du volume désincarné ne se fait que par rapport à la propriété du sol. En d'autres termes, la propriété de l'espace n'existe que par celle du sol et, bien que sa division soit possible, elle ne s'exerce que par le biais d'une technique particulière qui aboutit à la mise en place d'une propriété superficiaire. Lorsque l'on poursuit le raisonnement, il apparaît pourtant que les travaux de Savatier vont en réalité conduire à une vision plus radicale : le sol va disparaître en tant qu'élément tangible, au profit d'une conception totalement volumétrique de la propriété immobilière. Ainsi, le volume va bénéficier d'une autonomie complète et devenir le fonds lui-même. Cette évolution s'est produite en deux temps : le premier est la constatation de la dématérialisation du sol par la parcelle (A), qui aboutira finalement au second temps : penser le volume comme la représentation du sol en trois dimensions (B).

A. La géométrisation horizontale du sol : la parcelle

262.1. Le fait que la propriété immobilière ne puisse exister sans une traduction tridimensionnelle a fait émerger l'insuffisance du sol à représenter, par lui-même, l'objet de cette propriété. Ne pouvant représenter pleinement le « fonds de terre » de l'article 518 du Code civil (1), les auteurs se sont interrogés sur la relation exacte qui pouvait exister entre le sol et le fonds de terre. Il en ressort que le fonds de terre n'est rien d'autre que la représentation parcellaire du sol dans une conception débarrassée de toute matérialité (2), seule à même de remplir parfaitement les critères de l'immeuble.

1. L'imperfection du sol-matière à caractériser le fonds de terre

263. La traduction du fonds de terre dans le Code civil : le sol. Nous l'avons vu, le Code civil met en avant le fonds de terre comme premier représentant de l'immeuble. Pourtant, si l'on cherche dans les dispositions de son livre II ce qu'il est précisément, aucune définition juridique ne s'y trouve. L'emploi du terme « fonds » dans le Code civil est pourtant massif[1089], mais aucune

1089 Quatre-vingt-dix huit occurrences au total, dont tout de même cinquante-quatre font référence au fonds de terre de l'article 518 du Code civil.

définition ne s'y trouve. Seule l'opposition avec le bâtiment de l'article 518 permet de le singulariser. Plus encore, le « fonds » du Code civil, lorsqu'il se réfère au « fonds de terre » de son article 518 s'embarrasse rarement de cette précision[1090], ce qui permet des interprétations plus ou moins larges de la notion. Il faut s'intéresser aux dispositions relatives à l'accession immobilière pour enfin y trouver une éventuelle caractérisation concrète : le sol. Lorsqu'il est compris en tant que fonds de terre, la prise en compte de la troisième dimension implique qu'il ne peut être uniquement constitué de la couche superficielle que nous pouvons fouler mais bien des épaisses couches de matière formant une base solide[1091] ; point qui est par ailleurs confirmé par l'article 642 du Code civil, qui prévoit l'existence pour un propriétaire d'une « source dans son fonds ».

264. Les éléments saillants de la primauté du fonds révélateur d'un sol surface. Le sol, traduction concrète du fonds de terre, serait ainsi l'immeuble primordial, contaminant à sa nature les meubles qui pourraient s'y incorporer[1092] et bénéficiant d'une primauté indépassable envers tous les autres immeubles[1093]. Les raisons d'une telle supériorité du sol seraient liées à la seule réalité naturelle, qui lui aurait octroyé fixité parfaite et perpétuité quasi absolue. Le sol serait donc la réduction la plus pure de l'immeuble. Cette perpétuité impliquerait que contrairement à l'ensemble des autres biens, meubles comme immeubles, le sol possède une faculté régénératrice l'empêchant de subir quelconque destruction. Cette présentation du sol, soutenue par l'ensemble de la doctrine classique, abouti à traduire ce dernier avant tout comme une surface.

265. La fixité naturelle du sol. Concernant la fixité parfaite du sol, il ne s'agit ni plus ni moins de constater son immobilité naturelle, là où l'ensemble des autres biens sont naturellement susceptibles de pouvoir être déplacés sauf à être incorporés. Les rédacteurs du Code civil entendaient ainsi qualifier d'immeuble tout bien se caractérisant par sa fixité[1094], et avaient déjà conscience de la primauté du fonds de terre sur ce point, qu'ils concevaient comme l'immeuble originel[1095]. L'idée générale peut être ainsi résumée : « ce qui fait l'immeuble, c'est le sol, chose

1090 Seul l'article 687 évoque précisément le « fonds de terre », les autres se contentant du terme « fonds ».

1091 Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 26, p. 53.

1092 En ce sens, Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12ème éd., 2014, n° 39 et s., p. 28 et s. ; Ch. Demolombe. *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 97 et s., p. 42 et s.

1093 Primauté que l'on a résumé sous l'adage « s*uperficie solo cedit* », que l'on peut traduire par la formule suivante : « Le sol l'emporte sur ce qui est à la surface » (traduction proposée par Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 442, p. 148).

1094 En ce sens, Troisième projet de Code civil, présenté par J.-J.-R. de Cambacérès, *in* P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome I, Paris – Videcoq, 1836, p. 241. L'article 398 de ce projet est ainsi rédigé : « Les biens immeubles sont ceux qui, par leur nature ou leur destination, ont une situation fixe ».

1095 Troisième projet de Code civil, *op. cit.*, p. 241. L'article 399 de ce projet poursuit en précisant : « Sont immeubles par leur nature, Les fonds de terre et tout ce qui s'y tient, comme […] ». En faisant dépendre la nature d'immeuble à

immobile s'il en est »[1096]. Le fonds de terre est ainsi conçu comme la seule chose originellement immobilière et qui va transmettre sa nature aux choses s'y incorporant.

265.1. Certes, il est possible de relativiser la prémisse de cette affirmation par le constat que l'immobilité du sol est somme toute relative[1097] au regard de la planète ou encore des plaques tectoniques, qui sont en mouvement. Cependant, il ne semble pas que cela doive remettre en question la fixité parfaite du sol telle qu'elle est comprise par le juriste. Pour ce qui est du mouvement de la planète, il n'est simplement question que de référentiel. Or, pour le droit civil, celui-ci est le globe terrestre coupé de l'espace par son atmosphère et soumis à la gravité. Dans ce référentiel, notre planète est extérieure à la révolution constante qu'elle effectue autour de son étoile et remplit les critères de l'immobilité. Pour ce qui est du mouvement des plaques tectoniques, il suffira de constater que la réalité juridique s'éloigne parfois de la réalité scientifique[1098] et que ce mouvement, bien réel, reste négligeable au sens des critères ici recherchés par le droit. En effet, la fixité telle qu'elle est comprise par le Code civil n'a pour seule fonction que de s'assurer de la persistance de la présence d'une chose dans un espace déterminé. Cette dernière est donc représentée avant tout par le sol, qui, par le jeu de la force gravitationnelle en remplit les critères. Ce point reste par ailleurs démontré dès lors que l'on s'intéresse à la consistance de la notion d'incorporation, qui accepte notamment de qualifier d'immeuble des éléments simplement posés sur un socle, à partir du moment où des moyens particulièrement exceptionnels sont nécessaires pour les mouvoir[1099].

---

l'incorporation des éléments au sein du fonds de terre, le Code civil présente bien un véritable caractère originel à l'immeuble que constitue le fonds de terre, en raison de sa fixité naturelle.

1096 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit*., n° 92, p. 148.

1097 En ce sens, D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 89, p. 120 et s.

1098 C. Giraud, *La chance en droit administratif,* thèse, PUAM, 2019.

1099 Nous pouvons ainsi prendre pour exemple l'obélisque de la Concorde (emprunté à Y. Trémorin, *L'immobilisation par destination*, thèse, Poitiers, 2000, p. 823, note 121), ou encore lorsqu'une partie importante de l'ouvrage, voir sa partie principale est simplement posée sur un ensemble qui lui bénéficie d'une accroche terrestre, tel un silo. En ce sens, Cass. civ. 1re, 20 décembre 1993, n° 91-21434, Bull. civ. I, no 374. Ainsi, le silo simplement posé sur des fondations au sol a pu être qualifié d'immeuble au sens de l'article 1792 du Code civil, au motif qu'il présentait « un ensemble très important et solidaire […] malgré la possibilité de son déplacement lequel ne pouvait s'effectuer qu'en recourant à des moyens très importants ». On peut voir ici une référence implicite à l'idée que l'incorporation doit s'appliquer sur un immeuble complet, afin d'éviter un morcellement qui le rendrait inutile.

Il faut néanmoins préciser que ce n'est pas le seul critère pris en compte, car l'incorporation s'appliquer à des meubles conservant une véritable facilité de déplacement. Il en résulte que l'incorporation ne se satisfait pas d'une seule traduction matérielle (voir notamment, G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 93, p. 83 ; Ch. Aubry, Ch. Rau, *op. cit.*, § 164, n° 21, p. 36 et s. ; W. Dross, thèse, *op. cit.,* n° 41 et s., p. 49 et s.). N'impliquant pas obligatoirement l'existence d'attache matérielle et la disparition de l'individualité du bien, il faudrait plutôt raisonner en termes de complétude de l'ensemble (Ch. Demolombe, *op. cit*., n° 292, p. 161 et s. ; W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 48, p. 56). Appliqué au sol – compris juridiquement au sens de fonds de terre – l'insuffisance de la traduction matérielle de l'incorporation n'ont de sens que pour la distinction des éléments qui, bien qu'incorporés, restent parfaitement individualisables (trésors ou vestiges archéologiques) et ne font alors pas partie du fonds dans lequel ils sont pourtant situés. Une telle remarque n'emporte cependant aucune conséquence quant à l'immobilité naturelle du sol.

265.2. Dès lors que l'on constate que la fixité n'est caractérisée que par la persistance de la chose à un endroit unique et déterminé, la fixité du sol ne semble incontestable qu'à partir du moment où il est considéré, non pas au regard de l'amoncellement de matières qui le compose, mais comme une entité, un bien à part entière indépendant de son contenu. Ce point semble déjà se retrouver chez Planiol et Ripert qui, lorsqu'ils entendent traiter du sol, lui préfèrent le terme de « terrain »[1100]. Cette caractérisation du sol comme bien à part entière diminue quelque peu l'importance de ses particularités matérielles aux yeux des juristes qui commencent à l'envisager comme une étendue délimitée, une surface géométrique. Savatier soulèvera d'ailleurs ce point avec vigueur, en affirmant que seule la surface d'un fonds est véritablement immobile, la matière qui le compose étant au moins « virtuellement meuble »[1101]. En définitive, la fixité parfaite du sol n'est pas issue de l'immobilité de la matière, mais bien d'une conception géométrique représentant son emplacement, unique, exclusif et immuable – sauf à faire référence à l'écoulement de temps si lointain qu'il n'intéresse pas le droit. Si certains auteurs ont pu remarquer que les rédacteurs du Code civil ont entendu limiter l'immeuble à la seule constatation de l'évidence par les sens et la fixité physique[1102], il faut néanmoins convenir que cela procède surtout de l'absence de raffinement de la notion et n'a pas pour conséquence de limiter la fixité à la seule réalité matérielle sensible, qui reste moins parfaite que celle issue de la réalité géométrique[1103]. Ce détachement de la matière composant le sol va se retrouver aussi dans l'explication de sa perpétuité.

266. La perpétuité réelle du sol. Précisons qu'il faut d'abord distinguer le caractère perpétuel propre à la chose objet du droit – le sol – de celui que l'on attribue au droit de propriété lui-même, qui est principalement caractérisé par son imprescriptibilité[1104]. Présenté comme étendard de la supériorité du sol au regard des autres immeubles susceptibles de destruction, la perpétuité lui conférerait la faculté de survivre aux modifications de sa substance et à la destruction des éléments le composant. Cette conception, qui se veut ancrée dans la réalité et se constaterait par la seule observation de la nature, mérite néanmoins quelques précisions. Certes, la plupart du temps, aussi

1100 M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 70, p. 75.

1101 R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, Chron., p. 213. Voir aussi, W. Dross, *Les choses*, *op. cit*., n° 340-1, p. 626 : « Au plan théorique, cette conception présente l'avantage de donner au critère de fixité sa vérité. Au vrai, tous les éléments qualifiés d'immeubles, que l'on parle d'immeuble par nature ou par incorporation, sont déplaçables, végétaux que l'on peut transplanter, bâtiments que l'on peut démonter […] Sa fixité n'est véritable que dans une approche désincarnée, car l'arrachement de matière, quelle que soit son importance, n'affecte jamais l'immeuble conçu comme un volume idéal, toujours situé abstraitement dans l'espace ».

1102 M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 752 et s., p. 303 et s.

1103 En ce sens et à propos du volume d'espace, M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit*., p. 330 et s.

1104 En ce sens, W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27.

loin que l'on creuse, l'on trouvera toujours un sol. Ainsi, si l'on en reste à la simple observation générique, le sol reste le sol quels que soient les ajouts ou suppressions de matières qu'il subit. Cette remarque est également valable pour les immeubles qui ne sont pas le sol. À titre d'exemple, les changements de substance sont également envisageables pour les bâtiments, qui peuvent survivre à la disparition partielle de certains éléments les composant. Ainsi, la perte d'une partie de la toiture d'une maison, ou d'une fenêtre, ne remettra pas en question l'existence du bâtiment en lui-même, tout comme sa nature d'immeuble. En d'autres termes, quel que soit l'immeuble, il est possible qu'il survive à la modification de sa substance, au moins dans une certaine mesure. C'est ici le cœur de la distinction : le sol bénéficierait d'une perpétuité plus absolue que les autres immeubles en ce que le spectre de sa disparition est beaucoup plus éloigné. L'affirmation se vérifie que ce soit du point de vue temporel – la destruction d'un bâtiment est d'une proximité bien plus immédiate que celle de la planète – ou de sa substance. Le sol, qui bénéficie d'une réserve de matière quasi-infinie à l'échelle de l'utilisation humaine, supportera en effet la suppression de ses éléments de façon presque absolue, ce dont restent incapables les autres immeubles qui n'ont qu'une réserve de matière en nombre fini.

266.1. Tout comme lorsqu'il est question de l'immobilité, cette vision des choses n'est pas valable dès lors que l'on comprend le sol comme d'un bien à part entière. Pour illustrer ces propos, nous pouvons prendre l'exemple de l'érosion côtière. Si l'on comprend le sol uniquement par la matière qui le compose, il subit alors – au sens du droit – une disparition : certes, le sol continuera d'exister sous la mer, mais au sens juridique, la partie effondrée sous les eaux aura disparu pour son propriétaire et deviendra propriété publique. De ce point de vue purement matériel, le sol n'est donc pas perpétuel, surtout dans sa traduction juridique. Pourtant, parce que l'on raisonne en tant que sol « entité finie », il se produit, non pas une disparition, mais une simple modification naturelle des frontières de ce dernier[1105]. En d'autres termes, le sol n'est ici compris que comme une entité dont la caractéristique principale est d'être délimitée horizontalement, c'est-à-dire, encore une fois, une surface. La réduction du sol à ses seules références géométriques lui permet d'aboutir à une perpétuité absolue, issue du constat suivant : là où la matière peut disparaître, la surface continuera d'exister tant que le référentiel terrestre le permettra. Cette compréhension pose les prémisses de ce que sera la traduction principale du sol sous l'impulsion de la publicité foncière et de la réglementation des lotissements : la parcelle de terre.

1105 Ce point fait néanmoins apparaître les limites de l'abstraction totale du fonds de terre : celui-ci reste en partie déterminé par la matière. Sur cette question, *infra*., n° 336 et s.

2. Le sol réduit à son abstraction horizontale : la parcelle

267. Prémisse de la reconnaissance du sol « surface ». Par suite des développements précédents, on saisit que l'immobilité et la perpétuité naturelle du sol dont parlent certains auteurs impliquent une compréhension du sol comme une surface précisément délimitée. Ainsi, outre le « terrain »[1106] de Planiol et Ripert, le doyen Carbonnier, lorsqu'il fait référence au sol, parle de « découpe […] en quadrilatères »[1107], ou plus généralement, de « portion de territoire »[1108]. La même idée se retrouve chez Pierre Catala, qui va mettre en avant la « surface du sol »[1109]. Pourtant, ces auteurs n'envisagent pas la propriété en abstraction totale au sol, comme en témoignent les termes employés qui montrent une persistance de l'attache à la matière palpable. La matière composant ce dernier conserve son importance et l'on se rapproche en réalité de la vision du Code civil ne faisant *a priori* de la surface qu'une simple qualité éventuelle du fonds de terre[1110].

268. Reconnaissance du sol « surface ». L'abstraction totale du sol en de simples côtes géométriques sera l'œuvre du doyen Savatier. Il ne limitera pas sa démonstration à une simple vue de l'esprit et fonde sa théorie sur l'évolution concrète de la représentation du sol et son utilisation par le Droit. En d'autres termes, il constate que la conception purement abstraite du sol ne relève pas de la volonté même du législateur de 1804, mais de la souplesse des textes mis en place et de leur exploitation postérieure. Le Professeur Savatier remarque donc que le sol a connu un véritable passage « du concret à l'abstrait »[1111].

1106 M. Planiol, G. Ripert, *op. cit.*, n° 70, p. 75.

1107 J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 796, p. 1742.

1108 J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 710, p. 1599 ; n° 795, p. 1741.

1109 P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne », RTD Civ. 1966, p. 185, spéc., n° 6, p. 189.

1110 Cette assimilation de la surface à une simple qualité du sol se retrouve dans le Code civil lorsqu'il est question de la délivrance de la chose vendue (En ce sens, R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1., spéc., n° 3, p. 3). En effet, ses articles 1616 et suivants font apparaître qu'une différence de surface du bien vendu entre celle annoncée et celle effectivement livrée constitue un manquement à la conformité quantitative de la chose vendue en raison de la diminution de sa contenance (M. Mignot, *JurisClasseur Civil Code, articles 1603 à 1623. Vente – Obligations du vendeur – Délivrance : généralités. Étendue,* Fasc. 10, n° 160 et s.). Une telle différence peut éventuellement donner lieu à une action en réparation du fait du manquement à la délivrance conforme (En ce sens, O. Tournafond, obs. sous Paris, 9 mai 1990, D, 1991, p. 166), voire, ouvrir une action en nullité pour vice de consentement lorsque l'utilisation prévue par l'acheteur est impossible en raison de la réduction de la surface (En ce sens, Cass. civ., 23 novembre 1931, D. 1932, I, 129, note L. Josserand. Dans cette affaire, la Cour de cassation accueille l'action en nullité pour erreur sur les qualités essentielles de l'objet du contrat en raison de la réduction de la surface du bien, celle-ci ayant rendu le bien impropre à la destination voulue par l'acquéreur et connue du vendeur).

Par ailleurs, il ne s'agit que d'une qualité éventuelle, car pour que la réparation puisse avoir lieu, encore faut-il que l'acte de vente comporte une mention faite à la contenance du bien vendu de façon directe – par l'indication précise de la superficie du bien – ou indirecte – par l'indication du prix au m² du bien vendu.

1111 R. Savatier, *loc. cit.*

268.1. Ce passage, Savatier l'attribue originellement au droit fiscal, qui aurait grandement participé à la vision d'un sol désincarné par l'instauration du cadastre. S'il reconnaît qu'en France, l'instauration de ces documents n'a pas directement effacé la substance du fonds, il considère qu'elle a néanmoins marqué une première étape qui sera complétée par une vision légale du sol de plus en plus sujette à son abstraction. Il fait ainsi référence aux dispositions du Code rural portant sur les remembrements et baux ruraux qui traitent du fonds de terre comme d'une simple parcelle[1112] ; ainsi qu'à la réglementation en matière de lotissement qui consiste au découpage d'un terrain en différentes parcelles destinées à être, par la suite, construites. Il note qu'il se produit ici une abstraction totale du sol qui, dans un premier temps, sera compris uniquement comme une figure géométrique, pour ne ressurgir de façon concrète que dans un second temps par la construction qui y sera par la suite édifiée[1113].Il termine son analyse par ce qu'il considère être le point final de l'abstraction du sol : l'entrée en vigueur du décret du 4 janvier 1955. Selon lui, depuis cette réforme de la publicité foncière, le sol est uniquement représenté par la parcelle et les numéros d'identification qui apparaissent sur les documents cadastraux et c'est à eux que font référence l'ensemble des formalités civiles désignant le fonds de terre[1114].

269. Maintien actuel de cette conception. Pour peu que l'on adhère à l'analyse de Savatier dans la relation qu'il établit entre l'utilisation du terme désignant le sol comme une surface et l'abstraction réelle dont il fait l'objet, force est de constater que le mouvement a continué en ce sens, s'éloignant toujours un peu plus des éléments concrets attachés au fonds de terre du Code civil de 1804. Ainsi, en reprenant les exemples utilisés par Savatier, on constate aujourd'hui que le terme parcelle est utilisé dans cent quatre-vingt-treize articles du Code rural et de la pêche maritime[1115], et que la législation en matière de lotissement fait désormais référence au terme « unité foncière »[1116], réduisant le fonds à un contenant indistinct.

269.1. Cette abstraction résulte également de la pratique. Ainsi, la spéculation immobilière considère le sol comme un simple investissement et amène à raisonner en surface et rentabilité

1112 R. Savatier, *op. cit*., n° 4, p. 4 et 5.

1113 *Ibid.*

1114 R. Savatier, *op. cit.,* n° 5, p. 5 et 6.

1115 En s'intéressant à l'emploi de l'occurrence « parcelle » dans l'ensemble des articles des Codes en vigueur, le nombre monte à 478 articles et annexes. Les références à la parcelle sont principalement issues du Code rural et de la pêche maritime : 193 articles et 1 annexe, du Code forestier : 65 articles, du Code de l'environnement : 47 articles et 2 annexes, du Code de l'urbanisme : 35 articles, et enfin du Code général des impôts : 22 articles.

1116 Article L. 442-1 du Code de l'urbanisme : « Constitue un lotissement la division en propriétés ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis ».

plutôt qu'en termes de matière et d'éléments concrets. On a pu trouver en conséquence que sol possédait « une certaine fongibilité »[1117], et l'assimiler à une chose de genre, c'est-à-dire qu'il puisse être déterminé par leur seule surface et de ce fait, interchangeable[1118]. Force est de constater que, malgré la présentation traditionnelle de l'immeuble lui déniant ce caractère pour le réserver aux meubles[1119], l'on trouve des exemples dans lequel l'assimilation du sol à une chose de genre est parfois incontestable. Ainsi, la jurisprudence accepte parfois de considérer le sol comme une chose déterminée par sa seule mesure, lorsqu'il s'agit de vendre une partie de la superficie d'une parcelle plus vaste : il est alors simplement demandé aux parties de déterminer la surface qui sera détachée, sans obligation d'en préciser la localisation précise[1120]. Ce traitement du sol comme d'une chose de genre – par nature fongible – en raison de la volonté de leur propriétaire le fait apparaître sous un aspect particulièrement désincarné, ses caractéristiques matérielles totalement occultées par la surface qu'il représente, seul critère pris en compte. L'abstraction du sol en une surface horizontale reste cependant insuffisante à représenter efficacement le fonds, dont nous avons vu qu'il était nécessairement tridimensionnel. C'est le constat auquel aboutit Savatier, avant d'esquisser une réflexion qui aboutit finalement à considérer le volume immobilier comme la représentation parfaite du fonds.

1117 F. Zenati, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 13, spéc., p. 19 : « l'immeuble devient un objet de commerce, […], et tend, de ce fait, à acquérir une certaine fongibilité. Ce qui intéresse son acquéreur, c'est souvent plus une quantité de mètres carrés qu'un emplacement déterminé ». C'est également dans le même sens que se prononce le doyen Carbonnier, lorsqu'il remarque qu' « il est des terrains à bâtir qui se débitent au mètre carré, chaque mètre carré étant fongible avec les autres malgré la différence de situation » (J Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens*, PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 715, p. 1609). Très récemment, W. Dross, « Les immeubles non délimités : bornage ou partage ? », note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, RTD Civ. 2020, p. 424.

Pour une reconnaissance générale de la fongibilité des immeubles : A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », RTD Com. 1995, p. 307, spéc., n° 11 ; Y. Kalieu, « De la fongibilité des immeubles », LPA, 17 octobre 2001, p. 5.

1118 À s'en tenir au strict droit des biens, il s'agirait surtout de dire que le sol est parfois compris comme une chose de genre. Si elles sont souvent assimilées en droit des biens, les choses fongibles doivent être distinguées des choses de genre. La chose de genre est celle qui est déterminée au nombre, à la mesure ou au poids. La fongibilité est un concept issu du droit des obligations qui suppose que les choses ainsi qualifiées ont un pouvoir libératoire équivalent à l'égard d'une créance. En ce sens W. Dross, « Liberté contractuelle et qualification des biens », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 249, spéc., n° 9, p. 255 (Voir déjà M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 58, p. 63. Néanmoins, après avoir qualifié les choses fongibles de « rapport d'équivalence entre deux choses » au regard de leur valeur libératoire d'une créance, les auteurs limitent celles-ci aux choses de genre).

1119 J. Carbonnier, *loc. cit.* L'auteur oppose ainsi les choses de genre – sujette à la fongibilité – des corps certains – qui ne peuvent la connaître – dont l'immeuble serait un représentant par nature en ce que « deux terres, même d'égale superficie et de composition homogène, ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace ».

1120 En ce sens, Cass civ., 3ème, 17 juillet 1968, n° 65-14.570, RTD Civ. 1969, p. 137, note G. Cornu ; Cass civ., 3ème, 15 février 1984, n° 82-15.465.

B. La géométrisation tridimensionnelle du fonds : le volume immobilier

270. Émergence de l'idée d'un fonds-volumique. Les observations de Savatier l'ont conduit à constater que le sol n'était finalement rien d'autre qu'« une substance juridique dématérialisée »[1121]. Encore fallait-il que cette conception respecte les principes attachés à la propriété immobilière. Or, il remarque que cette conception purement horizontale du sol vient s'opposer à l'article 552 du Code civil et la tridimensionnalité de la propriété immobilière qu'il consacre. Il applique donc l'abstraction du sol surface à la troisième dimension pour en déduire que la propriété du sol ne porte en réalité pas sur une surface, mais bien sur un volume d'espace désincarné[1122]. C'est bien ici une conception du fonds en volumes que l'on retrouve, et non une simple évolution du droit de superficie. Plutôt que de considérer que le volume immobilier est un objet de propriété immobilière enclavée dans un fonds plus vaste, il s'agit ici de proposer une analyse qui le conçoit comme une véritable division du fonds. Le rattachement au sol est alors évincé, car le volume devient le sol lui-même, dans une conception tridimensionnelle[1123]. Ce point n'avait par ailleurs pas échappé à l'intuition de Baudry-Lacantinerie qui faisait remarquer, bien avant l'idée du gigantisme urbain, que « ce qui est immeuble dans le sol, c'est la surface géométrique ou, si l'on veut, son volume d'ensemble, le sol ne saurait être déplacé tel qu'il est, pas même par parcelle »[1124].

270.1. Pourtant, Savatier lui-même ne tirera pas toutes les conclusions de ces propos en adoptant, dans ses écrits postérieurs, une position bien plus mesurée limitant le volume à n'être qu'un outil d'édification issue de la technique superficiaire[1125], qui permet de délimiter précisément des espaces objets de droit de propriété distincts. Sans doute, cette restriction tient avant tout du contexte de l'époque, voyant dans le volume immobilier un espace de liberté dans l'édification des grands ensembles immobiliers. L'assimilation totale du volume immobilier au fonds ne sera cependant pas abandonnée pour autant, une grande partie des auteurs traduisant actuellement le fonds en un volume. Ainsi, la doctrine a certainement « pris conscience que la propriété foncière ne consiste pas uniquement en celle d'une surface mais également en celle d'un volume »[1126]. Les

1121 R. Savatier, *op. cit.,* n° 7, p. 7.

1122 R. Savatier, *op. cit.,* n° 8, p. 8.

1123 En ce sens, N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 109, p. 55 ; *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 49. D. Richard, thèse, *op. cit., passim*.

1124 G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, p. 22.

1125 R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, Chron., p. 213, et surtout : « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, chron., p. 103.

1126 L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001, n° 78, p. 84.

présentations actuelles de la propriété foncière vont en ce sens. Ainsi, on peut lire – outre Monsieur le Rudulier qui assimile toute propriété immobilière à celle d'un volume[1127] – que « la propriété foncière n'est fondamentalement autre chose que la maîtrise exclusive d'un espace, dont la définition par référence à une parcelle foncière n'est que le procédé habituel d'identification »[1128] et que le fonds s'envisage « au travers de la partie d'espace qu'il occupe ou qu'il renferme »[1129].

271. Confirmation par l'uniformité de la règle de droit. Ce passage du fonds de terre au volume immobilier est renforcé par la justification même de la propriété de l'espace tirée de l'article 552 du Code civil, dont on a remarqué qu'il établissait une propriété tout à fait uniforme, totalement indifférente à la présence – ou non – de la matière[1130]. Dès lors que la consistance est indifférente à la propriété, la présence du sol n'est plus un élément indispensable à l'existence d'un fonds. Cette idée est renforcée par l'observation de la pratique des grands ensembles immobiliers, pour lesquels on soutient que le sol disparaît au profit de dalles artificielles[1131]. Plus encore, dans une telle opération, il est créé des volumes particulièrement hétérogènes dans leur substance : certains ne sont composés que de tréfonds, d'autres uniquement d'espace, et certains englobent une partie du tréfonds et du sur-sol. Or, que ce soit avant ou après édification de l'ensemble, tous ces volumes immobiliers suivent le même régime juridique, ce que l'on attribue à leur identité de nature. En d'autres termes, la consistance du volume étant indifférente pour le droit[1132], ils relèveraient tous de la propriété foncière par leur nature de contenant « primaire » et seraient donc, tous constitutifs d'un fonds à part entière. Il se produirait alors un raffinement, non pas du droit de superficie, mais dans la compréhension du fonds : celui-ci, passé du fonds de terre à la parcelle, s'analyse désormais comme un volume. Cette analyse ne fait finalement qu'appliquer l'incontestable tridimensionnalité du sol à son abstraction, la parcelle. Ainsi, le volume serait – comme la parcelle – le contenant primaire à toute propriété immobilière.

1127 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 109, p. 55.

1128 F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 950, p. 844.

1129 M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. Unique, n° 18. Également en ce sens, H. Périnet-Marquet, « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in Études offertes à J. Beguin*, Paris, Litec, 2005, p. 643 ; E. Meiller, *La notion de servitude*, thèse, LGDJ 2012, n° 315, p. 540 ; F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 318, p. 441.

1130 *Supra.*, n° 259.

1131 N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 142, p. 73 et s.

1132 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 49, affirmant que « le droit qui trouve à s'exercer sur un volume est un droit de propriété en tous points comparable à celui sur un volume intégrant le sol naturel ».

272. Confirmation par le respect des traits saillants du fonds par le volume. À l'appui de cette affirmation, on retrouve dans le volume les critères qui sont attribués au fonds de terre, à savoir une immobilité parfaite et une perpétuité absolue[1133]. Nous avons vu que la qualification d'immeuble tient initialement à la persistance de l'occupation d'un espace par une chose déterminée[1134]. Il en a été déduit que seul le sol pouvait se targuer d'une immobilité parfaite, justifiant en partie sa primauté sur l'ensemble des autres immeubles et la transmission de sa nature à tout ce qui va s'y incorporer. Seulement, on a fait remarquer que cette immutabilité n'était certaine qu'à partir du moment où l'on comprend le sol comme une surface abstraite, une parcelle[1135]. Cette abstraction du sol effectuée, il suffisait ensuite de conclure que de la même manière que la parcelle, le volume bénéficiera d'une fixité parfaite en ce qu'il est précisément délimité de façon géométrique par un ensemble de côtes déterminées en fonction d'un référentiel terrestre : il occupera alors « *immuablement* la même place sur le globe terrestre »[1136]. Dans cette hypothèse, le sol est réduit à n'être que la matière du point de référence du mouvement potentiel des choses : le globe terrestre. Il n'est donc plus un élément constitutif de la propriété foncière, tout en restant un instrument indispensable d'identification du volume[1137]. La transposition de la perpétuité absolue de la parcelle au volume ne pose pas plus de difficulté et l'on se contente la plupart du temps de rappeler qu'il n'existe rien de plus éternel qu'une figure géométrique déterminée servant de contenant, dès lors que son point de référence – le globe terrestre – existe[1138]. Une partie de la doctrine est donc catégorique : le volume immobilier, c'est le fonds, le contenant primaire de tout bien immeuble.

273. Confirmation contrastée de l'analyse du droit positif. Si l'on suit la logique poursuivie jusqu'alors par les partisans de l'assimilation du volume au fonds, leurs observations doctrinales devraient se retrouver de façon latente dans notre droit en raison des solutions rendues par les juridictions administratives comme judiciaires. Seulement, l'assimilation du volume au fonds est souvent évincée au profit de la seule constatation de la qualification d'immeuble par nature du

1133 *Supra*., n° 264 et s.

1134 *Supra*., n° 265.1. et s.

1135 R. Libchaber, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Biens – Présentation des biens selon le Code civil,* n° 118. Il affirme que l'immutabilité du sol n'est certaine « que si on ne le considère pas comme une surface physique faite de matière – car celle-ci est toujours déplaçable –, mais bien comme une portion idéale de l'écorce terrestre ». Déjà en ce sens, R. Savatier, « La propriété de l'espace », *op. cit*., p. 213.

1136 R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *op. cit*., spéc., n° 5, p. 105. Dans le même sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 143, p. 73 ; M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit*., p. 330 et s.

1137 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 143, p. 74 ; M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit*., n° 820 et s., p. 339 et s.

1138 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., 144, p. 74 et 75.

volume. Tout au plus, nous pouvons citer la cinquième recommandation de la commission relative à la copropriété, qui, en 1991, propose d'assimiler le volume non construit issue de la division du fonds comme d'une « entité foncière indépendante »[1139]. Cette qualification fut néanmoins absente des versions ultérieures, qui se contentent d'assimiler le volume à un immeuble par nature[1140].

273.1. L'analyse de la jurisprudence par les auteurs ne fait pas plus état de cette assimilation. Cela peut s'expliquer pour deux raisons. La première émane des réserves tirées de la jurisprudence elle-même. Cette dernière n'ayant jamais expressément consacré la propriété d'un volume abstrait, c'est dès lors vers ce point que se centre l'analyse des rares arrêts pouvant se comprendre en ce sens, occultant alors sa potentielle caractéristique foncière. Par ailleurs, il est vrai que les arrêts en question ne portaient pas en eux d'ouverture vers une telle analyse. Ainsi, en 1989, lorsque la Cour de cassation décide d'assimiler le lot transitoire à un « lot privatif » de copropriété constituant un immeuble par nature[1141], la présence inévitable d'une quote-part de parties communes comprenant le sol aurait suffi à ternir une analyse visant justement à en démontrer l'absence d'intérêt[1142]. Plus encore, lorsque le Conseil d'État décide de qualifier un volume *a priori* sans consistance matérielle d'immeuble par nature afin de le soumettre à la taxe foncière[1143], il l'assimile en substance à un immeuble bâti, c'est-à-dire, moins un fonds qu'un immeuble par incorporation. La seconde s'explique par le fait que de nombreux auteurs n'accordent pas de particularités spécifiques au caractère « foncier » de la propriété immobilière : toute propriété immobilière étant de façon monolithique une propriété foncière, nul besoin de s'affairer à les distinguer. Pourtant considérer le volume, non pas comme un objet de propriété issue de la division du fonds, mais comme le fonds lui-même implique un certain nombre de conséquences.

274. Conclusion de section. La reconnaissance de la propriété du volume d'espace s'est faite en plusieurs temps. Le premier fut la constatation de la prise en compte de la tridimensionnalité par

---

1139 *Recommandation de la Commission relative à la copropriété*, JCP N 1991, prat., p. 177.

1140 *Recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division*, Loyers et copro., n° 6, juin 2008, comm. 137. Cette évolution est certainement due à l'émergence de la notion d'« unité foncière » en droit de l'urbanisme, à laquelle le volume reste extérieur. Sur ce point, *infra.*, n° 353.1 et s.

1141 Cass civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-18.188, D. 1990, juris., p. 216, note P. Capoulade, C. Giverdon ; RTD Civ. 1990, p. 304, obs. F. Zenati.

1142 Pour la plupart des commentateurs actuels de l'arrêt, cette indivision sur le sol ne suffit néanmoins pas à justifier la qualification d'immeuble par nature. Cette dernière est donc la consécration d'une vision purement dématérialisée de l'immeuble, c'est-à-dire, d'un volume. En ce sens, R. Libchaber, Rép. Dalloz, *op. cit.*, n° 161 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 144, p. 74 ; M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil Code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. unique, n° 58.

1143 CE, 16 mars 2016, n° 374432, « SCI MOG 5 », Droit fisc. 2016, comm. 348, voir également sur ce point, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 48.

l'article 552 du Code civil. Puis, est venu le second temps qui aboutit à constater la faculté de la propriété à porter sur des choses impalpables. À ce moment, le volume immobilier est encore compris comme une division particulière du fonds de terre. Sans anticiper les critiques de cette conception[1144], l'étude des différentes étapes conduisant à la reconnaissance d'un volume d'espace invite néanmoins à comprendre ce dernier comme le fonds lui-même et non pas comme une propriété superficiaire issue de la division du fonds. Cette conclusion s'impose lorsque l'on tire toutes les conséquences de la vision du doyen Savatier, qui conduit à s'affranchir totalement du sol.

Section 2. Les conséquences de l'émergence du fonds-volumique

275. Rappel de la théorie. En acceptant d'écarter une matérialité du sol qui n'aurait pas lieu d'être et en ayant constaté la réalité de son abstraction, la conception de l'immeuble s'en trouve profondément modifiée. Le volume immobilier constituerait donc le « fonds de terre » du Code civil. Il en résulterait que « la division en volumes [ne serait] autre que la transposition en trois dimensions d'une division foncière « classique » […] En créant des volumes, en créant des sols artificiels […] des terrains qui ont vocation à recevoir des constructions »[1145]. Sous cet aspect, le volume immobilier n'est donc plus le résultat d'une technique superficiaire entraînant une rupture exceptionnelle de l'unité de l'immeuble. Procéder à une division en volumes ne serait rien d'autre qu'effectuer une division parcellaire classique bénéficiant elle-même de cette unité. Plus qu'une « machine à hacher le sol »[1146], le Code civil serait un outil de découpage de l'espace.

276. Plan. Le rattachement n'est pas anodin. Si les différences entre la propriété foncière et le reste des propriétés immobilières ne sont pas nombreuses, elles entraînent tout de même des conséquences notables tant en matière de droit de l'urbanisme (Paragraphe 2) que de droit civil (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Les conséquences applicables en droit civil

277. Délimitation de l'étude. Nous avons pu affirmer précédemment que le droit civil ne faisait pas état d'une éventuelle distinction au sein de la grande famille des immeubles par

1144 *Infra*., n° 320 et s.

1145 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 149, p. 78.

1146 Selon le terme employé couramment au XIXe siècle afin de qualifier les dispositions du Code civil relatives à la propriété foncière, notamment en matière de succession. Sur ce point, L. Jaume, « Terminer la Révolution par le Code civil ? », Histoire de la justice, 2009/1, n° 19, p. 183, spéc., n° 35.

nature[1147] en assimilant au « fonds », principalement le sol mais également une grande part de ce qui y est incorporé. Cela ressort particulièrement des dispositions du Code civil : ce dernier parle indistinctement de « propriété foncière », de « fonds », du « sol » ou encore de « propriété immobilière » afin de désigner tous types d'immeuble par nature et il met en place un régime unique basé sur ces expressions. La question se pose alors de l'impact de la conception volumique du sol sur ces dispositions. Il convient d'écarter ici la question des servitudes dont l'adaptation au volume ne résulte pas de la reconnaissance volumique du sol, mais d'une conception particulièrement élargie de la notion de « fonds » en la matière[1148]. Il convient tout de même de préciser que certaines servitudes légales ont été spécifiquement pensées pour s'appliquer aux relations horizontales entre les fonds de terre et ne pourront pas s'appliquer à d'éventuels fonds-volumiques lorsqu'ils sont envisagés dans le cadre d'une opération de construction d'un immeuble collectif. Ainsi en est-il des servitudes encadrant la distance des plantations[1149] ou des constructions[1150] situées en limite de fonds, ou encore des servitudes de jour et de vue[1151].

277.1. Pour le reste, si certaines dispositions relatives au sol-matière ou au fonds sont indifférentes à une conception volumique du sol et s'appliquent indistinctement à toute propriété immobilière[1152], d'autres articles témoignent de l'ancrage important du Code civil au sol-matière et lui reste réservés – telles l'obligation de bornage[1153] ou la question des alluvions[1154]. Autrement dit, si la plupart des dispositions faisant référence au fonds ou au sol, soit bénéficient du traitement unitaire de la propriété immobilière du Code civil, soit sont trop spécifiques pour s'appliquer au fonds-volumique, il reste des dispositions subissant l'influence d'une telle redéfinition. Parmi celles-ci, certaines ne seront pas suffisamment importantes pour nécessiter des développements poussés, en raison de l'indifférence presque totale de leur impact sur le droit positif. En effet, elles

1147 *Supra.*, n° 250.

1148 *Supra.*, n° 135.

1149 Articles 671 à 672 du Code civil. Il faut néanmoins préciser que l'article 673 sanctionnant l'empiétement des plantations trouve à s'appliquer sans difficulté au fonds-volumique.

1150 Article 674 du Code civil.

1151 Articles 675 à 680 du Code civil.

1152 Ainsi en est-il de l'article 1245-2 du Code civil qui qualifie de produits les meubles issus du sol-matière ; de l'article 1792 du Code civil qui traite de la responsabilité des constructeurs sur les ouvrages qu'ils édifient. Voir également, les dispositions relatives à l'usufruit visant spécifiquement le fonds (articles 611 du Code civil et suivants) et aux droits d'usage et d'habitation (article 630 et suivants du Code civil), à l'immobilisation par destination (article 523 à 525 du Code civil), ou encore celle relative à la contenance du bien vendu (article 1616 à 1623 du Code civil), sous réserve cependant d'une adaptation dans la détermination de cette contenance, qui devra intégrer la troisième dimension et ne pas se limiter à la seule surface.

1153 Sur cette question, *supra*., n° 241 et s.

1154 Article 556 du Code civil, *infra*., n° 337 et s.

connaissent déjà une interprétation souple de la part de la jurisprudence et le fonds-volumique ne ferait ici que conforter la solution de droit positif.

278. Plan. Il s'agira alors d'étudier rapidement certaines de ces dispositions, pour lesquelles le fonds-volumique à un impact mineur (A). À l'inverse, le fonds-volumique emportera sur certains points des conséquences majeures (B).

A. Les conséquences mineures induites par le fonds-volumique

279. L'apport du fonds-volumique au marché de travaux à forfait. Le régime des marchés de travaux à forfait est prévu par l'article 1793 du Code civil et se caractérise par la fixation d'un prix fixe entre le propriétaire du sol et l'architecte ou l'entrepreneur qui se chargera de la construction d'un bâtiment. L'article 1793 fait ainsi directement référence au « propriétaire du sol », ce qui supposerait qu'il ne puisse concerner que le maître d'ouvrage propriétaire du sol[1155]. Au soutien de cette interprétation, il est rappelé que les bâtiments flottants sont exclus du champ d'application de cet article[1156], tout comme le contrat passé entre l'entrepreneur et ses sous-traitants[1157]. Le premier marquerait l'importance de l'attache directe au sol et le second l'importance d'en être propriétaire. Même en l'absence d'une reconnaissance du fonds-volumique, une telle analyse semble conférer une importance démesurée à la lettre de l'article, datant de l804. Si l'on s'intéresse à la finalité poursuivie par le texte, il en ressort qu'il est surtout question d'assurer la protection du maître de l'ouvrage – destiné à devenir propriétaire du bâtiment une fois celui-ci édifié – face aux velléités potentielles du constructeur de justifier l'augmentation du prix initialement convenu[1158]. Ainsi, s'il est expressément fait référence à la propriété du sol, c'est uniquement en raison du contexte de la rédaction de l'article, qui n'envisageait pas directement la propriété superficiaire, et encore moins celle du fonds-volumique. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a cependant pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, les arrêts s'intéressant à la qualification de marché de travaux à forfait se concentrant – outre la question de la détermination du prix – soit autour de la qualité de propriétaire du maître d'œuvre[1159], soit sur la notion de

1155 En ce sens, M. Thioye, *JurisClasseur Civil Code, articles 1788 à 1794, Louage d'ouvrages et d'industries.- Contrat d'entreprise.- Marché à forfait*, Fasc. 20, n° 39 ; Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9e éd., 2015, n° 75, p.74.

1156 Cass. com., 6 mars 1963, D. 1963, p. 501

1157 Cass. civ., 3ème, 15 février 1983, 81-15.558 ; Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, n° 01-18.058.

1158 P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XIV, Paris, 1836, p. 356 (discours prononcé par le tribun Jaubert).

1159 Notamment, Cass. civ., 3ème, 15 février 1983, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, *op. cit.*

bâtiment[1160]. L'apport du fonds-volumique sera ici d'asseoir cette qualification lorsque le propriétaire du bâtiment à venir n'aura aucun droit sur le sol-matière. Ainsi, l'on pourrait envisager de recourir à ce type de contrat pour l'édification d'un bâtiment au sein d'un volume situé en appui d'une dalle artificielle.

280. L'apport du fonds-volumique à la construction en l'état futur d'achèvement[1161]. Ainsi en sera-t-il de la consécration de la compatibilité d'une construction en volumes établie par le biais d'une vente en l'état futur d'achèvement[1162]. Cette dernière, définie par l'article 1601-3 du Code civil[1163] suppose que « le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ». Or, dans une division en volumes, l'absence de parties communes implique justement que la propriété du sol-matière soit répartie de façon indépendante, intégrée à la propriété du ou des volumes le contenant. Ce mode de vente d'immeuble à construire est cependant celui utilisé pour une grande partie des constructions en volumes, en dépit de son détachement par le sol, sans que la validité d'un tel recours ne soit remise en cause[1164]. Cette absence de remise en cause est bienvenue et logique.

280.1. Bienvenue, car comme le fait remarquer Monsieur le Rudulier[1165], l'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation prévoit dans certains cas fréquents – l'édification d'un immeuble à usage partiel ou total d'habitation – la soumission des contrats d'édification d'immeuble à venir aux contrats de vente d'immeuble à construire prévu par le Code civil que sont la vente à terme et la vente en l'état futur d'achèvement. Le refus d'une telle compatibilité de la construction en volumes avec la vente en l'état futur d'achèvement aurait abouti à l'obligation de recourir à la vente à terme, prévue à l'article 1601-2 du Code civil[1166]. Or, ce dernier article impose

1160 Notamment, Cass. civ., 3ème, 15 décembre 1982, n° 81-11.459 ; Cass. civ., 3ème, 3 juillet 1991, n° 89-20.299, qui considèrent que la condition est remplie dès lors que les travaux affectent le gros œuvre du bâtiment.

1161 Nous pouvons faire les mêmes conclusions concernant la vente d'immeubles à rénover, définie à l'article L. 262-1 du Code de la construction et de l'habitation, dont les conséquences sont définies pour partie dans les mêmes termes qu'en matière de vente en l'état futur d'achèvement. L'alinéa 2 de cet article dispose en effet que : « le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ».

1162 Sur cette question, M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 422 et s., p. 169 et s.

1163 Définition reprise à l'article L.261-3 du Code de la construction et de l'habitation.

1164 D. Sizaire, « Division et volumes », JCP N 1998, p. 388, spéc., n° 22 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 529, p. 285.

1165 N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 532, p. 287.

1166 Article 1601-2 du Code civil : « La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente ». Définition reprise à l'article L.261-2 du Code de la construction et de l'habitation.

au vendeur de supporter l'intégralité des charges liées à l'édification de l'immeuble jusqu'à son achèvement total. Imposer le recours à la vente à terme risquerait donc de fortement remettre en question l'attractivité des constructions en volumes.

280.2. Logique, car la notion de droit sur le sol, inscrite dans l'article 1601-3 du Code civil, ne fait pas strictement référence à la propriété de ce dernier, mais peut représenter un simple droit de construire[1167]. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où le vendeur est titulaire d'un bail à construction, il pourra transférer ce bail dès le moment de la vente et assurer aux acquéreurs qu'ils en seront titulaires dès la conclusion du contrat. Prévu par l'article 1601-3 du Code civil, le transfert des droits sur le sol n'a finalement pour autre objectif que d'assurer à l'acquéreur la pleine jouissance de la portion de construction qu'il entend acquérir, par le plein exercice des droits sur le sol qui peuvent lui être octroyés par le vendeur. Appliquée à une construction en volumes, cela signifiera, en particulier pour les volumes supérieurs, la titularité des servitudes nécessaires à l'exercice de la propriété de leur volume. Le transfert de propriété du sol n'est donc absolument pas un impératif lié à la vente en l'état futur d'achèvement. Ainsi en témoigne le recours à la vente en l'état futur d'achèvement pour l'édification d'un immeuble soumis au régime de la copropriété prévu par la loi du 10 juillet 1965, et dont l'assiette est un volume ne contenant aucune assise directe au sol. En définitive, si le transfert de la propriété du sol est souvent rappelé en matière d'édification d'immeuble collectif[1168], c'est uniquement en raison d'une utilisation fréquente de la vente en l'état futur d'achèvement pour l'édification, sur une assiette composée du sol-matière, d'immeubles qui ont vocation à être soumis au régime de la copropriété prévu par loi du 10 juillet 1965[1169].

280.3. L'impact du fonds-volumique est alors ici pratiquement inexistant. La seule conséquence serait de reconnaître à l'acquéreur une propriété immédiate sur le volume destiné à être construit, tout en lui assurant la propriété de la construction en son sein au fur et à mesure de son édification. Cette constatation rendrait superfétatoire la mention du transfert de propriété progressif du bâti rappelée par l'article 1601-3 du Code civil : dès lors que l'on constate la propriété de l'assiette dans

1167 En ce sens, Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9e éd., 2015, n° 369, p. 380.

1168 *Ibid.* ; F. Magnin, *JurisClasseur Civil Code, articles 1601-1 à 1601-4, Vente d'immeuble à construire. – Régime général*, Fasc., n°10, n° 38.

1169 Il faut, par ailleurs, préciser que même dans cette situation, il n'existe pas de transfert immédiat d'un pourcentage de la propriété du sol, le régime de la copropriété ne pouvant s'appliquer en l'absence d'achèvement d'au moins deux lots. Sur ce point, *supra*., n° 29 et s.

laquelle le bien va prendre place, la propriété de ce qui vient s'y incorporer ne découle finalement que du caractère absolu de la propriété[1170].

281. L'inutilité de l'hypothèque sur les biens à venir à la construction en volumes. L'article 2420, 3° ancien du Code civil[1171] prévoyait la possibilité de consentir à une hypothèque sur les biens immobiliers à venir – déjà en construction ou simplement projetés – pour celui qui « possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui ». Issu de l'ordonnance du 23 mars 2006[1172], cet article reprenait en substance l'ancienne rédaction de l'alinéa second de l'article 2133 du Code civil, issu du décret du 4 janvier 1955[1173]. À l'origine, cette disposition avait pour vocation de faciliter le financement de constructions sur le terrain d'autrui en permettant de garantir l'opération auprès des établissements de crédit par l'établissement d'une hypothèque – sans que la technique des constructions en volumes ne soit apparue. Si le développement des baux réels a pu réduire fortement l'intérêt de cette disposition en permettant de consentir une hypothèque sur de tels droits[1174], l'ancien article 2133 fut utilisé par les praticiens pour les constructions en volumes lorsque la question de l'appropriation d'un tel bien était fortement discutée et incertaine[1175].

281.1. Pourtant, même si cet article était utilisé pour expliquer l'hypothèque du volume immobilier par une partie de la doctrine, il en était totalement extérieur dès lors que l'on accepte la reconnaissance du fonds-volumique[1176]. En effet, le fonds sur lequel la construction est prévue est constitué par le volume abstrait pouvant donc par lui-même faire l'objet d'une hypothèque. Ainsi, l'extension à la construction se ferait par l'application de l'article 2397 alinéa 2 du Code civil. L'article 2420, 3° du Code civil pouvait néanmoins conserver une utilité dans l'hypothèse où le constructeur n'était ni propriétaire du volume dans lequel il construit, ni titulaire d'un bail réel

1170 Ou de l'accession, dès lors que l'on considère ce mécanisme, non pas comme un mode de résolution des conflits, mais comme un simple attribut du droit de propriété.

1171 La réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021 est venue supprimer cet article, tout en intégrant un nouvel article 2414 du Code civil disposant de façon générale que : « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs » (entrée en vigueur le 1er janvier 2022).

1172 Ordonnance n° 2006-346, relative aux sûretés.

1173 Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

1174 L'hypothèque s'étendant par la suite aux constructions effectuées par l'application de l'article 2397 alinéa 2 du Code civil disposant que « l'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble ». Sur ce point, En ce sens, Th. de Ravel d'Esclapon, *JurisClasseur Civil Code, articles 2418 à 2420. Hypothèques conventionnelles.– Spécialité de l'hypothèque quant à l'assiette. Extension de l'hypothèque quant aux améliorations.– Hypothèque des biens à venir,* Fasc. Unique, n° 41.

1175 Ces auteurs concevant le volume immobilier comme un droit de construire sur le sol d'autrui, ils acceptent logiquement le recours à l'article 2420, 3° du Code civil. Faisant état des limites d'une telle garantie en l'absence d'édification dans le cas spécifique du volume immobilier : J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44, spéc., p. 49.

1176 La même conclusion s'impose relativement à son successeur, l'article 2414 du Code civil.

susceptible d'hypothèque. Au vrai, la seule qualification du volume comme propriété superficiaire suffirait à arriver à la même conclusion, ce que nous avons déjà constaté[1177]. L'apport du fonds-volumique est alors particulièrement réduit, car il ne vise qu'à se prémunir d'une potentielle interprétation stricte de la notion de fonds, qui pourrait ici ne pas correspondre à la propriété superficiaire – les droits de construire étant traditionnellement rattachés à la propriété du sol, au sens strict du terme[1178].

B. Les conséquences majeures induites par le fonds-volumique

282. Plan. Il s'agit principalement de l'application des règles de résolution de l'accession immobilière (1), et de la clarification des règles de preuve de la propriété immobilière (3), conséquence de la généralisation des sols multiples et de la limitation de la portée de l'article 552 du Code civil qu'induit la reconnaissance du fonds-volumique (2).

1. L'application des règles de résolution de l'accession immobilière au volume immobilier

283. Accession au sein du volume. Dès lors que l'on reconnaît la nature immobilière du volume immobilier, celui-ci doit pouvoir bénéficier des règles de l'accession. Il est souvent rappelé que l'existence du volume immobilier procède directement de l'absence d'application du mécanisme de l'accession au bénéfice du propriétaire du fonds de terre[1179]. Cette présentation des choses est relativement trompeuse dès lors qu'elle peut aboutir à écarter tout rôle de l'accession au sein du volume. À considérer le volume d'espace comme l'équivalent tridimensionnel d'un fonds de terre ou comme une propriété superficiaire, le résultat affirmé est néanmoins vrai : son contenu ne bénéficiera pas au propriétaire du fonds de terre duquel le volume a été détaché, mais bien au propriétaire de ce dernier. Pour autant, ce n'est pas parce que l'accession au bénéfice du propriétaire du sol a été neutralisée – de façon temporaire ou perpétuelle – que l'accession n'a aucun rôle à jouer. Le volume d'espace constituera ainsi le bien principal, permettant à son propriétaire de bénéficier, au sein de celui-ci, de l'unification de la propriété entraînée par la mise en œuvre du mécanisme de l'accession. Au vrai, une telle extension se constate déjà au sein d'une simple

1177 *Supra.*, n° 227.

1178 En témoigne ainsi la persistance de la doctrine, qui bien que reconnaissant la propriété du volume abstrait, entend justifier l'hypothèque sur ce dernier par l'article 2420, 3° du Code civil. En ce sens, F. Rouvière, *JurisClasseur Civil Code, articles 686 à 689. Servitudes.– Servitudes du fait de l'homme.– Qualification et domaine*, Fasc. Unique, n° 31 ; L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 55. Également, mais faisant état d'une acceptation moins franche de la propriété du volume abstrait : Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 905, p. 327.

1179 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 11.

propriété superficiaire par le biais des impenses, qui relèvent également du mécanisme de l'accession[1180].

283.1. Selon certains, une telle prise en compte induirait une adaptation de l'une des conditions nécessaire à la mise en œuvre du mécanisme de l'accession, celui-ci passant de l'exigence d'une incorporation à celle d'une inclusion[1181]. De là viendrait une critique soulevée par Monsieur le Professeur Goubeaux, en ce qu'il faudrait alors considérer la construction partielle (c'est-à-dire, un empiétement) dans le volume d'autrui comme la propriété de la victime et non pas comme celle de l'empiéteur, cela en raison de l'inclusion de l'empiétement dans l'espace appartenant au propriétaire du fonds empiété[1182]. Si l'apport de la notion d'inclusion nous semble bienvenu au regard de la grande matérialité qui reste attachée à la notion d'incorporation[1183], il nous semble devoir émettre des réserves quant aux conséquences induites par cette modification que soulève l'éminent Professeur. En effet, la question du rejet de l'accession en matière d'empiétement ne provient pas de l'opposition faite entre une vision matérielle ou incorporelle du mécanisme en cause, mais de la seule inopportunité de son application à la situation[1184]. En témoigne par ailleurs l'uniformité de

---

1180 Pour un rapprochement de la problématique des impenses et de l'accession, W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, spéc., n° 100 et s., p. 105 et s.

1181 En ce sens, G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, n° 20, p. 290 ; Également en ce sens, M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 1326 et s., p. 550 et s.

1182 G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 20, p. 290, spéc., p. 291.

1183 Il n'est cependant pas certains qu'elle soit indispensable. L'accession est un mécanisme unificateur de la propriété de deux biens rapprochés alors qu'ils sont distinctement appropriés, unification rendue nécessaire par le conflit de propriété que la situation engendre (W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 215 et s., p. 217 et s.). Lors de la construction partielle ou totale sur le terrain d'autrui, le propriétaire du fonds de terre subit une atteinte à son droit de propriété. L'importance de l'incorporation matérielle n'est alors qu'un marqueur de l'intensité nécessaire dudit rapprochement en matière immobilière, la finalité étant de s'assurer que la situation ne puisse se résoudre efficacement autrement que par l'unification de la propriété – par la mise en œuvre de l'accession, solution de principe en matière de construction totale sur le terrain d'autrui – ou la destruction – situation de rejet de l'accession, solution de principe en matière de construction partielle sur le terrain d'autrui.

Une fois ce constat dressé, il nous semble que l'intensité du rapprochement induit par la construction au sein du volume d'autrui suffit à justifier le mécanisme de l'accession de façon équivalente à celle de l'incorporation matérielle au fonds de terre. Dans les deux cas, les seules solutions permettant de résoudre le conflit entre les deux propriétaires sont, soit l'unification de la propriété des biens en cause au bénéfice du propriétaire du principal, ici le propriétaire du volume, soit la destruction construction litigieuse – dans le cas du rejet de l'accession.

1184 En effet, la mise en œuvre de l'accession en matière d'empiétement reviendrait à attribuer la propriété de l'élément empiéteur au propriétaire du fonds dans lequel il prend place, ce qui impliquerait de partager en fractions distinctes la propriété d'une chose qui n'a pas vocation à connaître une telle répartition. Ce premier point constitue déjà une véritable objection à l'application de l'accession à la situation, en ce que celle-ci ne tend qu'à l'appropriation de deux choses distinctement appropriées par un seul propriétaire en raison de leur rapprochement (W. Dross, thèse, *loc. cit.*). En outre, cela conduirait à attribuer la propriété d'une portion de toiture ou de fondation d'un bâtiment au propriétaire empiété, ou encore, une portion de local pour lequel le propriétaire victime n'aurait par ailleurs aucun accès, ce qui, en pratique, conduirait à des difficultés insolubles.

leur sanction lorsqu'ils n'ont pu être consolidés, aboutissant au rejet de l'accession et à la destruction, qu'ils se produisent en tréfonds, surface ou surplomb[1185].

284. Application des conséquences de l'accession par analogie. La réception du fonds-volumique permettrait néanmoins d'appliquer les articles 554[1186] et 555[1187] du Code civil – portant sur les conséquences de l'accession – aux constructions édifiées au sein d'un volume. L'application de l'article 554 du Code civil, qui prévoit l'impossibilité pour le propriétaire de matériaux de les récupérer si ceux-ci ont été utilisés par le propriétaire d'un fonds de terre afin d'édifier ou planter un immeuble, ne pose en réalité aucune difficulté. Si l'article énonce dans ses conditions que le constructeur doit être le propriétaire du sol, il ne fait en réalité que tirer les conséquences de l'accession : si le propriétaire des matériaux se trouve évincé de toute possibilité de récupérer ses matériaux, c'est en raison de la mise en œuvre de l'accession qui l'a évincé de toute propriété sur ces derniers. En d'autres termes, il s'agit simplement de tirer les conséquences de l'accession, si bien que la condition attachée à la propriété spécifique du sol ne semble pas déterminante[1188].

284.1. À l'inverse, l'application de l'article 555 du Code civil aux situations de construction au sein d'un volume peut sembler davantage problématique. Celui-ci prévoit un régime spécifique attaché aux conséquences de l'accession, lorsqu'elle résulte d'une construction intégrale faite par un tiers sur le terrain d'autrui. L'intérêt principal de l'application de cet article résulte de la possibilité d'imposer[1189] ou de permettre[1190] l'accession au propriétaire du sol, à la différence des situations

1185 *Supra*., n° 146 et s.

1186 Article 554 du Code civil : « Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux qui ne lui appartenaient pas doit en payer la valeur estimée à la date du paiement ; il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu : mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever ».

1187 Article 555 du Code civil : « 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.

Si le propriétaire du fonds exige la suppression des constructions, plantations et ouvrages, elle est exécutée aux frais du tiers, sans aucune indemnité pour lui ; le tiers peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit, à son choix, rembourser au tiers, soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdites constructions, plantations et ouvrages.

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 ».

1188 En ce sens, W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 554 à 555. Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, Fasc. unique, n° 98.

1189 Lorsque le constructeur sera considéré de bonne foi.

1190 Lorsque le constructeur sera considéré de mauvaise foi. Le propriétaire victime aura alors le choix entre imposer la destruction de l'édifice au frais du constructeur ou accepter la mise en œuvre de l'accession pour en obtenir la propriété sous réserve de l'indemnisation du constructeur.

d'empiétement, pour lesquelles le rejet de l'accession implique immanquablement la destruction de la portion litigieuse en l'absence de consolidation par voie de prescription acquisitive. Assimiler pleinement le volume à un fonds de terre permettra d'envisager l'application de cet article, là où l'on pourrait être tenté de en raisonner qu'en matière d'empiétement.

284.2. Ainsi, dès lors qu'une construction sera intégralement édifiée au sein d'un volume distinctement approprié, l'application de l'article 555 pourrait entrer en vigueur. Si l'hypothèse peut s'apparenter à un cas d'école, il est néanmoins possible d'imaginer l'édification faite sur une dalle artificielle comprise dans un volume spécifique. Plus encore, on pourrait imaginer appliquer cet article à l'hypothèse d'une surélévation d'un édifice déjà existant, même lorsque le constructeur est propriétaire du volume inférieur et prolonge ainsi son bien dans le volume supérieur[1191]. Bien qu'il ne puisse s'agir ici que d'une portion d'un bâtiment plus grand – voire parfois le prolongement direct de la construction inférieure par son propriétaire – et non une construction intégralement édifiée dans le volume d'autrui, il ne semble pas que cela soit rédhibitoire dès lors que la surélévation conserve une véritable autonomie vis-à-vis de la structure préexistante. En d'autres termes, quand bien même il s'agit strictement d'une situation d'empiétement, la mise en œuvre de l'accession devrait pouvoir être possible dès lors que le propriétaire du volume pourra faire cesser l'atteinte à son droit de propriété par l'octroi de la propriété de la surélévation tout en conservant la possibilité de la détruire s'il ne souhaite pas la conserver[1192]

2. L'articulation de la généralisation des fonds-volumiques avec l'article 552 du Code civil

285. Perte de la particularité de la propriété superficiaire. Nous avons pu évoquer dans le chapitre précédent que la propriété superficiaire est une notion qui se caractérise principalement comme la propriété d'un bien immobilier au sein d'une parcelle plus vaste[1193], et qu'elle a pu s'effacer par la prédominance actuelle du volume immobilier dans le langage doctrinal contemporain[1194]. La reconnaissance du fonds-volumique devrait être beaucoup plus radicale encore concernant la propriété superficiaire. Elle implique non seulement une abstraction totale de la matière, que l'on retrouvait déjà dans la conception volumique de la propriété superficiaire, mais également un détachement total de l'importance du sol, alors que c'est précisément ce dernier qui

1191 Cela pourra notamment être le cas du propriétaire du dernier étage d'un bâtiment qui construit dans le volume supérieur appartenant à l'association syndicale de propriétaire.

1192 Que ce soit à la charge du constructeur si celui-ci est de mauvaise foi, où à celle du propriétaire du volume, après qu'il en eut obtenu la propriété par la mise en œuvre de l'accession à son profit.

1193 *Supra.*, n° 212 et s.

1194 *Supra.*, n° 216 et s.

établissait la particularité de la superficie. En conséquence, la propriété superficiaire en tant que telle semble vouée à disparaître, à partir du moment où une identification volumique de la propriété en question est envisageable. Il n'est alors plus question de propriété superficiaire – comprise en référence à une parcelle terrestre plus vaste – mais d'une multitude de volumes d'espace constituant par eux-mêmes une parcelle dans sa représentation tridimensionnelle. La propriété superficiaire verrait ainsi sa particularité effacée si bien que l'utilité de la distinguer de la propriété du fonds s'en trouverait discutable. Si l'on peut aisément remarquer que l'assimilation totale du droit de superficie à la propriété existait déjà pour les auteurs adoptant une vision classique de la propriété[1195], il reste une différence notable liée à la compréhension volumique du fonds. Là où l'on accepte sans difficulté que le droit de superficie ne soit rien d'autre qu'un droit de propriété tout à fait standard, l'objet sur lequel il porte dénote d'une situation toute particulière que le fonds-volumique tend à généraliser. Le droit de superficie passe ainsi de droit de propriété appliqué à un bien issu d'une situation particulière qui confine à l'exception à un droit de propriété appliqué à la représentation primaire de l'immeuble.

286. Généralisation de l'imbrication des fonds. Aller au bout de la reconnaissance du fonds-volumique implique donc une séparation presque totale avec la parcelle de terre et, finalement, de généraliser des situations de fonds multiples. Il n'y aurait alors plus lieu de distinguer entre les situations de propriétés superficiaires superposées – c'est-à-dire intégralement comprises au sein d'une parcelle – ou imbriquées – c'est-à-dire s'étendant au sein de plusieurs parcelles. Si l'on entend présenter l'idée en prenant une base parcellaire, les situations d'imbrication et de superposition deviendraient la norme de la propriété foncière. Le paradigme s'en trouverait renversé. Actuellement, notre conception du fonds part de la parcelle pour lui appliquer des frontières verticales s'étendant en ligne droite perpendiculairement à la surface – l'ensemble formant un cône lorsque l'on prend comme référentiel le globe terrestre. Les situations d'imbrications sont donc tout à fait exceptionnelles et témoignent d'une atteinte à l'unité de l'objet juridique qu'est le fonds de terre. À l'inverse, accepter de tirer les conséquences du fonds-volumique supposerait de comprendre le volume indépendamment de toute parcelle terrestre. En conséquence, l'imbrication perd son caractère exceptionnel : le fonds est le volume, indépendamment de toute assiette parcellaire. La reconnaissance du fonds-volumique invite donc à concevoir toute propriété immobilière comme d'une propriété foncière, ce qui impose d'adapter la portée de l'article 552 au fonds-volumique.

1195 Voir notamment, P. Ourliac, note sous Cass. civ., 3ème, 6 mars 1991, JCP G 1992, I, 21890, p. 251, spéc., p. 252.

287. Incompatibilité du fonds-volumique avec la règle de fond posée par l'article 552 du Code civil. La reconnaissance de cette absence de particularité et de la généralisation des situations d'imbrication passe logiquement par une uniformisation du régime de la propriété immobilière et, par voie de conséquence, par la fin de toute particularité avantageuse liée spécifiquement au sol-matière par rapport à la propriété superficiaire. L'article 552 du Code civil, pilier de la propriété foncière, énonce pourtant à son alinéa premier que « la propriété du dessus emporte la propriété du dessous ». La règle ainsi posée semble faire ressurgir une primauté du sol-matière incompatible avec le fonds-volumique – sauf à l'appliquer à chaque volume, ce qui n'aurait guère de sens[1196]. Plus précisément, l'incompatibilité avec le fonds-volumique persiste tant que l'alinéa premier de l'article 552 établit une règle de fond pouvant constituer, par elle-même, un titre de propriété. Dans cette situation, le simple fait, pour le propriétaire du sol, d'apporter un titre de propriété sur la parcelle suffirait à lui octroyer un titre de propriété sur l'ensemble du dessus et du dessous de cette dernière. Une telle solution reviendrait à diminuer très largement la valeur de la possession d'un bien superficiaire, en vidant de sa substance la présomption de propriété dont le possesseur est censé bénéficier[1197]. Une telle présomption de propriété serait en effet renversée par la seule production du titre parcellaire, obligeant alors les possesseurs soit à produire un titre superficiaire, soit à démontrer la réalisation de la prescription acquisitive sur le bien litigieux. Cette différence de traitement générerait donc une hiérarchie entre propriété superficiaire et propriété du fonds : la présomption de propriété du possesseur ne trouverait à s'appliquer pleinement qu'au possesseur de la parcelle, celle d'un bien superficiaire apparaissant particulièrement fragile. Or, à partir du moment où l'on tend à supprimer le concept même de droit de superficie par la reconnaissance d'une pluralité de fonds constitués de différents volumes d'espace, le maintien de cette distinction ne fait plus sens. La présomption de propriété issue de la possession devrait s'appliquer à tous les propriétaires immobiliers de la même manière, ce qui implique donc, de réfuter le rôle de règle de fond à l'article 552 du Code civil, voire, de limiter la portée de la présomption attachée à ce dernier.

288. Consécration jurisprudentielle du rôle limité de l'article 552. Il est possible que cette recherche d'égalité de traitement ressorte de la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qu'elle semble limiter l'article 552 du Code civil à n'être qu'une simple présomption de propriété. Un arrêt

1196 *Infra*., n° 344 et s.

1197 Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, n° 90-18.894.

de la Cour de cassation en date du 13 mai 2015[1198], qui bénéficie d'une publication au bulletin[1199], semble aller particulièrement dans ce sens. Dans cette affaire, deux fonds contigus étaient matériellement séparés par une falaise. Le fonds supérieur avait dans son tréfonds une cave dont l'accès ne pouvait se faire que par le fonds inférieur. Le litige va naître de la vente du fonds supérieur, les acquéreurs revendiquant alors la propriété de la cave en vertu de la règle posée par l'article 552 du Code civil. Selon eux, la règle posée par cet article implique qu'ils soient déclarés propriétaire de la cave, sauf à ce que les propriétaires du fonds inférieur apportent la preuve de leur propriété par la production d'un titre ou la réalisation de la prescription acquisitive sur le bien litigieux. Faisant fi de ces arguments, la Cour de cassation va débouter les demandeurs au motif que leur titre de propriété ne faisait justement pas état de la propriété de la cave qu'ils revendiquaient, bien qu'elle soit située dans leur tréfonds. Afin de justifier sa solution, elle se fonde sur son attendu de principe habituel en matière de propriété superficiaire, auquel elle ajoute une précision : « La présomption de propriété du dessous au profit des consorts X…, propriétaires du sol, n'est susceptible d'être combattue que par la preuve contraire résultant d'un titre, quel qu'en soit le titulaire, ou de la prescription acquisitive ». En conséquence, le propriétaire du fonds supérieur se voit débouté de sa revendication sur la cave litigieuse, en raison de l'imprécision de son titre sur la propriété de cette dernière. Les propriétaires du fonds inférieurs n'apportaient de leur côté, aucun titre ou prescription acquisitive propre à fonder clairement la propriété sur la cave en cause. Ils en avaient néanmoins la possession[1200], ce qui devait les présumer propriétaires[1201].

288.1. Il a été remarqué qu'à partir du moment où la Cour de cassation décide de justifier sa solution en considérant que le titre produit par les propriétaires du fonds supérieur ne permettait pas de les déclarer propriétaires du bien litigieux, elle vient en réalité dénier à l'article 552 du Code civil la capacité de fonder par lui-même un titre légal de propriété[1202]. Déployé par Monsieur le Professeur Dross, cet argument tient à ce que si cet article établissait une règle de fond conférant par principe la propriété du dessus et du dessous du sol au propriétaire de ce dernier ; le simple fait, pour les propriétaires du fonds supérieur, d'apporter un titre de la propriété du sol aurait dû suffire à

1198 Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, n°s 13-27.342 et 14-15.678, D. 2015, p. 1863, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; AJDI 2015, p. 858, note N. le Rudulier ; RTD Civ 2015, note W. Dross ; Construction – Urbanisme n° 9, septembre 2015, comm. 121, note Ch. Sizaire ; Droit et Pat. 2015, n° 253, décembre 2015, p. 82, obs. J.-B. Seube, Th. Revet ; RDC 2015, n° 112q2, p. 949, note A Tadros.

1199 Bulletin 2015, n°5, III, n°44.

1200 Remarquons cependant que cette possession n'a pas été relevée par les différentes cours de justice ayant traité de l'affaire.

1201 Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, *op. cit.*

1202 W. Dross, « L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ? », note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RTD Civ. 2015, p. 902.

leur octroyer un titre de propriété sur la cave litigieuse. Or, en préservant la présomption de propriété du possesseur au détriment de la règle de fond de l'article 552 du Code civil, la Cour de cassation n'aurait fait que gommer les particularités potentielles de la propriété superficiaire pour l'élever au même niveau que celle d'un fonds.

289. Application de la présomption de l'article 552 au fonds-volumique. À la marge de ces observations, il convient également de s'interroger sur l'application de cette présomption au volume immobilier. Elle a pour objectif d'assurer au propriétaire du fonds de terre la tridimensionnalité indispensable à l'exercice de son droit. En d'autres termes, et pour reprendre la définition posée par Monsieur le Professeur Dross, la présomption de l'article 552 du Code civil vient définir l'assiette de principe du droit du propriétaire d'un fonds[1203]. En raisonnant sur les bases d'une assimilation totale du sol au volume immobilier, la propriété du volume emporterait celle du dessus et du dessous, que ce dernier soit composé pour partie du sol ou non. L'affirmation choque : l'absence de bilatéralité de l'article 552 du Code civil est reconnue tant par la jurisprudence que par la doctrine[1204]. On pourrait être tenté de faire valoir que ce refus est conditionné par le maintien d'une prédominance du sol-matière – ce que tend justement à affranchir le fonds-volumique – mais il s'agirait ici que d'un argument péremptoire dénué de toute démonstration le justifiant. D'un certain point de vue, l'incompatibilité de principe ne semble finalement pas si dirimante à une conception volumique du sol, d'autant plus que des indices d'une telle compréhension peuvent émaner du Code civil lui-même[1205]. D'une part, le volume sera le plus souvent précisément délimité et représentera un contenant fini. Dans cette situation, tant la propriété du dessous que celle du dessus est attribuée spécifiquement à un autre propriétaire, également précisément déterminé. L'article 552 n'aura alors ici aucun rôle à jouer : l'étendue de la propriété du titulaire du volume est connue et ne nécessite pas l'apport de la présomption posée par l'article 552 du Code civil. D'autre part, l'application de cet article serait d'un intérêt non négligeable, dès lors que le volume immobilier ne serait pas parfaitement fermé sur l'un de ses côtés. Si une telle vision du volume semble antinomique de sa compréhension initiale[1206], c'est uniquement parce que ce dernier s'inscrivait initialement dans des

1203 W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. Unique., n° 4.

1204 *Infra*., n° 333.

1205 Sur cette question, W. Dross, « A qui appartient le dessus du mur mitoyen ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, RTD Civ. 2017, p. 891. L'auteur précise que les dispositions du Code civil en matière d'exhaussement du mur mitoyen invitent à penser que la mitoyenneté se prolonge au-delà du seul édifice pour s'appliquer à l'espace située au-dessus, tel un volume d'espace dépourvue de limite haute.

1206 À ce propos, un auteur a fait remarquer qu'une telle conception vient contredire la définition mathématique du volume, qui impose une figure géométrique intégralement fermée (P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, n° 1324, p. 410). Il ne s'agit cependant pas d'une objection dirimante en ce qu'elle reste purement sémantique : l'utilisation du terme de volume n'est là que pour rendre compte du résultat de l'abstraction tridimensionnelle du sol qu'il représente et

processus de construction en volumes, dans lesquels une attention toute particulière était portée à la délimitation précise de chaque îlot de propriété[1207]. Plus encore, même dans ces situations, il reste envisageable que les volumes contenant le tréfonds le plus bas et le sur-sol le plus haut ne connaissent pas de limites hautes, ou si tel est le cas, sans aucune précision sur la propriété au-delà de ces limites. En réalité, la présence de volumes imparfaitement délimités est inévitable dès lors que l'on admet une généralisation du volume immobilier en tant que fonds, c'est-à-dire où l'on considère toute propriété foncière comme un volume[1208].

289.1. Afin d'illustrer l'intérêt d'une telle application, nous pouvons reprendre l'affaire au cœur de l'arrêt du 7 octobre 1998[1209], dans laquelle l'usucapion d'une terrasse est reconnue par la Cour de cassation. Nous avons pu remarquer que la Cour de cassation ne précise pas les limites hautes de la propriété créée par prescription acquisitive, ce qu'elle aurait été invitée à faire dès que la compréhension de la propriété superficiaire s'est faite en volume[1210]. La détermination judiciaire d'une telle limite, si elle apporte une sécurité juridique supplémentaire, n'est cependant pas sans difficulté : déterminer la limite haute de la possession en l'absence d'éléments matériels aboutit à des situations dont on a déjà pu soulever le caractère ubuesque[1211]. La reconnaissance du fonds-volumique permettrait en conséquence de solutionner ce problème en acceptant, par l'application de l'article 552 du Code civil, de ne pas fixer de limite précise. Le propriétaire de la terrasse serait donc également présumé propriétaire de la totalité de l'étendue supérieure du volume. Il en serait de même pour le tréfonds, dans l'hypothèse où la limite basse du volume ne serait pas fixée avec précision. Dans l'hypothèse où rien n'est précisé concernant l'espace situé au-delà des volumes parfaitement délimités les plus bas et les plus hauts, il conviendrait également de faire application de la présomption de l'article 552 du Code civil à leur bénéfice, dans les limites de la projection de leurs frontières horizontales. On a également pu faire valoir qu'une telle approche devrait prévaloir en matière de mitoyenneté, afin de maintenir cette caractéristique à l'espace situé directement au-

n'a pas pour finalité de coller à la définition mathématique du terme. En tout état de cause, il serait envisageable de contourner ce problème par le remplacement du terme « volume » par celui de « figure géométrique tridimensionnelle ». Il n'est alors pas certain que ce qui serait gagné en exactitude mathématique compense la perte de simplicité et de fluidité dans le langage juridique.

1207 Encore que les actes négligent parfois de traiter précisément de la propriété des volumes non construits entourant l'immeuble.

1208 Notamment en ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 149, p. 78 ; « Division en volumes, indivision et fichier immobilier », AJDI 2012, p. 237.

1209 Cass civ., 3ème, 7 octobre 1998, n° 96-18.748, RDI 1998, p. 605, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 1999, p. 142, note F. Zenati.

1210 *Supra.*, n° 244.

1211 G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n° 21, p. 291.

dessus du bien en cause[1212]. Certes, une telle application de l'article 552 du Code civil peut s'avérer dangereuse, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer le titulaire des droits de construire dans l'optique d'une surélévation des bâtiments. Toujours est-il que cela aurait le mérite de proposer une solution concrète à un problème déjà existant bardé d'incertitudes[1213], tout en incitant encore davantage à préciser dans les actes l'appartenance de ces volumes supérieurs et inférieurs[1214]. Au-delà de ces précisions, la réduction de l'article 552 du Code civil à une simple présomption pourrait servir de base à une uniformisation des règles de preuve de la propriété immobilière, autre conséquence logique de la reconnaissance du fonds-volumique.

3. La clarification des règles de preuve de la propriété immobilière

290. Particularité de la preuve immobilière. La preuve de la propriété immobilière répond à des règles particulières, qui ne trouvent pas leur source dans d'éventuelles dispositions d'ensemble prévues par le Code civil, ce dernier n'évoquant la preuve de la propriété de façon directe qu'au travers de quelques articles à la finalité très spécifique[1215]. La principale particularité de la preuve de la propriété immobilière se situe dans le fait qu'elle ne puisse connaître de preuve parfaite par titre, c'est-à-dire qu'aucun titre de propriété portant sur un bien immobilier ne peut lier le juge dans la constatation de son appropriation[1216]. Cette position s'explique avant tout par le système français de publicité foncière, qui ne permet pas – contrairement à un système dirigé par un livre foncier[1217]

1212 W. Dross, « A qui appartient le dessus du mur mitoyen ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, RTD Civ. 2017, p. 891.

1213 La qualification du titulaire de tels droits fait l'objet de nombreuses incertitudes lorsque les actes ne précisent pas le propriétaire de ces volumes. Par ailleurs, la solution tendant à attribuer la propriété de ces derniers au propriétaire du sol est la plupart du temps insatisfaisante, notamment lorsqu'existent plusieurs propriétaires du sol-surface.

1214 En pratique, la propriété de ces volumes est généralement attribuée à l'association syndicale qui gère l'ensemble immobilier.

1215 L'on trouve ainsi des dispositions spécifiques aux régimes matrimoniaux. L'article 1402 du Code civil détermine les modes de preuve recevables afin de renverser la présomption d'acquêt de la communauté s'appliquant aux biens – mobiliers comme immobiliers – acquis pendant le mariage. L'article 1538 du Code civil, énonce qu'un époux séparé de biens peut prouver par tous moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien. Outre ces dispositions, le Code civil faisait parfois des allusions plus générales à la preuve de la propriété : l'article 1337 ancien faisait référence à l'ancienneté du titre de propriété, l'article 1350, 2° ancien faisait, quant à lui, allusion à l'usucapion comme mode de preuve aboutissant à une présomption légale de propriété. En ce sens, J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3ème éd., 2019, n° 462, p. 540, note 4. La réforme issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a finalement gommé ces allusions.

1216 Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de droit civil*, tome II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6e éd., 2019, n° 678, p. 420.

1217 Ainsi en est-il du droit allemand qui permet la production d'une preuve directe de la propriété par l'application du système du livre foncier. Ce dernier consiste en effet à rendre tout acte translatif ou constitutif de propriété immobilière incontestable par les tiers dès lors où ils ont été inscrits dans le livre foncier après vérification. En ce sens, Ch. Giovannangeli, « La preuve de la propriété immobilière en droit français », *in La preuve de la propriété immobilière*, sous la direction de C. Saint-Didier, Mare et Martin, 2017, p. 85, spéc., p. 86.

– à celui qui se prétend propriétaire de le prouver par la seule production de ces documents[1218]. Le droit de propriété embrasse donc cette particularité d'être un droit absolu, mais dont la preuve par écrit ne peut être que relative[1219]. La seule preuve que l'on pourrait considérer parfaite serait celle issue de la prescription acquisitive[1220], le juge n'ayant d'autre choix que de déclarer le possesseur utile propriétaire du bien[1221] dès lors que sa possession remplit les critères de durée prévue par le Code civil[1222]. Pour ce faire, celui qui se prévaut de la prescription acquisitive devra néanmoins remplir un certain nombre de conditions prévues par le Code civil[1223], pour lesquelles l'appréciation du juge reste souveraine. Il résulte que la preuve de la propriété immobilière sera immanquablement déterminée par l'appréciation souveraine des juges au regard des différents éléments apportés par les parties au litige[1224]. Le juge va ainsi procéder à un arbitrage entre les différents éléments de preuve apportés par les parties afin de déterminer ceux qui paraissent

1218 Le système de publicité foncière français ne vise en effet qu'à assurer la publication des actes juridiques afin de les rendre opposables aux tiers et ne contrôle donc pas la validité des actes qu'il publie (En ce sens, Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, n° 686, p. 425, spéc., p. 426). En conséquence, lorsqu'un acte translatif de propriété est publié, il ne fait qu'établir qu'une personne a acquis auprès d'une autre un bien immobilier, sans pouvoir assurer que le vendeur était lui-même propriétaire du bien cédé.

Il faut remarquer dès à présent que l'on a pu relever que la publicité foncière présente une fonction supplémentaire qui est la désignation précise du bien. En ce sens, F. Vern, *op. cit.*, n° 141, p. 181 et s. Sur le rôle de la publicité foncière dans la création des volumes immobiliers, *infra*., n° 538 et s.

1219 Il faut cependant relever une éventuelle exception, justement attachée à la propriété foncière, qui trouve sa justification dans la situation très particulière qu'elle entend résoudre. L'article 1198 alinéa 2 du Code civil prévoit en effet que « lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Cet article, s'il semble bien conférer une force créatrice de droit exceptionnelle à la publicité foncière, ne prévoit cependant aucune supériorité du titre avec d'autres modes de preuve : il ne s'agit que de déterminer la hiérarchie entre deux titres concurremment rapportés. *Contra.* F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 140, p. 180. Pour l'auteure, ce mécanisme ne procède que d'une fonction acquisitive et non d'un effet acquisitif de droit : la propriété du second acquéreur résulte, non pas de l'attribution d'un titre par la loi, mais de la déchéance du titre du premier acquéreur par son inopposabilité.

1220 Également en ce sens : D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 299, p. 348 ; Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, n° 687, p. 426 ; *Adde.*, Ch. Broche, « Bornage : la délicate distinction entre délimitation des fonds et détermination des droits sur le fonds », note sous Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2020, n° 19-22.294, Defrénois, mars 2021, n° 168m8, p. 13.

1221 Et cela, rétroactivement à la date de son entrée en possession.

1222 À savoir trente ans s'il est de mauvaise foi et dix ans s'il est de bonne foi, ce qui suppose la présence d'un juste titre (article 2272 du Code civil).

1223 Très succinctement, le juge doit vérifier tout d'abord l'existence de la possession par la présence du *corpus* (les actes matériels d'emprise sur le bien) et de l'*animus* (c'est-à-dire le fait que les actes de *corpus* soient bien effectués au titre dont le revendiquant se réclame). Une fois cette vérification effectuée, encore faut-il que la possession soit qualifiée d'utile pour qu'elle puisse produire sa fonction acquisitive. Pour ce faire, elle devra répondre aux critères posés par l'article 2261 du Code civil qui en substance, soumet l'utilité de la possession à la présence des caractères suivants : paisible, publique, non équivoque et continue.

Si les dispositions en matière de possession entendent faciliter la preuve du revendicateur par l'établissement de présomption (un possesseur est toujours présumé posséder pour lui-même et à titre de propriétaire selon l'article 2255 du Code civil, et être de bonne foi comme en dispose l'article 2274 du Code civil), il n'en reste pas moins que l'ensemble de ces éléments subit une étude au fond par les juges.

1224 En ce sens, J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *op. cit*., n° 463, p. 540.

caractériser le mieux l'existence d'un droit de propriété. Parce que le juge ne peut pas rejeter l'ensemble des revendications au motif qu'aucune des parties n'a su apporter une preuve particulièrement convaincante de sa propriété[1225], il s'agit en définitive pour le juge de déclarer propriétaire celui qui présente le droit de propriété le meilleur[1226]. La question ne semble pas particulièrement intéresser la doctrine, qui constate avec justesse que la question de la propriété de la totalité d'un fonds ne pose en pratique que peu de difficultés[1227]. En cause notamment, la pratique notariale qui a développé un contrôle de la jonction des possessions sur les trente dernières années de l'histoire du bien vendu, ce qui permet d'assurer à l'acquéreur qu'en cas de litige, le juge devrait déclarer que son auteur était bien propriétaire de l'immeuble vendu en raison du caractère originaire de la propriété issue de la prescription acquisitive[1228]. La question de la preuve de la propriété immobilière trouve cependant un nouvel essor dans la question des frontières de la propriété que le développement des propriétés superficiaires a pu générer. La multiplication des situations de superposition et d'imbrication des objets de propriété immobilière est ainsi venue compliquer les frontières verticales de l'immeuble, alors que le système de publicité foncière ne l'appréhende que de façon imparfaite et que les actes les mentionnent régulièrement avec une précision toute relative[1229]. Bien qu'elle ne soit pas nouvelle, il existe une résurgence récente de la question de la preuve de la propriété immobilière par le développement des propriétés superficiaires[1230]. Ayant eu à s'en saisir, la jurisprudence traite cette problématique par la mise en place de règles spécifiques.

1225 Cass. civ., 3ème, 16 avril 1970, D. 1970, p. 474, note, M. Contamine-Raynaud. Le juge peut tout de même débouter l'ensemble des parties si aucune d'entre elles n'apporte d'éléments de preuve relative au bien revendiqué : Cass. civ., 3ème, 3 décembre 1980, n° 79-11.984.

1226 Formule empruntée à Ch. Aubry, Ch. Rau, *Droit civil français*, tome II, par P. Esmein, Librairies techniques, 7ème éd., 1961, n° 317.

1227 Y. Strickler, *Droit des biens*, Coll. Cours, LGDJ, Lextenso édition, 2017, n°589, p. 360 ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *op. cit*., n° 461, p. 539.

1228 W. Dross, « L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ? », note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RTD Civ. 2015, p. 902.

1229 Voir notamment, pour les biens souterrains, *supra*., n° 238 et s. ; *infra*., n° 470 et s.

1230 En témoigne la multiplication des arrêts récents devant résoudre un litige portant sur la propriété d'éléments immobiliers précis situés sur un fonds plus vaste.

291. Particularité de la preuve de la propriété superficiaire. Détachées en grande partie des dispositions prévues par le Code civil au titre de la preuve des obligations[1231], les solutions en matière de preuve de la propriété immobilière sont le plus souvent rendues au visa de l'un des deux articles de ce code : l'article 544 ou l'article 552. L'article 544 est utilisé lorsqu'il n'existe aucune superposition de propriété immobilière[1232], alors que l'article 552 l'est lorsque le litige concerne une telle situation de superposition. Le principe dégagé en matière de preuve de la propriété immobilière est celui de la liberté de la preuve, rappelé au fondement de l'article 544 du Code civil[1233]. Ce principe connaît cependant une exception lorsqu'il s'agit de prouver la propriété d'un bien immeuble superposé, c'est-à-dire d'un droit de superficie. Sur ce dernier point qui nous intéresse tout particulièrement, le régime de la preuve de la propriété immobilière résulte d'une construction jurisprudentielle reposant sur un ensemble de présomptions établies par le Code civil et complété par les juges. Cette construction s'est faite relativement à deux articles intéressant la propriété du sol : les articles 552 et 553 du Code civil. L'articulation mise en place par les juges peut être exposée comme suit. La première étape est la constatation que, par application de l'article 552, la propriété du sol vient présumer celle du dessus et du dessous. La valeur de cette présomption se précise à la lecture de l'article 553, qui dispose ensuite que « toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ». Par la lecture combinée de ces articles, la jurisprudence est arrivée à la conclusion que la présomption posée par l'article 552 du Code civil

1231 Code civil, Livre III « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », Titre IV *bis*, « De la preuve des obligations », article 1353 et suivants. Outre l'absence de reconnaissance de l'écrit comme d'une preuve parfaite, on a pu faire valoir que l'un des exemples marquant de ce détachement se trouve dès le premier alinéa de l'article 1353 du Code civil qui ouvre ces dispositions en matière de preuve (Ch. Giovannangeli, *op cit*., spéc., p. 102). Cet alinéa, qui détermine la charge de la preuve, dispose en effet que « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » et est compris, de façon plus générale, comme l'obligation pour celui qui se prétend titulaire d'un droit, d'avoir à le démontrer. Or, pour Monsieur Giovannangeli, les choses sont susceptibles de se passer différemment en matière immobilière, dès lors que le possesseur bénéficie d'une présomption de propriété. Le possesseur se déclarant propriétaire n'aurait pas à prouver sa propriété – ni même sa possession dans l'hypothèse où celle-ci n'est pas contredite – et il incomberait donc à son adversaire de renverser cette présomption avant de pouvoir prouver la réalité de son droit de propriété.

Au vrai, si le possesseur bénéficie bien d'une présomption, celle-ci se contente de déplacer l'objet de la preuve et non pas la charge de cette dernière. En conséquence, le possesseur n'échappe pas à la charge de la preuve, et celle-ci ne s'en trouve pas plus, inversée. Si le possesseur est le revendiquant, la charge de la preuve consistera pour lui en la démonstration de la réalité et de l'utilité de sa possession, aboutissant – si ces éléments sont présents – à la reconnaissance de la propriété par prescription acquisitive par le juge. Dans l'hypothèse où il est défendeur à l'action d'un autre revendiquant, c'est ce dernier qui devra, en premier lieu, démontrer l'existence de son droit. La particularité de la preuve de la propriété immobilière refusant la production de preuve parfaite, il ne pourra le prouver directement par la production d'un titre et devra, dans un premier temps, renverser la présomption de propriété attachée à la possession avant de confronter ses éléments de preuves avec celui de son opposant.

1232 Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, n° 97-15406, RDI 2000, p. 145, obs. M. Bruschi, JCP G 2000, I, 265, obs., H. Périnet-Marquet, Defrénois 2000, n° 37196, obs. Ch. Atias. Les biens litigieux étaient certes des meubles, mais l'attendu de principe de la Cour de cassation, placé au visa, ne pose aucune distinction relative à la nature du bien en cause : « Attendu que la propriété d'un bien se prouve par tous moyens ».

1233 Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, *op. cit.*

n'est qu'une présomption simple, pouvant donc être renversée[1234]. La seconde étape viendra quelque peu relativiser cette affirmation en répondant au caractère exceptionnel de la division verticale de l'immeuble par l'établissement d'un régime de preuve exceptionnel. En conséquence, la présomption établie par l'article 552 serait en réalité une présomption mixte, ne pouvant être renversée que par certains modes de preuve spécifiques[1235] Ce point fut en premier lieu soulevé de longue date par la doctrine[1236], pour n'être consacré par la jurisprudence de façon claire qu'à compter de la fin du XXe siècle[1237]. Le droit positif actuel en la matière peut être résumé ainsi : là où la propriété du sol se prouve par tous moyens, celle du droit de superficie ne peut se faire que par titre ou prescription acquisitive[1238].

292. Existence de solutions divergentes. La clarté de la règle posée ci-dessus n'est cependant pas exempte de toute discussion, une partie de la doctrine continuant de prôner un système unique de preuve de la propriété[1239]. Il est vrai que la Cour de cassation elle-même a pu avoir une position fluctuante sur la question de la preuve de la propriété superficiaire. Après avoir fait cohabiter le système de preuve limité avec celui de la preuve libre jusqu'à la fin des années 1970[1240], elle a

1234 Cass. civ., 30 novembre 1853, D.P. 1854, I, 16, concl. Nicias-Gaillard. Dans cette affaire, la Cour de cassation affirme que l'article 552 du Code civil établit une présomption qui « cesse devant les circonstances de fait qui établissent un droit contraire ». Dans le même sens, Cass. Req., 8 novembre 1911, D. 1912, I, p. 484, obs. F.P. La Cour de cassation énonce ici que « Si […] la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, cette présomption, établie par la loi, cède devant la preuve contraire, laquelle peut résulter, dans le silence des titres, des circonstances de fait qui établissent un droit contraire » (p. 485, première colonne).

1235 Article 1354 du Code civil.

1236 G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* tome 1er, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 7e éd., 1899, n° 1498, p. 805 ; Ch. Ibled, *Le droit de superficie en droit français*, thèse, Sirey, 1931, n° 19, p. 73 et s.

1237 Cass. civ., 3ème, 9 février 1982, JurisData n° 1982-700410, D. 1983, I.R, 15, obs. A. Robert ; RDI 1983, p. 201, obs. J.-L. Bergel ; Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, n° 90-22.145, D. 1993, p. 36, obs. A. Robert ; Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, n° 97-13.107, RDI 2000, p. 525, obs. M. Bruschi ; Defrénois 2001, p. 475 , obs. Ch. Atias ; RTD Civ 2002, p. 539, note Th. Revet ; Cass. civ., 3ème, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 ; Cass. civ., 3ème, 23 janvier 2008, n° 07-10.457.

Pour les arrêts les plus récents : Cass civ., 3ème, 28 juin 2011, n° 10-20.706, AJDI 2012, p. 140, note N. le Rudulier ; Cass civ., 3ème, 3 juillet 2013, n° 12-20.237, AJDI 2014, p. 229, note N. le Rudulier ; Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, n° 14-15.174, D. 2015, p. 1863, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; Cass civ., 3ème, 8 juin 2017, n° 16-15.805, RTD Civ. 2017, p. 699, note W. Dross ; Cass. civ., 3ème, 28 novembre 2019, n° 18-22.538, Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, n° 19-12.864, RTD Civ. 2020, p. 648, note W. Dross. Il faut cependant préciser que si la Cour de cassation continue de rappeler ce principe, son application bénéficie d'une certaine souplesse quant au contenu et à la nature du titre. Sur ce point, W. Dross, « Quel titre pour fonder la division spatiale de l'immeuble ? », note sous Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, RTD Civ. 2020, p. 648.

1238 Sur ce point, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 54 et s. ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol*, n° 58 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 94, p. 99.

1239 C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1978, n° 77-13.045, RTD Civ 1980, p. 129 ; D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 324 et s., p. 374 et s.

1240 Nous pouvons apprécier cette cohabitation en constatant que la Cour de cassation a rendue des solutions faisant référence, tant à la liberté de la preuve qu'à la preuve renforcée, dès le milieu du XIXe siècle jusqu'à la fin des années 70. Pour l'esquisse de la preuve renforcée : Cass. civ., 18 mai 1858, S. 1858, I, 661 ; D.P. 1858, I, 218, concl. Sévin (à propos de l'article 553 du Code civil): « Si cette propriété [superficiaire] distincte peut être acquise par titres ou résulter

finalement opté de façon franche pour le système de preuve limité[1241], tout en acceptant des restaurations sporadiques de la pleine liberté de la preuve. Ces derniers ont d'ailleurs pu être vus comme un retour à la cohabitation, position antérieure de la Cour. Ces fluctuations interrogeant la doctrine, certains auteurs ont essayé de l'expliquer. Monsieur le professeur Dross a ainsi proposé de réserver la preuve libre aux situations résultant de la renonciation de la mise en œuvre du mécanisme de l'accession[1242]. D'autres auteurs ont, quant à eux, proposé de déterminer les modes de preuves recevables selon la situation géographique de l'immeuble litigieux. Ainsi, Monsieur le professeur Zenati propose de réserver la preuve par tous moyens lorsque l'immeuble litigieux est situé dans le prolongement direct du bien du revendicateur[1243], alors que Monsieur Richard propose justement de réserver le système de preuve limité à cette situation[1244].

292.1. En réalité, le critère de la situation géographique du bien litigieux ne permet pas d'expliquer le caractère fluctuant de la jurisprudence, cette dernière semblant finalement y rester indifférente. Des solutions récentes, qui plus est rapprochées dans le temps, en témoignent, en retenant parfois la preuve libre et parfois la preuve limitée alors que le bien litigieux se situe dans le prolongement du fonds du revendicateur[1245]. En conséquence, cette explication ne peut être retenue

---

de la loi, elle peut par cela même être acquise par prescription à défaut de titres » ; Cass. civ., 1re, 18 décembre 1967, D. 1968, p. 244 ; Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, n° 76-11.365, RTD Civ 1978, p. 674, note C. Giverdon. Pour la mise en œuvre de la liberté de la preuve : Cass. civ., 30 novembre 1853, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1978, *op. cit.*

1241 *Supra.*, n° 291.

1242 W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol*, Fasc. unique, n° 59. « Il semble pourtant que les hésitations jurisprudentielles et doctrinales pourraient être réduites en distinguant selon que la règle de l'accession est ou non en cause. Lorsque le bâtiment a été construit par un tiers et dans son intérêt propre et que ce fait est établi, sa propriété sur le bâtiment est acquise et seule la règle de l'accession interdit qu'il puisse s'en prévaloir. Autrement dit, la dissociation de l'immeuble a pour fondement la renonciation à l'accession, laquelle pourrait alors se prouver par tout moyen. En revanche, lorsque la règle de l'accession n'est pas en cause, la division de l'immeuble requerrait une preuve par titre ou prescription ».

1243 F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, n° 96-18.748, RTD Civ. 1999, p. 142. Le raisonnement général de cet auteur peut se résumer ainsi : dès lors que la fraction litigieuse de l'immeuble se situe dans le prolongement de celui du revendicateur, il n'est finalement question que d'un fonds qui se prolonge dans un fonds voisin. En conséquence, il est logique de permettre à la preuve d'être rapportée par tous moyens en ce qu'elle correspond au renversement de la présomption établie par l'article 552 du Code civil. À l'inverse, dès lors que la fraction litigieuse d'immeuble n'est pas le prolongement d'un fonds à l'intérieur d'un autre, il s'agit d'un droit de superficie, qui pour l'auteur, ne constitue pas un droit de propriété, mais un droit réel sur la chose d'autrui. En conséquence, il serait logique de ne reconnaître qu'un mode de preuve limité au titre et à la prescription acquisitive.

1244 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 319 et s., p. 368 et s. L'auteur reprend à son compte le critère posé par Monsieur le professeur Zenati en distinguant les propriétés superficiaires qui sont « superposées » de celles qui sont « imbriquées ». Les premières seraient caractérisées par le fait que le bien litigieux se trouve en totalité à l'intérieur d'un fonds appartenant à autrui sans lien avec celui appartenant au revendiquant. Les secondes seraient caractérisées par le fait que le bien litigieux se situe dans le prolongement du fonds du revendicateur. Il inverse ensuite la solution défendue par Monsieur Zenati en proposant de soumettre les superficies superposées à la preuve par tous moyens et les superficies imbriquées à la preuve limitée. Il faut remarquer que l'auteur entend lui-même relativiser la solution qu'il propose : il reconnaît en effet qu'elle ne représente pas la réalité du droit positif (n° 323, spéc. p. 373).

1245 Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2000, *op. cit.* qui retiennent un système de preuve limité dans un contexte où le bien en cause est situé dans le prolongement du fonds du revendicateur ; Cass civ., 3ème, 28

pour caractériser le mode de preuve recevable concernant une question de propriété superficiaire. Reste alors comme explication de la distinction effectuée par la Cour de cassation, celle relative à la mise en œuvre de l'accession proposée par Monsieur le professeur Dross. Toutefois, de l'aveu de son auteur, ce critère reste sujet à des objections liées à la fluctuation des solutions jurisprudentielles[1246], même s'il semble représentatif des solutions les plus récentes. En tout état de cause, les tentatives d'explication doctrinale ne permettent pas d'expliquer pleinement l'instabilité jurisprudentielle, les solutions retenues par les juges restent alors imprévisibles et peuvent mener à une insécurité juridique problématique pour les justiciables.

293. Avancée jurisprudentielle vers l'uniformisation ? Il serait possible de voir dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mai 2015 une avancée timide dans le sens de l'assimilation du volume au fonds[1247], arrêt qui pourrait aboutir à dénier à l'article 552 du Code civil son rôle de règle de fond[1248]. Selon un auteur[1249], il faudrait aller plus loin dans le raisonnement : nous avons vu que le titre du propriétaire du fonds avait permis de procéder à un tel renversement en raison de son absence de précision sur la propriété de la cave litigieuse. Or justement, le rôle d'une présomption est de déduire l'existence d'un fait inconnu par la preuve d'un fait connu. En d'autres termes, faire jouer la présomption de l'article 552 du Code civil implique justement de déduire la propriété des éléments du dessus et du dessous par la seule preuve de la propriété du sol sans qu'aucune précision dans le titre ne soit nécessaire[1250]. Appliquée à l'espèce et sauf à la vider de sa substance, il ne devrait pas être possible de tirer de la seule imprécision du titre fondant la propriété du sol la preuve du renversement de cette présomption de l'article 552. Ce n'est donc que par la prise en compte de la possession actuelle de l'occupant de la cave litigieuse que l'on peut expliquer la solution rendue par la Cour de cassation, alors que celui-ci n'avait pas rempli les conditions de temps nécessaires à la mise en œuvre de la prescription acquisitive. On doit alors en déduire que la

juin 2011, *op. cit*., qui retient un système de preuve limité dans un contexte où le bien en cause était dans le prolongement direct du fonds du revendicateur ; Cass. civ., 3ème, 19 mai 2015, n° 14-11.667, qui retient un mode de preuve libre dans le cas d'une terrasse s'avançant sur le toit d'un immeuble voisin ; Cass civ., 10 juin 2015, *op. cit.* Dans cette affaire, la Cour de cassation – certes tenue par la demande au pourvoi – déclare propriétaire le revendiquant à titre reconventionnel de deux cryptes situées dans le prolongement de son fonds, mais dans le sous-sol de son opposant qui en revendiquait initialement la propriété, au motif qu'il était titulaire d'un titre de propriété que l'on pouvait déduire des actes translatifs de propriété pour la première et de la prescription acquisitive pour la seconde. Voir également, Cass. civ., 3ème, 28 novembre 2019, *op. cit.*, qui retient un système de preuve limité dans une situation où le bien en cause se situait dans le prolongement du fonds du revendicateur.

1246 W. Dross, *loc. cit.* : « la jurisprudence, dans ses grandes tendances, est en ce sens, sans pour autant que cette distinction lui confère une cohérence parfaite qui lui fait manifestement défaut ».

1247 Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.*

1248 *Supra*.,n° 287 et s.

1249 En ce sens, A. Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RDC 2015, n° 112q2, p. 949.

1250 En ce sens, A. Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.*

possession actuelle de l'occupant présume la propriété du bien en cause[1251], et ce n'est que par cet apport que l'on peut comprendre que l'imprécision du titre du propriétaire du sol puisse entraîner le renversement de la présomption de l'article 552 du Code civil. En d'autres termes, par sa possession, l'occupant de la cave était présumé propriétaire de cette dernière et l'imprécision du titre du propriétaire du sol ne permettait pas de la renverser. Cette équivalence de portée entre la présomption de propriété de l'article 552 du Code civil et celle du possesseur de la cave a pu faire dire à un auteur que la présomption de l'article 552 du Code civil avait été vidée de sa substance[1252], d'où il ressortirait une identité de régime probatoire entre la propriété du sol et celui d'un volume immobilier.

294. Intérêt de l'uniformisation des règles de preuve par la reconnaissance du fonds-volumique. Les vicissitudes des positions doctrinales en matière de preuve superficiaire causées par la fluctuation des solutions jurisprudentielles interrogent. Elles nous invitent à questionner la pertinence des critères proposés, ainsi que les raisons d'une telle particularité attachée à la propriété superficiaire[1253]. Surtout, pour ce qui nous intéresse directement à ce stade de l'étude, il s'agit de relever l'intérêt d'un régime unique de la preuve de la propriété immobilière au regard des solutions jurisprudentielles porteuses d'incertitudes pour le justiciable. La reconnaissance du sol volumique trouverait ici un avantage non négligeable, en ce qu'il encouragerait l'uniformisation des solutions rendues en matière de preuve de la propriété immobilière et de ce fait, la fin des incertitudes portant sur les modes de preuve recevables.

294.1. La réduction de l'insécurité juridique liée à l'incertitude des critères pris en compte par la jurisprudence en la matière n'est pas le seul avantage de cette uniformisation. Elle permet de rendre effective les conséquences de l'assimilation de la propriété superficiaire à une propriété foncière tout à fait standard. Il est en effet souvent soutenu que la particularité de la preuve superficiaire vient en effet de la hiérarchisation des objets de propriété immobilière. Ainsi, lorsque le juge doit déterminer quel est le droit de propriété le meilleur sur le bien litigieux, la restriction des modes de preuve ouverts à celui qui se prétend propriétaire superficiaire entraîne un déséquilibre à la faveur du propriétaire du sol par le caractère unitaire que lui confère l'article 552

1251 En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens*, PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 784, p. 1720.

1252 En ce sens, A. Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.* Voir également en ce sens, mais en raison, selon l'auteur, de la négation du rôle de règle de fond de l'article 552 du Code civil : W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.,* spéc., p. 905 : « Mais il est alors parfaitement contradictoire d'affirmer – et la Cour de cassation n'y manque pourtant pas – que l'article 552 ne peut être renversé que par titre ou prescription s'il est ainsi ravalé au rang de simple présomption ».

1253 *Infra.*, n° 349 et s.

du Code civil. On peut entrevoir ici les problèmes posés par le déséquilibre que cela implique : il arrive que le bien immobilier en cause ne puisse se satisfaire d'une définition purement géométrique fondée sur des limites parcellaires[1254]. Or, les biens superficiaires sont régulièrement sujets à des imprécisions dans l'identification précise de leur étendue dans leur titre et, s'ils sont situés en tréfonds, s'exposent au risque de la clandestinité de leur possession, faisant obstacle à toute prescription acquisitive. C'est ici que, l'abstraction du fonds-volumique pourrait résoudre cette difficulté par l'instauration de l'uniformisation des règles de preuve en matière de propriété immobilière. À considérer que la propriété unitaire du sol est finalement celle du volume immobilier, effectuer une telle distinction n'aurait plus de sens. En conséquence et à accepter l'idée du fonds-volumique, l'uniformisation des règles de preuve de la propriété immobilière devrait rester le principe et conférer à tous les propriétaires de bien immobilier la possibilité de prouver leur droit sur la base du même régime probatoire, à savoir un principe de liberté de la preuve[1255].

Paragraphe 2. Les conséquences applicables en droit de l'urbanisme

295. Délimitation de l'étude. La qualification de propriété foncière pourrait signifier plus largement que le volume immobilier ait vocation à rentrer dans le champ de la division foncière au sens du droit de l'urbanisme. Parmi les opérations différentes sur le foncier qu'il prévoit, l'une d'entre elles ne semble pas impactée par une conception volumique du sol : il s'agit de l'opération de remembrement, qui consiste en un « aménagement réalisé sur une assiette constituée de plusieurs terrains contigus appartenant à des propriétaires différents, ayant pour objet de reconfigurer une trame foncière préexistante en vue d'atteindre un objectif déterminé »[1256]. Malgré le terme de « remembrement », cette opération implique bien une division foncière, car il s'agit de proposer un nouveau découpage dans la délimitation des différentes propriétés immobilières au sein d'un périmètre donné. Quoi qu'il en soit, l'impact du fonds-volumique resterait assez limité en droit de l'urbanisme, car le régime proposé par le Code de l'urbanisme n'a actuellement de sens qu'au

1254 Ce qu'ont pu identifier Messieurs Zenati et Richard dans leur recherche respective d'un critère de détermination du mode de preuve applicable.

1255 Un auteur propose cependant de limiter les modes de preuve de la propriété immobilière au titre et à la prescription acquisitive, comme c'est actuellement le cas en matière de propriété superficiaire. Il justifie sa solution en raison de l'évolution de la propriété immobilière vers une totale abstraction et la volonté de pouvoir se préconstituer une preuve proche de la preuve parfaite (D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 328 et s., p. 377 et s. et surtout, n° 330, p. 380).

1256 S. Lamy-Willing, *La constructibilité des propriétés foncières : entre la règle et le contrat*, thèse, Aix-Marseille, 2016, n° 83, p. 122.

niveau d'un découpage parcellaire[1257]. En conséquence la quasi-totalité des dispositions du droit de l'urbanisme raisonnent à partir de l'assiette terrestre de l'opération. Ainsi, la reconnaissance du fonds-volumique n'emporterait finalement que très peu de conséquences d'ensemble, en l'état actuel du droit de l'urbanisme. Cette incompatibilité s'explique avant tout par l'objet du droit de l'urbanisme lui-même. Celui-ci est avant tout conçu comme un moyen de contrôle des utilisations et aménagements du sol-matière. Certains points de ce droit montrent une grande résistance à la reconnaissance du fonds-volumique[1258], quand d'autres rappellent que des aménagements sont envisageables, voire nécessaires[1259].

296. Plan. Malgré tout, il semblerait que le fonds-volumique puisse être qualifié d'unité foncière (A), notion qui a pour objet de représenter l'assiette de l'application des règles spécifiques en matière de divisions et d'occupations des sols[1260]. Bien qu'elle soit utilisée comme base de toute division foncière, une telle redéfinition ne pourrait avoir de répercussions générales en droit de l'urbanisme[1261]. Une conséquence envisageable a néanmoins pu être observée : la soumission d'une opération de construction en volumes au régime du lotissement (B).

A. Le volume immobilier, unité foncière de référence

297. Définition. Utilisée de longue date par les praticiens et la jurisprudence en matière urbanistique, elle ne connaissait qu'une reconnaissance discrète par le législateur dans le cadre de la définition de « l'îlot de propriété » émanant du décret du 30 avril 1955[1262]. Finalement introduite de façon autonome en 2000 par la loi dite « S.R.U. »[1263], elle ne fut cependant pas pourvue de définition et c'est finalement le Conseil d'État qui, dans un arrêt du 27 juin 2005, prit soin de la

1257 Outre l'objet même de l'opération, ceci se comprend au regard des garanties proposées par le Code de l'urbanisme, qui ne porte que sur la protection des droits afférents à la parcelle du sol. Voir par exemple les articles R. 322-8 et R. 322-15 de ce Code.

1258 Sur la question de l'impact d'une telle assimilation sur les permis de construire et le calcul de la surface de plancher constructible, *infra*., n° 369 et s.

1259 Sur les adaptations envisageables du droit de l'urbanisme par l'apport d'une prise en compte du volume, *infra*., n° 377 et s.

1260 En ce sens H. Charles, « L'unité foncière dans le droit de l'urbanisme », RFDA 1996, p. 575. Il précise que l'unité foncière, présentée comme « la propriété immobilière de base, homogène », va avoir pour rôle de servir « de référence à l'établissement de diverses données du droit des sols, comme le coefficient d'occupation des sols, la distance entre propriétés, le nombre de constructions possible ».

1261 Pour une étude des résistances du droit de l'urbanisme à un détachement de l'unité foncière du terrain d'assiette de l'opération, *infra*., n° 356 et s.

1262 Décret n° 55-471 du 30 avril 1955 relatif à la rénovation et à la conservation du cadastre, article 4, alinéa 2 : « L'îlot de propriété est constitué par l'ensemble des parcelles contiguës appartenant à un même propriétaire ou à une même indivision dans un même lieudit et formant une unité foncière indépendante selon l'agencement donné à la propriété ».

1263 Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

définir en reprenant les éléments proposés par la définition du décret du 30 avril 1955. Selon eux, l'unité foncière est un « îlot de propriété d'un seul tenant, composé d'une parcelle ou d'un ensemble de parcelles appartenant à un même propriétaire ou à la même indivision »[1264]. Dès lors que l'on considère que le volume immobilier n'est rien d'autre qu'une parcelle à laquelle on applique l'inévitable troisième dimension, c'est bien le volume immobilier qui devrait être qualifié d'unité foncière[1265].

298. Rattachement initial au sol. Encore faut-il que cette notion d'unité foncière supporte l'abstraction de la matière effectuée par le volume immobilier au sens du droit civil. En effet, le droit de l'urbanisme est un droit administratif spécial, qui poursuit sa propre logique dictée par des objectifs propres. Il en résulte parfois des notions polysémiques, selon qu'elles sont employées par le droit civil ou le droit administratif[1266]. Concernant l'unité foncière, il semble qu'elle ait été comprise à l'origine comme une portion du sol pris au sens strict, c'est-à-dire pouvant servir d'assise originelle à une construction. Pour en témoigner, ce rattachement au sol se retrouve en doctrine où, avant même l'intégration légale de la notion, on pouvait lui trouver comme définition « le terrain ou l'ensemble de terrains d'un seul tenant appartenant à un même propriétaire »[1267]. Cette vision des choses ne sera pas contredite par l'introduction de l'unité foncière par la loi S.R.U. Cette introduction n'avait pour objectif que de rendre compte, sous une notion unique, de différents termes présents dans le Code de l'urbanisme qui faisaient finalement référence à la même chose : la propriété du sol assiette de constructions existantes ou à venir. Les réformes successives ont continué dans cette voie et sont ainsi devenus « unité foncière », le « terrain » des articles R. 410-1 et R. 441-1 dans leur rédaction antérieure au premier octobre 2007 ou encore « la propriété foncière » de l'article L. 442-1 dans sa rédaction antérieure à l'Ordonnance n° 2011-1916 du 22 décembre 2011. Tout comme en matière de droit civil, ces notions font référence au sol « matière », celui qui supporte originellement toute construction ou plantation et qui n'admet qu'une abstraction,

1264 CE, 27 juin 2005, n° 264667, « Commune de Chambéry », JurisData n° 2005-068640.

1265 C*ontra*., S. Lamy-Willing, *op.cit.*, n° 79, p. 113. L'auteur justifie cependant ce refus par le constat selon lequel il serait « difficile d'imaginer que le terme de « propriété » pouvait laisser entendre « volume », ce dont nous avons pu démontrer l'inexactitude.

1266 L'exemple le plus flagrant est certainement celui des servitudes, dont une partie seulement des critères impératifs émanant du droit civil se retrouve dans les servitudes administratives (Sur ce point, E. Meiller, *La notion de servitude*, thèse, LGDJ 2012, n° 307 et s., p. 521 et s. Après avoir remarqué nombres de différences avec les servitudes civiles dont l'absence de fonds dominant, l'auteur conclu qu'aucune d'entre elles n'est dirimante à la qualification de servitude en raison d'une part, que le Code civil lui-même et la jurisprudence les qualifient justement, de servitude (n° 307, p. 523 et 524) et d'autre part, car bien qu'ayant un régime différent des servitudes civiles, elles répondent tout de même au modèle des servitudes selon la définition qu'en donne l'auteur : « une restriction de liberté du propriétaire pour organiser la relation du fonds servant avec son voisinage immédiat » (n° 308, p. 525)).

1267 H. Charles, *op. cit*., p. 575 ; J.-H. Driard, « Unité foncière et détermination des droits à bâtir », JCP N 1998, p. 1450, n° 9.

la parcelle. Si les notions de « sol », de « terrain », ou encore de « propriété foncière » pourraient être comprises comme un volume immobilier en droit civil, le droit de l'urbanisme pourrait ne pas supporter aussi bien cette abstraction, car ses dispositions révèlent un attachement au sol-matière bien plus important.

299. Dématérialisation de la notion d'unité foncière. Tout comme le sol en matière civile, l'unité foncière aurait connu une abstraction qui va l'ouvrir vers le volume immobilier. Cette ouverture procéderait dans un premier temps des éléments caractéristiques de l'unité foncière. Ceux-ci auraient été substantiellement affirmés par une définition de l'unité foncière émanant du Conseil d'État, pour qui l'unité foncière s'apparente à un « îlot de propriété »[1268]. En détachant l'unité foncière d'une représentation cadastrale déjà abstraite[1269], un auteur a pu remarquer que cette décision permet de limiter l'unité foncière à ses deux critères classiques que sont l'unité de propriété et de l'unité de titulaire[1270], tout en concluant que l'« agencement de cette propriété importe peu »[1271]. La localisation de l'unité foncière étant indifférente, le volume immobilier correspondrait tout à fait à cette notion telle que définie par le Conseil d'État. Concernant les deux éléments caractéristiques de cette unité foncière, il n'existe aucune difficulté à ce que le volume permette d'en remplir les critères : le recours aux volumes immobiliers consiste tout particulièrement à s'assurer de l'unité de titulaire d'un droit de propriété au sein d'un espace précisément déterminé. Cette ouverture de l'unité foncière vers l'abstraction serait également renforcée par les différentes étapes de la dématérialisation de la notion que l'on retrouve en matière de lotissement.

300. Dématérialisation de l'unité foncière par le régime du lotissement. L'abstraction de l'unité foncière se constaterait par son application dans le cadre du lotissement. Le Conseil d'État définissait originellement l'unité foncière comme un ensemble de parcelles appartenant au même propriétaire, ce qui aurait pu avoir pour effet de n'appliquer que partiellement la réglementation en matière de lotissements dans le cas où différents îlots de propriété contiguës appartenait à un même

1268 CE, 27 juin 2005, *op. cit.*

1269 J.-P. Mas, L. Calmels, Première commission, « La division contrôlée du foncier », *in R*apport du 103e Congrès des notaires de France. *La division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 4, spéc., n° 1015 et s., p. 30 et s.

1270 H. Charles, *op cit*., p. 575 ; N. le Rudulier, « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », JCP N 2011, 1120, spéc., n° 9. On remarquera cependant que ces auteurs parlent initialement d'« unité de propriétaire », ce à quoi, nous lui préférons, à l'instar de la première commission du 103e Congrès des notaires de France, le terme d'unité de titulaire afin d'éviter les confusions qui peuvent résulter d'une situation d'indivision. En effet même si dans cette situation, il n'y a pas un propriétaire unique, il existe une unité de titulaire remplissant ainsi la première condition de l'unité foncière. Sur ce point : J.-P. Mas, L. Calmels, *op. cit*., spéc., n° 1035, p. 40.

1271 N. le Rudulier, *loc. cit.*

propriétaire. Or, la question s'était déjà posée avant l'émergence de la notion « d'unité foncière » et une réponse ministérielle avait précisé que « les divers lots d'un lotissement doivent être considérés comme des parcelles existantes et distinctes, même si plusieurs d'entre elles forment le bien en un seul tenant d'un unique propriétaire »[1272]. En d'autres termes, ce qui fait l'unité foncière en matière de lotissement n'est rien d'autre que le lot destiné à être construit, indépendamment de la personne qui en est propriétaire – ce que confirma le Conseil d'État dans un arrêt du 28 juillet 1999[1273].

301. Confirmation par la sanction de la copropriété horizontale. Cette analyse semble confirmée dès lors que l'on peut observer la requalification des copropriétés horizontales en lotissements. La réglementation des lotissements posant un certains nombres de règles contraignantes, notamment dans son régime de vente et dans l'obligation de viabilisation du terrain, des méthodes permettant de s'en soustraire ont été cherchées rapidement. Ainsi, fut développé ce que l'on appelle la copropriété horizontale. À l'origine, elle consistait dans la division d'une parcelle terrestre en lots de copropriété, chaque lot comprenant une partie privative composée de la jouissance exclusive d'une partie du sol et de la propriété de la construction qui y sera édifiée. Il était alors possible d'établir, sur un terrain qui restait en indivision perpétuelle, une multitude de maisons d'habitation individuelles sans que l'opération ne soit soumise aux obligations inhérentes à la création d'un lotissement. Cette opération fut comprise comme un évitement de la réglementation des lotissements et le législateur réagit en qualifiant de lotissement non plus seulement la division en propriété, mais également en jouissance dès 1977[1274]. Au vrai, le seul fait d'assimiler la division en jouissance à une opération de lotissement emportait déjà un indice de l'abstraction de la notion d'unité foncière en devenir, mais le lien avec la division du sol était encore particulièrement présent.

301.1. La copropriété horizontale ne s'est pas arrêtée là. L'opération consistant à diviser en jouissance un même lotissement était désormais sanctionnée[1275], la copropriété horizontale connue un renouvellement sous l'impulsion de Monsieur Stemmer, qui proposa de ne conférer aux lots privatifs un simple droit de construire à un endroit déterminé sur le terrain indivis assorti de la propriété de la construction une fois celle-ci édifiée[1276]. La méthode fut à l'origine de nombreux

1272 Réponse ministérielle n° 23628, J.O . Sénat, 26 juillet 1977, p. 2071.

1273 CE, 28 juillet 1999, n° 178100, « M. Pretti c/ Commune de Ramatuelle », JurisData n° 050964.

1274 Loi n° 76-1285 du 31 décembre 1976 portant réforme de l'urbanisme, et surtout le décret n° 77-860 du 26 juillet 1977.

1275 CE, 27 février 1977, n° 02051, 02052 à 02062, « Ministre de l'Équipement c/ Crespin », JCP G 1977, II, 18751, note G. Liet-Veaux ; JCP N 1977, II, p. 134, note B. Stemmer.

1276 B. Stemmer, « Quand le mieux devient l'ennemi du bien ou plaidoyer pour la copropriété horizontale », JCP. N. 1982-II, prat., n° 8450, p. 609.

débats – certainement encouragés par les analyses discordantes des juges du fond[1277] – quant au rattachement de cette technique au régime du lotissement[1278]. Il n'en reste pas moins que le Conseil d'État semble avoir condamné la pratique de la copropriété horizontale de façon franche. Dans un arrêt du 26 septembre 1990[1279], le Conseil d'État considère en effet que « la construction par trois maîtres d'euvres [*sic*] différents sur un même terrain, au profit de trois membres de l'indivision qui en est propriétaire, de trois pavillons destinés à devenir la propriété exclusive et particulière de chacun d'eux a le caractère d'un lotissement ». Ainsi, peut importe que les actes fassent état de façon expresse d'une division en jouissance, cette dernière semble exister dès qu'une pluralité de maîtres d'œuvres existe[1280]. En conséquence, il semblerait bien qu'à partir du moment où il existe sur un fonds indivis une pluralité de lots destinés à être construits par de multiples maîtres d'œuvre, l'opération doive être qualifiée de lotissement. Ainsi, en matière de lotissements, la division de l'unité foncière se produit dès qu'existe une simple réservation de droit de construire sur un espace déterminé. Une telle lecture de la division de jouissance a conduit la doctrine récente à définir cette unité foncière, non pas au regard d'une division du sol, mais au regard de la répartition des droits de construire[1281]. Il s'agit de créer au sein d'une parcelle unique une multitude de volumes comprenant chacun une portion du sol et s'étendant sur une partie de tréfonds nécessaire à la pose des fondations prévues, tout en conservant un volume unique s'étendant sur la totalité de la parcelle pour le tréfonds le plus bas dont la propriété revient à l'association de propriétaires gérant l'ensemble.

302. L'unité foncière : espace déterminé sur lequel porte un droit de construire. En raison de cette redéfinition effectuée par l'application concrète du régime des lotissements, la notion d'unité foncière évolue d'une localisation parcellaire à une vision plus abstraite déterminée par le

1277 Pour un exposé de ces décisions : A. Koenig, « Lotissement ou copropriété horizontale un beau débat téléologique », RDI 1996, p. 321, spéc., note 1 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 227, p. 123.

1278 Voir notamment, en faveur d'une qualification extérieure au lotissement : « B. Stemmer, *op cit.* ; A. Koenig, *op. cit*. En faveur d'un rattachement au régime des lotissements : F. Bouyssou, « La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude ? », RDI 1996, p. 329 ; N. le Rudulier, « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », JCP N 2011, 1120 (Même s'il faut préciser que pour ce dernier, cette assimilation est surtout un moyen de justifier davantage le rattachement de la division en volumes au régime des lotissements).

1279 CE, 26 septembre 1990, n° 86058, « Epoux Seguin », JCP N 1991, II, p. 85, note P. Cornille ; Defrénois 1991, p. 923, note S. Pérignon.

1280 En ce sens, P. Cornille, note sous CE, 26 septembre 1990 ; F. Bouyssou, *op. cit. C*ette analyse fut reprise ensuite dans le cadre plus général de la définition de l'unité foncière par N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 228 et s., p. 123 et s. *Contra.*, mais proposant une analyse attachée aux termes employés par le Commissaire du gouvernement et non pas par le Conseil d'État : A. Koenig, *op. cit.*

1281 En ce sens, J.-P. Mas, L. Calmels, *op. cit*., spéc., n° 1033 et s., p. 38 et s. ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 234 et s., p. 130 et s. Ces auteurs proposent finalement de considérer que le droit de construire conféré par l'administration n'est pas simplement le droit contenu dans l'unité foncière de référence, mais bien celui constitutif par lui-même de cette unité.

contenu du droit de construire[1282]. Partant, l'unité foncière du droit de l'urbanisme – qui se rapporte à la notion de division foncière – pourrait être constituée par le volume immobilier. Cette affirmation vient de la constatation que la division en jouissance suffit à justifier l'application du régime des lotissements. Une telle remarque démontre que la division en propriétés de la parcelle est finalement indifférente à la division de l'unité foncière, qui est caractérisée dès qu'existe une répartition de différents droits de jouissance au sein d'une même parcelle. Un auteur fait donc remarquer que rien ne justifie le rejet de la qualification de lotissement dans le cadre d'une division en volumes qui tend à répartir des lots de propriété dans l'espace alors qu'une simple division en jouissances permet de son côté une telle qualification[1283]. Par suite, la construction en volumes remplirait la condition préalable prévue par l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme et pourrait ainsi être rattachée au régime du lotissement.

B. Le rattachement du volume immobilier au régime du lotissement

303. Plan. L'assimilation du volume à une unité foncière emporte comme conséquence de considérer toute division en volumes comme une division foncière au sens du droit de l'urbanisme. Le droit de l'urbanisme étant résistant à cette abstraction, il en résulte que la conséquence principale d'une telle assimilation tiendrait au rattachement de cette opération au régime des lotissements. La question de ce rattachement n'est pas nouvelle[1284]. Classiquement écartée en raison de l'absence de division du sol en parcelles indépendantes[1285], certains auteurs avaient pourtant effectué le rapprochement entre la division de terrain en vue de bâtir et la vente de volumes à construire[1286]. Pour bien saisir l'intérêt de l'encadrement par le régime des lotissements de la division en volumes en vue de bâtir, il semble nécessaire de comprendre la finalité de ces règles spéciales issues du droit de l'urbanisme (1). Cette finalité, dont nous allons voir qu'elle tient à l'assurance de la viabilisation des terrains d'assiette des lotissements, a en effet façonné les règles spécifiques s'appliquant aux lotissements qui ont été mises en place par le législateur. L'application de ces règles aux volumes immobiliers pourrait permettre de sécuriser davantage une pratique qui n'est actuellement encadrée

1282 Pour une remise en cause de cette analyse et l'impact qu'a eu l'arrêt CE, 30 novembre 2007,n° 271897, « Ville de Strasbourg c/ M. Et Mme A. », *infra*., n° 361.

1283 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 77.

1284 Voir déjà, E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », JCP N 1976, I, 2788, spéc., n° 32.

1285 D. Sizaire, « Division et volumes », JCP N 1998, p. 388, spéc., n° 15.

1286 Pour le questionnement d'un éventuel rattachement, E. Sommier, *op. cit.,* n° 32. H. Périnet-Marquet, « Lotissements, divisions de l'immeuble et opérations complexes après la réforme de 2007 », RDI 2007, p. 205. En faveur d'un rattachement total, N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 171.

que par les limites afférentes au droit commun de la vente immobilière et éventuellement, du secteur protégé (2).

1. La finalité poursuivie par le régime des lotissements

304. Objectif poursuivi par la réglementation relative aux lotissements. Le lotissement est présenté classiquement comme un procédé de contrôle de « la fabrication de terrains à bâtir »[1287] et tend principalement à protéger l'acquéreur – et de façon concomitante, l'administration[1288] – par la mise en place d'un régime de commercialisation contraignant qui a pour objectif de s'assurer la réalité de la viabilisation des terrains. La réglementation des lotissements est donc une opération qui vise avant tout à la viabilisation des terrains d'assiette des constructions. L'ampleur de cette obligation de viabilisation est précisée par l'article L. 332-15 du Code de l'urbanisme. Cet article dresse une liste non limitative des opérations nécessaires, qui concerne *a minima* les accès aux voies publiques et aux aires communes, les raccordements sanitaires, électriques et de communications[1289]. Outre cet objectif protecteur, le lotissement est en outre un moyen pour l'administration de contrôler l'évolution du paysage urbain par divers contrôles portant sur la localisation et les dimensions du projet final[1290], telle la mention faite du nombre maximum de lots et de surfaces de plancher[1291] et du contrôle architectural et environnemental du projet[1292]. Ce contrôle général de l'impact global du projet n'est cependant pas exclusif du lotissement, un tel contrôle existant par ailleurs lors de toute demande de permis d'aménager, voire, dans une moindre mesure, pour les demandes de permis de construire dès lors que le projet ne fait pas l'objet d'une autorisation d'aménager[1293]. Il ressort de cette observation que le contrôle du projet d'ensemble fait

1287 E. Carpentier, J. Trémeau, « Le contrôle urbanistique des divisions foncières et le nouveau lotissement », RFDA 2012, p. 876, spéc., p. 877.

1288 En effet, dans l'hypothèse de la création de lotissements défectueux, c'est-à-dire de la livraison de terrains non correctement viabilisés, il sera à la charge de l'administration d'effectuer les travaux en conséquences, ces derniers impliquant, en premier lieu, des deniers publics.

1289 Alinéa premier de l'article L. 332-15 du Code de l'urbanisme : « L'autorité qui délivre l'autorisation de construire, d'aménager, ou de lotir exige, en tant que de besoin, du bénéficiaire de celle-ci la réalisation et le financement de tous travaux nécessaires à la viabilité et à l'équipement de la construction, du terrain aménagé ou du lotissement, notamment en ce qui concerne la voirie, l'alimentation en eau, gaz et électricité, les réseaux de télécommunication, l'évacuation et le traitement des eaux et matières usées, l'éclairage, les aires de stationnement, les espaces collectifs, les aires de jeux et les espaces plantés ».

1290 Voir sur ce point, article R. 441-1 et suivants du Code de l'urbanisme, commun à toutes les demandes de permis d'aménager.

1291 Article R. 442-3 du Code de l'urbanisme.

1292 Article R. 442-5 du Code de l'urbanisme qui renvoie aux articles R. 441-3 et R. 441-4 de ce même Code, s'appliquant à toute demande de permis d'aménagement.

1293 Le contrôle de la dimension du projet final se fait hors lotissement, voir même hors la délivrance du permis d'aménager lors de l'établissement du dossier en vue de la demande de permis de construire prévue aux articles R. 431-1 et suivants du Code de l'urbanisme. Ainsi, le dossier de demande de permis de construire doit comprendre, comme celui de la demande de permis d'aménager, « la localisation et la superficie du ou des terrains à aménager » ainsi que

dans le cadre du permis d'aménager n'est pas la caractéristique qui justifie l'existence du régime du lotissement[1294]. Nonobstant les remarques portant sur l'absence de cohérence d'ensemble du régime dual des lotissements dans la compréhension de son objectif[1295], il nous semble que ce régime prend tout son sens dans le contrôle du caractère effectif de la viabilisation des terrains d'assiette des constructions à venir – comme en témoignent, par exemple, les restrictions à la commercialisation des lots et les nombreuses garanties afférentes à cette réalisation[1296].

304.1. Cette obligation de viabilisation par la création de raccordements et d'équipements ressort par ailleurs dans la distinction des deux types de lotissements. Le principal critère[1297] mis en œuvre dans la détermination des deux types de réglementations applicables aux lotissements – les lotissements soumis à permis d'aménager[1298] et ceux seulement soumis à déclaration préalable[1299] – est la nécessité de réaliser les travaux de voirie ou de seulement contrôler leur existence. En vertu de l'article R, 421-19 a) du Code de l'urbanisme, seuls seront soumis à l'obligation de délivrance d'un permis d'aménager les lotissements dont le(s) terrain(s) d'assiette impliquent la réalisation des travaux prévus par l'article L. 332-15 du Code de l'urbanisme : c'est-à-dire tout ce qui concerne la viabilisation du sol afin qu'il puisse accueillir de façon fonctionnelle la construction destinée à y prendre place. Dès lors que de tels travaux ne sont pas nécessaires, seule une déclaration préalable

---

« la nature des travaux » (respectivement R. 431-5 *c)* et *d)* et R. 441-1 *c)* et *d)* du Code de l'urbanisme). Il en est de même pour le contrôle architectural et environnemental du projet, que l'on retrouve aux articles R. 431-8 et suivants du Code de l'urbanisme en matière de permis de construire et R. 441-3 et 4 de ce même Code en matière de permis d'aménagement. Les éléments constitutifs du dossier sont sensiblement les mêmes, sauf en ce qui concerne les éléments propres à la viabilisation des terrains, dont les dispositions propres au permis de construire sont expurgées.

Quelques différences notables propres aux lotissements existent néanmoins. Ainsi, l'article R. 442-3 du Code de l'urbanisme prévoit que la demande de permis d'aménager dans le cadre du lotissement indique le nombre maximum de lots et la surface plancher maximale pour l'ensemble du projet, là ou la demande de permis se contente de l'indication « La surface de plancher des constructions projetées » (article R. 431-5 *f)* du Code de l'urbanisme). Cette distinction reste tout à fait logique en raison de la pratique des lotissements « à la carte » qui consiste à prévoir une surface et un nombre de lots maximum afin de conserver une grande adaptabilité du projet (sur ce point, voir notamment X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements – Autorisation*, Fasc. 32-8, n° 100 et s.). Une telle exigence ne se retrouve logiquement pas dans le cadre d'une demande de permis de construire, étant donné qu'à ce stade, le projet se doit d'être précisément déterminé dans ses éléments constitutifs.

1294 En ce sens, GRIDAUH, « Pour une réforme du droit des lotissements », AJDA 2010, p. 1180.

1295 E. Carpentier, « La définition du lotissement. Version 1.3.12 », JCP N 2012, n° 1128, spéc., n° 35.

1296 En ce sens, X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Réalisation. Gestion des équipements collectifs*, Fasc. 32-10, n° 1 ; E. Carpentier, J. Trémeau, *op. cit*.

1297 Si l'on excepte la situation particulière des lotissements qui sont situés « dans le périmètre d'un site patrimonial remarquable, dans les abords des monuments historiques, dans un site classé ou en instance de classement » (article R. 421-19 *a)*) qui seront en tout état de cause soumis à l'octroi d'un permis d'aménager indépendamment de la nécessité d'effectuer des travaux de viabilisation des terrains.

1298 Article R. 421-19 *a)* du Code de l'urbanisme dispose que sont soumis à la délivrance d'un permis d'aménager les lotissements « qui prévoient la création ou l'aménagement de voies, d'espaces ou d'équipements communs à plusieurs lots destinés à être bâtis et propres au lotissement. Les équipements pris en compte sont les équipements dont la réalisation est à la charge du lotisseur ».

1299 Article R. 421-23 *a)* du Code de l'urbanisme.

est demandée et l'administration se contentera de contrôler la constructibilité des lots, notamment par l'étude de la présence effective de tels éléments[1300]. Cette distinction nous permet de comprendre que le régime du lotissement est un régime visant à assurer l'existence de la viabilisation des sols destinés à être construits, et non un simple moyen de contrôle de l'aménagement du territoire. Cette finalité a abouti à un régime protecteur des acquéreurs de lots de lotissement visant à prévenir la réalisation de lotissements défectueux, dépourvus de constructibilité. L'intérêt d'une telle protection en matière de vente de volumes à construire n'est pas différent de celui portant sur des parcelles : assurer une sécurité accrue de l'acquéreur tout en préservant les intérêts économiques du lotisseur.

2. La sécurisation de la division en volumes par l'application du régime des lotissements

305. Définition du lotissement et division en volumes. Il convient tout d'abord de s'assurer que la définition du lotissement n'est pas incompatible avec une division en volumes. Le lotissement est défini par l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme comme « la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis ». Le rattachement d'une opération tient donc à trois conditions.

305.1. La première est l'existence d'une division d'une ou plusieurs unités foncières contiguës. Nous venons de voir que cette condition ne pose pas de difficulté quant à son application à des volumes immobiliers – indépendamment même de la compréhension volumique du sol – pour la simple raison que l'unité foncière s'avérerait être constituée avant tout par la répartition de droits de construire. Partant, il suffit désormais de contrôler la présence des deux conditions suivantes à une opération de division en volumes. Celles-ci sont situées dans la seconde partie de l'article et sont caractérisées par la création de « lots », « destinés à être bâtis ». La création de « lots » ne pose pas de difficulté particulière et l'utilisation du terme, en lieu et place de celui de « propriétés foncières » issu de l'ancienne rédaction, vient renforcer l'adaptabilité à la division en volumes de la disposition législative, en détachant le résultat de la division du sol « matière ». De même, il faut remarquer que cette nouvelle définition du lotissement[1301] est venue supprimer d'éventuelles interrogations liées à la définition précédente qui conditionnait la qualification de lotissement à l'existence d'une division

1300 X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements – Autorisation*, Fasc. 32-8, n° 2.

1301 Définition issue de l'Ordonnance n° 2011-1916 du 22 décembre 2011 relative à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme.

de la propriété foncière « en vue de l'implantation de bâtiments »[1302]. En ne faisant état que de la création de lots « destinés à être bâtis », la nouvelle rédaction vient renforcer la compatibilité avec la division en volumes : il n'est plus question d'« implantation de bâtiments » dont on pouvait craindre qu'il faille une pluralité de constructions indépendantes établies sur des parcelles différentes[1303]. Il suffit désormais d'une division en « lots » issus de la division d'une unité foncière dont nous avons constaté la possible abstraction, et que ces lots soient destinés à être bâtis, sans qu'une quelconque indépendance ou pluralité de bâtiments ne ressorte. Il en résulte qu'une division en volumes visant l'édification d'un bâtiment unique sur une parcelle unique pourrait être qualifié de lotissement dès lors que la division en volumes d'espace est effectuée dans le but d'établir un édifice dont la propriété est divisée suivant ces lots[1304].

306. Intérêt relatif à l'obligation de viabilisation du terrain. Appliquer le régime du lotissement à la division en volumes peut amener à deux lectures différentes : soit l'obligation de viabilisation s'étend unitairement à l'ensemble des lots issus de la division, soit elle ne concerne que la, ou les parcelles d'assiette. Sur cette question deux points semblent aller vers une interprétation limitée. Le premier est constitué par les conséquences ubuesques qu'une lecture élargie de l'obligation de viabilisation pourrait avoir. Cela reviendrait en effet à faire rentrer l'édifice dans le champ d'application d'un ensemble de dispositions prévues pour ne porter que sur des parcelles de terre. Le second point est le risque de dénaturation de la notion de travaux prévu par l'article L. 332-15 du Code de l'urbanisme. En effet, dans l'hypothèse où les travaux de viabilisation seraient étendus à chacun des lots de volumes qui composent le projet de construction indépendamment de leur localisation, cela reviendrait à assimiler les travaux de raccordement individuel de chacun de ces lots à des travaux de viabilisation. Or, une telle assimilation emporterait

1302 Voir sur ce point les développements de N. le Rudulier, « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », *op. cit.*, spéc., n° 2 et s. L'auteur, s'il constate que les termes pourraient entraîner des incertitudes, conclut que ni la référence à l'implantation, ni celle faite à la notion de « bâtiment » au pluriel ne pose de problème d'adaptation à la division en volumes.

1303 En ce sens, J. Trémeau, « La notion de division en vue de l'implantation de bâtiments », Annexe 1, Séminaires GRIDAUH sur la réforme du droit des lotissements, III°.

1304 En ce sens et déjà sous l'empire de l'ancienne définition du lotissement, N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 154 et s. ; « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », *op. cit. ;* Pour une conclusion similaire qui apparaît en filigrane des développements, D. Richard, *De la propriété du* sol *en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 845, p. 873.

Pour des approches plus mesurées : S. Pérignon, « Création des ouvrages immobiliers complexes et droit de l'urbanisme », RDI 1999, p. 522, considérant qu'il serait opportun d'appliquer les dispositions relatives au régime des lotissements lorsque la division ne concerne non pas le sol naturel mais le sol artificiel. Également, M. Soazic, *JurisClasseur Administratif, Lotissement. – Définition. Champ d'application*, Fasc. 550, n° 29, considérant que la multiplicité des situations potentielles rend la délimitation délicate.

Contra., pour un rejet de la division en volumes du régime des lotissements sous l'empire de la définition actuelle, voir notamment, H. Jacquot, F. Priet, S. Marie, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 8e éd., 2019, n° 648, p. 870.

une confusion importante entre d'une part, les travaux nécessaires à la viabilisation de tout ou partie des lots issus de la seule division parcellaire[1305] et d'autre part, les travaux de raccordement ne procédant pas de la viabilisation du terrain en tant que tel, mais de la seule fonctionnalité du bâtiment. Cette confusion s'avère problématique : ces travaux consistent en la « réalisation des branchements individuels et des accès, simples dérivations servant uniquement à la desserte de chaque lot »[1306] et ont vocation à être contrôlés lors de l'octroi du permis de construire. De plus, ils ne peuvent être mis à la charge du lotisseur, dont l'objectif est avant tout de s'occuper de la seule division parcellaire. Cette distinction ressort particulièrement de la chronologie de l'opération de lotissement, dans laquelle il y a une véritable distinction entre le moment des travaux de viabilisation et celui de la réalisation des constructions, qui restent soumises à l'octroi d'un permis de construire.

307. Portée limitée de l'obligation de viabilisation d'un lotissement en volumes. Il résulte de ces observations qu'appliquer le régime des lotissements à la division en volumes aura un intérêt limité si l'on s'en tient à la viabilisation du ou des terrains assiettes du bâti qui y sera édifié[1307]. Une lecture intermédiaire peut cependant être envisageable et correspondre tant à l'objectif poursuivi par la réglementation du lotissement qu'aux particularités d'un projet de construction en volumes. En partant du principe que chaque lot de volumes doit être constructible, l'idée serait d'étendre les obligations du lotisseur aux travaux assurant la constructibilité des volumes supérieurs, c'est-à-dire, l'ensemble des fondations nécessaires à l'édification future du projet. Cela pourrait impliquer notamment d'effectuer les différents raccordements de viabilisation non plus sur le seul sol « naturel », mais également sur une éventuelle dalle artificielle, sur laquelle prendront place une pluralité de constructions – individuelles ou non – et des espaces communs[1308].

307.1. L'intérêt du rattachement de la division en volumes en vue de bâtir au régime des lotissements ne se limite pas à la question de l'obligation de viabilisation du terrain : cette dernière est une obligation s'appliquant de façon générale à l'« autorisation de construire, d'aménager et de lotir »[1309]. Le lotissement n'est donc pas la seule opération foncière soumise à cette obligation, qui

1305 C'est-à-dire la mise en place des « équipements propres » prévus à l'article L. 335-15 du Code de l'urbanisme.

1306 E. Carpentier, J. Trémeau, *op. cit.*, spéc., p. 877.

1307 Également en ce sens, J. Trémeau, *op. cit.*

1308 En ce sens, P. Cornille, « Construire la ville de demain : plaidoyer pour le lotissement vertical micro-volumétrique », Actes pratiques et ingénierie immobilière, LexisNexis, avril-mail-juin 2012, p. 2 et s. Cela ferait cependant peser sur le lotisseur en volumes la construction de la dalle artificielle et, par voie de conséquence, une charge financière importante, sans pouvoir en obtenir de financement partiel par la vente des lots envisagés.

1309 L'article L. 332-15 du Code de l'urbanisme impose donc la réalisation des différents éléments assurant la viabilisation d'une unité foncière non pas au seul lotisseur, mais également au titulaire d'un permis de construire.

est en réalité impérative dès lors qu'est sollicité un permis tant d'aménager que de construire. Partant, cette obligation trouverait tout de même à s'appliquer quand bien même la division en volumes ne serait pas constitutive d'un lotissement. Le principal intérêt du rattachement de la division en volumes en vue de bâtir au lotissement ne se situe donc pas directement dans cette obligation de viabilisation, mais dans le caractère protecteur du régime qu'il met en place, celui-ci ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des co-lotis. En effet, dès lors que l'opération foncière en cause est rattachée au régime des lotissements, ce dernier s'appliquera indistinctement sur l'ensemble du projet de construction. Appliqué à la division en volumes, il en résulte que le régime trouvera à s'appliquer sur l'ensemble des lots de volume, indépendamment de la nécessité de procéder à des travaux de viabilisation. En conséquence, l'ensemble des lots de volumes pourront bénéficier de ce régime, particulièrement protecteur pour son acquéreur, que ce soit dans la commercialisation des lots ou encore dans la détermination des règles urbanistiques applicables.

308. Protection de l'acquéreur par les restrictions de la commercialisation des lots. L'idée principale dans l'encadrement de la commercialisation des lots de lotissement est de garantir la constructibilité des lots vendus à l'acquéreur. Il s'ensuit un régime particulier de la publicité et de la commercialisation du lotissement qui viendrait encadrer précisément la vente de volumes issue d'une division en vue de bâtir. Cet encadrement s'articule autour des deux moments clés de l'opération de lotissement : celui de l'obtention du permis d'aménager venant autoriser la mise en œuvre du projet, et celui de la réalisation des travaux prescrits par l'administration assurant alors la constructibilité des lots. Ainsi, avant l'obtention du permis d'aménager, aucune commercialisation des lots n'est possible. Seule est envisageable une opération de communication publicitaire, sous réserve de l'indication expresse que le permis d'aménager n'est pas encore obtenu[1310]. Une fois le permis d'aménager obtenu, la publicité est désormais libre[1311] mais il n'en est pas encore de même pour la commercialisation des lots. Ces derniers ne peuvent faire l'objet d'aucune vente, promesse de vente ou de location tant que le permis d'aménager n'a pas été obtenu[1312]. Une fois le permis d'aménager obtenu, le régime du lotissement tend à s'assurer de la réalisation effective des travaux de viabilisation par le lotisseur et maintient un encadrement strict de la commercialisation des lots. Avant l'achèvement des travaux, l'article L. 442-8 du Code de l'urbanisme autorise seulement le

1310 L'article L. 442-5 du Code de l'urbanisme dispose en effet que « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, relative à la vente ou à la location de terrains situés dans un lotissement doit mentionner de manière explicite si le permis à été ou non délivré ou si la déclaration préalable a ou non fait l'objet d'une opposition ». Il résulte de la rédaction de cet article que la publicité avant obtention du permis d'aménager est possible, dès lors qu'il est précisément indiqué l'absence actuelle d'une telle autorisation. En ce sens, X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Réalisation du lotissement. Vente des lots et délivrance des permis de construire*, Fasc. 80, n° 9.

1311 Article L. 442-6 du Code de l'urbanisme.

1312 Article L. 442-4 du Code de l'urbanisme.

lotisseur à consentir une promesse unilatérale de vente sur un lot dont la consistance et délimitation sont précisées. La raison de ce choix unique se comprend aisément : une telle promesse unilatérale de vente n'emporte aucun engagement pour l'acquéreur[1313], qui reste libre de ne pas lever l'option. L'engagement de l'acquéreur n'existera qu'à compter de la levée d'option, qui formera la vente. Or, en matière de lotissement, aucune vente de lot n'est envisageable avant l'achèvement des travaux, ou l'existence d'une garantie d'achèvement[1314]. En conséquence, la levée d'option ne pourra intervenir qu'à compter de l'existence de ces conditions, qui marquent également la fin de la restriction de la commercialisation des lots pour le lotisseur. À compter de l'achèvement des travaux ou de la production d'une garantie d'achèvement, la commercialisation des lots de lotissement est libre, sous réserve des conditions générales de la vente d'immeubles[1315].

308.1. Cet exposé succinct des règles de commercialisation des lots de lotissement permet d'entrevoir l'intérêt de leur application à une division en volumes en vue de bâtir : la cession de volumes d'espace en vue de bâtir serait précisément encadrée et conditionnée à la viabilisation de l'assiette générale de l'ensemble projeté dont nous avons vu qu'il pourrait éventuellement faire l'objet d'une conception étendue prenant en compte l'édification d'une dalle artificielle. Cette prise en compte serait d'autant plus importante que, à la lecture des articles du Code de l'urbanisme, seuls les lotissements soumis à l'octroi d'un permis d'aménager bénéficient de telles restrictions, les lotissements soumis à la seule déclaration préalable restant dès l'origine soumis au seul droit commun de la vente d'immeuble. En élargissant ainsi l'obligation de viabilisation à l'édification et au raccordement de l'éventuelle dalle artificielle, on s'assurerait de conserver un grand nombre de volumes sous le régime protecteur des lotissements, ce qui permettrait d'encadrer la commercialisation d'un nombre plus étendu de lots de volume.

309. Intérêt relatif du rattachement dans la réalisation du projet. Les restrictions à la commercialisation des lots de volume ne seraient pas les seuls avantages dont bénéficieraient les acquéreurs. Parce que le régime des lotissements s'attache à maintenir la constructibilité des lots en amont de la délivrance d'un permis de construire propre à autoriser les constructions prévues sur les différents lots[1316], il était important de garantir cette constructibilité malgré les évolutions

1313 Cass. civ., 3ème, 27 avril 1983, JCP 1983, IV, p. 209.

1314 Article R. 442-13 du Code de l'urbanisme qui vient poser les conditions limitatives dans lesquelles le lotisseur peut vendre ou louer les lots avant achèvement des travaux prescrits par le permis d'aménager.

1315 X. Couton, *op. cit.*, n° 21.

1316 Il faut en effet rappeler que la vente d'un lot de lotissement n'emporte pas autorisation de construire : celle-ci reste conditionnée à l'obtention d'un permis de construire qui peut être délivré, soit dès l'achèvement des travaux de viabilisation par le lotisseur (article R. 442-18 *a)* du Code de l'urbanisme), soit dès l'autorisation de commercialisation des lots sous garantie d'achèvement des travaux de viabilisation (article R. 442-18 *b)* du Code de l'urbanisme).

potentielles du droit de l'urbanisme pouvant faire évoluer les règles de celle-ci. Ce point est d'autant plus important qu'il peut exister un délai conséquent entre le moment où se produit l'achèvement des travaux de viabilisation et celui où la demande de permis de construire est traitée par l'administration. En conséquence, le Code de l'urbanisme prévoit de fixer le droit applicable au jour de la délivrance de la non-opposition de la déclaration préalable ou du permis d'aménager pour une durée de cinq ans, à compter respectivement de la non-opposition de la déclaration préalable[1317] ou de l'achèvement des travaux prescrits par le permis d'aménager[1318]. Il n'y a ici aucune particularité attachée à la division en volumes : ces règles sont en tout état de cause nécessaires à la bonne tenue d'une opération dont le permis de construire ne pourra être délivré que bien postérieurement à celle de l'autorisation du projet. Par ailleurs, une opération de construction en volumes connaît des difficultés propres, directement liées à l'exercice des permis de construire, que seule une prise en compte généralisée des volumes dans le cadre du permis de construire est à même de résoudre. L'apport du lotissement à la division en volumes serait par contre indéniable en raison de la possibilité de procéder à un lotissement en volumes « à la carte »[1319]. Cela consiste pour le lotisseur à n'indiquer dans la demande de permis d'aménager que le nombre maximum de lots et la surface de plancher maximale pour l'ensemble du lotissement. Il aura ensuite toute liberté dans la répartition des droits de construire – calculée sur l'assiette foncière initiale – entre les différents lots. Il en résulterait la possibilité pour le lotisseur en volumes de répartir précisément la densité des différents volumes en fonction des besoins attachés au projet[1320].

310. Conclusion de Section. La reconnaissance du fonds-volumique n'est pas une simple vue de l'esprit et entraînerait des conséquences notables tant en matière civile qu'urbanistique. En matière civile, certaines conséquences seraient mineures en ce qu'elles ne modifieraient pas l'état du droit positif et se contenteraient de renforcer la solution actuelle. D'autres sont majeures, en ce qu'elles seraient susceptibles d'entraîner des modifications du droit positif, sans y être directement contraire. Ainsi, le fonds-volumique imposerait de considérer l'article 552 du Code civil comme une simple présomption, lui déniant toute faculté de poser une règle de fond. En conséquence, il inviterait à unifier les règles de preuve de la propriété immobilière. En outre, l'application de l'article 552 au fonds-volumique permettrait de simplifier la problématique des volumes imparfaitement délimités. En matière urbanistique, le volume immobilier pourrait être reconnu comme une unité foncière, mais cela n'entraînerait que très peu de conséquences en l'état actuel du

1317 Article L. 442-14 *a)* du Code de l'urbanisme.

1318 Article L. 442-14 *b)* du Code de l'urbanisme.

1319 Article R. 442-3 du Code de l'urbanisme.

1320 S. Lamy-Willing, thèse, *op. cit.*, n° 112, p. 168.

droit de l'urbanisme, ce dernier raisonnant principalement en termes de sol-matière. Néanmoins, l'assimilation de la construction en volumes au régime du lotissement pourrait être envisageable sans que cela vienne heurter profondément les règles posées par le Code de l'urbanisme.

Conclusion de Chapitre

311. Le volume immobilier comme redéfinition de la propriété immobilière. Il est possible de concevoir le volume immobilier, non pas comme un objet de propriété particulier issu de la division du fonds, mais comme le fonds lui-même. C'est finalement ce qui semble devoir s'imposer dès lors que l'on tire toutes les conclusions des étapes aboutissant à reconnaître la propriété de l'espace. En partant du fonds de terre reconnu par le Code civil, la première étape est de constater que ce dernier consacre une propriété immobilière immanquablement tridimensionnelle. De cette caractéristique, les auteurs classiques ont pu en déduire l'existence de la propriété de l'espace désincarné. À ce moment-là, la propriété de l'espace est présentée, soit comme une division particulière du fonds de terre, soit comme dépendance de la propriété de ce dernier. Le doyen Savatier remarquera cependant que le fonds de terre n'était en réalité qu'un sol surface – une parcelle détachée de toute matérialité – et y appliquera la tridimensionnalité inhérente à la propriété du Code civil. Fondée sur des éléments concrets du droit positif, cette opération de l'esprit permet d'affranchir totalement la propriété de l'espace du sol. Le volume immobilier pourrait ainsi constituer, non pas une division particulière du fonds, mais le fonds lui-même. La reconnaissance du fonds-volumique emporterait un certain nombre de conséquences non négligeables, tirées de l'application potentielle aux volumes immobiliers de certaines dispositions visant spécifiquement le fonds de terre, voire le sol.

312. Les principales conséquences en matière civile. En matière civile, cela impliquerait des conséquences mineures qui consisteraient finalement à renforcer les solutions admises en droit positif. Parmi celles-ci, on compterait l'assurance de l'application aux volumes immobiliers de la vente en l'état futur d'achèvement et des marchés à forfait. Une autre conséquence mineure de cette reconnaissance serait la confirmation de l'indifférence de l'ancien article 2420-3° du Code civil et de son remplaçant – l'article 2414 du Code civil – à l'hypothèque des volumes immobiliers. La disposition légale serait alors réduite à son utilité première : celle de permettre l'octroi d'une hypothèque d'un preneur ne bénéficiant pas d'un droit réel hypothécable sur le sol. Sur d'autres points, la reconnaissance du fonds-volumique emporterait des conséquences plus importantes, qui viendraient modifier plus en profondeur le droit positif. Ainsi, le fonds-volumique tendrait à mettre sur un pied d'égalité la totalité des propriétés immobilières, ce qui rendrait incompatible la primauté du sol instituée à titre de règle de fond par l'article 552 du Code civil. Ce dernier serait alors relégué à n'être qu'une simple présomption de propriété au bénéfice du propriétaire du fonds. Les règles de preuves seraient également susceptibles de connaître une évolution notable, par l'abandon de la

particularité attachée à la preuve de la propriété superficiaire. Pour autant, ces conséquences pourraient s'avérer plutôt positives : non seulement l'application de l'article 552 au fonds-volumique permettrait de clarifier l'étendue du volume imparfaitement délimité, mais, au surplus, l'adoption d'un régime unitaire relatif aux modes de preuve de la propriété immobilière entraînerait la fin des incertitudes issues du caractère fluctuant de la jurisprudence en la matière, vecteur d'insécurité juridique.

313. Assimilation du volume à l'unité foncière du droit de l'urbanisme. La reconnaissance du fonds-volumique impliquerait également des conséquences notables en droit de l'urbanisme. Bien que particulièrement centrées sur le sol-matière, certaines de ces dispositions ne sont pas totalement hermétiques à une compréhension volumique. Ainsi, la notion d'unité foncière – qui représente l'unité de base de toute division foncière au sens du droit de l'urbanisme – pourrait s'accommoder de l'abstraction volumique. Bien que cela ne puisse emporter en l'état un grand nombre de modifications dans la pratique de la construction en volumes – nombre de divisions foncières sont comprises par le Code de l'urbanisme comme des divisions du sol-matière et restent donc indifférentes au volume immobilier – il serait alors envisageable de penser à la reconnaissance des lotissements en volumes. Non seulement cela semble être la conséquence logique de l'assimilation du sol au volume par l'application du régime des divisions horizontales à celui des divisions verticales du fonds, mais cela pourrait, au surplus, apporter un régime protecteur de l'acquéreur de volumes à construire.

Conclusion de Titre

314. Le développement conceptuel du volume immobilier. Le recours aux volumes immobiliers, bien que procédant initialement d'une approche et d'une généralisation purement fonctionnelle, va aboutir à un développement directement lié à sa conceptualisation.

315. Le volume immobilier comme plus pure réduction de toute propriété superficiaire. Ainsi, au-delà des critères encadrant la possibilité d'évincer le régime de la copropriété, la division en volumes se présente avant tout comme une division superficiaire de la propriété de l'immeuble et bénéficie en tant que telle, d'un principe de liberté. Caractériser le volume immobilier comme la réduction la plus pure de la propriété superficiaire viendrait purger celle-ci de ses ambiguïtés liées à l'histoire tourmentée du droit de superficie. Se produirait alors un changement de paradigme : la propriété superficiaire traditionnellement ancrée dans la matérialité serait en réalité la propriété de l'espace. Une telle reconnaissance de l'abstraction géométrique de la propriété superficiaire ne serait pas uniquement théorique, en ce qu'elle permettrait d'assurer la pérennité des divisions superficiaires, une meilleure démarcation entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété et, enfin, d'apporter une meilleure connaissance de l'étendue réelle de l'objet superficiaire.

316. Le volume immobilier comme redéfinition de toute propriété immobilière. Cependant, il est également possible d'aller plus loin et de ne pas considérer le volume d'espace comme un objet particulier de propriété issu de la division de l'étendue verticale du fonds de terre. Parce que la propriété superficiaire n'est rien d'autre qu'un droit de propriété tout à fait standard et que toute propriété immobilière implique l'occupation d'un espace, il serait envisageable de procéder à l'abstraction générale de la propriété immobilière. Alors, la conceptualisation du volume immobilier n'aboutirait pas seulement à une généralisation de son recours à titre de propriété superficiaire, mais bien à la redéfinition de l'objet même de la propriété immobilière : celui-ci serait par nature un volume d'espace. Encore une fois, une telle qualification ne serait pas dénuée de conséquences. Si certaines mineures ne feraient que confirmer les solutions de droit positif, d'autres seraient à même de modifier plus profondément le droit des biens. Ainsi, l'article 552 du Code civil serait amené à n'être qu'une simple présomption de propriété et le système de preuve de la propriété immobilière s'en trouverait unifié dans un principe de liberté. Indépendamment de la matière civile, et comme ont pu le proposer certains auteurs, une telle reconnaissance pourrait profiter d'une possible

abstraction de la notion d'unité foncière pour rattacher les opérations de constructions en volumes au régime des lotissements, dont le principal intérêt serait l'encadrement légal de la vente de volume à la viabilité du projet.

Conclusion de Partie

317. Le volume immobilier dans son approche fonctionnelle, l'outil parfait pour pallier les insuffisances du régime de la copropriété. Le développement du volume immobilier procède avant tout d'une approche fonctionnelle de la part de la pratique, celle-ci devant trouver une solution alternative à la copropriété dont le régime apparaît non seulement trop rigide et inadapté à nombre de situations, mais également incompatible avec le domaine public. L'idée est alors d'utiliser les recherches du doyen Savatier défendant l'idée de l'appropriation de l'espace pour l'appliquer à l'indépendance du droit de superficie. Le volume immobilier est alors avant tout un outil au service de la mise à l'écart du régime de la copropriété. La division en volumes permet ainsi d'assurer une liberté de choix du régime de gestion de l'immeuble collectif et de maintenir une indépendance structurelle maximale entre les différents propriétaires, dont les relations primaires ne seront principalement gérées par le biais de servitudes. En outre, le volume immobilier a permis l'amélioration de la cohabitation entre propriété et domaine public en permettant, d'une part une meilleure délimitation de l'étendue du domaine public et en assurant la pérennité de leur cohabitation.

318. Le développement conceptuel du volume immobilier. Cette approche fonctionnelle a connu un véritable essor et les divisions en volumes de l'immeuble collectif se sont multipliées en dépit de la volonté du législateur de l'encadrer par le biais de la loi du 10 juillet 1965. L'impact du volume immobilier est cependant allée bien plus loin que cette seule application en permettant d'abandonner le paradigme ancien d'une propriété superficiaire ancrée dans la seule matérialité de ses éléments. Progressivement, le droit de superficie et ses incertitudes s'est effacé au bénéfice de la propriété du volume d'espace, qui est devenu le schéma explicatif majoritaire de la division de l'étendue verticale de l'immeuble. À pousser le raisonnement fondant la propriété de l'espace, certains auteurs remarquent que le carcan superficiaire du volume d'espace n'apparaît cependant pas satisfaisant : dès lors que l'on considère que la propriété superficiaire se compose en réalité d'un volume d'espace et qu'elle consiste en l'attribution d'un droit de propriété tout à fait standard, c'est bien l'ensemble de la propriété immobilière qu'il faut redéfinir. Il faudrait alors convenir que la propriété immobilière se caractérise avant tout par la propriété d'un volume d'espace. Au fonds de terre ancré dans un rapport à la matière, l'apport du volume ne conserve qu'un espace géométrique déterminé, potentiellement totalement indépendant de son contenu.

319. Les avantages de ce développement. Accepter cette redéfinition par étape de l'immeuble ne serait pas sans conséquence. L'abstraction géométrique de la propriété superficiaire permettrait d'assurer la pérennité des divisions superficiaires au-delà de l'objet matériel, assurerait une meilleure délimitation de l'objet superficiaire et permettrait d'améliorer la compréhension de la frontière entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété. La redéfinition du fonds par le prisme du volume préciserait notamment le rôle des articles 552 et 555 du Code civil. Elle entraînerait également l'unification des modes de preuve de la propriété immobilière, qui seraient intégralement soumis au principe de liberté. Étant donné que le droit des biens connaît une certaine porosité, il en résulterait aussi une intégration partielle du volume immobilier dans le droit de l'urbanisme, notamment par l'application du régime du lotissement aux divisions en volumes en vue de l'édification d'un ensemble collectif.

Partie 2. Analyse critique de la généralisation du volume immobilier

320. Le volume immobilier comme conception monolithique abstraite de la propriété immobilière. Les développements précédents nous ont amenés à comprendre le cadre dans lequel le volume immobilier s'est développé. Né de la nécessité de proposer une alternative au régime de la copropriété issu de la loi du 10 juillet 1965, il s'est ensuite développé au-delà de cette seule fonction pour être considéré comme l'objet originel, la plus pure réduction de toutes propriétés superficiaires, voire de toutes propriétés immobilières. Cette assimilation est logique, dans la mesure où le droit de superficie est traditionnellement présenté comme un droit de propriété tout à fait standard. De cette analyse, deux conséquences. En premier lieu, il se produit alors une véritable abstraction de la propriété immobilière qui ne consisterait qu'en la maîtrise absolue d'une portion d'espace[1321]. En second lieu, le concept même de propriété superficiaire voit son intérêt s'effacer, plus aucune distinction avec le traditionnel fonds de terre n'en justifiant l'existence.

321. Contradiction apportée à l'abstraction générale de la propriété immobilière. Il n'est cependant pas certain que l'on puisse aller aussi loin. L'étude du droit positif semble en effet exiger le maintien d'une graduation entre le fonds de terre et le volume immobilier. De ce constat, le retour à la notion de propriété superficiaire conserve un intérêt en ce qu'elle distingue le fonds de terre des biens issus de sa division. Il en résulte que le volume immobilier doit se comprendre comme un volume superficiaire (Titre 1). À poursuivre l'analyse, le volume superficiaire abstrait représenterait alors l'ensemble des propriétés superficiaires. Néanmoins, le droit positif emporte ici aussi des résistances à l'abstraction totale de la propriété superficiaire, imposant dès lors, une délimitation du volume immobilier (Titre 2).

Titre 1. La réduction conceptuelle du volume immobilier : un fonds superficiaire

Titre 2. Le fonds superficiaire : une catégorie spécifique de propriété superficiaire

1321 Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489, spéc., p. 492.

Titre 1. La réduction conceptuelle du volume immobilier : un fonds superficiaire

322. Le volume immobilier comme fonds de terre. L'abstraction totale de la propriété immobilière suppose de s'affranchir de toute importance de la matière dans sa détermination et aboutit à une redéfinition complète de la notion de propriété immobilière. Conséquence de cette approche, la notion de fonds de terre du Code civil apparaîtrait désuète, comme l'héritage d'une conception matérielle aujourd'hui dépassée par les progrès scientifiques que ses rédacteurs ne pouvaient anticiper. D'une part, le fonds n'aurait plus à être « de terre » et le véritable objet de propriété serait constitué bien plus par la parcelle que par le terrain en lui-même. D'autre part, l'application inévitable de la troisième dimension à cette parcelle fait du volume immobilier l'objet tridimensionnel unique propre à caractériser par lui-même et de façon uniforme, toute propriété immobilière.

322.1. Ainsi compris, il en ressort une conséquence primordiale issue de la relation entre la nature d'une chose et le régime de droit qui lui est applicable. La réduction du fonds de terre à un volume d'espace – que l'on pourrait alors nommer le fonds-volumique – devrait ainsi emporter avec elle la transposition du régime du premier vers le second. Or, l'étude des dispositions attachées au fonds de terre montre qu'elles ne peuvent se résoudre à l'abstraction totale de la matière du sol. Le Code civil entend attribuer au fonds de terre une dimension fondamentale dont le volume peine à s'affranchir. Ainsi, le fonds de terre semble bien irréductible à une abstraction totale par le biais du volume d'espace (Chapitre 1). Une fois écartée l'idée selon laquelle le volume d'espace procède de la redéfinition même du fonds de terre, il faut encore s'assurer qu'il puisse caractériser un volume superficiaire, c'est-à-dire de constituer un objet de propriété issu de la division du fonds et enclavé dans ce dernier. À ce titre, il semble qu'il constitue un fonds superficiaire (Chapitre 2).

Chapitre 1. La propriété du fonds de terre, irréductible au volume d'espace

Chapitre 2. L'existence de principe du volume immobilier à titre de fonds superficiaire

Chapitre 1. La propriété du fonds de terre, irréductible au volume d'espace

323. Plan. L'idée selon laquelle le volume immobilier constitue un fonds autonome au même titre que le sol et sa représentation parcellaire s'est développé progressivement et a été très clairement résumée par Madame la Professeure Tranchant. Elle ne voit dans le volume qu'un « droit de propriété banal mettant en scène un rapport de voisinage non plus vertical, mais horizontal »[1322]. Il suffirait de « basculer cette superposition de couches de propriétés distinctes, de les aligner les unes à côtés des autres de façon plane, pour s'en rendre compte »[1323]. Cette qualification entraînerait, en conséquence, l'application du régime juridique du fonds de terre au volume immobilier, dont nous avons pu entrevoir un certain nombre de conséquences lors du chapitre précédent[1324]. Pourtant et malgré certains points de convergence notables[1325], il n'est pas certain que le volume immobilier puisse revêtir une telle qualification, tant les éléments fondateurs de la propriété immobilière semblent maintenir le fonds de terre dans une conception restrictive, limitant ce dernier à n'être qu'une fraction de l'écorce terrestre. Le rejet se constate tant en matière civile où il représente le sol et son étendue verticale (Section 1) qu'en matière urbanistique où il se réduit à une représentation bidimensionnelle (Section 2).

Section 1. La propriété foncière du Code civil, une fraction de l'écorce terrestre

324. Evolution du fonds. La recherche de la reconnaissance d'un fonds-volumique en lieu et place du fonds de terre en matière civile invite à une remarque liminaire : la portée que pourrait avoir une analyse centrée strictement sur la lettre du Code civil doit être relativisée. On ne peut que remarquer l'absence de consécration directe dans le Code civil du volume immobilier. Toutefois, les dispositions spécifiquement liées à la définition de l'immeuble ont été rédigées à une date où le volume immobilier n'était pas envisagé. Ainsi, on ne peut ni justifier ni exclure une potentielle reconnaissance expresse, même implicite du législateur, tant le volume immobilier apparaît éloigné de la vision de l'immeuble du législateur de 1804, centrée sur la terre et son exploitation. C'est justement cette distance temporelle qui motive en grande partie les volontés de réforme du livre II

1322 L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 764. Il faut préciser que Madame le Professeur Tranchant tient ces propos au sujet du droit de superficie, qu'elle assimilera ensuite pleinement au volume immobilier sous les termes « propriété modulaire » (p. 765 et s).

1323 L. Tranchant, *op. cit*., p. 765.

1324 *Supra*., n° 275 et s.

1325 *Supra.*, n° 270 et s.

du Code civil. Ce dernier serait – par son contexte et sa rédaction – inadapté aux évolutions contemporaines du droit positif des biens[1326]. Ainsi, dans l'avant-projet de réforme du droit des biens mené par l'association Henri Capitant, le « fonds » va perdre son qualificatif « de terre »[1327]. L'importance de cette dernière serait une survivance d'une époque que l'évolution technologique et urbanistique invite à dépasser. La terre serait donc passée du statut d'élément caractéristique et indispensable de la propriété foncière à celui de simple qualité potentielle dépourvue de toute particularité. Selon cette conception, peu importe le contenu : le fonds est réduit à un volume abstrait représentant un périmètre tridimensionnel à l'intérieur lequel va s'appliquer le droit de propriété[1328]. Outre les avantages qu'une telle approche permet[1329], cette conception a cela de séduisant qu'elle permet d'épurer les nombreuses références au contenu de la propriété foncière faite par le Code civil. Cette vision assure ainsi la distinction claire entre le droit de propriété et son objet, ce que ne permettrait pas une approche exclusivement corporelle de la propriété foncière.

325. Plan. L'assimilation du volume immobilier à la plus pure réduction du fonds de terre souffre cependant de plusieurs difficultés (paragraphe 2) qui découlent de la mise en retrait de l'importance du sol-matière, pourtant central à sa conception civiliste (paragraphe 1).

Paragraphe 1. Le sol-matière, élément central du fonds de terre

325.1. Pour le législateur de 1804, le fonds de terre ne semble être rien d'autre que l'immeuble primordial, socle sur lequel repose la production des richesses : les bois et leur exploitation, les cultures et élevages, le tréfonds et sa matière, les constructions qui s'y incorporent. Bien qu'étant la notion au cœur de la propriété immobilière du Code civil, le fonds de terre ne bénéficie d'aucune définition légale. Ce n'est que par une lecture combinée des articles 518 et 552 de ce même code que l'on comprend qu'il fait référence en premier lieu au sol naturel. Ce point n'est cependant pas suffisant pour comprendre précisément ce que peut recouvrir cette notion. Le Code civil a en effet tendance à abuser de la notion de fonds[1330] et va logiquement l'appliquer à des objets et situations

1326 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, « II. Grandes lignes directrices des propositions présentées ; 2. Innovation ».

1327 Article 527 de l'avant-projet de réforme : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent ». Remarque également faite par D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 712, p. 745.

1328 *Supra.*, n° 271.

1329 *Supra.,* n° 275 et s.

1330 En ce sens, L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, thèse, coll. Bibliothèque de l'entreprise, Litec, 2006, n° 57, p. 35.

fort différentes[1331]. La doctrine classique est souvent restée muette sur la définition précise du fonds en matière immobilière. Il n'est possible de trouver que quelques éléments de définition, très généraux, qui tendent le plus souvent, à qualifier de fonds toute propriété immobilière[1332]. Cette présentation ne permet pas plus de déterminer les contours précis de la notion qui reste délicate par bien des aspects (A). Au vrai, il nous semble que le fonds de terre ne constitue finalement que la représentation de l'appréhension par le droit du sol dans toute son étendue. En conséquence, le volume pourra difficilement procéder de la même nature, dès lors que le sol – et donc, par voie de conséquence, le fonds de terre – emporte avec lui des conséquences qui lui sont propres (B).

A. La délicate définition de la notion de fonds de terre

326. Ambiguïté de la notion. Les difficultés à définir la notion de fonds rendent celle-ci ambiguë. Ainsi, cinquante articles du Code civil font usage de la notion de « fonds » dans le strict sens de bien immobilier et il s'agit, la plupart du temps, d'une référence au sol-matière, mais pas seulement. Il en résulte que lorsqu'est utilisé le terme de propriété foncière – c'est-à-dire lorsque le droit de propriété trouve à s'appliquer à un bien fonds – il est généralement fait référence à la propriété du terrain[1333]. Il est néanmoins courant de lui attribuer tant la propriété privée non bâtie que la propriété privée bâtie[1334]. Ainsi, la propriété isolée d'un appartement situé en sur-sol semble également devoir être qualifiée de foncière, comme en témoigne le Code général des impôts. Dans son article 14, ce dernier va notamment inclure dans les revenus fonciers « le revenu des propriétés bâties ». Il fait également supporter la taxe foncière sur les propriétés bâties – prévue aux articles 1380 et suivants du même code – aux volumes construits et ce, quel que soit leur lien, direct ou indirect, avec le sol. Confinée à la matière fiscale, cette utilisation du terme « fonds » n'a que peu d'intérêt. Celle-ci ne s'intéresse pas à la notion de fonds, mais à la seule qualification d'immeuble –

1331 Ainsi outre le recours à la notion de fonds de terre, le fonds fait parfois référence à une maison (article 523 du Code civil), tout type de bâtiment (articles 524 et 525 du Code civil), il bénéficie d'une conception très large en matière de servitude (*Supra*., n° 133 et s.), et sert à désigner certaines universalités de fait. Sur cette question, L. Chatain-Autajon, thèse, *op. cit.*, n° 59 et s., p. 35 et s.

1332 J.-P. Moreau, « L'évolution de la propriété foncière », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 31, spéc., p. 31. Également en ce sens, L. Chatain-Autajon, thèse, *op. cit.*, n° 58, p. 36.

1333 N. Reboul-Maupin, « La destination de l'immeuble et le droit foncier », Droit et villes, 2019/2, n° 88, p. 109, spéc., p. 112. L'auteure relève que « dans le langage de la promotion immobilière, le foncier va désigner le fonds de terre, à savoir le terrain qui sert de support à une construction immobilière […] Le droit foncier, quant à lui, c'est plus précisément l'étude de l'ensemble des règles qui régissent la gestion des terres et, de façon générale des terres urbaines ou rurales ».

1334 En ce sens, J.-P. Moreau, *op. cit*., p. 31, spéc., p. 31. Voir également, N. Reboul-Maupin, *loc. cit.*

pour laquelle elle reprend en grande partie les critères civils[1335] – et à son caractère bâti ou non[1336]. Pourtant l'exemple fiscal est symptomatique de la classification proposée par le Code civil qui, au terme de son article 518[1337], met sur un pied d'égalité l'immeuble par nature et par incorporation. Cette assimilation se retrouve logiquement en droit positif dans lequel la notion de fonds est utilisée pour désigner indistinctement une portion de terre (un fonds de terre) comme une portion isolée de bâtiment (un fonds). Ainsi, et sans aller jusqu'à la compréhension élargie du fonds qui peut être faite en matière de servitudes[1338], il suffit de remarquer que consentir un usufruit portant sur un appartement situé en sur-sol au sein d'un immeuble divisé en volumes est possible, alors que les articles relatifs au régime de cet acte juridique se contentent de mentionner qu'ils portent sur un « fonds »[1339]. Traduction logique de cette ambiguïté de la notion de fonds, nous pouvons relever l'assimilation de toute propriété immobilière « par nature »[1340] à une propriété foncière. Cette généralité du bien « fonds » contribue à lisser les particularités attachées au fonds de terre, qui connaît déjà des difficultés intrinsèques à sa propre définition.

327. Difficulté de définition du fonds de terre. Symptomatique de la difficulté à saisir l'essence de la notion, Demolombe assimilera le fonds de terre au tréfonds en affirmant qu'ils font référence tous les deux à « l'intérieur même du sol, les divers éléments qui forment le sol, son sein,

1335 En ce sens, G. Laval, F. Collard, *JurisClasseur Fiscalité immobilière, Enregistrement et publicité foncière.– Notion d'immeuble*, Fasc. 110, n° 1.

1336 À titre d'exemple, l'article 14 du Code général des impôts fait notamment rentrer dans les revenus fonciers « l'outillage des établissements industriels attaché au fonds à perpétuelle demeure ». Plus encore, nous pourrions également remarquer qu'il fait également peser l'impôt foncier sur la propriété de biens qui ne correspondent pas à la définition civile de l'immeuble. Ainsi, l'article 1381, 3° du Code général des impôts applique la taxe foncière aux « bateaux utilisés en un point fixe et aménagés pour l'habitation, le commerce ou l'industrie, même s'ils sont seulement retenus par des amarres ».

1337 Article 518 du Code civil : « Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature ».

1338 *Supra.*, n° 133 et s.

1339 En matière d'usufruit, voir les articles 611, 612 et 614 du Code civil relatifs aux obligations de l'usufruitier. Il serait en effet parfaitement incohérent de n'appliquer ces dispositions qu'aux seuls usufruits portant directement sur une portion du sol-matière ou en lien direct avec ce dernier.

1340 En opposition à l'immobilisation par destination et en raison de l'objet auquel le bien s'applique, qui sont les deux autres types d'immeubles prévus par l'article 517 du Code civil.

ses entrailles »[1341]. L'assimilation du fonds de terre au tréfonds[1342], bien que contestable[1343], se comprend aisément : le sol lui-même est composé par essence d'un dessus et d'un dessous[1344]. En partant du principe que le fonds de terre représente uniquement le sol en dehors de toute épaisseur, il devient impossible d'exercer un droit de propriété sur ce dernier sans y intégrer le tréfonds et le sur-sol[1345]. Une solution serait d'attribuer une épaisseur au sol et de le distinguer clairement du tréfonds, mais la délimitation précise d'une telle épaisseur, semble parfaitement illusoire[1346]. Pourtant, l'assimilation du fonds de terre au tréfonds n'est pas plus satisfaisante en ce qu'elle procède d'une confusion entre le contenu et le contenant[1347]. L'assimilation ainsi faite par Demolombe montre combien il est difficile de déterminer précisément l'objet juridique caractérisé par la notion de fonds de terre. Souvent directement attaché au sol, sa détermination n'en est pas plus précise.

328. Le fonds de terre comme concept représentant le sol-matière. La solution à ce problème viendra de la distinction entre le fonds de terre et l'objet auquel il fait référence. Le sol en tant que tel bénéficie d'une délimitation précise en deux dimensions, dont la représentation se fait par la parcelle cadastrale de la publicité foncière. Le développement de la parcelle cadastrale et la réforme de la publicité foncière au milieu du XXe siècle a progressivement incité au détachement du sol et de la matière, ce qui a donc contribué à son abstraction, à tel point que le sol n'aurait

1341 Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome IX, *Traité de la distinction des biens. De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 98, p. 46. Il poursuit la citation en précisant le contenu du tréfonds : « l'argile, le sable, l'eau, les sources, les lacs, les fleuves, les mines, minières, carrières, toutes les substances enfin, minérales ou fossiles, qui se trouvent dans l'intérieur ou à la surface ». Dans le même sens, J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019, n° 15, p. 26. Après avoir assimilé le fonds de terre au sol, les auteurs indiquent qu'il faut considérer comme un fonds le sol « dans toute sa dimension matérielle naturelle : surface, superficie mais aussi sous-sol, et tout ce qui ne peut être matériellement dissocié du fonds de terre, telles les améliorations apportées par les pratiques culturales ». Voir également F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n° 92, p. 148 : « On ne peut considérer le sous-sol comme un bien autonome. Celui-ci n'est autre que le fonds lui-même envisagé sous le rapport d'une de ses utilités, le tréfonds ».

1342 Le tréfonds peut-être défini traditionnellement en les termes suivants : « l'intérieur même du sol, les divers éléments qui forment le sol, son sein, ses entrailles, argile, eaux, sources, lacs, fleuves, mines, carrières, toutes les substances minérales ou fossiles qui se trouvent dans l'intérieur ou à sa surface, les grottes ou avens » : G. Cord, *De la propriété spéléologique*, thèse, Paris, Rousseau éditeur, 1899, p. 20. L'évolution du droit et le raffinement de l'analyse juridique a montré que l'ensemble de ces éléments ne font pas forcément partie du tréfonds, lorsque celui-ci désigne l'étendue de la propriété de la parcelle.

1343 A. Zabalza, *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, thèse, éd. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 2007, n° 86, p. 105.

1344 En ce sens, voir déjà : G. Cord, thèse, *op. cit.*, p. 21.

1345 *Supra.*, n° 252 et s.

1346 Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les différentes utilisations du sol nécessitent des niveaux d'emprise tout à fait différente dans le sous-sol, allant de quelques centimètres seulement à plusieurs kilomètres.

1347 En ce sens, A. Zabalza, thèse, *op. cit*., n° 86, p. 105.

finalement été compris que comme une figure géométrique[1348]. Plus qu'une réelle dématérialisation du sol-matière, la parcelle fait surtout œuvre de représentation de celui-ci. Cette intégration de la parcelle à titre de représentation du sol-matière fait de la première un concept représentant le second. Cherchant à développer cette idée tout en maintenant le sol, Monsieur Richard est parti du principe que le fonds de terre est en réalité un concept au même titre que la parcelle, dont l'objet est de représenter le sol, chose du monde tangible[1349]. La distinction du fonds de terre et du sol s'expliquerait alors du fait que le premier serait la représentation abstraite du second et de son étendue[1350].

328.1. Le fonds de terre serait donc le concept juridique recouvrant le sol physique et sa représentation horizontale serait la parcelle cadastrale. À cette plate interprétation du monde physique, le droit a finalement intégré la troisième dimension afin de rendre compte de la réalité des droits de propriété qui s'y applique[1351]. Reste alors à savoir de quelle manière cette troisième dimension doit être intégrée. C'est à ce moment que Monsieur Richard fait valoir que le volume immobilier n'est finalement rien d'autre qu'un concept permettant l'appréhension juridique du sol en trois dimensions, évinçant – par la même occasion – toute l'importance du sol-matière[1352]. Le propre du concept étant d'être une « entité abstraite propre distincte de la chose qu'elle représente »[1353], il n'y aurait alors aucun obstacle à représenter le fonds de terre tant en deux dimensions – par la parcelle[1354] – qu'en trois dimensions – par le volume immobilier[1355]. Ces deux représentations auraient donc vocation à cohabiter, car elles sont la représentation d'une même chose[1356] sous une forme ayant des utilités différentes[1357]. Finalement, l'auteur arrive à la conclusion que le fonds de terre comprend le volume immobilier[1358]. Il le justifie en relevant

1348 *Supra*., n° 267 et s.

1349 D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 142, p. 180 et 181.

1350 *Ibid*. Pour une approche sensiblement similaire, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, thèse, LGDJ 2020, n° 125, p. 156 et 157. L'auteure observe que « les techniques mises en œuvre pour opérer une telle dissociation [de la propriété immobilière] reposent sur la délimitation juridique d'un objet qui ne correspond pas [obligatoirement] à la totalité de la parcelle foncière sur laquelle il est sis ». Elle déduit de ce constat que l'objet qui est issu d'une telle dissociation apparaîtra comme une abstraction, ce qui « rappelle, à rebours, que le fonds lui-même n'est pas une simple émanation du monde matériel, dont il se détache ».

1351 *Supra*., n° 270 et s.

1352 D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 142, p. 180 et 181 et n° 689, p. 722 et s.

1353 D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 156, p. 192.

1354 D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 157, p. 193.

1355 *Ibid*.

1356 D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 159 et s., p. 196 et s.

1357 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 690 et s., p. 722 et s.

1358 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 695, p. 727.

qu' « à partir du moment où, le volume est la représentation tridimensionnelle du sol, la corrélation volume, fonds de terre, ne soulève pas plus d'objection que le binôme parcelle, fonds de terre. Ainsi, tout comme la parcelle, le volume peut aussi être défini comme un fonds de terre »[1359]. Ainsi présenté, le volume comme la parcelle sont des concepts représentant le fonds de terre, respectivement en trois et deux dimensions, le fonds de terre étant lui-même un concept se référant à une chose du monde tangible, le sol.

329. Approche critique du volume comme représentation du fonds de terre tridimensionnel. Tout d'abord, nous pouvons remarquer que si une telle présentation vient résoudre la question de la définition du fonds de terre, elle transfère l'incertitude sur celle du sol, car elle aboutit à devoir définir le sol par sa représentation. Ensuite et pour reprendre les différents éléments précédemment soulevés par Monsieur Richard, cela conduit à assimiler le volume au fonds de terre tridimensionnel, lui-même étant une portion du sol compris en trois dimensions. Or, une telle présentation connaît des limites.

329.1. Selon Monsieur Richard, les concepts de parcelle et de volume sont donc deux représentations différentes du fonds de terre. En conséquence et pour reprendre la typologie proposée par Monsieur le Professeur Bergel[1360], ils devraient être assimilés à des catégories alternatives s'excluant réciproquement : ils s'opposent en raison de la présence et de l'absence d'un élément particulier : la tridimensionnalité[1361]. Plus encore, parce qu'ils ne font qu'exprimer les différents aspects du fonds de terre, ces concepts devraient être qualifiés de catégorie équivalente, aucune d'entre elles n'étant alors « une sous-catégorie de l'autre »[1362]. Pour résumer, un tel rapprochement inconditionnel devrait impliquer une identique hiérarchisation des concepts de parcelle et de volume.

329.2. Pourtant, Monsieur Richard lui-même semble relever une différence hiérarchique, dont il ne tiendra pas compte, en admettant que si le volume immobilier intègre pleinement la notion de sol surface par une délimitation géométrique, il n'impacte cependant pas la parcelle, issue du sol-matière originel qui – elle – restera intacte[1363]. En d'autres termes, la définition que propose

1359 *Ibid*.

1360 J.-L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5e éd., 2012, n° 188 et s., p. 244 et s.

1361 J.-L. Bergel, *op. cit*., n° 189, p. 244 : « […] deux catégories qui s'opposent par l'existence et l'absence d'un élément particulier ou par deux caractères antinomiques […] s'excluent réciproquement : ce sont des *catégories alternatives* ».

1362 J.-L. Bergel, *op. cit*., n° 190, p. 245 : « Ce sont des *catégories équivalentes* parce qu'aucune d'entre elles n'est habituellement une sous-catégorie de l'autre, chacune se référant à un caractère indépendant des autres ».

1363 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 694, p. 726.

l'auteur met en avant une division primaire, parcellaire, puis une division secondaire, qui n'atteindra par la première, en volumes. Certes, il faut relativiser l'impact d'une telle remarque en concédant que cette distinction relève avant tout des règles de publicité foncière. Elle n'impacte donc pas, en soit, la nature des biens. Toutefois, force est de constater que la notion de parcelle reste l'unique référent, dès que l'on sort du seul droit civil pour s'intéresser aux règles urbanistiques[1364]. Plus généralement, remarquons que si un volume immobilier procède initialement de la division d'un fonds de terre, ce n'est pas forcément à dire que le résultat de cette division fasse apparaître un bien pouvant prétendre à la même qualification.

330. Le fonds de terre, réception du sol par le droit. En définitive, nous n'adhérons que partiellement à la présentation faite par Monsieur Richard. Il nous semble que le fonds de terre est bien un concept qui représente la façon pour le droit de recevoir le sol dans toute son étendue[1365]. La parcelle et le volume sont quant à eux des constructions purement intellectuelles. Ce sont des concepts juridiques créés par le droit et dont le seul but est de produire des effets juridiques utiles. Ainsi, s'il est indéniable que la propriété de l'espace fasse partie intégrante de la propriété du fonds de terre[1366], la réduction de celle-ci à titre de volume d'espace indépendant du sol n'emportera pas forcément la création d'un bien caractérisant un équivalent du fonds de terre.

330.1. Quoi qu'il en soit, la présentation faite par Monsieur Richard selon laquelle le volume comme la parcelle sont des concepts représentant une même chose, le fonds de terre ne nous semble pas correspondre au pleinement au droit positif. Ainsi, même à considérer le volume immobilier comme la représentation juridique en trois dimensions du sol, celui-ci ne parvient que très imparfaitement à faire abstraction du sol-matière, qui conserve une place primordiale dans le système du Code civil[1367]. Le sol-matière – dont le fonds de terre est la traduction juridique –

1364 *Infra*., n° 353 et s.

1365 Sur la question de l'appréhension du fait par le droit, J.-L. Bergel, *op. cit*., n° 269 et s., p. 338 et s.

1366 *Supra*., n° 254 et s.

1367 La proposition de Monsieur Richard aboutira finalement à cette concession en rappelant que la propriété du volume immobilier s'apparente davantage à une propriété imparfaite qui, bien que correspondant au modèle de propriété du Code civil, ne peut être pleinement autonome en raison des nombreux droits réels nécessaires afin d'assurer l'effectivité du droit de propriété sur la chose. D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 719 et s., p. 755 et s.

À noter cependant que, reprenant les travaux du Marquis de Vareilles-Sommières (M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905, p. 443, spéc., n° 86 et s., p. 489 et s.) l'auteur qualifie l'intégralité des volumes immobiliers de propriété imparfaite alors qu'il semble caractériser cette qualification par la charge que fait peser sur le bien un droit réel (D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 740 et 741, p. 774 à 776). Or, une telle caractérisation exclurait de cette qualification les volumes immobiliers qui ne sont grevés d'aucune servitude et se contentent de bénéficier des utilités d'autres fonds.

En tout état de cause, Monsieur Richard rappellera plus tard que s'il n'y a aucune obligation de principe, le volume immobilier sera le plus souvent complété par un droit réel sur la chose d'autrui. D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 746 et s., p. 781 et s.

emporte en effet des conséquences juridiques qui lui sont propres, ce qui fait que le volume ne peut être totalement assimilé, ni à la parcelle, ni au sol – et donc, au fonds de terre. En d'autres termes, cette assimilation des concepts de volumes et parcelles n'est pas totalement satisfaisante dès lors qu'il faut au volume qu'il contienne une portion de sol – c'est-à-dire qu'il constitue aussi une parcelle à part entière – pour qu'il puisse bénéficier de certaines caractéristiques du fonds de terre. La propriété foncière, comprise comme étant celle relative au fonds de terre ne peut alors se détacher pleinement du sol-matière.

B. Le maintien par le Code civil du sol-matière comme élément primordial du fonds de terre

331. Plan. Le Code civil semble lier intrinsèquement le fonds de terre au sol[1368]. Encore faut-il déterminer ce que l'on entend par cette notion. Le sol doit-il être considéré uniquement comme une surface abstraite, déterminée par les seules côtes géométriques en deux dimensions, ou faut-il prendre en compte la matière qui le compose pour en faire un bien hybride, déterminé tant par des référents géométriques que par sa matière prise indistinctement ? Sur cette question, et malgré des développements tendant à démontrer qu'il se réduit à une surface seule[1369], il semble impossible de défaire totalement le sol de la matière. Le Code civil a doté ce dernier d'un pouvoir d'attraction justifiant presque à lui seul son importance dans la qualification foncière de la propriété (1). Plus encore, la délimitation de la surface du fonds est directement influencée par la matière (2).

1. Le pouvoir d'attraction du sol-matière

332. Le pouvoir d'attraction du sol, outil de rayonnement du fonds de terre. Cette force d'attraction ressort tout particulièrement dans le mécanisme de l'accession dont on peut résumer le principe de façon simple : il permet d'attribuer au propriétaire d'un bien considéré comme principal la propriété d'un bien considéré comme accessoire qui s'en est rapproché[1370]. En matière immobilière, et plus particulièrement lorsque l'on traite de l'accession artificielle immobilière – c'est-à-dire lorsque le rapprochement entre le sol et des meubles provient de l'action de l'homme – le critère de rapprochement se trouve dans l'incorporation. Or, la qualification du principal revient

1368 En ce sens, C. Dreveau, « La propriété foncière à l'épreuve de la protection du patrimoine culturel, historique et archéologique », *in Liber amicorum*, *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 341, spéc., p. 347.

1369 *Supra.*, n° 267.

1370 *Contra.*, M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ 2013, n° 111 et s., p. 105 et s. L'auteure, dans son entreprise de conceptualisation de la théorie de l'accessoire, rejette le rôle opératoire de cette dernière dans la détermination du propriétaire bénéficiaire de l'accession en observant que la caractérisation de l'accessoire est parfois impossible (n° 114 et s., p. 108 et s). La critique ainsi portée se concentre principalement sur les exemples d'accession mobilière et ne remet cependant pas en cause la primauté du sol.

immanquablement au sol. Il en résulte que l'accession immobilière artificielle permet à toute chose s'incorporant dans un terrain de tomber dans le patrimoine du propriétaire de ce dernier[1371]. Il est alors tentant de concevoir le mécanisme de l'accession comme la traduction juridique d'un simple fait consistant en l'accroissement matériel du bien fonds[1372]. Marcadé avait déjà résumé cette idée avec clarté en affirmant qu'en matière d'accession : « je conserve et continue d'avoir un droit unique dont l'objet s'est modifié sous mes mains »[1373]. En conséquence, parce que l'accession ne ferait que rendre compte de la modification d'un bien, la qualité foncière tirée du terrain est transmise à l'ensemble des éléments s'y incorporant, ces derniers perdant leur existence propre au profit du développement du fonds initial. En raison de son pouvoir d'attraction, le sol apparaît comme un bien mutable, un réceptacle susceptible d'accueillir en son sein les différentes matières ou éléments de construction qui viennent s'y loger et, partant, le composer. On retrouve ici l'idée précédant la dichotomie présente en droit fiscal, pour qui la propriété foncière est bâtie ou non. Au vrai, cette compréhension de l'accession nous parait erronée, car elle ne procède pas d'un mécanisme découlant de la perte d'individualité automatique des éléments qui s'incorporent au sol[1374]. Pour autant, cela ne remet pas en cause le pouvoir attractif du sol qui se manifeste tant dans sa capacité à transmettre sa nature immobilière aux éléments qui viennent s'y incorporer[1375], que dans la résolution judiciaire de l'accession artificielle immobilière qui fait du sol l'élément principal en toutes circonstances.

333. Le pouvoir d'attraction du sol, un mécanisme unilatéral. C'est de ce pouvoir d'attraction du sol que vient la hiérarchie entre les différents objets de propriété immobilière et que l'on constate la primauté du fonds parmi ceux-ci. Cette hiérarchie est cependant absente de l'article 518 du Code civil qui s'attache à mettre sur un pied d'égalité le fonds de terre et les bâtiments[1376]. Cependant, si cette hiérarchisation n'apparaît pas de façon expresse, force est de constater qu'elle

1371 *Supra*., n° 101.

1372 En ce sens, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* tome IX, *Traité de la distinction des biens. De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 572, p. 486, l'auteur propose ses développements sur un « fait que l'on appelle ici accession ».

1373 V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome II, 5e éd., 1859, n° 410, p. 399 : L'auteur tient ces propos lors de l'étude de l'accession par production, mais maintient la même idée lorsqu'il traite de l'accession par incorporation.

1374 *Infra.*, n° 412.

1375 En ce sens, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op cit.,* n° 98, p. 156 : les auteurs affirment ainsi qu'« il n'y a pas d'immeuble qui ne procède d'un bien fonds », avant de rappeler que les bâtiments ne sont pas des immeubles par nature comme le suggère l'article 518 du Code civil, mais « qu'ils ne tiennent cette qualité que de leur incorporation au sol, seul le sol étant en réalité immeuble par nature ».

1376 D. Lefebvre, *JurisClasseur Civil Code, articles 518 à 521, Biens. – Immeuble par nature*, Fasc. 30, édition Technique, 1994, n° 1 et s. ; A. Zabalza, thèse, *op. cit*., n° 132, p. 137 ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019, n° 15, p. 26.

ressort implicitement de l'analyse des dispositions du Code civil[1377]. Ainsi, si son article 518 confère une nature identique au bâtiment et au fonds de terre, nous avons déjà pu remarquer que le positionnement de ce dernier en tête des immeubles par nature n'avait certainement rien d'anodin[1378]. Cette hypothèse est confirmée par l'importance de l'incorporation au sol dans la détermination de la nature immobilière. Plus encore, la primauté du sol ressort particulièrement de l'article 552 par le rayonnement unilatéral de la propriété que ce dernier met en place[1379]. En effet, la jurisprudence refuse de conférer à la règle selon laquelle « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » une portée bilatérale[1380]. En conséquence, la propriété du tréfonds comme du sur-sol ou d'un bâtiment ne pourra jamais entraîner celle du sol par un renversement de la règle précitée – point souvent rappelé avec force par la Cour de cassation[1381]. Enfin, élément supplémentaire à la suprématie du sol et de l'importance de son pouvoir d'attraction, les articles 554 et 555 du Code civil qui traitent des conséquences de l'accession dans les situations respectives de construction sur son sol avec des matériaux appartenant à autrui et de la construction intégrale sur le fonds d'autrui, amènent à comprendre qu'en matière d'accession artificielle immobilière le sol – ici assimilé au fonds – sera immanquablement considéré comme le bien principal. La jurisprudence de la Cour de cassation semble également aller en ce sens, en limitant l'application de l'article 552 du Code civil à la seule propriété du sol naturel. Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 1965[1382], les juges rejettent le pourvoi d'un demandeur se prévalant de la propriété du dessus d'un couloir en application de cet article, au motif qu'il n'a vocation à s'appliquer qu'à la seule propriété du sol.

1377 En ce sens, D. Lefebvre, *op. cit.* ; A. Zabalza, *loc. cit*., qui soutient que l'analyse approfondie des termes relève la primauté du fonds de terre sur le bâtiment ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *loc. cit*., qui soutiennent que ce n'est que « faussement » que le Code civil met « les bâtiments au même plan que les fonds de terre ».

1378 *Supra*., n° 250.

1379 En ce sens, P. Brouillaud, *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, thèse, Bordeaux, 1926, p. 8 ; D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 294, p. 341.

1380 Cass. Req., 7 mai 1838, S. 1838, I, 719, concl. Nicod (La propriété du tréfonds n'entraîne pas celle du sol, celle-ci pouvant rester distincte) ;Cass. Req., 25 juin 1941, Gaz. Pal. 1941, II, p. 98 ; Cass. civ., 1re, 10 mai 1965, n° 63-11 291 ; Cass. civ., 3ème, 24 juin 1998, n° 96-16.707, JCP G 1999, I, 120, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet.

1381 Voir notamment,Cass. Req., 24 juin 1941, *op. cit.* : « la propriété du sol comporte la propriété du dessus et du dessous, ne doit pas être étendue au delà [*sic*] de ses termes et que la présomption résultant de l'art. 552 C. civ. [*sic*] ne saurait s'appliquer en renversant cette règle au propriétaire du dessus qui n'est point, par principe, présumé propriétaire du sol » ; Cass. civ., 3ème, 24 juin 1998, *op. cit.* : « la règle suivant laquelle la propriété du sol emporte la propriété du dessous et du dessus ne pouvait être inversée ».

1382 Cass. civ., 1re, 10 mai 1965, n° 63-11.291.

334. Remise en question du pouvoir d'attraction du sol. Malgré tout, on a pu alléguer du « déclin » de la force attractive du sol[1383] et contester la primauté absolue du sol-matière. En effet, on trouve parfois en doctrine la volonté de faire primer la propriété de la construction sur celle du sol[1384]. Cette solution a été consacrée dans certains droits extra nationaux, soit de façon automatique[1385], soit lorsqu'elle dépasse de loin la valeur du terrain[1386]. L'observation de la jurisprudence française confirme qu'il peut exister une inversion de ce principe par l'application d'une accession « inversée », c'est-à-dire un octroi de la propriété du sol par celle de la construction. Outre une proposition doctrinale en ce sens tendant à assouplir la sanction radicale de la destruction en matière d'empiétement[1387], les exemples relevant du droit positif sont cependant particulièrement rares et confinés à des situations très spécifiques. Ainsi en est-il en cas d'édification d'un ouvrage public empiétant sur le terrain d'autrui, par le biais d'une expropriation indirecte. Si la Cour de cassation a pu condamner avec force une telle solution par le passé[1388], il semble qu'elle soit revenue à une position plus souple en acceptant de telles expropriations[1389]. Celles-ci ne pourraient potentiellement s'expliquer que par l'inversion du rapport d'accessoire à principal entre le sol et la construction, entraînant la perte de la propriété du sol. En raison de sa

1383 C. Dreveau, *op. cit.,* spéc., p. 343. Pour une autre approche de la remise en cause du pouvoir d'attraction du sol dans le cadre de l'accession : J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737, spéc., p. 747 et s. L'auteur entend expliquer l'accession non pas en raison de ce pouvoir d'attraction, mais en raison du monopole d'exploitation foncière, dissociable de la propriété du sol.

1384 J. Brissé Saint Macary, thèse, *op. cit*., p. 22, A. Plancqueel, note sous T. Civ. Rennes, S. 1956, J., p. 185 (cité par l'auteur lui-même dans la note suivante), note sous Cass. civ., 3ème, 11 juillet 1969, JCP G 1971, II, 16658.

1385 V. Balbaa, *La préemption en droit comparé*, thèse, 1938, p. 156, cité également par J.-P. Bertrel, *op.cit*., spéc. p. 739.

1386 L'article 673 du Code civil Suisse dispose en effet que « si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, la partie qui est de bonne foi peut demander que la propriété du tout soit attribuée au propriétaire des matériaux, contre paiement d'une indemnité équitable ».

1387 N. Reboul-Maupin, « Les empiétements présents et à venir sur le terrain d'autrui : plaidoyer pour plus d'efficacité et d'équité dans la mise en œuvre de la sanction », LPA, 7 juillet 2017, n° 127v2, p. 12, n° 18.

1388 Cass. Ass. Plén. 6 janvier 1994, n° 89-17.049, JCP G 1994, I, 3750, note H. Périnet-Marquet ; JCP G 1994, II, 2207, concl. M. Jéol ; RTD Civ. 1994, p. 889, n° 4, note F. Zenati. Dans cette affaire, un barrage empiétait sur un terrain appartenant à une personne privée. La cour d'appel de Rouen avait considéré qu'en raison du principe d'intangibilité de l'ouvrage public, il s'était produit une expropriation de fait (aussi appelée expropriation indirecte) du sol assiette de l'ouvrage au profit de l'État, imposant non pas le versement d'une indemnisation à titre de la perte de jouissance du bien, mais de la perte de propriété de ce dernier. La Cour de cassation, casse l'arrêt au motif « que le transfert de propriété, non demandé par le propriétaire, ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure régulière d'expropriation ». À ce moment, une telle affirmation constituait un revirement de jurisprudence, et son maintien impliquerait donc qu'en l'absence de procédure régulière d'expropriation prévue à l'article 545 du Code civil, le propriétaire empiété par l'ouvrage public en resterait propriétaire sans pouvoir demander la destruction de ce dernier dès-lors qu'il est reconnu d'utilité publique.

1389 Cass. civ., 3ème, 15 juin 2016, n° 15-21.628, JCP G 2016, 1191, n° 1, note H. Périnet-Marquet ; RTD Civ. 2016, p. 889, note W. Dross.

destination d'utilité publique, l'ouvrage serait considéré comme principal du sol et ce dernier serait, de ce fait, qualifié d'accessoire de la mission de service public attribuée à l'édifice[1390].

334.1. Il est également possible de trouver des solutions similaires en matière de liquidation de régimes matrimoniaux. En effet, il arrive que les époux aient édifié une construction sur deux terrains différemment appropriés, soit que l'un soit commun et l'autre un propre, soit qu'ils soient des propres de chaque époux. Or, dans cette situation, il arrive que le juge refuse de considérer la construction comme un accessoire du sol[1391]. Plus encore, la construction a même pu servir à la justification d'une accession inversée dans laquelle la propriété de la construction va attirer celle de la partie du terrain la supportant[1392], solution remettant directement en cause le principe de la primauté du sol et de son pouvoir d'attraction.

334.2. Enfin, le législateur est intervenu en 2016 sur la question de la propriété des vestiges archéologiques en les faisant sortir du fonds dans lesquels ils se trouvent. Ainsi, l'article L. 541-1 du Code du patrimoine dans sa version issue de la loi du 17 janvier 2001[1393] disposait que « les dispositions de l'article 552 du Code civil relatives aux droits du propriétaire du sol, ne sont pas applicables aux vestiges archéologiques immobiliers ». L'affirmation semble en elle-même remettre la question le pouvoir attractif du sol, mais on a cependant soutenu qu'il ne s'agissait en réalité que

---

1390 En ce sens, F. Zenati, note sous Cass. Ass. Plén., 6 janvier 1994, RTD Civ. 1994, p. 889, n° 4, spéc. p. 891.

1391 Besançon, 14 décembre 1955, JCP 1957, II, 9706 note A. Ponsard ; D. 1957, p. 358, note E.-S. De la Marnière ; RTD Civ. 1957, p. 102, note H. Desbois ; Cass. civ., 4 mai 1959 (deux arrêts), S. 1959, p. 171, note A. Plancqueel.

1392 Paris, 27 janvier 2005, JurisData n° 2005-279836. Dans cette affaire, un couple marié avait édifié une construction à cheval sur deux terrains contigus : l'un était un propre, l'autre commun. Les juges ont tout d'abord rappelé que l'accession devait se produire au bénéfice du propriétaire du terrain sur lequel la majeure partie de la construction était édifiée. Ils ont ensuite constaté qu'en l'espèce, la majeure partie de la construction reposait sur le terrain commun. Dès lors, la construction devait être considérée comme un bien commun. Enfin, les juges du fond ont affirmé que, de ce fait, il devait se produire l'acquisition par voie d'accession [souligné par nous] de la bande de terrain propre sur laquelle la construction était partiellement édifiée au bénéfice de la communauté. Sur le fondement d'une telle acquisition, voir *contra.* : G. Goubeaux, « La construction édifiée pour partie sur un terrain propre et pour partie sur un terrain commun », Defrénois 1993, p. 1233, qui estime qu'une telle acquisition devrait relever d'une vente. Si la solution soulevée peut sembler impropre relativement au mécanisme de l'accession immobilière, elle est ici un exemple de l'impact des régimes matrimoniaux – et partant de la volonté de préserver les propres des époux – sur la qualification de l'accessoire et du principal.

Dans la situation contraire – c'est-à-dire celle où la majeure partie de la construction est édifiée sur le terrain propre et non commun – il semble que l'article 1406 du Code civil élimine le problème à la source et permet l'application du mécanisme de l'accession sans difficulté. Cet article permet en effet de considérer l'accessoire d'un bien propre comme un propre lui-même. Dès lors, la jurisprudence a pu affirmer que, si une construction était édifiée en partie sur un terrain propre et en partie sur un terrain commun, la partie de ce dernier dans lequel est incorporée la construction doit être considérée comme un accessoire du terrain propre et former ainsi un propre à part entière. De ce fait, la construction étant édifiée en totalité sur un terrain propre, l'accession pourra se produire sans difficulté au bénéfice de son propriétaire. Une condition est cependant nécessaire : il ne s'agit pas que le terrain commun soit plus vaste que le terrain propre, mais que ce dernier contienne la plus grande partie de la construction. En ce sens, Cass. civ., 1re, 11 juillet 2019, n° 18-20.205, AJ Famille, p. 542, note N. Levillain ; RTD Civ. 2019, p. 914.

1393 Loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive.

d'un artifice servant à masquer une expropriation publique[1394], relativisant ainsi la réalité de cette perte de la force attractive. C'est par ailleurs ce qui semble avoir conduit le Conseil d'État, saisi d'une question relative à la conventionnalité de cette disposition à l'égard du droit au respect aux biens[1395], à limiter par un arrêt du 24 avril 2012[1396] l'application de cet article aux seuls biens acquis postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi. La remise en question du pouvoir attractif du sol n'est cependant plus discutable depuis l'entrée en vigueur de la loi du 7 juillet 2016[1397] qui est venu modifier l'article L. 541-1 du Code du patrimoine. Ce dernier continue d'écarter expressément l'article 552 du Code civil comme le faisait sa version issue de la loi du 17 janvier 2001, mais dispose désormais au surplus que « ces biens archéologiques immobiliers appartiennent à l'État dès leur mise au jour à la suite d'opérations archéologiques ou en cas de découverte fortuite ». L'article L. 541-4 de ce même code prévoit un mécanisme similaire concernant les biens mobiliers, qui, en écartant expressément l'application de l'article 552 et 716 du Code civil, dispose que « Ces biens archéologiques mobiliers sont présumés appartenir à l'État dès leur mise au jour au cours d'une opération archéologique et, en cas de découverte fortuite, à compter de la reconnaissance de l'intérêt scientifique justifiant leur conservation ». Certes, on pourrait aisément continuer d'y voir une expropriation qui ne dit pas son nom, mais il n'en reste pas moins que la rédaction du texte remet en cause expressément la force attractive du sol.

335. Portée limitée de ces remises en question. Il ne s'agit cependant que de solutions répondant à des situations particulières qui ne semblent pas devoir remettre en cause le principe d'attraction du sol. Ainsi, la question des vestiges archéologiques relève plus de la volonté de la puissance publique – dont on a pu dire qu'il était à l'origine de toute propriété foncière[1398] – de s'accaparer ces biens qui présentent un intérêt culturel et architectural. La primauté du sol dans le fonctionnement de la propriété civile n'est ainsi pas spécifiquement remis en cause. De la même

1394 Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2000, RTD Civ. 2002, p. 539, spéc., p. 540.

1395 Prévu par l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1396 CE, 24 avril 2012, n° 346952, « Ministre de la Culture et de la Communication », AJDA 2012, p. 1345, note R. Hostiou ; JCP A 2012, p. 2391, note H. Pauliat.

1397 Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

1398 Ch. Lavialle, « Remarque d'un publiciste sur le processus de distribution des propriétés », RFDA 2015, p. 1119. L'auteur considère alors que la distribution originelle de la terre semble s'analyser « fondamentalement comme une opération de puissance publique ». Voir également, pour une vision mettant l'État au centre de toute propriété actuelle pouvant rappeler la théorie du double domaine : H. Lepage, « La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ? », Administrer, décembre 1989, p. 25, spéc., p. 27 : « En multipliant les règlements en tous genres […]l'État s'est réaffirmé ce qu'il était sous le régime mercantiliste : le détenteur premier de tout droit de propriété. À partir du moment où l'on a reconnu à l'État le droit illimité d'interférer et de modifier autoritairement le contenu des droits de propriété légitimement acquis par des individus, la propriété […] est redevenue un privilège d'État dont l'usage est seulement *concédé* à des personnes privées ».

manière, la question des expropriations indirectes répond avant tout à la nécessité de maintenir l'ouvrage public en place tout en assurant son bon fonctionnement. Sous l'angle, cette fois-ci de la propriété civile, c'est la même idée qui gouverne la solution en matière de construction édifiée pendant le mariage sur deux terrains distinctement appropriés par les deux époux, dont on a pu soulever l'« aporie juridique »[1399] qui résulterait de l'application du principe de l'accession centrée sur le seul sol d'assiette. Dans cette situation, l'accession devrait se produire distinctement pour chaque partie du sol dans laquelle l'édifice est incorporé[1400]. La propriété de la construction serait alors partagée entre les deux époux sans qu'elle puisse constituer une indivision[1401]. Ainsi, même sans traiter des problèmes résultants de la liquidation des régimes matrimoniaux – situation pour laquelle aucune cession forcée ne serait envisageable sans recours à un juge et peut donc confiner l'usage et la gestion du bien à la paralysie[1402] – une telle répartition de la propriété de la construction poserait déjà des difficultés loin d'être théoriques lors de l'application du régime matrimonial[1403]. Cependant, dans cette situation précise, s'il est nécessaire de raisonner par rapport à la construction édifiée, cela ne signifie pas pour autant que l'on doive remettre en question le principe de primauté du sol. En effet, il n'est pas nécessaire pour maintenir l'unité de la propriété de la construction que cette dernière attire à elle la propriété du sol d'assiette. Nous savons qu'il est tout à fait possible d'établir un droit de propriété indépendant en refusant la mise en œuvre du

1399 B. Vareilles, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 342.

1400 On retrouve des solutions en ce sens dans d'anciennes décisions des juges du fond : T. civ. Gray, 1er mars 1883, D.P. 1883, III, p. 109 ; Besançon, 5 avr. 1887, D. 1888, II, p. 222 ; ainsi qu'en doctrine : J. Viatte, note sous Lyon, 27 mars 1973, D.S. 1973, somm., p. 134, Gaz. Pal. 1973, II, juris., p. 594 ; Ph. Simler, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 1986, n° 84-17631, JCP G 1986, II, 20702 ; Th. Revet, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, Bull. civ. I, n° 308, RTD Civ. 2003, p. 525.

1401 Voir cependant quelques arrêts isolés émanant de juges du fond. En ce sens, Lyon, 27 mars 1973, D.S. 1973, *op. cit.* La solution ne semble pas satisfaisante, d'une part, en ce qu'elle refuse la mise en œuvre du mécanisme de l'accession qui devrait pourtant pouvoir s'appliquer et, d'autre part, en ce qu'elle ne permet pas le maintien de l'utilisation du bien litigieux ce qui, en pratique, aboutirait immanquablement à sa cession.

1402 En ce sens, T. civ. Gray, 1er mars 1883, D.P. 1883, III, p. 109, note anonyme ; *contra*, Besançon, 5 avril 1887, D. 1888, II, p. 222. Dans ces deux affaires, les juges du fond ont commencé par affirmer que la construction édifiée à cheval sur deux terrains appartenait distinctement à chaque propriétaire de ces derniers en fonction de leur incorporation. La Cour d'appel de Besançon reprend en substance la solution du jugement du tribunal civil de Gray précité pour affirmer qu'il est impossible d'ordonner la licitation d'un tel bien. Elle poursuit en indiquant qu'en l'espèce, il y a lieu « d'ordonner la vente simultanée des deux portions de l'édifice » afin de préserver son unité. On peut également relever qu'une même cession forcée a pu également être ordonnée par la suite : T. Civ. Dijon, 14 février 1934, rapporté par J. Viatte, *op. cit*. Également, pour l'acceptation de la licitation d'un tel bien en raison de l'indivisibilité de l'ensemble qui justifierait alors le recours à une technique liée à l'indivision pour palier au caractère inextricable qui résulte de la situation, voir Ph. Simler note sous Cass. civ., 1re, 25 février 1986, *op. cit*.

1403 À titre d'exemple, nous pouvons penser à la garantie des créanciers qui ne porterait que sur une partie de l'immeuble. Pour Monsieur Simler (Ph. Simler note sous Cass. civ., 1re, 25 février 1986, *op. cit*.), cela ne semble pas être problématique à partir du moment où les créanciers de l'un ou l'autre époux possèdent la faculté de demander la licitation du bien. Cependant, comment expliquer une telle faculté au regard de l'autre époux, qui – lui – serait individuellement propriétaire d'une partie de la construction qui non soumise à cette garantie ?

mécanisme d'accession[1404]. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation, qui a pu décider que l'accession « devait jouer en faveur du propriétaire du terrain sur lequel avait été élevée la plus grande partie de la construction »[1405]. En faisant ainsi primer l'unité de la propriété de la construction afin d'éviter une situation insoluble, elle se contente d'écarter le mécanisme de l'accession sur la portion de terrain supportant la plus petite partie de la construction et accepte de faire pérenniser une situation d'empiétement en imposant un droit de superficie[1406] portant sur le fonds à l'intérieur duquel est édifié la partie la moins importante de la construction[1407]. En conséquence, à l'exception de quelques arrêts émanant de juges du fond[1408] dont les principes soutenus n'ont pas été adoubés par la Cour de cassation, il n'y a en la matière aucune remise en question du principe d'attraction du sol. En outre, ce n'est pas à dire que ce pouvoir attractif permet de considérer le fonds comme d'un simple contenant géométrique aux côtes abstraites, tant la matière continue de jouer un rôle important dans sa délimitation.

2. La matière, utile à la délimitation du fonds de terre

336. L'importance de la matière dans la délimitation du fonds de terre. Affirmer que le volume n'est finalement rien d'autre qu'un fonds tridimensionnel impose de se détacher de la matière pour ne le comprendre qu'en trois dimensions indépendamment de son contenu. Le sol

1404 Sur le rôle de l'accession et son absence d'automaticité, *infra.*, n° 412 ; n° 449 et s.

1405 Cass. civ., 1re, 25 février 1986, *op. cit.* Dans le même sens, Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, *op. cit*., D. 2003, somm., p. 1863 note V. Brémond ; RTD Civ. 2003, p. 342, note B. Vareillles, p. 525 note Th. Revet ; Defrénois 2003, p. 1003, note G. Champenois.

1406 L'absence de pérennisation de l'empiétement par un droit de superficie imposerait de considérer la situation d'espèce comme d'un empiétement. Or, tirer les conséquences de la constatation de l'existence d'un empiétement semble insoluble. La démolition de l'empiétement risque en effet d'être impossible dans cette situation. Tout d'abord, dans le cas d'une identité parfaite entre les deux parties de l'immeuble, il serait difficile de démontrer celui qui a empiété sur le terrain de l'autre. Surtout, il est évident que les époux avaient connaissance de l'empiétement qu'ils effectuaient sur l'un des deux terrains concernés, étant donné que la construction vient d'un projet commun établi en connaissance de cause. Or, la Cour de cassation refuse la destruction de l'empiétement lorsqu'il existe une acceptation expresse venant de l'autorisation en connaissance de cause des travaux empiétants. Voir en ce sens, Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1996, n° 95-12.004. Ainsi, l'existence d'un projet commun [au moment de l'édification] prévoyant une édification à cheval sur deux terrains différemment appropriés par les époux serait analysée par la Cour de cassation comme une renonciation expresse à la démolition de la construction de la part de l'époux empiété et cela, quelle que soit l'évolution future de leur relation. En effet, la renonciation est par nature irrévocable (en ce sens, D. Houtcieff, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Renonciation*, n° 8) et ce caractère doit être maintenu dans cette hypothèse sous peine de porter une atteinte à la sécurité juridique des parties.

1407 La détermination du bénéfice de l'accession par la recherche du terrain à l'intérieur duquel est édifié la plus grande partie de la construction ne semble cependant pas totalement pertinente. En effet, un tel critère est porteur d'incertitude dans la décision des juges en raison d'une trop grande imprécision dans son appréciation. Cette recherche de « la plus grande partie » pourrait s'interpréter comme le plus grand espace au sol, la plus grande surface habitable, ou encore le plus grand volume, voire la partie la plus onéreuse. En outre, une telle solution ne permet cependant pas de résoudre une situation proposée par Monsieur Vareilles – certes d'école, mais néanmoins intéressante – de l'édifice « bâti selon un plan symétrique exactement à cheval sur deux parcelles contiguës et d'égale contenance » (B. Vareilles, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 342).

1408 *Supra*., n° 335, note 1400.

naturel ne serait donc que sa représentation parcellaire détachée de toute matière. Afin de relativiser une telle conclusion, il ne faut pas oublier que la démonstration effectuée par le doyen Savatier visait avant tout à démontrer l'existence du volume immobilier en tant qu'objet de propriété à part entière. Cette démonstration se fonde principalement sur l'abstraction effectuée par la publicité foncière et les techniques urbanistiques du remembrement et du lotissement[1409], pour lesquels le sol-matière conserve en réalité une grande importance[1410]. Certains relèveront par ailleurs que malgré l'abstraction du sol-matière faite par la publication foncière, elle n'en reste pas moins fortement attachée à ce dernier dès lors qu'il s'agit de déterminer le montant de l'impôt foncier[1411]. Plus encore, si la parcelle ne reste la plupart du temps qu'un découpage abstrait mettant en place des frontières juridiques, elle n'en reste pas moins liée à l'existence du sol-matière – comme en atteste son éventuelle réduction découlant de la disparition définitive de la matière. Si l'abstraction totale du sol existait, sa délimitation serait totalement indifférente à la perte de sa matière pour se maintenir quelles que soient ses modifications. Or bien que la suppression de la substance du fonds n'en affectera pas l'existence la plupart du temps[1412], nombres d'exemples montrent néanmoins, soit la réduction de la surface par la disparition de la matière, soit l'inverse. Ainsi en est-il en matière d'érosion côtière, où la parcelle finira réduite d'autant de surface que celle du sol-matière disparu. De façon plus générale, nous pouvons remarquer que la délimitation des fonds tient parfois à l'existence de limites naturelles et évolueront directement avec elles si bien qu'un détachement complet de la matière reste impossible.

337. La délimitation des frontières de la propriété lié au mouvement des eaux. Ce lien entre la matière et la détermination de la parcelle nous semble également ressurgir dans les situations prévues aux articles 556 et suivants qui sont classiquement présentées comme relevant de l'accession immobilière naturelle. Le Code civil présente effectivement des situations dans lesquelles l'accession immobilière se mettrait en œuvre par la seule force de la nature, indépendamment de l'action humaine. À la suite de Monsieur le Professeur Dross[1413], nous ne

1409 R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1, spéc., n° 3 à 5.

1410 Sur l'importance du sol en matière de lotissement, *infra.*, n° 359 et s.

1411 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 15, p. 28 ; G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n° 12, p. 286.

1412 En ce sens, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 48, p. 62.

1413 W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 23 et s., p. 31 et s. Il existe également des remarques antérieures proposant en filigrane une première approche de ce rejet : Ch. Aubry, Ch. Rau, *Droit civil français*, tome II, *Biens. Actions possessoires. Propriété*, par P. Esmein, 7e

pouvons que remarquer qu'il s'agit de cas bien éloignés du mécanisme de l'accession immobilière[1414] – qui tend à maintenir l'unité de la propriété de deux biens distinctement appropriés – qui se bornent en réalité à résoudre des problématiques liées à la détermination de la propriété foncière – c'est-à-dire d'établir le périmètre du socle foncier. La distinction n'est pas vaine en ce qu'elle produirait des effets bien différents concernant les propriétaires des rives concernées. Monsieur le Professeur Dross remarque à juste titre qu'en matière d'alluvions et de relais (auxquels nous pourrions ajouter les avulsions), il ne se produit pas « une simple adjonction des matériaux à la rive »[1415], mais bien une incorporation au lit du cours d'eau. En conséquence, s'il se réalisait effectivement le mécanisme de l'accession, les matériaux ainsi accumulés devraient devenir la propriété du propriétaire du lit, et non de celui de la rive[1416]. Or, toutes ces situations sont totalement indifférentes de la propriété du lit du cours d'eau[1417] et ne s'intéressent qu'au propriétaire de la rive, pour qui va se produire une modification des frontières de son fonds[1418], qui ne peut alors s'expliquer que par sa relation avec la matière, la consistance du sol.

337.1. En conséquence, pour la question des alluvions[1419], il ne s'agira que de tirer des conséquences de la formation d'une bande de terrain formée par l'accumulation de matière au gré du mouvement des eaux, augmentant d'autant la surface de la propriété du terrain dans lequel ils se sont incorporés. Il en sera de même en matière de relais[1420] pour lequel la bande de terre découverte par le mouvement durable de la rivière augmentera d'autant la surface du fonds à laquelle elle est

éd., 1961, § 192, n° 145, p. 247, note 1 : Les auteurs commencent par distinguer nettement la situation dans laquelle « une personne est propriétaire d'une chose à titre d'accession » qu'ils rattachent à l'article 546 du Code civil, de celle « où elle devient propriétaire d'une chose par l'effet de l'accession » rattachée cette fois à l'article 712 du même Code. Ils assimilent ensuite la première situation à l'étendue de la propriété en indiquant qu'il s'agit ici d'accessoires « auxquels s'étend virtuellement la propriété » et la seconde situation d'« accessions qui viennent l'augmenter (la propriété) par l'effet d'une acquisition nouvelle ». Ils rattachent finalement l'accession à l'article 712 du Code civil en traitant celle-ci comme d'un mode d'acquisition de la propriété (§ 202, n° 203 et s., p. 343 et s.), marquant ici la grande particularité des situations « d'accession naturelle » qu'ils avaient auparavant écartées de ce mécanisme.

1414 Monsieur le Professeur Dross réfute l'application d'un quelconque mécanisme de l'accession sous deux axes principaux. Il soutient d'une part qu'il manque à l'ensemble de ces situations d'accession immobilière naturelle la condition indispensable à la réalisation de l'accession qui est l'existence d'une union entre deux biens (W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 23, p. 31) et précise d'autre part que l'accession ne peut en aucun cas jouer de façon horizontale (W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 25, p. 32 et s).

1415 W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 25, p. 33.

1416 *Ibid.*

1417 Même lorsqu'il s'agit d'un cours d'eau domanial, l'article L. 2111-13 du Code générale de la propriété des personnes publiques disposant que « la propriété des alluvions, relais, atterrissements, îles et îlots qui se forment naturellement dans les cours d'eau domaniaux est soumise aux dispositions des articles 556, 557, 560, 562 du Code civil ».

1418 En ce sens, M. Cottet, thèse, *op. cit*., n° 95, p. 94, l'auteur expliquant qu' « il n'y aura alors pas d'acquisition d'une chose nouvelle, mais plutôt un changement dans l'assiette géographique du bien, par l'effet d'un phénomène naturel ».

1419 Article 556 du Code civil.

1420 Article 557 du Code civil.

attachée. L'article précise 557 du Code civil précise par ailleurs que la règle est réciproque, illustrant encore une fois l'importance de la matière dans la détermination des limites du fonds. En conséquence, si le retrait de l'eau d'un côté de la rive se reporte sur l'autre côté, le propriétaire de ce dernier subira une perte de surface de son fonds en raison de son recouvrement durable par l'eau. C'est encore le même principe qui ressort du traitement des avulsions[1421], dans lesquels une portion de terrain détachée par le mouvement des eaux finira par augmenter la surface de la rive sur lesquels ils vont s'échouer[1422].

338. La délimitation de l'étendue du fonds de terre, entre abstraction géométrique et rôle de la matière. L'articulation entre le sol surface et la matière qui compose le fonds de terre est sujette à débat. Certains voient dans la matière un simple accessoire lié à l'étendue verticale du sol[1423] dont les éléments sont surtout analysés comme des produits[1424] ; d'autres y trouvent l'élément principal constitutif de la surface sans lequel elle ne saurait exister[1425]. Il ressort des différents éléments que nous avons vus que si l'abstraction du sol est envisageable, le fonds peine à se détacher pleinement de la matière, qui participe à sa délimitation et en conséquence, aux contours de son existence. Comme certains auteurs, il faut alors remarquer que le sol du Code civil semble être un bien d'une nature toute particulière, à la fois matière et surface abstraite[1426], ce qui implique une nature duale. Le fonds partant du sol, et celui-ci devant être à la fois surface et matière, il ne paraît donc pouvoir connaître une abstraction totale. En conséquence, si la représentation du fonds est possible en surface comme en volume, elle suppose néanmoins un socle matériel que l'on trouve dans le sol naturel afin de pouvoir être qualifié de fonds. Nous pouvons également remarquer que l'abstraction totale du fonds en un volume parfait partant des limites parcellaires ne permet pas de rendre compte de la diversité du tréfonds, dans lequel se trouvent des éléments n'en faisant jamais partie. Tel sera le cas des vestiges archéologiques[1427], ou encore des gisements de minéraux. Si nous ne pensons pas qu'il s'agisse en soi d'une atteinte significative au pouvoir d'attraction du sol tel qu'il est pensé par la propriété privée civile[1428], il n'en reste pas moins que cela contribue aux

1421 Article 559 du Code civil.

1422 L'article 559 du Code civil permettant la revendication du propriétaire sinistré pendant un délai d'un an.

1423 D. Lefebvre, *JurisClasseur Civil Code, articles 518 à 521, Biens. – Immeuble par nature*, Fasc. 30, édition Technique, 1994, n° 30 et s.

1424 D. Lefebvre, *op. cit.,* n° 34.

1425 G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 12, p. 286.

1426 J.-P. Marty, thèse, *op. cit.*, n° 14, p. 27 et 28, l'auteur approuvant la présentation dualiste du sol, tant surface que matière. Également, G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 12, p. 286 ; D. Lefebvre, *op. cit.*, n° 34.

1427 *Supra*., n° 334.2.

1428 *Contra*., C. Dreveau, *op. cit*., spéc. p. 343 et s.

limites d'une représentation purement géométrique du fonds et, de ce fait, aux insuffisances d'une éventuelle abstraction totale de la matière dans la détermination du fonds[1429]. En d'autres termes, il faut remarquer avec Monsieur le Professeur Trémorin que « l'étendue du fonds se module et se détermine en lien avec la nature de ce qu'il contient. Son extension n'est pas qu'une question de profondeur, mais de statut des richesses qui y sont découvertes ou décelées »[1430].

339. Confirmation de la structure composite du fonds de terre par la jurisprudence. L'étude de la jurisprudence rappelle également le rôle primordial du sol-matière dans la détermination du fonds. Le volume en tant que contenant parfait qui se désintéresse du contenu semble en effet se heurter à la théorie du double sol qui, bien que rare, reste directement liée à la matière. Cette théorie fut dégagée dans un arrêt rendu le 29 février 1984 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation[1431], dont les faits étaient particulièrement topiques. Dans cette affaire, deux parcelles situées à des hauteurs différentes étaient séparées par une falaise dont la base était plus étroite que le sommet. Il résultait de cette configuration que deux terrains étaient superposés, celui situé au sommet de la falaise surplombant celui s'arrêtant à la base de cette dernière. Le litige était né à propos de la propriété d'une source, jaillissant au pied du fonds inférieur mais prenant son origine dans le tréfonds du fonds supérieur. Les juges du fond avaient considéré que la source appartenait au propriétaire du fonds supérieur, en ce qu'elle émergeait « à l'intérieur du surplomb de la falaise, donc nécessairement sous la parcelle […] dont elle dépend en application de l'article 552 du Code civil »[1432]. En d'autres termes, les juges du fond ont retenu que le tréfonds du fonds supérieur était constitué d'un volume partant des limites du sol s'étendant verticalement vers le dessous, indépendamment de la réalité matérielle de la falaise. Cette solution correspond tout à fait à un fonds-volumique dématérialisé, qui dans la pratique, n'aurait pas nécessité une organisation collective complexe que l'on trouve en matière de construction en volumes.

339.1. La solution est néanmoins cassée par la Cour de cassation qui vient s'opposer à cette vision purement abstraite de la détermination du tréfonds et attribue la propriété de la source au propriétaire du fonds inférieur. Elle rappelle ainsi qu'il ressort des constatations des juges du fond que les deux parcelles en cause « formaient deux sols distincts situés à des niveaux différents et

---

1429 En ce sens, Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 434 ; C. Dreveau, *op. cit*., spéc., p. 348.

1430 Y. Trémorin, *op. cit*., spéc., p. 438.

1431 Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, n° 83-10.040, JCP G 1984, II, 20307, obs. G. Goubeaux ; RDI 1985, n° 1, p. 33, obs. J.-L. Bergel.

1432 Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, *op. cit.*

séparés par une falaise infranchissable ». Cette solution est incompatible avec une conception du fonds-volumique ne s'intéressant qu'à la surface de la parcelle pour lui appliquer un tréfonds purement vertical désintéressé de la matière qui le compose[1433]. En l'espèce, cela aboutirait notamment à faire de la bande de sol du fonds inférieur et de l'espace situé sous le fonds supérieur une partie du tréfonds de ce dernier, ce que réfute la Cour de cassation. En conséquence de cette solution, le tréfonds du fonds supérieur n'est composé que de la matière composant la falaise et va suivre précisément ses contours[1434]. Ainsi, un éboulement fera par exemple diminuer les limites de son tréfonds d'autant que de matière perdue[1435]. En définitive, la Cour de cassation rappelle ici, non seulement l'importance de la matière dans la détermination du fonds, mais également l'importance qu'elle attache au sol-matière lui-même comme générateur de cette étendue[1436].

340. Incompatibilité de principe de l'évolution du fonds par le contour de la matière au volume immobilier. On pourrait être tenté de rapprocher la nature duale du sol avec celle du volume, dès lors qu'une approche similaire de la relation entre la délimitation du fonds par la matière pourrait être soutenue à propos des volumes immobiliers. Il est ainsi possible de soutenir que l'impact de la matière sur la délimitation du fonds de terre ne procède que d'un choix qu'il serait tout à fait possible d'appliquer au volume d'espace, en acceptant de concevoir la modification de ses frontières au gré de l'évolution de la matière le composant. Une objection nous semble cependant dirimante à une telle affirmation. Elle consiste à remarquer qu'une telle prise en compte de la matière se distingue fondamentalement du volume d'espace. En effet, accepter que le volume évolue en fonction des contours de la matière reviendrait à mettre au second plan la nature réelle de son objet, qui est l'appropriation d'une portion précise d'espace en tant que tel et pour elle-même. Ce serait remettre en cause le principe selon lequel la propriété du volume est indifférente de la matière qui le compose. Parce que le volume tend à l'appropriation d'une telle portion, il doit être

1433 En ce sens, G. Goubeaux, note sous Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, *op. cit.* ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553, op. cit.*, n° 75.

1434 Pour un rappel de ce principe par le juge des référés, même s'il est faussement et inutilement justifié par la limitation de la propriété immobilière aux seules choses matérielles : TGI Niort, 15 avril 2002, JurisData n° 2002-206815 : « L'article 552 du Code Civil [*sic*] ne définit pas la propriété comme un volume idéal déterminé par des plans verticaux à partir de la surface du sol, ce qui conduirait à énoncer comme principe que le *dessus* vaut le *dessous* et empêcherait de prendre pour référence une parcelle plutôt qu'une autre. La propriété porte sur des objets matériels et non sur des surfaces identifiées par des cotes figurant sur des plans ou des cartes. Dans ces conditions, dès lors que la propriété est conçue comme une chose, la falaise fait partie du fonds supérieur. En effet, celui-ci, fonds de terre et de roche, est matériellement limité par le précipice mais c'est bien la matière dont est constitué ce fonds qui forme la falaise ».

1435 À noter qu'une telle configuration autorise des empiétements minimes de surplomb en cas de risque d'éboulement, ce dernier nécessitant la pose d'équipement tendant à le prévenir – généralement des filets de protection – appartenant au propriétaire du fonds supérieur.

1436 Voir déjà en ce sens, Cass. civ., 1re, 10 mai 1965, n° 63-11.291.

strictement déterminé par des cotes géométriques et devrait rester impassible aux modifications matérielles[1437]. En définitive, le volume d'espace apparaît bien plus dépendant de sa délimitation tridimensionnelle que ne l'est le fonds de terre, dès lors que celui-ci bénéficie d'une structure composite, accueillant tant sa délimitation parcellaire que matérielle.

340.1. On pourrait néanmoins faire valoir qu'une telle évolution du volume par la matière se produit précisément par la procédure de récolement des volumes. Dans le cas de constructions en volumes, les contours des lots de volumes doivent suivre précisément ceux de l'édifice afin d'éviter les situations d'empiétement et de justifier la propriété sur le bâti. En conséquence, les frontières abstraites sont régulièrement modifiées par une procédure de récolement afin de les faire correspondre à celle de la construction[1438]. Néanmoins, un tel rapprochement serait fortement superficiel tant il procède d'un mécanisme différent. Nous avons vu que les modifications de la surface du fonds par le sol-matière n'ont d'autre but que de rendre compte de la réalité matérielle des faits afin d'assurer l'unité de la propriété du fonds malgré ses modifications par le biais d'un mécanisme légal. Certes, la finalité suivant la procédure de récolement est identique : justifier et assurer la pérennité de la propriété de la construction lorsque celle-ci ne correspond pas aux limites abstraites du volume initial. Cependant, aucun mécanisme légal ne vient cette fois-ci encadrer cette modification, qui reste pleinement subordonnée à la volonté des parties. En outre, cette procédure peut s'avérer source de contentieux et n'est donc pas toujours mise en œuvre[1439], causant ainsi une distorsion entre le titre de propriété et la réalité de celle-ci, constitutive d'empiétement. Il existe certes des mécanismes légaux imposant la tenue d'un plan de récolement des travaux[1440], mais ceux-ci ne consistent qu'en la mise en conformité des travaux effectivement réalisés avec les plans de projet, sans que la question d'une délimitation précise de propriété ne soit au cœur de la règle en question. La procédure de récolement apparaît donc dans ce cadre comme une simple pratique conventionnelle tendant à faire correspondre la réalité physique avec la règle juridique, cette dernière ne le faisant pas elle-même. Il est vrai qu'une assimilation du volume immobilier au fonds de terre commanderait de faire application d'une telle délimitation en l'absence de toute convention.

1437 En ce sens, M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 814 et s, p. 337 et s. L'auteure en déduit une forme de supériorité sur le fonds de terre, en ce que le volume ne sera jamais impacté par les modifications matérielles, qu'elles soient artificielles ou naturelles (n° 817 et 818, p. 337 et 338).

1438 Voir notamment, P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, coll. Pratique de l'immobilier, 1989, n° 158 à 161, p, 83 et s. ; F. Moléron, « Aspects techniques et pratiques de la division en volumes », RDI 1999, p. 502, Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 649, n° 3174, spéc., p. 718.

1439 P. Walet, P. Chambelland, *op. cit.*, n° 158 et 159, p. 83 et 84.

1440 Voir ainsi, L. 462-2 du Code de l'urbanisme.

Nous avons cependant constaté que cela viendrait remettre en cause la nature même du volume immobilier en lui imposant la prise en compte de la matière, qui est pourtant censée lui rester indifférente[1441]. Ainsi, le fonds de terre semble intrinsèquement lié à la matière et le volume immobilier, par l'abstraction totale qui le caractérise, n'apparaît pas en mesure d'assurer par lui-même la qualification de bien fonds. Ce lien entre fonds et sol-matière semble confirmé par les difficultés dirimantes auxquelles serait confrontée une abstraction totale du sol.

Paragraphe 2. Les difficultés inhérentes à l'abstraction totale du sol

341. Plan. Le sol-matière possède donc une importance capitale au regard du fonds du Code civil. Or, le volume immobilier propose justement de dépasser ce lien pour s'affranchir totalement de la matière. La question qui se pose alors est la suivante : si le sol-matière est un élément primordial du fonds et que le volume tend à s'en affranchir, est-il encore possible de concevoir l'existence d'un fonds-volumique équivalent au fonds de terre ? Il est possible que la confrontation du volume aux dispositions prévues par le Code civil nous indique l'inverse. Ainsi, il faut éprouver l'abstraction du sol à l'application de l'article 552 du Code civil (A). Quoi qu'il en soit, si le Code civil confère au fonds une totale autonomie, le volume immobilier ne semble pouvoir y parvenir pleinement, ce dernier subissant malgré les artifices de pleine indépendance, la prédominance du sol (B).

A. L'abstraction du sol à l'épreuve de l'application de l'article 552 du Code civil

342. Difficulté liée à l'articulation de l'article 552 du Code civil avec l'abstraction totale du sol. Une première remarque peut être faite concernant le mode de délimitation des volumes immobiliers : l'abstraction totale du sol est impossible dans leur détermination. En effet, celui-ci nécessite un référencement effectué via les cotes N.G.F. prenant justement comme référentiel des points situés sur le territoire français[1442]. Sans doute est-il excessif de rejeter le fonds-volumique par la seule nécessité technique du sol dans la détermination du volume immobilier, mais cette dépendance physique du volume au sol semble se transmettre au juridique. Sur ce point, nous pouvons rappeler à titre liminaire que les développements précédents nous ont amenés à remarquer que le fonds-volumique était incompatible avec une lecture de l'alinéa premier de l'article 552 du Code civil octroyant à ce dernier une valeur de règle de fond[1443]. Le fonds-volumique ne peut

1441 *Supra*., n° 340.
1442 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 679, p. 714.
1443 *Supra.*, n° 287.

s'accommoder de cet article 552 que s'il n'établit qu'une présomption, sens dans lequel semble aller la jurisprudence récente[1444]. Cependant, même au seul titre de présomption, en conférant à son article 552 une règle relative à l'étendue présumée de la propriété du sol, le Code civil pose une partie de la définition du « fonds de terre » de son article 518. Sous ce prisme, le fonds apparaît comme un tout autonome, c'est-à-dire comme le sol et son étendue verticale, le dessus comme le dessous. Nous avons pu en présenter précédemment une lecture conduisant à l'acceptation de la propriété de l'espace[1445], qui a été progressivement totalement détachée du sol afin de faire du volume immobilier le seul bien fonds autonome indépendamment de son contenu[1446]. Le fonds se serait donc pleinement émancipé de la terre, comme le propose – au moins dans les termes – l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil[1447]. L'idée du fonds-volumique sous tend donc que la propriété du sol-matière est indifférente – seul comptant la surface qui en découle – et que la propriété du dessus comme du dessous en est l'extension verticale parfaite. En conséquence, soit rien n'est sol, soit tout s'apparente au sol. Quel que soit l'aspect retenu, il n'est pas certain que le fonds puisse s'émanciper du rôle du sol-matière dans le tout autonome qu'il caractérise.

343. Plan. En cas d'abstraction totale du sol-matière, on peut s'interroger sur l'application de l'article 552 du Code civil entre différents volumes (1), notamment en raison de son caractère unilatéral centré sur la propriété du sol. En outre, adopter une position dans laquelle le volume s'émancipe totalement du sol ne semble pas suffisante à assurer la possibilité d'un fonds-volumique équivalent au fonds de terre (2).

1. L'hypothèse impossible de l'extension prévue par l'article 552 entre volumes

344. Impossibilité de l'assimilation totale du volume abstrait au sol. Dans l'hypothèse certainement excessive dans laquelle le volume abstrait représenterait dans son intégralité le sol, il s'agirait alors d'un corps fini parfaitement autonome auquel il faudrait appliquer les dispositions de l'article précité. Si la Cour de cassation a pu accepter la théorie du double sol[1448], il semble cependant qu'en lui appliquant une conception abstraite, les obstacles en deviennent insurmontables. Cela reviendrait à appliquer à un corps fini une faculté d'extension vers le dessus et le dessous à même de rentrer en conflit avec d'autres volumes inférieurs ou supérieurs sans que l'on soit capable de déterminer celui qui prévaudrait, chacun étant le sol, élément principal de référence.

1444 *Supra*., n° 288.

1445 *Supra*., n° 258 et s.

1446 *Supra.*, n° 270 et s.

1447 Article 527 de l'avant-projet de réforme, *op. cit.*

1448 *Supra*., n° 339.

À titre d'exemple, il est possible d'exposer une configuration très simple qui suffit à montrer les difficultés d'application de l'article 552 du Code civil et de son pouvoir attractif aux volumes immobiliers. La division ainsi proposée se constituerait de trois volumes abstraits superposés dont la surface épouse parfaitement les limites parcellaires : A propriétaire du tréfonds le plus bas, B d'une partie du tréfonds, du sol et d'une partie du sur-sol et enfin C, propriétaire du sur-sol situé au-dessus du volume appartenant à B. Dans l'hypothèse – certes d'école – où B décide d'utiliser son droit au déguerpissement[1449], la difficulté initiale sera tout d'abord de déterminer si le pouvoir d'attraction prévue à l'article 552 du Code civil trouvera à s'appliquer.

344.1. De fait, l'article 713 du Code civil semble s'y opposer en disposant, à son alinéa 1er que « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés ». Cependant, cet article doit s'articuler avec les modalités d'appropriation de la personne publique prévue dans le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). Il prévoit notamment à son article L.1123-1, 2° que les immeubles sans maître « sont des immeubles qui n'ont pas de propriétaire connu et pour lesquels depuis plus de trois ans les taxes foncières n'ont pas été acquittées ou ont été acquittées par un tiers ». Malgré la formule générale voulant que l'appropriation de l'État des immeubles sans maître se produise « de plein droit »[1450], il ne semble pas que cela implique quelconque immédiateté ou automaticité et cela, pour deux raisons. La première tient à la rédaction de l'article L.1123-1, 2° du CGPPP qui pose deux critères cumulatifs à l'immeuble sans maître : absence de propriétaire connu et absence d'acquittement de l'impôt foncier durant trois années, critères que semble contrôler strictement le Conseil d'État[1451]. La seconde consiste à remarquer avec Madame Tirel[1452] que l'effet de plein droit ne renvoie pas à une

1449 Le déguerpissement est un acte volontaire et unilatéral dans lequel le propriétaire d'un bien décide d'abdiquer de son droit de propriété sur le bien en cause. Il s'agit en d'autres termes, d'un abandon du bien. Bien que discuté en doctrine car non expressément prévu par le Code civil, l'abandon pur et simple d'un bien immeuble par son propriétaire semble bien de droit positif, même s'il connaît quelques limites notamment en matière de copropriété. Consacrant la possibilité du déguerpissement de la propriété d'un bien immeuble, voir Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, n° 01-01.758, Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2003, comm. 252, note D. Sizaire ; JCP G 2004, doctr. 125, n° 8, obs. H. Périnet-Marquet ; RDI 2004, p. 282, note J.-L. Bergel.

L'abandon sans condition d'un bien immeuble semble néanmoins devoir être limité, dès lors où il prend place dans un ensemble collectif qui en subirait les conséquences. Ainsi, certains proposent d'appliquer peu ou prou les mêmes conditions et conséquences qu'en matière de copropriété. L'abandon du volume reviendrait alors à l'association syndicale de copropriétaire et n'aurait pas comme conséquence de libérer le propriétaire des dettes échues. En ce sens, J. Lotz., *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 332 et s., p. 292 et s.

1450 Ch. Atias, J*urisClasseur Civil Code, articles 713, Mode d'acquisition de la propriété.– Biens sans maître*, Fasc. unique, n° 30 ; J.-L. Bergel, note sous Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, RDI 2004, p. 282.

1451 CE, 31 mars 2014, n° 368003, « Commune de Mios ».

1452 En ce sens M. Tirel, *L'effet de plein droit*, thèse, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2018. Les effets relevés par l'auteure sont les suivants : absence d'intervention du juge, absence de pouvoir d'appréciation du juge, absence de formalité à accomplir, caractère obligatoire de la réalisation de l'effet.

notion juridique à part entière, mais à divers effets indépendants visant à renforcer l'objectif de réalisation du droit, mais dont le caractère automatique ne fait pas partie[1453]. Il est donc envisageable qu'existe un délai entre l'abandon par le propriétaire de son bien et sa qualification de bien sans maître entraînant son acquisition originelle par la personne publique compétente. Ce délai est par ailleurs confirmé par la procédure d'appropriation de l'immeuble sans maître prévu à l'article L.1123-3 du CGPPP. Au surplus, la règle de l'article 713 du Code civil n'a pour autre but que de s'assurer de l'absence d'immeuble sans maître, évitant ainsi de laisser à titre d'épave la ressource en nombre fini qu'est la portion de territoire. C'est donc tout à fait logiquement que cette appropriation ait vocation à se produire en dernier recours, lorsque les autres modes d'acquisition de la propriété ne peuvent se réaliser dans le temps octroyé par l'administration. Ainsi, l'article L.1123-1 du CGPPP précise que « ces dispositions [relatives à la qualification de bien sans maître] ne font pas obstacle à l'application des règles de droit civil relatives à la prescription » permettant au jeu de la prescription acquisitive de se réaliser quand bien même le délai de la prescription acquisitive est amené à se produire dans le délai de trois ans suivant l'absence de propriétaire connu. Dans le cadre d'un montage immobilier, il est également possible de prévoir les conséquences du déguerpissement d'un ou plusieurs propriétaires en édictant dans le règlement les modalités de dévolution des biens abandonnés[1454]. Rien ne s'oppose donc à ce que soit envisagé d'autres conséquences que la seule acquisition du volume abandonné par la personne publique en vertu de l'article 713 du Code civil.

344.2. Une fois l'application immédiate et automatique de l'article 713 du Code civil écarté, il faudra faire face à une autre difficulté relative à l'application du pouvoir d'attraction de l'article 552 du Code civil à l'abandon du volume intermédiaire pris en exemple précédemment. Dans cette hypothèse, le volume immobilier dans son entièreté constituerait le sol et pourrait ainsi justifier l'application de l'article 552 afin de s'étendre au-delà de ses limites initiales. L'application ne semble cependant pas envisageable, pour deux raisons dont une seule s'avère théoriquement fondée. La première consiste à remarquer qu'il est impossible de déterminer lequel du volume inférieur ou supérieur devrait attirer à lui la propriété du volume intermédiaire abandonné. Cette première lecture ne semble donc pas tenable. En réalité, et c'est ici la seconde raison de l'impossibilité d'une

1453 M. Tirel, thèse, *op. cit.*, n° 237 et s.

1454 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, *op. cit.* La Cour de cassation décide d'attribuer à l'État une parcelle d'un lotissement abandonné par son propriétaire – en l'espèce, l'ASL chargée de la gestion du lotissement – au motif « qu'il n'existait pas, dans les statuts de l'ASL, de disposition sur la dévolution de ses biens en cas de dissolution et que celle-ci avait, lors de sa dissolution, décidé d'abandonner purement et simplement la parcelle lui appartenant ». La solution ici présentée suppose *a contrario* que des règles de dévolutions spécifiques puissent être prévues afin d'éviter la mise en œuvre de l'article 713 du Code civil.

telle solution, procéder à une telle application relèverait d'une mauvaise compréhension du fonds-volumique qui doit être pleinement assimilé à une parcelle, excluant ainsi toute idée de pouvoir attractif entre elles. L'idée peut être résumée en reprenant l'image proposée par Madame le Professeur Tranchant[1455], qui invite simplement à basculer ce qui est vertical sur le plan horizontal. Force est de constater que, même à adhérer à la présentation, la verticalité basculée sur le plan horizontal présente une complexité que le découpage parcellaire ne connaît pas. Pourtant, par l'individualisation antérieure du volume abandonné, celui-ci est devenu un bien à part entière aux autres volumes, ce qui suppose une indifférence totale de mise en œuvre de l'article 552 du Code civil. Cette présentation aboutit finalement à ne pas relever d'incohérence fondamentale entre l'article 552 du Code civil et le fonds-volumique.

2. L'application de l'article 552 au sein du volume : l'hypothèse de l'émancipation imparfaite du sol par le volume

345. Inutilité de l'application de l'article 552 du Code civil au sein du volume immobilier. Le fonds-volumique suppose de considérer que le sol, comme le dessus et le dessous, sont compris dans le volume immobilier. Ainsi, le volume ferait application de l'article 552 du Code civil mais uniquement au sein de ses frontières. Une telle lecture a le mérite de ne pas brusquer l'unilatéralité posée par cette disposition, rappelée de nombreuses fois par la jurisprudence[1456]. Il s'agit finalement d'appliquer l'article 552 du Code civil non pas dans une approche littérale, mais au regard de l'objectif qu'il poursuit : à savoir, maintenir l'unité de la propriété de l'immeuble au sein d'un périmètre déterminé. Seulement, ce maintien ne vient pas de l'article 552 du Code civil, mais bien du caractère absolu de la propriété civile. L'article 552 ne fait qu'appliquer ce principe à la propriété du sol-matière afin de lui conférer une ouverture vers l'étendue verticale à l'extension indéterminée, assurant ainsi la plénitude des pouvoirs du propriétaire du sol sur le potentiel de ce dernier.

345.1. Ce n'est donc pas tant l'application de l'article 552 que le caractère absolu de la propriété – ou de l'accession en cas de construction par autrui – qui explique la propriété des éléments contenus dans le volume immobilier. L'intérêt de l'article 552 est alors de permettre l'effectivité de cette règle en déterminant l'étendue dans laquelle elle trouvera à s'appliquer pour le propriétaire du sol. Nous trouvons ici une première différence avec la propriété d'un volume d'espace, qui n'a pas besoin de l'application de cet article : son existence est indirectement issue de

1455 L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 765.

1456 *Supra*, n° 333.

l'application de 552 – qui a octroyé la propriété de celui au propriétaire du sol, mais une fois le volume d'espace créé, il n'en bénéficie pas directement.

346. Maintien théorique du caractère exceptionnel du volume immobilier. Une telle présentation échoue dans son objectif de faire du volume un fonds égal à celui tiré du sol. Le volume est un bien dont l'existence implique inévitablement la désactivation de la règle posée par l'article 552 du Code civil le concernant. En conséquence, en cas de déguerpissement de son propriétaire, le volume devrait devenir la propriété de l'association syndicale de propriétaires en charge de la gestion de l'ensemble – à considérer qu'elle existe –, indépendamment de tout pouvoir attractif du sol[1457]. Finalement, c'est l'importance même du sol naturel qui est remise en question, par la réalisation des grands ensembles immobiliers pour lesquels l'ampleur de l'opération rend totalement invisible la base naturelle que constitue le sol. Cette conclusion est celle qui ressort lorsque les auteurs confrontent les fondements du volume immobilier au regard de l'article 552 du Code civil et aboutissent, le plus souvent, à considérer que le volume va naître de la dissociation des éléments du fonds[1458]. En d'autres termes, le volume immobilier n'existe qu'à l'occasion d'une situation exceptionnelle impliquant la renonciation au pouvoir spécifique d'attraction du sol par le propriétaire de ce dernier. Ce qui entraîne, de ce fait, le renoncement de la règle posée par l'alinéa premier de l'article 552 du Code civil. Cette affirmation semble déjà inconciliable avec une reconnaissance du fonds-volumique équivalent à celui tiré du sol, dès lors que le volume immobilier ne peut justifier par lui-même d'un tel pouvoir, élément pourtant caractéristique du fonds de terre et réservé jusqu'alors par la jurisprudence au seul sol-matière[1459]. Surtout, cela maintient le sol dans son rôle de référent primordial : c'est par rapport à lui, et lui seul, que le volume immobilier est créé. La prédominance du sol sur le volume s'oppose alors à ce qu'il puisse être qualifié de « fonds » équivalent au fonds de terre dès lors que cette qualification représente la propriété spécifique du sol-matière et de son étendue verticale[1460].

346.1. Par principe, le volume immobilier ne prévoit pas une véritable ouverture vers l'extérieur en s'attachant à bien le délimiter en hauteur et profondeur. Il n'en reste pas moins qu'il est

---

1457 *Supra*., n° 344.1.

1458 Voir notamment, M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil Code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. unique, n° 46 ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. unique, n° 53.

1459 Voir les différents arrêts refusant la bilatéralité de l'article 552 du Code civil, *supra*., n° 333. Surtout, Cass. civ., 1re, 10 mai 1965, *op. cit.*, qui rejette le pourvoir d'un demandeur évoquant l'application de 552 sur des éléments du dessus à partir d'un sol du couloir, partie commune d'une copropriété non propriétaire du sol.

1460 *Supra*., n° 330.

envisageable de prévoir l'existence de volumes d'espace non délimités quant à l'une de leurs étendues, inférieure ou supérieure. Malgré l'apparence d'une véritable proximité avec le fonds de terre induite par son ouverture vers l'extérieur, il ne semble pas qu'une telle assimilation soit possible. En premier lieu, il faut remarquer que cette faculté d'ouverture ne s'explique pas par l'application de l'article 552 du Code civil, mais bien par son rejet[1461]. En second lieu, il semble bien que, même dans cette situation, le caractère primordial du sol soit conservé. Ainsi, lorsque ces volumes servent de reliquat, ils font parfois l'objet d'une approche similaire à l'indivision forcée de la copropriété[1462]. Ces derniers sont en effet attribués la plupart du temps à une association syndicale qui, comme le syndicat de copropriétaires, regroupe de façon impérative l'ensemble des propriétaires de l'opération de division[1463]. Ce rapprochement avec la copropriété induit finalement que l'attribution en propriété des volumes non délimités sur l'un de leurs côtés à l'association syndicale de propriétaires tend à mimer l'indivision que l'on retrouve en copropriété et qui, pour certains, lui confère sa nature foncière[1464]. Il est encore possible d'imaginer la division d'une parcelle entre deux propriétaires en plaçant une simple ligne divisoire à une profondeur déterminée du tréfonds. Cependant, dans cette situation, il ne s'agira encore une fois pas d'appliquer l'article 552 du Code civil aux deux propriétés immobilière ainsi créées : parce que ce dernier est conditionné par la propriété du sol, il ne pourra s'appliquer à une superposition de volumes et ne pourra bénéficier qu'au propriétaire du sol-matière. En d'autres termes, une telle situation confine à la création d'un unique volume, caractérisé par celui qui ne comprendra pas en son sein la propriété du sol. Il est patent que, dans cette situation, une telle distinction entre fonds de terre et volume peut confiner à l'absurde. Ainsi, dans l'hypothèse où la ligne divisoire serait placée à seulement quelques centimètres de la surface, le propriétaire du fonds de terre serait celui qui en est propriétaire alors que le propriétaire du tréfonds ne pourrait recevoir cette qualification. Pourtant, c'est bien une distinction qui semble émaner du droit positif, que ce soit en raison de l'application unilatérale de l'article 552 du Code civil[1465], du refus par la Cour de cassation à accepter la théorie du double sol en dehors de la situation exceptionnelle d'un surplomb de parcelle par une autre[1466], ou encore dans

1461 La faculté d'extension de l'immeuble conférée par l'article 552 du Code civil est pour certains une véritable caractéristique du fonds. En ce sens, Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 436 et s.

1462 En ce sens J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 443, p. 396.

1463 En ce sens, L. Lemonnier, *Du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements*, thèse, Caen, 1939, p. 43.

1464 Y. Trémorin, *op. cit*., spéc., p. 432.

1465 *Supra*., n° 333.

1466 *Supra*., n° 339.

celui du droit de l'urbanisme à accueillir l'idée d'une superposition de parcelle[1467]. En définitive, le droit positif semble maintenir une véritable prédominance du sol.

B. Le maintien de la prédominance du sol

347. Plan. Malgré les efforts mis en place pour faire du volume immobilier un bien fonds, il semble que le droit civil reste opposé à une telle conception. Le rappel de la prédominance du sol ressort en effet tant des règles de la publicité foncière (1) que de la jurisprudence de la Cour de cassation (2).

1. Le maintien de la prédominance du sol par la publicité foncière

348. Maintien du caractère particulier du volume dans les règles de publication foncière. Cette prédominance du sol et le caractère particulier du volume à son égard ressort notamment des règles de la publication foncière. Pour celle-ci, une division en volumes immobiliers ne consiste qu'à rendre compte sur un fonds « des fractions d'immeuble et non des immeubles »[1468]. La nuance est importante en ce qu'elle met en exergue le prisme par lequel fonctionne la publicité foncière, c'est-à-dire une base constituée du sol représenté par la parcelle, base sur laquelle on renseigne ensuite les divisions en propriétés faites sur ce dernier[1469]. On pourrait néanmoins être tenté de rapprocher le volume du fonds à partir du moment où la division en volumes, en assurant sa compatibilité avec la publicité foncière par son rattachement à l'alinéa 2 de l'article 7 du décret du 4 janvier 1955[1470] qui traite du fractionnement de la parcelle[1471]. Ce dernier dispose que « lorsqu'il réalise ou constate une division de la propriété du sol entraînant changement de limite, l'acte ou la décision doit désigner l'immeuble tel qu'il existait avant la division et chacun des nouveaux immeubles résultant de cette division ». En d'autres termes, cet article traite des situations dans lesquelles les limites parcellaires initiales vont être modifiées, amenant à la création de nouvelles parcelles. Si la division en volumes est comprise comme impliquant un changement parcellaire, cela pourrait constituer un indice de l'existence du fonds-volumique.

1467 *Infra*., n° 353 et s.

1468 J. Lotz., thèse, *op. cit*., n° 443, p. 396 ; V. Streiff, « Du bail au volume : question de superficie », Defrénois 2016, n° 123h5, p. 15 ; A. Fournier, « Division en volumes : histoire d'un partenariat exemplaire entre conservateurs des hypothèques et notaires », JCP N 2019, act. 231.

1469 Ou la constitution d'autres droits réels aux bénéfices de tiers.

1470 Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière dans sa version modifiée par l'article 14 de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques et pour l'adaptation de la publicité foncière.

1471 En ce sens, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherche en droit des biens*, thèse, LGDJ 202, n° 134, p. 171, spéc., p. 173.

348.1. Un tel rattachement semble cependant conférer au texte une portée qu'il ne possède pas. Cet article vise simplement la production du document modificatif du parcellaire cadastral[1472] faisant état des modifications parcellaires. Or, on a pu relever sur ce point que « Le découpage parcellaire étant toujours déterminé au niveau du sol en deux dimensions, la division en « volumes » d'un espace vertical n'entraîne jamais un changement de limite de propriété au sens de l'article 7, alinéa 2, du décret du 4 janvier 1955 »[1473]. Comment expliquer alors que selon cet article « la constitution sur une fraction de parcelle d'un droit d'usufruit, d'un droit de superficie ou d'un bail emphytéotique est considérée comme un changement de limite de propriété »[1474] ? Plus que de faire état d'une véritable modification parcellaire, il s'agit simplement de faire apparaître précisément le support parcellaire de la propriété superficiaire – mais également de l'usufruit ou d'un bail longue durée – en cause, lorsque celle-ci n'affecte qu'une partie seulement de la parcelle[1475] et qu'elle ne réalise pas une superposition nécessitant l'établissement d'un état descriptif de division. Ce n'est donc pas sur le fondement de l'alinéa 2 de cet article 7 qu'il faut justifier la publication des volumes immobiliers, mais sur son alinéa 3[1476]. Ce dernier dispose que « lorsque, sans réaliser ou constater une division de la propriété du sol entraînant changement de limite, il ne concerne qu'une ou plusieurs fractions d'un immeuble, l'acte ou la décision judiciaire doit comporter à la fois la désignation desdites fractions et celle de l'ensemble de l'immeuble. La désignation de la fraction est faite conformément à un état descriptif de division »[1477]. Le volume immobilier est donc compris par la publicité foncière comme une fraction d'immeuble[1478]

1472 Anciennement dénommé « document d'arpentage ».

1473 R. Chardonnal, « Désignation des immeubles. Ensemble immobilier formé de *volumes* distincts. Baux ordinaires de longue durée. Désignation des volumes par référence à un état descriptif de division couvrant la totalité de la parcelle servant de support à l'ensemble des volumes. Production d'un document d'arpentage inutile », JCP N 1985, 9425.

1474 Alinéa 2 de l'article 7 du décret du 4 janvier 1955, *op. cit.*

1475 En ce sens, S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 39 et 40.

1476 En ce sens, A. Fournier, « Division en volumes et publicité foncière, *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptations », JCP N 2006, 1330, n° 11 ; Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division*, Loyers et copro., n° 6, juin 2008, comm. 137 ; A. Fournier, A. Renault-Fournier, « Les principes fondamentaux de la division en volumes dans la nouvelle recommandation n° 5 de la commission relative à la propriété », JCP N 2008, 1304, n° 6 ; S. Piedelièvre, *JurisClasseur Civil Annexes, Publicité foncière. – Formation de la documentation foncière. – Forme et énonciation des actes*, Fasc. 50, n° 55 ; J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 443, p. 396 ; M. Chaguet, « Publicité foncière : la désignation des immeubles », Defrénois, février 2020, n° 154m0, p. 19 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2020, n° 8685 et s, p. 1978 et s.

1477 Alinéa 3 de l'article 7 du décret du 4 janvier 1955, *op. cit.*

1478 Ce point a par ailleurs causé un débat sur la prise en compte du volume non construit, certain considérant que l'alinéa 3 de l'article 7 du décret du 4 janvier 1955 n'avait vocation à ne s'appliquer qu'aux seules portions de bâtiments (En ce sens, G. Daublon, « État descriptif de division et *volumes* : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, n° AD2000DEF558NI, p. 558). En réalité, cette critique repose sur un prérequis refusant au volume d'espace la possibilité d'être un bien immeuble, ce dont nous verrons qu'il s'avère inexact (*infra*., n° 417.1 et s.). Il n'existe donc aucune restriction dans les règles de la publicité foncière à ce qu'elle porte sur une

n'emportant pas modification des limites parcellaires. Les termes employés par la commission relative à la copropriété sont par ailleurs révélateurs : celle-ci a supprimé la qualification du volume comme « entité foncière indépendante » présente dans sa recommandation en date de 1991[1479], pour la remplacer par la seule qualification de « propriété distincte » dans sa dernière version[1480]. En conséquence, l'état descriptif de division en volumes qui découle de l'application de cet article est intégré sous une ou plusieurs références cadastrales tirées des parcelles sur lesquelles elle s'établit sans que ces dernières ne soient modifiées. La publicité foncière nous donne donc un indice fort de la compréhension du bien volume immobilier, toujours partiellement rattaché au sol, dont il ne parvient pas à totalement se détacher[1481].

348.2. En réalité, la reconnaissance du fonds-volumique inviterait à repenser intégralement notre système de publicité foncière en trois dimensions[1482], afin d'arrêter de considérer la parcelle comme socle du volume. Malgré un projet de réforme à venir, cette évolution ne semble cependant pas envisagée pour le moment. Le rapport émanant de la Commission de réforme de la publicité foncière, intitulé « Pour une modernisation de la publicité foncière »[1483], n'entend pas traiter de cette question. Il s'intéresse surtout à adapter au développement du numérique ce que son président appelle « les trois dimensions du régime de la publicité foncière » à savoir : la transmission des données, la tenue des registres et la délivrance des renseignements[1484]. La finalité de la publicité foncière se résumant à s'assurer que « la propriété [sur un bien] se révèle facilement à qui veut la connaître »[1485], il ne faut pas exagérer son impact au regard d'une éventuelle reconnaissance du fonds-volumique. Néanmoins, elle a le mérite de rappeler la prédominance du sol sur les autres biens immobiliers, ce que rappelle encore aujourd'hui le droit positif.

---

division d'une parcelle en différents volumes immobiliers non construits.

1479 Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5 relative à la publicité foncière des états descriptifs de division*, JCP N 1991, prat., 1780, p. 177.

1480 Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division*, Loyers et copro., n° 6, juin 2008, *op. cit.*

1481 Ce revirement sémantique trouve certainement son origine avec le développement de la notion d'unité foncière en droit de l'urbanisme. Cette dernière commença à être développée quelques années en amont de la recommandation en date de 2008, et le Conseil d'État refusa d'y assimiler le volume immobilier dans un arrêt du 30 novembre 2007. Sur ce point, *infra*., n° 359.

1482 Le doyen Savatier avait par ailleurs appelé cette refonte de ses vœux (R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, chron., p. 213, spéc., p. 218). Récemment, ce fut également la proposition de l'ordre des géomètres-experts (Douze propositions pour 2012 – Le Livre Blanc des géomètres-experts, Construction – Urbanisme, n° 4, avril 2012, alerte 31, n° 6).

1483 Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, *Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018.

1484 Sur ces trois dimensions de la publicité foncière, L. Aynès, « Publicité foncière : vers une modernisation ? », D. 2019, p. 192.

1485 J. Guyenot, « La valeur du système français de publicité des mutations immobilières », JCP G 1958, I, 1435, n° 1.

2. Le maintien de la prédominance du sol par la jurisprudence de la Cour de cassation

349. Une éventuelle remise en cause de la hiérarchie entre sol et volume immobilier par leur régime probatoire. Les modes de preuve du volume immobilier sont donc soumis à des restrictions rappelant la prédominance du sol à son égard. S'il existe un arrêt semblant mettre sur un pied d'égalité le régime probatoire du volume immobilier et du sol[1486], il se pourrait néanmoins qu'une approche moins radicale soit envisageable. Les termes de la solution elle-même semblent aller en ce sens, la Cour de cassation se contentant d'affirmer que « la présomption de propriété du dessous au profit des […] propriétaires du sol n'est susceptible d'être combattue que par la preuve contraire résultant d'un titre, quel qu'en soit le titulaire [souligné par nous], ou de la prescription acquisitive ». Celle-ci nous donne en effet deux informations capitales. D'une part, la Cour de cassation rappelle sa solution classique quant aux modes de preuve limités pouvant renverser la présomption posée par l'article 552 du Code civil. D'autre part, elle apporte une précision inédite selon laquelle le titre servant à renverser la présomption en cause peut ne pas être celui fondant la propriété du volume litigieux. En tant que tel, ce dernier point n'est pas critiquable sur le principe dès lors que, comme le remarque Monsieur le Professeur Tadros, « il est tout à fait possible qu'un titre contienne une référence à l'existence d'un droit au profit d'une personne qui n'y est pas partie »[1487]. En ce sens, la solution se bornerait uniquement à rappeler la valeur de la présomption posée par l'article 552 du Code civil tout en apportant une précision relevant du droit commun de la preuve[1488].

349.1. L'indifférence de la Cour de cassation concernant la titularité du titre permettant de renverser la présomption en cause ne nous semble pas avoir pour conséquence directe d'effectuer une uniformisation des régimes probatoires du volume immobilier et du fonds de terre. À la suite de Monsieur le Professeur Tadros, il ne nous semble pas choquant que le titre du propriétaire du fonds puisse renverser la présomption posée par l'article 552 du Code civil dans l'hypothèse où celui-ci

1486 Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, n°s 13-27.342 et 14-15.678, D. 2015, p. 1863, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; AJDI 2015, p. 858, note N. le Rudulier ; RTD Civ 2015, note W. Dross ; Construction – Urbanisme n° 9, septembre 2015, comm. 121, note Ch. Sizaire ; Droit et Pat. 2015, n° 253, décembre 2015, p. 82, obs. J.-B. Seube, Th. Revet ; RDC 2015, n° 112q2, p. 949, note A Tadros. Voir notamment les observations de Messieurs les Professeurs Dross et Tadros, notes précitées.

1487 A. Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RDC 2015, n° 112q2, p. 949, spéc., p. L'auteur prend à juste titre exemple sur les servitudes, en rappelant que le propriétaire du fonds dominant peut tout à fait prouver l'existence de la servitude au bénéfice de son fonds en faisant référence à la cession du fonds servant mentionnant son existence.

1488 Il est néanmoins possible de regretter cette limitation de la portée de l'article 552 du Code civil, qui de la volonté du législateur lui attribuant un statut de règle de fond est analysé par la jurisprudence à titre de simple règle probatoire. En ce sens, W. Dross, « L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ? », note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RTD Civ. 2015, p. 902 ; « Preuve de la superficie et accession au cube », note sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2017, RTD Civ. 2017, p. 699 ; « Quel titre pour fonder la division spatiale de l'immeuble ? », note sous Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, RTD Civ. 2020, p. 648.

procède à la dissociation entre la propriété du fonds et de la portion litigieuse[1489] – en l'espèce la cave. Ce point résulte, comme l'évoquent Messieurs le Rudulier[1490] et Neyret[1491] de la distinction entre l'opposabilité *erga omnes* des contrats, qu'il faut opposer à leur force obligatoire qui n'a vocation à s'imposer qu'entre les parties. Ainsi, si les contrats ne produisent d'effet qu'entre les parties en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, un titre de propriété reste néanmoins opposable aux tiers. Autrement dit, une personne peut donc parfaitement opposer un titre de propriété auquel elle n'est pas partie à titre de preuve, ce qui est par ailleurs désormais expressément prévu par l'article 1200 du Code civil, qui dispose que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait »[1492]. Ainsi, il n'est pas problématique d'accepter la mise à l'écart de l'article 552 du Code civil lorsqu'une partie au litige apporte un titre émanant du propriétaire du sol auquel elle n'est pas partie, dès lors que ce titre fait état de la dissociation, par le propriétaire du sol, de la propriété d'une portion de son fonds au bénéfice d'un tiers.

349.2. Ce qui est plus problématique tient à la portée qui est conférée à ce titre, dans l'hypothèse où l'absence d'une telle précision suffirait à écarter la présomption. Dans cette affaire, il est considéré que le titre du propriétaire de la parcelle au sein de laquelle se trouve le volume litigieux ne suffit pas à lui en attribuer la propriété mais également que cette fragilité du titre suffit à en attribuer la propriété au tiers possesseur. En conséquence, cette solution tend effectivement à mettre sur un pied d'égalité le volume immobilier et le fonds de terre[1493], dès lors que cela confère une portée identique à la présomption de propriété du possesseur d'un volume situé dans l'étendue verticale d'une parcelle et à celle émanant de cette dernière en vertu de l'article 552 du Code civil[1494]. S'il est indéniable que c'est ici la conséquence indirecte de la solution rendue, il n'est néanmoins permis de douter de sa portée, la Cour de cassation ne se prononçant pas directement sur ce point.

349.3. La portée du titre retenue est en effet laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Haute juridiction judiciaire rappelant qu'en l'espèce, « la cour d'appel, qui a confronté les divers titres produits aux débats, en a souverainement déduit que les consorts R. S. [les possesseurs

1489 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, n° 19-12.864, RTD Civ. 2020, p. 648, note W. Dross.

1490 N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit*., AJDI 2015, p. 858.

1491 A. Aynès, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit*., D. 2016, p. 167, spéc., p. 176 et 177.

1492 Version de l'article 1200 du Code civil en vigueur depuis le 1er octobre 2016, issue l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

1493 En ce sens, W. Dross, « L'article 552 n'est-il qu'une présomption de propriété ? », *op. cit.*

1494 Sur ce point, *supra*., n° 287 et s.

de la cave] étaient propriétaires de la cave litigieuse »[1495]. Or, afin de fonder sa décision, la cour d'appel revient en effet sur la succession des différents titres portant sur la parcelle appartenant au revendiquant et remarque que la cave litigieuse avait cessée d'apparaître expressément comme étant attachée à la propriété du sol, sans toutefois que la dissociation avec la propriété de cette dernière n'apparaisse clairement. C'est bien l'ambiguïté potentielle des titres qu'a pu décerner la cour d'appel à la suite de cette succession de titres qui semble justifier, selon la Cour de cassation, le caractère souverain de son appréciation[1496]. Quoi qu'il en soit, cette absence de contrôle de la portée des titres par la Cour de cassation, pour critiquable qu'elle soit[1497], vient donc relativiser la portée de la décision quant à l'uniformisation des règles probatoires des biens superficiaires avec ceux du fonds de terre : celle-ci ne provient que de l'appréciation souveraine par les juges du fond d'une situation d'espèce spécifique[1498] et ne devrait pas permettre de remettre en cause le principe d'unité de l'immeuble posé à titre de règle de fond, par l'article 552 du Code civil[1499]. À l'appui de cette analyse, il faut également remarquer que le moyen au pourvoi se fondait exclusivement sur le fait que le possesseur n'était pas partie aux titres apportés à titre de preuve, invitant alors la Cour de cassation à ne se concentrer que sur ce seul argument.

1495 Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, *op. cit.*

1496 Pour un raisonnement similaire, Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, *op. cit. :* « C'est par une interprétation souveraine, que l'ambiguïté des titres en présence rendait nécessaire, que la cour d'appel a retenu qu'il ressortait de l'acte du 5 juillet 2002 que M. et Mme S. étaient devenus propriétaires […] La cour d'appel a, par ces motifs, écarté la présomption de propriété du dessous prévue à l'article 552 du code civil [*sic*] au profit du propriétaire du sol, en se fondant sur le seul titre de M. et Mme S., de sorte qu'elle a légalement justifié sa décision ».

1497 En ce sens, A. Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RDC 2015, *op. cit.* Remarquons que le contrôle d'une telle appréciation par la Cour de cassation aurait permis de constater que la solution retenue par la cour d'appel de Grenoble aboutissait bien au refus d'appliquer la règle issue de l'article 552 du Code civil. Dans un sens proche, voir J.-B. Seube, Th. Revet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, Droit et Pat. 2015, n° 253, décembre 2015, p. 82 : les auteurs considèrent que « la solution conduit nécessairement à l'affaiblissement de la présomption, car elle impose au propriétaire du sol de prouver qu'il est également propriétaire du sous-sol ».

Voir également, W. Dross, « Quel titre pour fonder la division spatiale de l'immeuble ? », note sous Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, *op. cit.* Il faut en effet remarquer que dans cette dernière décision, l'absence du contrôle par la Cour de cassation permet à cette dernière de valider la décision d'une cour d'appel se fondant sur un titre qui ne remplissait pas les critères qu'elle pose pourtant dans ce même arrêt selon lequel le titre permettant de justifier la propriété superficiaire doit être celui qui « opère dissociation entre la propriété du sol et celle du dessous ». En ce sens, W. Dross, *op. cit.*

1498 Il faut par ailleurs remarquer que de façon très logique, il est possible de trouver des décisions de juges du fond bien plus mesurées sur ce point. Voir notamment, Orléans, 29 juin 2020, n° 18/02836. Dans cette affaire, il était discuté la propriété de la portion d'un grenier entre le propriétaire de l'immeuble dans lequel il prenait place et celui de l'immeuble contigu qui en possédait un accès direct par son bien et en était le possesseur actuel. Les juges de la cour d'appel accueillent la revendication du propriétaire de la maison et rejettent la prétention du possesseur en soulevant que celui-ci n'avait pu justifier d'un titre ou de la prescription trentenaire sur la portion litigieuse à même de renverser la présomption posée par l'article 552 du Code civil. Or, les juges arrivent à cette conclusion après avoir remarqué que parmi les deux titres de propriété respectifs, aucun ne précisait spécifiquement le découpage spécifique du grenier. La seule présomption de propriété dont bénéficiait le possesseur n'a donc pas pu suffire à renverser celle émanant de la présomption de l'article 552 du Code civil en raison de l'imprécision du titre du propriétaire du sol.

1499 En ce sens, W. Dross, *op. cit.*

350. Maintien positif de la hiérarchie probatoire entre le sol et le volume immobilier. Il semble que l'arrêt du 13 mai 2015 ne marque pas un début d'assimilation entre la propriété du sol-matière et celle du volume immobilier, la présomption posée à l'article 552 du Code civil continuant d'imposer une hiérarchie du régime probatoire au bénéfice du propriétaire du sol. Ce point apparaît par ailleurs confirmé par les arrêts les plus récents en la matière, qui continuent d'affirmer avec force l'importance de la limitation des modes de preuves recevables à renverser la présomption de l'article 552[1500]. Le maintien en droit positif de cette distinction probatoire entre la propriété d'un volume et celle de l'étendue de la propriété du sol est en contradiction avec le principe de droit commun selon lequel la propriété se prouve par tous moyens[1501]. En effet, si on peut penser que, par principe, tout mode de preuve est recevable afin d'établir la propriété d'un volume d'espace – ou plus généralement d'une propriété superficiaire –, il n'en est pas de même dès lors qu'une des parties au litige s'avère propriétaire du fonds de terre dans lequel la propriété superficiaire se situe. Ce dernier bénéficie alors d'une protection conférée par le droit positif, qui impose la production d'un titre ou la réalisation de la prescription acquisitive par celui se prévalant de la propriété superficiaire[1502]. En conséquence, le volume immobilier apparaît comme un objet de propriété particulier à partir du moment où il est mis en relation avec le fonds de terre. Ainsi, le caractère dérogatoire à l'unité verticale de l'immeuble induit par la propriété du sol ressort particulièrement dans cette question probatoire[1503], ce qui participe à constater le refus du droit positif d'assimiler pleinement le volume immobilier au sol et, partant, au fonds de terre.

351. Rappel jurisprudentiel de la distinction sol/volume. La Cour de cassation est venue indirectement confirmer cette distinction à l'occasion d'un arrêt récent[1504]. Il était question de la propriété de deux cryptes carolingiennes situées dans le tréfonds d'une parcelle. Les caveaux se trouvaient dans la continuité d'un bâtiment situé sur un fonds en contrebas qui, par ailleurs, constituait le seul accès aux biens litigieux. Les propriétaires du fonds supérieur ont revendiqué la

1500 Cass. civ., 3ème, 28 novembre 2019, n° 18-22.538 ; Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, *op. cit.* Voir également, Cass. civ., 3ème, 21 janvier 2021, n° 20-13.492.

1501 *Supra*., n° 290.

1502 Dans cette situation, seule une des deux parties au litige se prévaut de la propriété superficiaire : le propriétaire du sol se contente de soutenir que l'immeuble litigieux fait partie de son fonds de terre et bénéficie en conséquence de l'article 552 du Code civil.

1503 En ce sens, Th. Revet, note sous Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, RTD Civ 2002, p. 539 ; J. Lotz, *op. cit.*, n° 95, p. 100 ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol*, Fasc. unique, n° 59. *Contra.*, J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude de droit de superficie*, thèse, LGDJ 1979, n° 106, p. 121 ; J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 février 1982, RDI 1983, p. 201 ; M. Bruschi, note sous Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, RDI 2000, p. 525.

1504 Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, n° 14-15.174, D. 2015, p. 1863, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; p. 2198, obs. A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp.

propriété de ces cryptes en application de l'article 552 du Code civil qui – selon eux – leur attribuait la propriété du dessous. De leur côté, les propriétaires du fonds inférieur ont contesté l'application de cet article, arguant que les cryptes se situaient dans le prolongement de leur fonds et faisaient partie d'un même ensemble architectural avec le bâtiment présent sur leur propriété. Les juges du fond vont rejeter la demande des propriétaires du fonds supérieur en considérant que l'article 552 du Code civil « était inapplicable dans l'hypothèse où l'on se trouve en présence de deux niveaux différents de sols, quand bien même l'un passe sous l'autre »[1505]. Puis, les magistrats déclarent que la propriété de ces cryptes a pu être acquise par le propriétaire du fonds inférieur, par titre pour l'une et par prescription acquisitive trentenaire pour l'autre. En d'autres termes, la cour d'appel de Dijon justifie la propriété des cryptes par deux arguments juridiques. Le premier est fondé sur le rejet de l'article 552 du Code civil en raison de la théorie du double sol qui voudrait que la crypte fasse partie intégrante du sol du propriétaire inférieur. Le second est basé sur le renversement de la présomption de propriété que le sol octroi au propriétaire du fonds supérieur[1506].

351.1. Deux alternatives sont envisageables : soit les cryptes s'établissaient au sein du sol des propriétaires du fonds inférieur, auquel cas l'argument du double sol suffisait par lui-même à écarter la présomption de l'article 552 du Code civil au bénéfice du propriétaire du sol supérieur ; soit les cryptes constituaient un objet de propriété immobilier enclavé dans le fonds supérieur et nécessitaient pour les propriétaires du fonds inférieur de renverser la présomption posée par l'article 552. La Cour de cassation va rejeter le pourvoi tout en désavouant très logiquement une partie de l'argumentaire de la cour d'appel. Au motif de sa décision, elle considère alors que les deux cryptes ont été acquises par le propriétaire du fonds inférieur, respectivement en raison du titre de propriété et de sa possession utile trentenaire. Pour les deux cryptes, la Cour de cassation va considérer que l'argumentaire de la cour d'appel tendant à écarter l'article 552 en raison de la théorie du double sol qui constitue des « motifs erronés mais surabondant ». Une reconnaissance éventuelle du fonds-volumique aurait invité à considérer ces cryptes comme relevant d'une propriété identique au sol, suivant ainsi son régime probatoire, tout en désactivant la portée de la présomption de l'article 552 pour les faits d'espèce. L'affaire s'y prêtait particulièrement en ce que ces cryptes se situaient dans le prolongement architectural des bâtiments incorporés au sol inférieur et étaient suffisamment dans les profondeurs du tréfonds du sol supérieur pour ne pas nécessiter la mise en place d'un réseau complexe de servitudes afin d'assurer son indépendance. En rejetant cet argument, la Cour semble donc entendre maintenir le caractère particulier des cryptes, les considérant comme des biens

1505 Dijon, 21 janvier 2014, n° 12/00046.

1506 Sur ce dernier point, *supra.*, n° 291.

immobiliers enclavés faisant initialement partie du fonds supérieur. Une conclusion similaire s'impose à la lecture d'un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 21 janvier 2021[1507]. Dans cette affaire, la haute juridiction judiciaire vient confirmer une cour d'appel ayant débouté l'action en revendication portant sur une cavité située sous le fonds voisin de celui de son possesseur – seul à en avoir l'accès – en raison de l'absence de précision des titres ayant créé les parcelles, seul élément de preuve capable de renverser la règle posée à l'article 552 du Code civil en l'absence de prescription acquisitive.

352. Conclusion de section. Assimiler le volume immobilier à la réduction la plus pure du fonds de terre nous semble contestable en raison des nombreuses dispositions du Code civil maintenant le sol-matière au centre de la définition de celui-ci. Ainsi, le sol bénéficie d'un pouvoir d'attraction non transposable en totalité au volume d'espace. L'abstraction totale de la matière n'est pas non plus tout à fait satisfaisante, la matière composant le sol continuant d'avoir un intérêt dans la délimitation des limites du fonds de terre. En outre, le droit positif maintient une véritable prédominance du sol, que ce soit par le refus de le superposer, où encore, en maintenant un régime probatoire différents des éléments superficiaires. En définitive, la notion de fonds de terre consiste en l'appréhension juridique du sol, dans toute son étendue. Il n'en est pas de même du volume immobilier, qui conserve un lien avec le fonds de terre dont il est issu. Il n'y a dont pas de véritable assimilation du volume immobilier au fonds de terre.

Section 2. Le volume immobilier par le droit de l'urbanisme : entre rejet et indifférence du fonds-volumique

353. Plan. Nous avons pu affirmer que le fonds du Code civil se caractérise finalement par le sol-matière, en dépit d'une éventuelle représentation volumique. Cette attache au sol-matière se retrouvera également en droit de l'urbanisme qui, dans un objectif de réglementation de l'utilisation des sols, octroie une place primordiale à ce dernier. Le développement de la construction en volumes a pu faire douter de la place du sol-matière en droit de l'urbanisme, tout en démontrant la nécessité pour ce dernier de faire évoluer les outils de contrôle qu'il a mis en place. En parallèle, le droit de l'urbanisme a connu une réforme d'ampleur par l'ordonnance du 5 décembre 2005, entrée en vigueur le 1er octobre 2007. Cette dernière vient notamment rompre avec la triple unité autrefois présente en matière de permis de construire, qui imposait un demandeur unique qui aboutissait sur un permis unique portant sur un terrain unique[1508]. On aurait pu penser ici à une ouverture

1507 Cass. civ., 3ème, 21 janvier 2021, n° 20-13.492.

potentielle du droit de l'urbanisme vers une conception volumétrique du fonds, réclamée par certains auteurs[1509]. Peut-être incomplète, l'évolution du droit de l'urbanisme conserve néanmoins une place prédominante au sol-matière par le biais de sa représentation : la parcelle, qui reste seule susceptible de division foncière. Même si l'introduction de la notion d'unité foncière – au cœur de toute division foncière – a pu faire douter d'une éventuelle dématérialisation du sol dans ce droit, il apparaît en réalité qu'elle reste indifférente au fonds-volumique, comme en témoigne le droit positif en la matière (Paragraphe 1). Plus généralement, l'ensemble du droit de l'urbanisme reste un droit limité au sol-matière et son abstraction parcellaire, faisant ainsi de ce dernier le seul objet de propriété foncière (Paragraphe 2). Enfin, les rares ouvertures du droit de l'urbanisme vers la troisième dimension ne se justifient que par la bonne tenue du projet de construction en lui-même, et n'impliquent en réalité aucunement la reconnaissance d'un fonds-volumique (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. L'unité foncière, notion attachée au terrain d'assiette

353.1. Nous avons vu dans le chapitre précédent que la notion d'unité foncière utilisée en droit de l'urbanisme pourrait avoir suivi une dématérialisation du sol lui permettant potentiellement de s'ouvrir ainsi au volume immobilier[1510] – comme en droit civil. Cette dématérialisation serait intervenue en matière de lotissement qui, en raison de son objet, pourrait s'apparenter à une opération de construction en volumes lorsque ces derniers sont destinés à être cédés avant l'édification. Plus simplement, le lotissement en volumes ne serait finalement qu'une transposition verticale du lotissement classique, approche dont nous avions pu relever les avantages de ce dernier dans le chapitre précédent[1511]. Il semble pourtant que l'unité foncière conserve une conception horizontale en droit positif (B) et que la dématérialisation dont elle aurait fait preuve ne consiste qu'en une solution spécifique en matière de lotissement (A).

A. La dématérialisation de l'unité foncière, indifférente au fonds-volumique

354. Indifférence du fonds-volumique à la dématérialisation de l'unité foncière. Même en partant du postulat de la dématérialisation généralisée de l'unité foncière – contestable, ce que nous verrons plus en avant – il ne semble pas que cela soit à même de justifier l'existence d'un fonds-volumique en droit de l'urbanisme. Ainsi, pour les partisans de cette dématérialisation, il s'est

1508 En ce sens, H. Périnet-Marquet, « Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, premières approches », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2008, étude 6, n°1.

1509 P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, 1989, p. 61.

1510 *Supra.,* n° 297 et s.

1511 *Supra*., n° 306 et s.

produit une assimilation de l'unité foncière à son contenu, c'est-à-dire, au droit de construire sur un espace déterminé[1512]. Or, comme remarqué précédemment[1513], cette analyse ne permet aucunement de confirmer une éventuelle ouverture du droit de l'urbanisme vers le fonds-volumique. La raison principale est que cette dématérialisation s'avère totalement indifférente à la reconnaissance même du fonds-volumique, à tel point qu'elle reste valable dans l'hypothèse d'un rejet total de ce dernier. Ainsi, en matière de lotissement, pour lequel il est finalement considéré qu'une simple répartition des droits de construire aboutit à l'existence d'une division de l'unité foncière[1514]. La constatation de la réalité de la division de l'unité foncière par la simple répartition de droits de construire différents au sein d'une même parcelle, permet de conclure à la persistance de cette solution. Celle-ci perdurera, même dans le cas où la division en volumes ne serait qu'une simple répartition des droits de construire[1515]. La dématérialisation de l'unité foncière en matière de lotissement reste donc totalement indépendante d'une quelconque reconnaissance du fonds-volumique, ce qui, pour certains, devrait justifier l'application du lotissement aux divisions en volumes en vue de bâtir[1516]. Pourtant, cet élargissement ne semble pas contenir une telle portée. Cela se comprend particulièrement lorsque l'on s'intéresse aux causes de cette dématérialisation. L'argument principal de cette dernière provient de la sanction, par la jurisprudence, des copropriétés horizontales dépourvues de toute division[1517]. Or, dans ce cas, il ne s'agissait de rien d'autre que de permettre la sanction d'une pratique permettant de contourner le régime protecteur des lotissements, ce que les multiples réformes de la lettre du texte n'avaient pas réussi à empêcher. La dématérialisation de l'unité foncière en matière de lotissement reste limité à cette hypothèse et n'implique aucune réception du fonds-volumique. Plus encore, le Conseil d'État a pu affirmer l'attachement du lotissement à la division de la parcelle, marquant ainsi un lien étroit entre l'unité foncière et le sol-matière.

355. Distinction entre unité foncière et division de celle-ci. Il semble que la réalité de la dématérialisation de l'unité foncière soit contestable en ce qu'elle tend à assimiler la notion d'unité foncière à celle de division foncière. En effet, il ne faut pas confondre dématérialisation de la

1512 *Supra.*, n° 299 et s.

1513 *Supra*., n° 302.

1514 Ceci pour lutter contre la « méthode Stemmer ». Sur ce point, B. Stemmer, « Quand le mieux devient l'ennemi du bien : plaidoyer pour la copropriété horizontale », *op. cit.* Sur cette question, CE, 26 septembre 1990, n° 86058, « Époux Seguin », JCP N 1991, II, p. 85, note P. Cornille ; Defrénois 1991, p. 923, note S. Pérignon.

1515 Pour une telle compréhension, voir notamment : J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44.

1516 N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 77.

1517 CE, 26 septembre 1990, *op. cit.*

division de l'unité foncière et dématérialisation de l'unité foncière en elle-même. La distinction se comprend à la lecture de la lettre de l'article L.442-1 du Code de l'urbanisme définissant le lotissement : « constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës »[1518]. Ainsi, la dématérialisation en question semble porter non pas sur l'unité foncière en elle-même mais sur la division de celle-ci. Comme nous l'avons déjà évoqué[1519], la remarque est également valable lorsque l'on soutient que l'unité foncière du lotissement n'est rien d'autre que le lot destiné à être construit indépendamment de son propriétaire et supporterait ainsi très bien l'abstraction tridimensionnelle[1520]. Cette observation conduit donc à observer que la dématérialisation porte sur la division de l'unité foncière et non pas sur la notion d'unité foncière applicable à l'opération de lotissement, qui reste bien l'assiette foncière qui va être divisée.

355.1. Reste à savoir s'il est indispensable que le lot de lotissement constitue à son tour une unité foncière à part entière au sens du droit de l'urbanisme, une fois qu'il a été cédé par le lotisseur. En cas de réponse positive, l'unité foncière pourrait être caractérisée par un simple droit de jouissance portant sur une partie du sol, voire, par un simple droit de construire sur ce dernier. Dès lors, une telle conclusion amènerait effectivement à considérer une véritable dématérialisation de l'unité foncière. Au vrai, lorsqu'il est effectué qu'une simple division en jouissance et *a fortiori* lorsqu'il ne s'agit que d'une répartition des droits de construire, il n'est absolument pas certain qu'une nouvelle unité foncière soit créée. En effet, dans ces situations, il se met généralement en place une véritable propriété indivise perpétuelle du terrain d'assiette initial, qui ne subit aucune division en propriété. Au surplus, cette absence de division en propriété n'emporte pas avec elle de blocage particulier dans la poursuite de l'opération de lotissement : les acquéreurs de lots, parce qu'ils sont également propriétaires indivis d'une portion du terrain sont tout à fait compétents à demander un permis de construire leur assurant la réalisation du projet[1521]. En d'autres termes, la notion de division foncière – c'est-à-dire la division du fonds de terre – en matière de lotissement n'impose pas forcément une division de la propriété – une division en jouissance pouvant suffire à

1518 On retrouve, par ailleurs, la même distinction dans la définition du permis de construire valant division prévue à l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme qui implique la projection de travaux visant « la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprenant une ou plusieurs unités foncières contiguës, doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance avant l'achèvement de l'ensemble du projet ». Sur ce point, *infra*., n° 366.1.

1519 *Supra*., n° 300.

1520 En ce sens, N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 214 et s., p. 115 et s. Dans une moindre mesure, J.-P. Mas, L. Calmels, Première commission, « La division contrôlée du foncier », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France. *La division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 4, spéc., n° 1109 et s., p. 84 et s.

1521 Sur ce point, *infra.*, n° 364.

la caractériser – mais doit constituer une opération portant sur une unité foncière, qui constitue l'assiette de la division et lui donne sa qualité foncière[1522]. Sur ce point, il semble que l'étude du Code de l'urbanisme et des solutions jurisprudentielles tendent à donner une primauté au terrain naturel, c'est-à-dire au terrain servant de référence parcellaire. Seul ce dernier est alors susceptible de recevoir la qualification de fonds de terre et partant, d'unité foncière.

B. L'unité foncière du droit positif, le maintien de l'assimilation au terrain d'assiette

356. Plan. Nous avons vu que l'unité foncière désigne classiquement « le terrain d'assiette du projet de construction […] sur lequel la politique d'aménagement est mise en œuvre »[1523]. Depuis sa consécration légale à titre de notion autonome, l'unité foncière se retrouve assez largement dans le Code de l'urbanisme. En effet, nous pouvons la retrouver dans trente articles du Code de l'urbanisme et, en dehors de ce dernier, dans quatorze articles de divers codes[1524]. L'étude de ces articles ne remet pas en cause la définition classique de l'unité foncière précitée proposée avant même son entrée dans le Code de l'urbanisme[1525]. L'assimilation de l'unité foncière au terrain d'assiette continue en effet de se constater, tant dans les textes (1) que dans les décisions jurisprudentielles (2).

1. L'unité foncière du législateur : le terrain d'assiette de l'opération

357. L'exemple du droit de préemption. En restant dans le cadre du droit de l'urbanisme, l'exemple du droit de préemption est assez révélateur de l'assimilation de l'unité foncière au terrain d'assiette. En application de l'article L.213-1, 1° du Code de l'urbanisme[1526], le droit de préemption peut porter sur toutes sortes de biens immobiliers, à partir du moment où le bien en cause est situé dans un périmètre où ce droit trouve à s'appliquer. L'application de principe au

1522 Point qui apparaît également en filigrane chez F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 319, p. 443. À l'aune de cette observation, il y aurait même un risque que toute cession de volume immobilier soit constitutive d'un lotissement, même s'il n'est prévu, au final que l'édification d'une cave, ou d'un centre de dépôt.

1523 J.-H. Driard, « Unité foncière et détermination des droits à bâtir », JCP N 1998, p. 1450, n° 9.

1524 Une occurrence dans le Code général de la propriété des personnes publiques : article R.3211-15-1. Une occurrence dans le Code rural et de la pêche maritime : article L.143-7-1. Une occurrence dans le Code du tourisme : article D.332-1-2. Deux occurrences dans le Code de l'environnement : articles R.581-2 et R.524-11. Neuf occurrences dans le Code de la construction et de l'habitation : articles L.113-12, L.113-19, R.113-12 à R.113-17, R.162-4.

1525 *Supra.*, n° 297 et s.

1526 Article L.213-1 du Code de l'urbanisme : « sont soumis au droit de préemption institué par l'un ou l'autre des deux précédents chapitres. 1° Tout immeuble ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble, bâti ou non bâti, lorsqu'ils sont aliénés, à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit […] ».

volume immobilier ne pose ainsi pas de difficulté particulière[1527]. La pratique administrative semble confirmer cette position : dans sa partie relative à la désignation du bien, le formulaire CERFA n°10072*02[1528] invite à signifier si la vente pouvant faire l'objet d'un droit de préemption porte sur « un lot de volume »[1529]. Le droit de préemption se désintéresse donc par principe de la qualification exacte du bien, tant que celui-ci est de nature immobilière. Pourtant, lorsque certaines dispositions relatives au droit de préemption mentionnent l'unité foncière, c'est, vraisemblablement en référence exclusive du terrain d'assiette[1530]. Ainsi l'article L.213-2-1 du Code de l'urbanisme dispose que dans le cadre d'une opération d'aménagement, le droit de préemption peut trouver à s'appliquer sur une partie seulement d'une unité foncière[1531]. L'indication relative à l'opération d'aménagement nous indique qu'il ne peut s'agir ici que d'une référence faite au terrain d'assiette, au sens matériel du terme. Une conclusion identique semble résulter des autres dispositions en la matière : celles-ci font cette fois-ci référence au droit de préemption partiel d'une unité foncière sur les espaces naturels sensibles ou sur une portion du territoire nécessaire à la captation de ressources en eau[1532].

357.1. Tout au plus pouvons-nous avoir un doute quant à la portée de la notion lorsqu'elle est utilisée par l'article L.213-1 *3°* tel que modifié par la loi ALUR, qui dispose que « les cessions de la majorité des parts d'une société civile immobilière ou les cessions conduisant un acquéreur à détenir la majorité des parts de ladite société, lorsque le patrimoine de cette société est constitué par une unité foncière, bâtie ou non, dont la cession serait soumise au droit de préemption ». La détermination de la portée de l'unité foncière est ici particulièrement importante, car de l'application de cet article à une cession, il en découlera l'étendue réelle du droit de préemption,

1527 C'est en ce sens que se prononce la quasi-totalité de la doctrine. Voir notamment, S. Pérignon, « Le domaine du droit de préemption urbain », AJDI 1998, p. 5 ; S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 51.

1528 Dans sa version en vigueur au 29 septembre 2021.

1529 Formulaire CERFA n°10072*02, « déclaration d'intention d'aliéner ou demande d'acquisition d'un bien soumis à l'un des droits de préemption prévus par le code de l'urbanisme », « C. Désignation du bien ». Cité également par N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 61.

1530 Il arrive que le droit de préemption porte spécifiquement sur le terrain destiné à être l'assiette d'une activité commerciale (ainsi, L. 214-1 et suivants du Code de l'urbanisme), ce qui semble exclure en conséquence son application en matière de volume immobilier. En ce sens, S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 52.

Au regard de l'objectif poursuivi par ces dispositions – la possibilité de préempter l'aliénation d'un fonds de commerce d'un fonds artisanal, d'un bail commercial ou encore de l'assiette destinée à recevoir une activité commerciale – il n'est pas certain que le terme terrain doive entraîner une exclusion de l'application de ces articles aux volumes immobiliers. En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 62.

1531 Article complété ensuite par L.213-4 du même Code.

1532 Articles L.215-12, L.215-13 et L.215-19 concernant le droit de préemption des espaces naturels sensibles ; articles L.218-7 et 11 concernant le droit de préemption des ressources d'eau.

tant dans son risque de réalisation que ses contraintes administratives[1533]. Quelques précisions doivent donc être faites concernant l'utilisation de la notion d'unité foncière en la matière. Dans un premier temps, remarquons que la version initiale de cette disposition – à l'époque prévue à l'article L.211-4 *d)* du Code de l'urbanisme – est intervenue à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi E.N.L du 13 juillet 2006[1534] et c'est celle-ci qui fit référence à la notion d'unité foncière. Le recours à la notion d'unité foncière intervient donc un peu plus d'une année après sa définition jurisprudentielle par le Conseil d'État[1535], définition qui ne pouvait être ignorée par le législateur. Or, la lecture de cette dernière nous donne une information précieuse : en indiquant qu'elle ne peut être composée que « d'une parcelle ou d'un ensemble de parcelles », le Conseil d'État montre l'assimilation de l'unité foncière non seulement au terrain, mais plus encore au terrain naturel. C'est uniquement ce dernier qui est susceptible de faire l'objet d'une traduction parcellaire. C'est donc uniquement par rapport à lui que la notion d'unité foncière doit être comprise, excluant ainsi les sols artificiels constitués d'une dalle. Si l'on s'en tient à l'hypothèse que l'utilisation de la notion d'unité foncière est une référence à cette définition, nous ne pouvons qu'en tirer une conclusion similaire : le droit de préemption applicable à la cession de parts d'une SCI connaît une condition matérielle imposant la propriété d'un terrain naturel, bâti ou non. Une telle hypothèse se trouve renforcée à l'aune des réserves concernant l'étendue matérielle réelle de cet article. En effet, la rédaction du texte laisse sous-entendre que la SCI ne doit être propriétaire que d'une seule unité foncière à l'exclusion de tout autre bien[1536], montrant la persistance du législateur dans sa volonté de réduire le champ d'application de cette disposition. Il semble donc que l'unité foncière de l'article L.213-1 *3°* fasse référence à la propriété d'une ou plusieurs parcelles – l'assimilant ainsi au terrain d'assiette – et que l'usage du terme ne constitue pas une ouverture de l'unité foncière vers le fonds-volumique. Il en résulte que, si la SCI en cause est propriétaire d'un volume immobilier situé dans un édifice divisé en volumes ou seulement de la dalle artificielle sans avoir celle du terrain d'assiette, la cession de ses parts ne rentrera pas dans le champ d'application de l'article en cause[1537]. De même, un lot de copropriété ne pourra rentrer dans le champ d'application de cet

1533 Sur ce dernier point, F. Bouyssou, « La préemption, l'urbanisme et le droit des gens », RDI 2015, p. 278.

1534 Loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

1535 CE, 27 juin 2005, n° 264667, « Commune de Chambéry ».

1536 Sur ce point, H. Périnet-Marquet, « Régularisation, contentieux et préemption : trois difficultés d'interprétation de la loi ENL », Construction – Urbanisme, octobre 2006, n° 10, étude 9, n° 40 ; D. Dutrieux, « Parts de SCI et droit de préemption urbain. Une exception strictement définie », JCP N 2006, 1351, spéc., n° 6 ; W. Altide, D. Dutrieux, « *ALUR*, parts de SCI et droit de préemption urbain », JCP N 2014, 1302, spéc., n° 7 et 15 ; J.-F. Struillou, « Le droit de préemption après la loi ALUR et ses règlements d'exécution », AJDA 2017, p. 1272, spéc., p. 1273.

1537 Il en sera de même pour la propriété d'un lot de copropriété. En ce sens, W. Altide, D. Dutrieux, *op. cit*., spéc., n° 7.

article. Cette approche part néanmoins du principe que les termes choisis par le législateur reflètent exactement l'objectif poursuivi, point qui reste discutable en l'espèce.

357.2. En réalité, l'introduction de cet article provient d'un amendement de la commission des lois et du Sénat. Or, à la lecture du rapport parlementaire, il semble que l'intention du législateur ne s'accordait pas avec les restrictions rédactionnelles de l'article[1538]. À ce propos, Monsieur le Professeur Périnet-Marquet remarque que les rapports parlementaires souhaitaient la mise en place de ce droit de préemption dès lors que la SCI en cause était constituée par « un ou plusieurs immeubles situés dans ces périmètres »[1539]. Ce souhait semble inconciliable avec la rédaction finale de l'article[1540], dont nous venons de voir qu'elle tendait à ne s'appliquer qu'en présence d'une unique unité foncière dans le patrimoine de la SCI. S'il s'agit de faire primer l'intention du législateur en la matière, nous devons remarquer que l'utilisation de la notion d'unité foncière ne pourrait pas non plus concourir à la reconnaissance éventuelle d'un fonds-volumique, une maladresse rédactionnelle ne pouvant justifier la démonstration de l'étendue d'une notion.

358. Confirmation générale par les autres dispositions. Outre la question du droit de préemption, le Code de l'urbanisme a recours à l'unité foncière dans divers domaines de son champ d'application. Or, la plupart du temps, l'expression d'unité foncière est utilisée en lieu et place du terme de terrain, auquel elle semble s'assimiler pleinement. Ainsi, l'article R.151-37 de ce code est situé dans le chapitre concerné à la détermination du contenu du plan local d'urbanisme et utilise la notion d'unité foncière en faisant référence au sol et en opposition à celle de construction[1541]. Toujours à propos du contenu du plan local d'urbanisme, l'article R.151-43 du Code de l'urbanisme[1542] assimile la notion d'unité foncière au terrain d'assiette des constructions effectuées ou projetées. Dans le Code de l'urbanisme, il en sera exactement de même à propos des articles

1538 En ce sens, H. Périnet-Marquet, *op. cit*. n° 34 et s. ; D. Dutrieux, *op. cit.*, n° 6.

1539 D. Braye, Rapport n°81 (2005-2006), Article additionnel après l'article 4 (Article L.211-4 du code de l'urbanisme) : « Votre commission vous propose d'insérer un article additionnel tendant à permettre aux communes d'exercer leur droit de préemption urbain sur la cession de parts d'une société civile immobilière lorsque le patrimoine de cette société est constitué par un ou plusieurs immeubles situés dans ces périmètres et sont soumis au droit de préemption urbain. Une telle disposition permettra d'éviter la constitution de sociétés civiles immobilières dans le but d'échapper au droit de préemption ».

1540 H. Périnet-Marquet, *op. cit*., n° 40.

1541 En témoigne l'intitulé de la sous-section 3 dans lequel est situé cet article : « Destination des constructions, usage des sols et nature d'activité ».

1542 Article R.151-53, *1°* du Code de l'urbanisme : « Afin de contribuer à la qualité du cadre de vie, assurer un équilibre entre les espaces construits et les espaces libres et répondre aux enjeux environnementaux, le règlement peut : 1° Imposer […] que les surfaces non imperméabilisées ou éco-aménageables d'un projet représentent une proportion minimale de l'unité foncière. Il précise les types d'espaces, construits ou non, qui peuvent entrer dans le décompte de cette surface minimale en leur affectant un coefficient qui en exprime la valeur pour l'écosystème par référence à celle d'un espace équivalent de pleine terre ». L'unité foncière est ici comprise comme le socle naturel d'un projet immobilier comportant des espaces bâtis et non bâtis, c'est-à-dire du terrain d'assiette.

R.410-1[1543] et R.410-13[1544] concernant les certificats d'urbanisme, des articles L.331-35[1545], R.331-18 et R331-19 concernant la fiscalité de l'aménagement qui font référence à la surface de terrain de l'unité foncière, ou encore, de l'article L.322-14 qui traite de la demande d'autorisation d'association foncière urbaine de projet[1546]. Fort logiquement, l'unité foncière se retrouve également en matière d'autorisation administrative, que ce soit dans le cadre des permis d'aménager[1547] impliquant parfois création d'un lotissement[1548], de permis de construire[1549], ainsi que dans des dispositions spécifiques faisant référence à ces autorisations[1550]. Pour ces articles, l'assimilation de l'assiette foncière au terrain naturel est plus indirecte, mais se comprend par l'étude au fond de ces autorisations que nous verrons plus en avant[1551]. Seuls deux articles résiduels ne portent pas, directement ou indirectement, d'informations relatives à l'étendue de la

1543 Alinéa 2 de l'article R.441-1 du Code de l'urbanisme : « La demande [du certificat d'urbanisme] est accompagnée d'une note descriptive succincte de l'opération indiquant, lorsque le projet concerne un ou plusieurs bâtiments […] leur localisation approximative dans l'unité foncière ainsi que, lorsque des constructions existent sur le terrain, un plan du terrain indiquant l'emplacement de ces constructions ».

1544 Article R.441-13 du Code de l'urbanisme : « Lorsque le certificat d'urbanisme exprès indique […] que le terrain peut être utilisé pour la réalisation de l'opération mentionnée dans la demande, cette décision porte exclusivement sur la localisation approximative du ou des bâtiments dans l'unité foncière ».

1545 Article L.331-35 du Code de l'urbanisme : « La densité de la construction est définie par le rapport entre la surface de plancher d'une construction […] et la surface du terrain de l'unité foncière sur laquelle cette construction est ou doit être implantée.

N'est pas retenue dans l'unité foncière la partie des terrains rendus inconstructibles pour des raisons physiques ou du fait de prescriptions ou de servitudes administratives ».

1546 Article L.322-14 du Code de l'urbanisme : « Les propriétaires intéressés à la création d'une association foncière urbaine de projet adressent la demande d'autorisation à l'autorité administrative. Le dossier de la demande de création comprend notamment le projet de statuts et le périmètre des opérations envisagé, qui peut intégrer tout ou partie des unités foncières sur lesquelles porte le projet de l'association ».

Le rattachement de l'unité foncière au terrain ne peut se comprendre qu'à l'aune de la définition des associations foncières urbaines de projet, prévue par l'article L.322-12 du Code de l'urbanisme : « L'association foncière urbaine de projet est une association foncière urbaine autorisée qui a pour objet de permettre la cession des terrains inclus dans son périmètre, après avoir réalisé un projet associant une opération de remembrement […] et une opération d'aménagement ».

1547 Articles L.441-1, L.441-4 et L.441-9 du Code de l'urbanisme.

1548 Article L.442-1, L.442-1-2 et R.442-1 du Code de l'urbanisme.

1549 Article R.431-24 du Code de l'urbanisme pour le permis de construire valant division, Article R.423-56-1 du Code de l'urbanisme pour les projets éoliens soumis à un permis de construire.

1550 Article R.151-21 du Code de l'urbanisme : « Dans les zones U et AU, le règlement peut, à l'intérieur d'une même zone, délimiter des secteurs dans lesquels les projets de constructions situés sur plusieurs unités foncières contiguës qui font l'objet d'une demande de permis de construire ou d'aménager conjointe sont appréciés comme un projet d'ensemble et auxquels il est fait application de règles alternatives édictées à leur bénéfice par le plan local d'urbanisme […] Dans le cas d'un lotissement ou dans celui de la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance, l'ensemble du projet est apprécié au regard de la totalité des règles édictées par le plan local d'urbanisme, sauf si le règlement de ce plan s'y oppose ». Également issu du même Code, l'article R. 331-17 traitant de la fiscalité de l'aménagement en matière de lotissement.

1551 Sur ce point, *infra.*, n° 363.1 et s. Également, sur la compréhension de l'unité foncière dans le cadre de ces autorisations par la jurisprudence, *infra*., n° 371 et s.

compréhension de la notion d'unité foncière[1552]. Le même constat d'assimilation de l'unité foncière au terrain d'assiette se dégagera des articles codifiés hors du Code de l'urbanisme, tant ils empruntent la compréhension que peut en avoir ce dernier[1553]. Un doute pouvait naître de l'article R.581-25 du Code de l'environnement, qui détermine la densité des dispositifs publicitaires au regard de la longueur de la partie de l'unité foncière bordant la voie publique. Si la rédaction du texte invite à raisonner en matière parcellaire, on aurait pu émettre un doute quant à ce mode de calcul au regard d'un groupe d'ensemble immobilier appartenant à des propriétaires différents et reposant sur une dalle artificielle édifiée au-dessus du sol. La note d'instruction gouvernementale[1554] et les juges du fond[1555] semblent cependant s'en tenir à une compréhension tout à fait classique de l'unité foncière, en reprenant la définition qu'en avait proposé le Conseil d'État en 2005[1556]. L'étude textuelle ne permet cependant pas d'aboutir à une conclusion certaine concernant la compréhension de l'unité foncière. S'il résulte de cette étude qu'il est incontestable que l'unité foncière est comprise par le législateur comme une notion englobante des termes « terrain », « sol », ou encore « propriété foncière » dans leur compréhension classique, il reste qu'il n'est pas impossible d'y appliquer une dématérialisation tridimensionnelle. Seulement, en l'absence d'une transcription claire de la volonté du législateur dans les textes, cela ne pourrait venir que d'une volition du juge. Or, lorsque le Conseil d'État a été saisi de cette question, il a confirmé l'attachement de l'unité foncière au terrain d'assiette[1557].

2. Le maintien jurisprudentiel de l'attachement au terrain d'assiette : l'exemple du lotissement

359. Conception parcellaire de l'unité foncière affirmée en jurisprudence. L'assimilation de l'unité foncière au terrain d'assiette ressort clairement de la jurisprudence administrative. Dans un

1552 Les articles R. 331-11-1 et R.520-15-1 du Code de l'urbanisme, concernant la procédure de rescrit fiscal. Ils demandent en effet à l'auteur de préciser « les références cadastrales de l'unité foncière faisant l'objet de la demande ». Le terme de « référence cadastrale » se comprend en effet comme toute information émanant du service cadastral. Cela comprend donc effectivement les références cadastrales au sens strict, mais également un éventuel état descriptif de division en volumes. Il en sera de même pour l'article R.524-11 du Code du patrimoine relatif à l'archéologie préventive.

1553 Ainsi en est-il pour les articles R.3211-15-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ; de l'article L.143-7-1 du Code rural et de la pêche maritime ; des articles L.113-12, L.113-19, R.113-12 à R.113-17, R.162-4. du Code de la construction et de l'habitation.

1554 Note d'instruction gouvernementale du 25 mars 2014 relative à la réglementation nationale des publicités, des enseignes et des préenseignes [*sic*], n° 1. Définition des termes, spéc., n° 1.2

1555 CAA Nancy, 18 mai 2017, n° 16NC00986, « Commune de Vandoeuvre-lès-Nancy », RDI 2017, p. 373, note J.-Ph. Strebler.

1556 CE, 27 juin 2005, *op. cit.*

1557 CE, 30 novembre 2007, n° 271897, « Ville de Strasbourg c/ M. Et Mme A. », RDI 2008, p. 16, note P. Soler-Couteaux.

arrêt du 30 novembre 2007[1558], le Conseil d'État censure une potentielle abstraction de l'unité foncière en un volume d'espace, en refusant de considérer qu'une division en volumes puisse constituer un lotissement. Dans cette affaire, deux permis de construire avaient été délivrés sur une parcelle unique. Après le détachement d'une partie de cette dernière, le reliquat fut à son tour divisé en deux « lot[s] de volume » prévus pour recevoir chacun l'une des deux constructions autorisées par les permis. Les demandeurs invoquaient l'irrégularité de la délivrance des permis, au motif que la division en volumes de la parcelle aboutissait à une division de la propriété foncière qui devait être soumise à la réglementation sur les lotissements – dont la définition relevait à l'époque des faits de l'ancien article R. 315-1 du Code de l'urbanisme[1559]. La solution du Conseil d'État est sans équivoque : il affirme qu' « en l'absence de toute division, en jouissance ou en propriété, de la parcelle servant d'assiette aux constructions autorisées par les deux permis de construire litigieux, l'édification de ces constructions sur cette parcelle ne saurait être regardée comme constitutive d'un lotissement ». Les termes de la décision limitent en effet l'application de la réglementation des lotissements aux seules divisions effectuées sur une « parcelle servant d'assiette aux constructions » envisagées. Ce qui revient à écarter immanquablement les divisions en volumes de son champ d'application. Reste qu'au-delà du principe, la solution rendue s'accommode mal des faits d'espèce tant la distinction était ténue entre la division en volumes effectuée et une simple division parcellaire[1560]. La finesse de la différence est particulièrement bien illustrée par l'histoire du litige : l'arrêt du Conseil d'État a été rendu contre l'avis du Commissaire du gouvernement et vient casser la décision de la Cour administrative d'appel de Nancy[1561], qui elle-même avait infirmé le jugement du tribunal administratif de Strasbourg[1562].

360. Remise en question de cette conception. Au sens de cet arrêt du Conseil d'État, le volume immobilier n'est pas une division de la propriété foncière parce que la division ne porte pas sur une assiette foncière mais un simple volume qui ne peut en avoir la qualification. Il existe cependant un certain nombre d'éléments qui pourraient remettre en question la pérennité de cette décision en droit positif. Le premier est l'absence de publication de l'arrêt, alors qu'il répond sous

1558 CE, 30 novembre 2007, *op. cit.*

1559 Article R. 345-1 ancien du Code de l'urbanisme applicable à l'espèce : « Constitue un lotissement au sens du présent chapitre toute division d'une propriété foncière en vue de l'implantation de bâtiments qui […] a eu pour effet de porter à plus de deux le nombre de terrains issus de ladite propriété ».

1560 Ph. Benoit-Cattin, note sous CAA Nancy, 24 juin 2004, Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2004, comm. 217 ; H. Périnet-Marquet, « Lotissements, divisions de l'immeuble et opérations complexes après la réforme de 2007 », RDI 2007, p. 205.

1561 CAA Nancy, 24 juin 2004, n° 00NC00512, Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2004, comm. 217, note Ph. Benoit-Cattin.

1562 TA Strasbourg, 25 janvier 2000.

forme de principe[1563] à une question fortement débattue – en témoigne l'histoire judiciaire du litige – dont la réponse présente un grand intérêt pratique. Le second élément est celui de la survie de la justification du Conseil d'État au regard des modifications ultérieures de la définition du lotissement, survenues en 2005[1564] puis 2011[1565]. À l'époque des faits, le lotissement correspondait à la division de la « propriété foncière en vue de l'implantation de bâtiments » ayant pour effet « de porter à plus de deux le nombre de terrains issus de ladite propriété »[1566]. Or, un auteur remarque que, depuis le décret du 5 janvier 2007[1567], la référence à la pluralité de terrains a disparu au profit de la seule division « d'une ou plusieurs propriétés »[1568]. La référence aux « terrains », qui permettait d'écarter l'application de l'article R. 315-1 ancien du Code de l'urbanisme, ne se retrouve pas dans la nouvelle définition prévue à l'article L. 442-1 de ce même code. La voie serait donc ouverte à un éventuel revirement de jurisprudence. Ce point est d'autant plus intéressant que l'absence de publication de l'arrêt pourrait faire douter de la volonté du Conseil d'État de maintenir cette solution sous l'empire de la loi nouvelle.

361. Absence d'impact de cette remise en cause. Pourtant, et malgré la refonte terminologique de la définition du lotissement, force est de constater que la décision rendue par le Conseil d'État le 30 novembre 2007 n'a pas perdu de sa pertinence. Le premier indice est dans les termes employés dans l'arrêt qui constate « l'absence de toute division, en jouissance ou en propriété de la parcelle ». Bien plus qu'une référence aux « terrains » de l'article R. 345-1 ancien du Code de l'urbanisme applicable aux faits de l'espèce, ces termes sont une référence directe à l'ancienne rédaction de l'article L. 442-1 du même code[1569] – ce dernier définissait en 2007 le lotissement comme « la division, qu'elle soit en propriété ou en jouissance […] d'une ou de plusieurs propriétés foncières ». De cette remarque, viennent deux observations : soit la modification de la définition du lotissement n'était que pure question de sémantique et les

1563 Même si l'on constate que l'absence de publication est logique en ce que l'arrêt « fait application d'un critère classique à partir d'une analyse d'éléments propres au dossier » (P. Soler-Couteaux, note sous CE, 30 novembre 2007, RDI 2008, p. 116).

1564 Ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme, entrée en vigueur le 1er octobre 2007 créant le nouvel article L. 442-1 du Code de l'urbanisme.

1565 Ordonnance n° 2011-1916 du 22 décembre 2011 relative à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme.

1566 Article R. 345-1 ancien du Code de l'urbanisme.

1567 Décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-1527 du 8 décembre 2005 relative au permis de construire et aux autorisations d'urbanisme.

1568 N. le Rudulier, « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », JCP N 2011, 1120, spéc., n° 10.

1569 Dans sa version issue du décret n° 2007-18 du 5 janvier 2007, *op cit.*

modifications successives n'avaient pas altéré l'importance de la division du sol-matière[1570], c'est-à-dire du terrain d'assiette ; soit la modification emportait bien la possibilité d'ouvrir le lotissement aux volumes et le Conseil d'État s'y oppose fermement dans cet arrêt. Le remplacement par l'ordonnance du 22 décembre 2011 de la référence à la « propriété foncière » par celle de l'« unité foncière » ne semble pas devoir modifier en substance la définition du lotissement[1571]. Cette modification avait pour objectif, nous l'avons vu[1572], non pas de proposer une modification du contenu du texte, mais simplement de procéder à une simplification du droit en regroupant sous une notion unique, différents termes épars faisant tous référence au terrain d'assiette. En conséquence, au-delà de la solution d'espèce contestable en raison de la proximité des faits avec une simple division parcellaire, le principe posé par le Conseil d'État ne semble pas devoir être remis en question : il n'y avait pas de division foncière, car l'objet sur lequel portait la division ne pouvait pas en obtenir la qualification.

362. Inexistence positive du lotissement de l'espace. Il semblerait donc bien que l'unité foncière ait vocation à maintenir l'attache initiale au sol que lui avait conférée la doctrine[1573] et qu'elle ne puisse être assimilée à un volume immobilier. Il en résulte qu'une division en volumes dans le cadre de l'édification d'un ensemble immobilier ne réponde pas à la définition du lotissement[1574], dès lors qu'elle n'effectue aucune division de l'unité foncière, comprise comme étant une parcelle de terre[1575]. Si on retrouve bien l'unité de propriété – ici au sein d'un volume – et de propriétaire propre à la notion d'unité foncière[1576], l'inexistence d'une division systématique du sol, empêche de conférer aux volumes le qualificatif d'unité foncière. Finalement, le seul moyen pour la division en volumes d'être rattachée au régime des lotissements est justement de ne pas en être une, c'est-à-dire de procéder à une division parcellaire en deux lots indépendants en vue de bâtir, lots auxquels aurait été ajouté une tridimensionnalité superfétatoire dans l'unique but d'échapper à la définition du lotissement. Reste que l'incertitude de la qualification peut persister

1570 Ce qui semble finalement être le cas avec l'unification de plusieurs termes faisant référence au sol « matière » sous la notion d' « unité foncière ».

1571 En ce sens, J.-Ph. Meng, « Vers un régime du lotissement plus lisible », BJDU 2011, n° 6, p. 431 ; D. Dutrieux, « La pratique notariale et le « nouveau » lotissement », JCP N 2012, 1131, spéc., n° 1 ; L. Santoni, Ph. Benoit-Cattin, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Définition juridique. Champ d'application*, Fasc. 32-4, n° 12.

1572 *Supra*., n° 298.

1573 *Ibid.*

1574 En ce sens, voir également, J.-L. Bergel, « Les divisions : droits de superficie et volumes ? », RLCT, mai 2012, n° 79.

1575 Sauf à constater une fraude à la réglementation des lotissements qui constituerait à masquer une division parcellaire en vue de bâtir par une division en volumes en vue de bâtir qui se contenterait d'ajouter la tridimensionnalité de la parcelle dans le seul but que la redéfinition de parcelle en volume suffise à écarter l'application du lotissement.

1576 H. Charles, « L'unité foncière en droit de l'urbanisme », RFDA 1996, p. 575 ; N. le Rudulier, *op. cit.*, n° 9.

dans une situation particulière finalement assez proche des copropriétés horizontales issues de la « méthode Stemmer »[1577] dans laquelle est créée un volume unique s'étendant sur la totalité de la parcelle pour le tréfonds le plus bas et de multiples lots de volume comprenant une portion du sol et du tréfonds nécessaire aux fondations des constructions envisagées.

362.1. Le rejet du rattachement de la construction en volumes au régime des lotissements est révélateur de la conception parcellaire du sol par le droit de l'urbanisme. Parmi toutes les divisions foncières qu'il prévoit, le régime du lotissement est celui qui se rapproche le plus de l'esprit d'une opération de construction en volumes et aurait pu bénéficier d'une dématérialisation positive de la notion d'unité foncière en raison des particularités que le régime du lotissement impose à cette dernière[1578]. Pourtant, l'étude du droit positif nous indique qu'il n'existe aucune intention de dématérialisation d'ensemble de la notion d'unité foncière qui pourrait s'avérer être le penchant urbanistique du fonds-volumique civil. Ce point est d'autant plus révélateur que le régime du lotissement était la seule opération de division qui pouvait s'appliquer à la construction en volumes sans devoir modifier en profondeur les règles urbanistiques : il ne s'agit finalement que créer des lots destinés à être bâtis. En réalité, même en acceptant le principe du lotissement volumique – c'est-à-dire en rattachant la vente de lots de volumes immobiliers non construits au régime des lotissements – il n'est pas certain que cela facilite la bonne mise en œuvre du projet en l'état actuel du droit de l'urbanisme. L'assimilation du fonds au sol naturel se retrouve en effet très largement dans l'ensemble du Code de l'urbanisme, qui ignore le volume immobilier en tant qu'assiette foncière et l'empêche, par la même occasion, de se voir attribuer en tant que tel, des droits à construire[1579]. Le droit de l'urbanisme reste donc, nous allons le voir, avant tout un droit du sol et, partant, rejette le fonds-volumique.

1577 *Supra*., n° 301.1.

1578 *Supra*., n° 304 et s. À noter que cette idée ne vise qu'à soumettre les opérations de construction en volumes au régime du lotissement lorsqu'elles remplissent les conditions qui sont attachées. Ainsi, il n'est aucunement question d'assimiler les divisions en volumes destinés à rester vide de contenu aux lotissements dès lors que la division ainsi effectuée ne tend pas à la création de volumes ayant vocation à être bâti, condition rappelée à l'article L. 442-1 du Code de l'urbanisme. Cette exclusion n'est pas liée à la nature du volume immobilier, mais repose directement sur les conditions de création du lotissement et ne peut donc constituer une critique recevable à l'encontre du rattachement de la construction en volumes à ce régime. Voir pourtant, M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 1182-1°, p. 482.

1579 S. Lamy-Willing, *La constructibilité des propriétés foncières : entre la règle et le contrat*, thèse, Aix-Marseille, 2016, n° 105, p. 158.

Paragraphe 2. Le rejet du fonds-volumique par le droit de l'urbanisme

363. Remarque liminaire et plan. Tout d'abord, nous pouvons remarquer qu'à aucun moment des nombreuses réformes urbanistiques le législateur n'a entendu utiliser des termes appelant à l'abstraction du sol-matière. Certes, nous avons constaté que l'unité foncière a remplacé des références au « terrain » ou à la « propriété foncière ». Toutefois, l'étude concrète de ces remplacements nous a montré qu'il s'agissait bien plus d'une uniformisation notionnelle conservant le sens initial des textes concernés que d'une remise en question de la matérialité du terrain. A cela peut s'ajouter une remarque tirée d'un argument historique : là où il est envisageable d'accepter une certaine souplesse à l'égard des termes employés par le Code civil en 1804, il n'en va pas – a priori – de même pour le Code de l'urbanisme, plus récent et qui subit des réformes régulières dans un contexte où la construction en volumes est connue et largement développée. La notion d'unité foncière est donc avant tout une unité de référence sur laquelle le droit de l'urbanisme va appliquer les règles d'aménagement et de constructibilité des sols[1580]. Or, sur ce point, force est de constater que le sol n'est pas sujet à une abstraction autre que parcellaire. Le Code de l'urbanisme fait ainsi encore régulièrement référence au sol ou au terrain, tout particulièrement dans les articles relatifs aux règles applicables aux différentes autorisations d'urbanismes. Ces dernières sont situées dans le livre IV du Code de l'urbanisme, intitulé « règles applicables aux constructions, aménagements et démolitions ». Ce livre contient l'intégralité des règles applicables en la matière : de la détermination de l'autorité compétente à l'instruction de la demande, en passant les conditions de cette dernière. Or, en contradiction avec une éventuelle reconnaissance urbanistique du fonds-volumique, le Code de l'urbanisme va ici s'attacher à réserver ces dispositions au propriétaire du sol-matière (A). Un constat similaire s'impose pour le calcul des droits à construire (B).

1580 En ce sens, J.-P. Mas, L. Calmels, Première commission, « La division contrôlée du foncier », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France. *La division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 4, spéc., n° 1002, p. 23.

A. Les demandes d'autorisations d'urbanismes conditionnées à la propriété du sol-matière

363.1. Reconnaître le fonds-volumique en droit de l'urbanisme semble devoir impliquer la possibilité, pour chaque propriétaire de volume, de déposer une demande de permis de construire. Au-delà des difficultés propres à une telle individualisation dans les projets d'ensemble, le droit de l'urbanisme reste tant par sa lettre que son esprit totalement opposé à une telle conception. Ainsi, le pouvoir de demander une autorisation d'urbanisme est réservé par principe au propriétaire du sol-matière (1) et ce principe ne sera pas remis en cause par les différents permis spéciaux dans lesquels la division du fonds est concomitante à la construction (2).

1. Le principe : la capacité exclusive de la demande octroyée au propriétaire du sol

364. Conséquence du principe : l'unité foncière est une portion du sol-matière. Les différents permis que prévoit le Code de l'urbanisme sont désormais regroupés au sein du livre IV. Ils sont au nombre de trois : permis de construire, d'aménager et de démolir. Lorsque l'action en cause ne nécessite pas de tels permis, le propriétaire concerné va devoir se plier à la procédure de déclaration. Dans tous les cas, le propriétaire en question sera celui de la parcelle, ou d'une partie de cette dernière, comme le prévoit l'article R.423-1 a) du Code de l'urbanisme. Ce dernier dispose que la demande de permis de construire, d'aménager ou de démolir, peut être déposée « soit par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux ». La disposition réglementaire n'empêche pas une éventuelle pluralité de demandes dans le cadre d'une construction en volumes – en raison de la possibilité pour le propriétaire du sol d'autoriser chacun des co-volumiers à déposer eux-mêmes une demande[1581]. Toutefois, la rédaction de l'article ne fait aucun doute quant à la primauté du propriétaire du terrain au regard de l'utilisation des droits de construire : par principe, lui seul est compétent à déposer la demande et seule son autorisation peut octroyer à d'autres personnes la même capacité. Il ressort de l'esprit de ce texte que le volume immobilier ne peut être constitutif d'une unité foncière à part entière et, par voie de conséquence, une division en volumes ne peut constituer une division foncière au sens du droit de l'urbanisme. L'unité foncière n'est ici pas constituée par d'éventuels volumes, mais bien du sol – ou, si l'on tient vraiment à l'abstraction, la parcelle ou une partie de celle-ci[1582]. Socle de l'ensemble des autorisations d'urbanisme, cet article

1581 Voir à propos d'une demande de permis de construire : N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, n° 30.

1582 L'unité foncière n'étant pas le calque parfait de la parcelle et pouvant en représenter une partie seulement. En ce sens, S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 69, p. 99.

se positionne comme un rappel de la conception horizontale de l'unité foncière. Si bien que quel que soit le terme employé – sol, terrain ou unité foncière – tous font référence au sol-matière et à son abstraction parcellaire. Pour reprendre en substance les termes de l'article précité, le propriétaire d'un volume est donc assimilé, non pas au propriétaire du terrain d'assiette, mais soit au mandataire du propriétaire, soit à une personne attestant être autorisée par le propriétaire de ce dernier à exécuter les travaux.

365. Conséquences pour la demande de permis de construire émanant des co-volumiers. Apparaissent ici les premières difficultés posées par l'absence de prise en compte du volume immobilier dans le cadre des demandes d'autorisation d'urbanisme, notamment lorsque le permis de construire n'a pas été obtenu au préalable par le propriétaire du terrain, vendeur des volumes immobiliers. Dans cette situation, les propriétaires des différents volumes devront donc produire un titre – mandat ou autorisation du propriétaire du sol – afin de justifier leur capacité à solliciter l'autorisation demandée à l'administration. Une difficulté peut naître ici quant à la détermination exacte du titre autorisant la demande. Il ne semble pas qu'il puisse être caractérisé par l'acte de vente du volume pour deux raisons. La première vient du fait que lorsque la division en volumes intervient en amont de la construction, la propriété du terrain – au sens matériel du terme – peut s'en trouver morcelée entre différents propriétaires dont ne fait plus obligatoirement partie le propriétaire vendeur. L'acte de vente ne peut donc impliquer par lui-même autorisation du propriétaire, ce dernier ne l'étant potentiellement plus et le terrain pouvant se trouver morcelé par les différents volumes en contenant une partie. Il a donc été proposé, soit de prévoir dans le cahier des charges « un mandat irrévocable et réciproque donné par tous les co-volumiers à chacun d'eux, permettant de déposer toute demande de permis de construire »[1583], soit de considérer comme constitutif d'un tel titre l'état descriptif de division ou l'avant-contrat faisant référence aux volumes restant à déterminer[1584]. En d'autres termes, il s'agit de prévoir une convention qui impose au propriétaire du sol[1585] d'établir une autorisation de principe permettant aux co-volumiers de déposer une demande de permis par eux-mêmes. Ainsi présenté, la demande de permis de construire est difficilement compatible avec ce qui serait la conséquence de la consécration du fonds-volumique, à savoir une demande individuelle déposée par chaque propriétaire de volume. Une

1583 J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H . Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 336, spéc., n° 2444, p. 510.

1584 P. Soler-Couteaux, « Le permis de construire d'opérations complexes », RDI 2003, p. 125, spéc., p. 127.

1585 C'est-à-dire, au sens urbanistique, le propriétaire du tréfonds le plus bas. Lorsque l'ensemble ne comporte pas de volumes relevant du domaine public, le tréfonds le plus bas est la plupart du temps la propriété de l'association de propriétaires constituée afin de gérer l'ensemble. Il peut néanmoins arriver que le tréfonds le plus bas soit constitué de plusieurs volumes non délimités dans la profondeur.

conclusion similaire semble également ressortir de l'étude des permis spéciaux qui semblent rester actuellement totalement indifférents à ce dernier.

2. Le maintien du principe pour les permis spéciaux

366. Indifférence du fonds-volumique pour les permis spéciaux. Les permis spéciaux sont par principe indispensables à l'édification de toute construction nouvelle[1586] lorsque celle-ci intervient concomitamment à la division de la propriété du sol[1587]. S'ils semblent au premier abord correspondre à une opération de construction en volumes – dont l'objet reste le plus souvent de procéder à l'édification de bâtiments nouveaux dont la propriété sera répartie en volumes distincts et indépendants – ils en sont en réalité totalement indifférents. Le premier d'entre eux, le permis dit de « division primaire », est défini par l'article R. 442-1 *a)* du Code de l'urbanisme comme toutes « divisions en propriété ou en jouissance effectuées par un propriétaire au profit de personnes qui ont obtenu un permis de construire ou d'aménager portant sur la création d'un groupe de bâtiments ou d'un immeuble autre qu'une maison individuelle ». Il s'agit de s'assurer de la réalisation de plusieurs projets de construction distincts sur un même terrain, la division de ce dernier résultera de la réalisation de ces projets, tout en se préservant de la superposition de contrôles urbanistiques superfétatoires. En effet, comme on a pu le remarquer, le devenir du terrain est déjà contrôlé par l'administration dans le cadre de l'obtention du permis de construire. Il n'est alors plus nécessaire de soumettre le détachement d'une partie de ce terrain à un permis d'aménager ou de déclaration préalable[1588]. La plupart du temps, cette opération correspond à la volonté d'un opérateur d'établir une construction sur une portion de terrain en s'assurant au préalable de la bonne faisabilité de son projet. Il est alors effectué une promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive de l'obtention préalable d'un permis de construire[1589]. Outre le fait qu'il prend place dans une opération envisageant de façon concomitante division et construction, aucune particularité n'est attachée à la nature de l'assiette foncière servant de base de la demande : celle-ci est donc constituée par principe d'une unité foncière représentant une parcelle de terre. Présenté ainsi, il n'existe donc aucune particularité attachée à l'application de la division primaire dans un projet de

1586 Article R. 421-1 du Code de l'urbanisme : « Les constructions nouvelles doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire ».

1587 Ce qui la distingue clairement de l'opération de lotissement. En ce sens, J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R.Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Coll. Domat, LGDJ, Lextenso édition, 11e éd., 2017, n° 570, p. 407.

1588 En ce sens, D. Dutrieux, « Une nouvelle définition de la division primaire ? », JCP N 2012, act. 925.

1589 S. Lamy-Willing, thèse, *op. cit*., n° 92, p. 135.

division en volumes et, partant, aucun impact quant à la reconnaissance d'un éventuel fonds-volumique.

366.1. Une conclusion identique semble s'imposer pour le second représentant de cette catégorie – le permis de construire valant division – pourtant potentiellement plus à même d'embrasser les particularités d'une construction en volumes. Il est prévu par l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme[1590] et peut se définir en substance, comme un permis unique pouvant être demandé par plusieurs maîtres d'œuvre. Il faut pour cela que le projet porte sur la construction de plusieurs bâtiments sur un terrain composé d'une ou plusieurs unités foncières contiguës, devant faire l'objet d'une division en propriétés ou en jouissances avant l'achèvement de l'ensemble du projet. Deux observations découlent de cette définition. La première est qu'en rattachant expressément la notion d'unité foncière à celle de terrain, cette définition, issue d'un décret du 28 février 2012[1591], maintient les réticences du droit de l'urbanisme à qualifier le volume immobilier d'unité foncière et partant, d'assiette potentielle à une division foncière. Ce simple point semble donc écarter d'emblée la réception du fonds-volumique par le droit de l'urbanisme. On ne peut ici exclure la lettre du texte par la méconnaissance de la problématique volumétrique : le Conseil d'État s'est déjà prononcé en faveur d'un tel refus en 2007[1592], et les appels à une reconnaissance du fonds-volumique étaient déjà envisagés par une partie de la doctrine et des praticiens des plus autorisés[1593]. Au surplus, nous pouvons remarquer dès à présent que la rédaction de l'article montre une indifférence totale aux opérations de construction en volumes en ce qu'il nécessite de projeter l'édification d'une pluralité de bâtiments. Nous l'avons déjà observé à propos de la condition structurelle de pluralité de bâtiments prévue en matière de scission de copropriété[1594], la mise en place d'une telle exigence n'est pas adaptée à une utilisation généralisée dans le cadre d'une opération en volumes. Cette dernière se caractérise avant tout par l'imbrication de volumes au sein d'un ensemble unique, indépendamment de l'ampleur du projet qui peut être – ou non – composé de

1590 Les termes exacts de l'article R. 431-24 du Code de l'urbanisme quant à la définition du permis valant division étant les suivants : « Lorsque les travaux projetés portent sur la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette comprenant une ou plusieurs unités foncières contiguës, doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance avant l'achèvement de l'ensemble du projet ». L'article poursuit ensuite sur le régime attaché à cette opération, dont l'énoncé dépasserait le cadre de notre présente étude.

1591 Décret n° 2012-274 du 28 février 2012 relatif à certaines corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme.

1592 CE, 30 novembre 2007, *op. cit.*

1593 Voir notamment, P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, 1989, p. 61 ; 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007.

1594 *Supra*, n° 196 et s., à propos des conditions de l'article 28 IV de la loi du 10 juillet 1965 ouvrant la scission de copropriétés en volumes.

plusieurs bâtiments[1595]. La complexité intrinsèque de l'organisation ne pouvant donner lieu par elle-même à l'existence d'une pluralité de bâtiments, les conditions du permis de construire valant divisions viendraient en tout état de cause limiter fortement son éventuelle application aux opérations de constructions en volumes.

367. Le régime des autorisations d'urbanisme, un droit exclusivement attaché au sol. À l'issue de cet exposé, il semble donc que le régime des autorisations d'urbanisme est circonscrit au terrain – c'est-à-dire au sol-matière – par l'intermédiaire de la notion d'unité foncière qui ne peut supporter – en l'état du droit positif – une abstraction volumique. Cela se comprend dès l'article introductif de ces demandes et est confirmé par le régime des permis spéciaux, qui prévoient la réalisation concomitante d'une division foncière et d'une construction. Les permis spéciaux sont également compris exclusivement comme une opération de division du terrain, comme en témoigne le formulaire CERFA n° 13409*07, qui, dans sa partie relative à la nature du projet envisagé, impose d'indiquer si la division du terrain en propriété ou jouissance doit intervenir avant l'achèvement de la, ou des, construction(s)[1596]. Cet attachement au terrain se retrouve également une fois l'immeuble édifié, lorsqu'il s'agit de sa surélévation. Il est possible d'illustrer ce point par la pratique des lots transitoires en matière de copropriété, qui permet à un copropriétaire ou un tiers de disposer de façon exclusive d'un droit de construire résiduel sur une assiette foncière déjà en partie édifiée. L'attachement au terrain se comprend alors par deux points. Premièrement, si le titulaire d'un lot transitoire de copropriété peut déposer seul une demande de permis de construire, c'est uniquement, car il sera le plus souvent par son statut de copropriétaire, également titulaire de droits sur le sol[1597]. Deuxièmement, ce n'est pas l'emplacement du lot concerné qui sera pris en compte lors de la demande de permis de construire, mais bien le terrain d'assiette – la parcelle – sur lequel se trouve l'édifice[1598]. Ce dernier point découle logiquement des règles du droit de l'urbanisme, qui détermine les droits à construire uniquement au regard de la parcelle horizontale.

B. La surface du terrain, seul déterminant des droits à construire

368. Le calcul des droits à construire, directement lié à la surface du terrain d'assiette. Lorsqu'une construction est projetée, il est impératif de déterminer les droits à construire de son

1595 En ce sens, P.-E. Durand, « La divisibilité des ouvrages et des ensembles immobiliers en droit de l'urbanisme », Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2006, étude 3, n° 20 et s.

1596 Cette obligation était déjà présente dans l'ancien formulaire CERFA n° 13409*02. Sur ce point, S. Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, Le Moniteur, 2ème éd., 2013, p. 33.

1597 La Cour de cassation qualifie en effet le lot transitoire de lot de copropriété, faisant ainsi de son titulaire un copropriétaire. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 88-18188, *op. cit.*

1598 En ce sens, S. Lamy-Willing, *op. cit*., n° 104, p. 157.

assiette foncière, c'est-à-dire des droits « de consommer la constructibilité du terrain, de réaliser ses possibilités de construction, de concrétiser les *droits de construire* résultant des dispositions législatives et réglementaires appliquées à ce terrain »[1599]. En d'autres termes, il s'agit pour l'administration de déterminer les dimensions autorisées de la construction projetée par rapport à son assiette foncière, dimensions s'exprimant depuis l'ordonnance du 16 novembre 2011 et son décret du 29 novembre 2011[1600] en surface de plancher. Or, reconnaître l'existence du fonds-volumique aurait pour conséquence une modification du mode de calcul de ces droits à construire. En effet, plutôt que de raisonner à partir du terrain d'assiette compris comme une fraction du sol-matière[1601], il s'agirait alors de les calculer en fonction de chaque volume, pris indépendamment les uns des autres. En continuité avec sa conception de la propriété foncière limitée à celle du terrain, le droit de l'urbanisme s'oppose frontalement à une telle compréhension volumique de l'assiette foncière. L'article R.111-21 du Code de l'urbanisme issu du décret du 28 décembre 2015[1602] dispose en effet que « la densité de construction est définie par le rapport entre la surface de plancher de cette construction et la surface de terrain sur laquelle elle est ou doit être implantée ».

368.1. Plus encore, un avis du Conseil d'État en date du 10 février 1981[1603] a pu confirmer que les droits à construire se calculaient uniquement en référence au terrain d'assiette malgré la présence, au-dessus de ce dernier, d'une dalle artificielle située dans un volume spécifique ayant subit un déclassement. Cet avis a été rendu en réponse à une question posée par le ministre de l'Environnement et du Cadre de vie qui recherchait à savoir si la construction d'un sol artificiel sous forme d'une dalle artificielle après déclassement pouvait générer la création de nouveaux droits à construire. La réponse du Conseil d'État est éclairante et peut s'articuler en deux temps. Dans un premier temps, il rappelle que si le déclassement en volume peut permettre l'aliénation de ce dernier, il ne peut par lui-même constituer l'assiette de droit à construire. Dans un deuxième temps,

1599 S. Pérignon, « Peut-on vendre des droits à construire ? », Defrénois 1993, art. 35486, p. 321, n° 3.

1600 Décret n° 2011-2054 du 29 décembre 2011, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2011-1539 du 16 novembre 2011 relative à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme.

1601 Fraction qui correspondra à l'assiette de l'édifice prévu, et non pas au regard de l'unité foncière dans sa totalité. En ce sens, CE, 15 février 1993, n° 131087, « Commune d'Epinay-sur-Seine », Defrénois 1994, art. 35803-2, p. 630, note S. Pérignon. Dans cette affaire, le Conseil d'État annule un permis de construire obtenu par le titulaire d'un bail emphytéotique parce que celui-ci avait été octroyé sur la base de la totalité de la parcelle du bailleur et non pas sur la seule portion correspondant au bail. Sur l'ensemble de la question : J.-H. Driard, « Unité foncière et détermination des droits à bâtir », JCP N 1998, p. 1450.

1602 Décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015 relatif à la partie réglementaire du livre 1er du Code de l'urbanisme et à la modernisation du contenu du plan local d'urbanisme. À noter que cet article est la reprise exacte de l'article R. 112-1 ancien du Code de l'urbanisme qui était en vigueur depuis le 1er avril 1976.

1603 Avis du Conseil d'État (section des travaux publics), 10 février 1981, n° 328.127. Cité également par S. Pérignon, « Création des ouvrages immobiliers complexes et droit de l'urbanisme », RDI 1999, p. 522, spéc., p. 525 ; P. Soler-Couteaux, *op. cit.* Absent de Légifrance et des bases de données des éditeurs juridiques, l'avis se retrouve sans difficulté dans la section avis du site du Conseil d'État.

il s'attache à qualifier la dalle artificielle construite au sein de ce volume de « simple procédé technique de construction n'emportant par lui-même aucune conséquence sur la définition des droits de construction attribués au terrain au-dessus duquel elle est construite ». Il résulte de cet avis que le Conseil d'État semble particulièrement réticent à l'idée de qualifier un volume d'assiette foncière concernant le calcul des droits à construire : seule une interprétation *a contrario* particulièrement large pourrait aller en sens contraire. Il faudrait alors considérer que le sens de la réponse n'est motivé par l'absence de vente du volume en cause, ce qui irait contre les nombreux rappels du Conseil d'État attachant directement l'assiette foncière au terrain originel de l'opération.

368.2. Un arrêt de la cour d'appel administrative de Versailles en date du 29 mars 2007[1604] aurait pu faire douter de la rectitude de cette conception chez certains juges du fond. Dans cette affaire qui avait pour objet l'édification de logements sociaux, une commune avait cédé la fraction d'un terrain lui appartenant ainsi que l'intégralité du tréfonds de ce dernier à une société d'HLM. L'idée était la suivante : la seule fraction de terrain cédée ne pouvait permettre l'édification de l'immeuble dans les dimensions prévues, il a donc été adjoint à la vente le tréfonds de l'intégralité de la parcelle initiale afin que les deux biens pris ensemble – la fraction de terrain et le tréfonds de la parcelle constituant un volume – puissent permettre le calcul d'une surface de plancher suffisante à la bonne réalisation du projet. Pour autant, lorsque le litige parvint devant les juridictions administratives, cette particularité est totalement éludée au profit d'un argument temporel : le permis de construire ayant été obtenu antérieurement à la réalisation de la vente par la commune, c'est donc sur la totalité du terrain qu'il fallait calculer les droits à construire et non pas sur la seule portion vendue. Au-delà des critiques légitimes des commentateurs sur la solution rendue en ce qu'elle permet le détournement des droits à construire par le jeu des conditions suspensives insérées dans les actes de vente[1605], nous ne pouvons qu'approuver leurs remarques quant à l'indifférence totale de la décision sur une éventuelle reconnaissance d'assiette volumique[1606].

369. Conséquence du rejet de l'assiette volumique. Le refus de voir dans le volume immobilier l'assiette des droits à construire est un indice supplémentaire du rejet du droit de l'urbanisme à propos d'un éventuel fonds-volumique. Il en résulte que les droits à construire sont

1604 CAA Versailles, 29 mars 2007, n° 06VE01147, « Assoc. pour la défense de l'environnement de Jouy-en-Josas », Construction – Urbanisme, n° 9, septembre 2007, comm. 164, note G. Godfrin.

1605 En application de la solution de la cour administrative de Versailles, il suffirait d'insérer dans l'acte de vente d'une portion de terrain une condition suspensive liée à l'obtention d'un permis de construire et un transfert de propriété retardé à la signature de l'acte authentique, pour que les droits à construire soit calculés, non pas sur la portion vendue, mais sur la totalité du terrain avant division. En ce sens, G. Godfrin, note sous CAA Versailles, 29 mars 2007, *op. cit.* En ce sens également, N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 499, p. 271.

1606 G. Godfrin, *loc. cit*. ; N. le Rudulier, *loc. cit*.

calculés non pas pour chaque volume pris indépendamment, mais en fonction du terrain d'assiette de l'opération – seul considéré comme une assiette foncière. C'est donc logiquement à l'aune de la totalité de l'opération prenant assise sur le terrain que seront déterminés les droits à construire. La solution semble cohérente tant il semblerait incohérent de faire produire à un volume en tréfonds, ou en sur-sol, des droits à construire qui leur seraient propre sans que ces derniers n'aient pour destin d'être finalement édifiés. Outre la question de la génération de droits à construire pour les volumes sans limitation de hauteur[1607], cela pourrait aboutir à une pratique consistant à créer artificiellement des volumes dans le simple but de venir décupler les droits de construire de certains volumes spécifiques. Une telle pratique viendrait complexifier inutilement la répartition de ces droits au sein de l'ensemble prévu. Les droits à construire étant calculés au regard de la totalité du terrain d'assiette, l'administration se désintéresse de leur répartition précise au sein des différents volumes créés qui, par ailleurs, ne lui sont pas opposables. La souplesse a cependant une contrepartie : elle impose une répartition conventionnelle précise de ces droits, d'autant plus qu'elle permettra de déterminer les volumes bénéficiaires des éventuels droit résiduels et admettant ainsi d'éventuels ajouts à la construction initiale[1608].

Paragraphe 3. L'indifférence des assouplissements du droit de l'urbanisme au fonds-volumique

370. Plan. La conclusion est sans appel : le fonds-volumique est extérieur au Code de l'urbanisme. Sans doute, une telle réticence est logique au regard des services instructeurs de l'administration. Ils ont pour objectif de s'assurer de la conformité de l'ensemble du projet aux règles d'urbanisme d'une part et d'autre part, de s'assurer de la conformité de l'exécution du permis vis-à-vis de l'autorisation octroyée. Il a alors été remarqué que ces objectifs impliquent respectivement que la demande soit basée sur le seul terrain d'assiette de l'opération – le droit de l'urbanisme étant conçu à l'égard du sol – et que les services instructeurs privilégient les demandes émanant d'une seule personne – l'unité de demandeur simplifiant la mise en œuvre de la responsabilité[1609] – le cas échéant. Ainsi seraient expliquées les raisons théoriques et pratiques d'un tel refus. Cette conclusion occulte néanmoins le fait que le droit positif reste conscient de la

1607 N. le Rudulier, thèse, *op. cit.*, n° 501, p. 272. L'auteur indiquant qu'une prise en compte de ces volumes dans la détermination des droits à construire pourrait générer des droits de construire infinis.

1608 S. Laporte-Leconte, « Les autorisations d'urbanisme dans les montages en volumes », Actes prat. Ing. immobilière, 2013, n° 3. Il faut remarquer avec Monsieur Lamy-Willing qu'une telle convention devra également prévoir une autorisation du propriétaire du sol prévoyant la possibilité pour l'ensemble des co-volumiers de déposer un permis de construire par eux-mêmes. S. Lamy-Willing, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Constructibilité.- Majoration. Report. Transfert.- Gestion des droits à bâtir*, Fasc. 8, n° 88.

1609 En ce sens, P. Soler-Couteaux, *op. cit*., spéc., p.131 et s.

nécessité d'assouplir ces principes en raison de la diversité des problématiques liées à l'édification d'un projet immobilier. Il prévoit ainsi des mécanismes permettant à plusieurs personnes d'être titulaires de permis de construire distincts dans le cadre d'une opération unique. Pourtant, cette reconnaissance de la pluralité de permis ne permet pas de conclure à l'existence d'un fonds-volumique tant elle semble conserver une attache au terrain d'assiette (A). Il en sera de même pour les appels doctrinaux à la reconnaissance du volume immobilier en droit de l'urbanisme (B)

A. La pluralité de permis de construire, attachée au terrain d'assiette

370.1. La jurisprudence est venue consacrer la possibilité de diviser une opération unique en plusieurs permis de construire (1). S'il est possible d'y voir une première étape vers la reconnaissance du fonds-volumique en droit de l'urbanisme, en réalité, il n'en est rien : la pluralité de permis autorisée dans les opérations complexes en est en réalité totalement indifférente (2).

1. La consécration jurisprudentielle de la pluralité de permis au sein d'une opération unique

371. Autorisation implicite pour les ensembles divisibles. Il faut d'emblée distinguer la pluralité de permis de la pluralité de titulaires de permis. Seule la première situation pourrait constituer un éventuel pas vers la reconnaissance du fonds-volumique, la seconde ne se caractérisant que par la succession dans le temps, de différents titulaires d'un seul et unique permis[1610]. La possibilité de recourir à plusieurs permis de construire dans le cadre d'une opération unique a été reconnue par le Conseil d'État qui reste conscient de la nécessité de permettre une pluralité de permis de construire au sein d'une même parcelle, même s'il ne semble pas favorable à une conception volumique de l'unité foncière. Ainsi, le Conseil d'État a pu affirmer dans un arrêt du 10 octobre 2007 que « des constructions indivisibles doivent faire l'objet d'un permis de construire unique »[1611], l'indivisibilité devant être caractérisée dès lors que l'édifice est constitué « de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique »[1612]. Une lecture *a contrario* de cet arrêt laisse penser qu'en cas de divisibilité de l'ensemble, une pluralité de permis de construire serait envisageable.

372. Autorisation expresse pour les ensembles indivisibles. Le Conseil d'État semble être allé encore plus loin seulement deux années plus tard, dans un arrêt du 17 juillet 2009[1613]. Les faits

1610 En ce sens, S. Lamy-Willing, thèse, *op. cit.*, n° 109, p. 163 et s.

1611 CE, 10 octobre 2007, n° 277314, « Demoures ».

1612 Y. Aguila, concl. sous CE, 10 octobre 2007, BJDU 2007, n° 4, p. 282.

1613 CE, 17 juillet 2009, n° 301615, « Commune de Grenoble », RFDA 2009, p. 1021, concl. J. Burguburu ; AJDA 2009, p. 2127, note P. Soler-Couteaux ; Construction – Urbanisme, n°10, octobre 2010, comm. 123, note P. Cornille, O.

en cause étaient relativement simples : deux permis de construire avaient été demandés pour l'édification, sur une unité foncière unique, d'un stade et d'un parking en sous-sol de ce dernier. Le permis de construire délivré pour l'édification du stade fit cependant l'objet d'un recours en nullité se fondant – notamment – sur la pluralité de permis délivrés à un ensemble immobilier que les requérants considéraient comme indivisible. L'argument trouve une réception positive devant la cour d'appel de Lyon, qui viendra annuler le permis en raison de l'indivisibilité de l'ouvrage prévu[1614]. Le Conseil d'État ne suivra cependant pas cette solution et autorisera que la construction en cause puisse faire l'objet d'une pluralité de permis de construire. La justification du Conseil d'État se fait en quatre temps et repose sur des critères précis[1615]. Il commence par affirmer que l'indivisibilité d'une construction peut se déduire du lien physique ou fonctionnel entre les différents éléments la constituant. Il poursuit en rappelant le principe selon lequel un édifice indivisible ne doit faire l'objet que d'un seul permis de construire. Ce principe rappelé, le Conseil d'État en entrevoit les limites et consacre la possibilité de prévoir une pluralité de permis malgré le caractère indivisible de la construction. Les conditions apparaissent très strictes et reposent sur la présence cumulative de trois critères : « l'ampleur et la complexité du projet », des « éléments de la construction ayant une vocation fonctionnelle autonome » et enfin « le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique ». Par la mise en place de ces critères, l'arrêt semble destiné à consacrer une solution de droit positif pouvant être applicable aux opérations complexes en volumes, si bien que l'on a pu voir dans cet arrêt une reconnaissance timide du terrain d'assiette volumique[1616]. Si l'on ne peut que constater la pérennité des critères posés par la jurisprudence – ces derniers ayant été repris quatre ans plus tard à propos de la divisibilité d'une annulation de permis de construire[1617] – il peut néanmoins sembler excessif de lui conférer une quelconque portée quant à la reconnaissance d'une assiette volumique. La division en volumes n'est que le découpage interne de la propriété d'une opération d'ensemble et ces divisions n'intéressent pas le droit de l'urbanisme, qui ne tend par principe qu'à pouvoir contrôler la conformité de l'intégralité du projet.

Chambord.

1614 CAA Lyon, 28 décembre 2006, n° 05LY01535.

1615 CE, 17 juillet 2009, *op. cit.* : « que s'il résulte de ces dispositions [L'article L. 421-3 du Code de l'urbanisme alors en vigueur] qu'une construction constituée de plusieurs éléments formant, en raison des liens physiques ou fonctionnels entre eux, un ensemble immobilier unique, doit en principe faire l'objet d'un seul permis de construire, elles ne font pas obstacle à ce que, lorsque l'ampleur et la complexité du projet le justifient, notamment en cas d'intervention de plusieurs maîtres d'ouvrage, les éléments de la construction ayant une vocation fonctionnelle autonome puissent faire l'objet de permis distincts, sous réserve que l'autorité administrative ait vérifié, par une appréciation globale, que le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique sont assurés par l'ensemble des permis délivrés ».

1616 S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 106, p. 159.

1617 CE, 1er mars 2013, n° 350306, « Fritot », Construction – Urbanisme, n° 4, avril 2013, comm. 54, note X. Couton.

2. La condition d'ouverture indifférente à l'existence d'un fonds-volumique

373. Une solution de compromis. Le terrain d'assiette en volume semble indifférent de la possibilité de recourir à une pluralité de permis, tant les conditions sont restrictives et gouvernées par deux axes principaux. Ces derniers sont la possibilité pour l'administration d'instruire la demande des différents permis sur l'intégralité du projet et la nécessité structurelle de l'ensemble projeté à bénéficier d'une pluralité de permis. En d'autres termes, la seule existence d'un volume immobilier ne peut justifier l'octroi d'un permis de construire sur celui-ci sans que ne soient remplies les conditions restrictives posées par le Conseil d'État. En ce sens, le volume immobilier ne peut devenir l'assiette d'un permis de construire qu'en présence de conditions supplémentaires attachées à la bonne réalisation du projet : la nécessité de la pluralité de permis de construire au regard de l'opération et l'assurance d'un contrôle complet de l'administration. Finalement, le volume immobilier ne devient une assiette du permis de construire qu'à la faveur de la nécessité du projet et n'est – encore une fois – qu'un outil de bonne réalisation de l'opération immobilière. Ce point apparaît nettement dès lors que l'on songe aux nécessités que peuvent poser l'édification d'un ensemble immobilier relevant de maîtres d'ouvrages différents, privés comme publics, pour lesquels l'équilibre financier et la réalisation supposent de pouvoir procéder à des demandes et édifications successives indépendantes les unes des autres[1618]. Au vrai, le principe de cette solution n'est pas nouveau et reprend les éléments que le Conseil d'État avait déjà dégagés à l'occasion d'un arrêt du 23 décembre 1987 à propos de l'édification par tranches[1619]. Dans cette affaire, le Conseil d'État avait autorisé la pluralité de permis de construire se succédant dans le temps au gré de l'édification de l'ensemble immobilier au motif que « l'administration était en mesure de connaître l'aspect définitif du bâtiment, qui ne dépendait plus de permis de construire ultérieurs ». La pluralité de permis n'apparaît ici qu'à titre d'exception justifiée par la vocation de la jurisprudence urbanistique à s'accommoder de la réalité complexe des situations qu'elle doit traiter[1620]. Ainsi, la mise en place de cette pratique dans le cadre d'une construction en volumes ne devrait pas emporter de conséquences sur la nature urbanistique de l'assiette foncière, conditionnée à celle de sol.

373.1. Cette indifférence ressort particulièrement des termes de la solution rendue par le Conseil d'État. Celle-ci prend en effet le soin de rappeler dans un premier temps que la pluralité de permis ne pourra être envisageable que « lorsque l'ampleur et la complexité du projet le justifie […]

1618 En ce sens, P. Soler-Couteaux, « Pluralité de permis pour l'ensemble immobilier complexe », note sous CE, 17 juillet 2009, AJDA 2009, p. 2127, spéc., p. 2132 ; J. Burguburu, concl. sous CE, 17 juillet 2009, RFDA 2009, p. 1021, spéc., n° 2.2.4, p. 1026.

1619 CE, 23 décembre 1987, n° 84114, « Centre national d'ophtalmologie des Quinze-Vingts ».

1620 J. Burguburu, *op. cit*.

sous réserve que l'autorité administrative ait vérifié, par une appréciation globale, que le respect des règles et la protection des intérêts généraux que garantirait un permis unique sont assurés par l'ensemble des permis délivrés »[1621]. Ces critères sont loin de faire référence à une quelconque prise en compte du volume, mais semble bien davantage relever d'une politique jurisprudentielle du Conseil d'État : celui-ci établit les critères d'un compromis entre l'objectif poursuivi par l'administration – la connaissance de la totalité du projet et la préférence de ne conserver qu'un seul intervenant – et les nécessités de la pratique – la possibilité de recourir à plusieurs permis de construire au sein d'un projet de construction qui a vocation à s'étaler dans le temps et qui comprend des îlots de propriété relevant de régimes juridiques différents. En d'autres termes, bien que la délivrance d'une pluralité de permis soit envisageable, ils font en réalité partie d'une opération unique, pour laquelle l'administration se doit d'avoir une vision d'ensemble. Considérer l'opération globale comme une opération unique est, à notre sens, le seul moyen d'éviter que la somme des constructions autorisées par permis aboutisse au final à un ensemble qui ne respecterait pas les règles urbanistiques[1622], sauf à remplir d'aléas l'obtention des permis de construire demandés aux stades les plus avancés. Les différents permis de construire autonomes ne seraient alors que des autorisations administratives indépendantes entre elles, mais comprises au sein d'une opération unique dont la délivrance est conditionnée au maintien de la légalité de cette dernière[1623]. Si le critère de la complexité du projet est mis en avant par le Conseil d'État, c'est pour justifier les complications inhérentes que la pluralité de permis peut avoir pour l'administration, qui sur un projet immobilier unique, sera alors amenée à multiplier les autorisations et interlocuteurs engageant leur responsabilité. La question de la pluralité de permis de construire semble donc ne pas viser une modification de fond quant à la notion d'assiette foncière, mais simplement de forme au regard de la finalité du contrôle mené par l'administration : le contrôle de la légalité de l'intégralité du projet[1624].

374. Autonomie totale nécessitant une assise directe au terrain. Même en éludant le critère de la complexité de l'opération – dont les interprétations peuvent être multiples – le seul critère de

1621 CE, 17 juillet 2009, *op. cit.*

1622 En ce sens, J. Burguburu, *op cit.*, spéc., n° 2.2.4.1, p. 1026 ; Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 106, p. 160.

1623 Ainsi le rapporteur public, lorsqu'il imagine dans ses conclusions la question de la pluralité de permis au sein d'une opération unique, s'attache tout particulièrement à maintenir la prédominance du projet d'ensemble : « un dossier chapeau présentant l'opération pourrait être annexé à chaque permis distinct, ainsi situé au sein de l'ensemble. Le premier permis à être mis en œuvre […] pourrait comporter en annexe une copie des demandes à suivre et qui seront ensuite déposées, successivement, selon un calendrier défini » (J. Burguburu, *op cit.*, spéc., n° 2.2.4.1, p. 1027).

1624 C'est par ailleurs ce que constate le rapporteur public qui considère que la question de la légalité de la pluralité de permis de construire au sein d'un ensemble unique est avant tout une question de forme au regard du contrôle que doit effectuer l'administration. J. Burguburu, *op cit.*, spéc., n° 2.2.4.3. et s., p. 1027 et s.

l'autonomie fonctionnelle vient confirmer les réticences quant à une éventuelle reconnaissance du fonds-volumique. Pour comprendre, il faut tout d'abord remarquer que l'autonomie fonctionnelle ne peut résulter de la seule indépendance matérielle. Ce point ressort notamment d'un arrêt du 1er mars 2013 dans lequel le Conseil d'État est venu préciser la caractérisation de l'autonomie fonctionnelle nécessaire à l'acceptation de la divisibilité d'un permis de construire. Il y était notamment question de déterminer si l'annulation partielle d'un permis de construire pouvait se justifier par la divisibilité de ce dernier, le Conseil d'État commence par rappeler les conditions de la divisibilité du permis relative à la structure même de l'opération immobilière. Ainsi, il reprend en des termes quasiment identiques la solution posée par son arrêt du 17 juillet 2009[1625], en affirmant que « lorsque les éléments d'un projet de construction ou d'aménagement ayant une vocation fonctionnelle autonome auraient pu faire, en raison de l'ampleur et la complexité du projet, l'objet d'autorisations distinctes, le juge de l'excès de pouvoir peut prononcer une annulation partielle de l'arrêté attaqué en raison de la divisibilité des éléments composant le projet litigieux »[1626]. La précision arrive ensuite lorsque le Conseil d'État poursuit en spécifiant que cette autonomie fonctionnelle ne pouvait se limiter à la seule constatation de l'autonomie matérielle, mais nécessitait bien la possibilité d'un fonctionnement autonome[1627].

374.1. En d'autres termes, une partie spécifique d'une opération immobilière ne peut obtenir un permis de construire autonome qu'à la condition qu'elle puisse être pleinement opérationnelle indépendamment de la réalisation des autres parties de l'opération immobilière en cause. En conséquence, se pose la question de l'autonomie fonctionnelle des parties de l'opération ayant vocation à être édifiées en sur-sol : celles-ci ne pourraient remplir leur office si les éléments de support et d'accès correspondant à d'autres parties de l'opération immobilière ne sont pas achevés. Finalement, comme il l'a été remarqué par certains auteurs, le critère de l'autonomie fonctionnelle semble imposer à la partie de la construction en cause de pouvoir exister et être opérationnelle de façon autonome, indépendamment du reste de l'opération[1628]. C'est à tout le moins ce qui semble ressortir de la solution du 17 juillet 2009, dès lors que l'on s'intéresse au contexte dans lequel elle a été rendue. La pluralité de permis est en effet reconnue pour l'édification superposée d'un stade et d'un parking, chacun des éléments pouvant être pleinement fonctionnel de façon autonome et

1625 CE, 17 juillet 2009, *op. cit.*

1626 CE, 1er mars 2013, n° 350306, « Fritot », considérant n° 6.

1627 CE, 1er mars 2013, *op. cit*., considérant n° 7.

1628 En ce sens P. Soler-Couteaux, *op. cit.*, spéc., p. 2132 : « La vocation fonctionnelle autonome doit s'entendre d'éléments de construction qui pourraient être réalisés séparément s'ils étaient implantés distinctement sur le sol ». Reprenant la même idée : N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 465, p. 252 ; *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, n° 32.

possédant une assise directe sur le terrain d'assiette, l'ensemble restant cependant indivisible au regard des règles urbanistiques : la construction du stade ne pouvait être autorisé en l'absence de construction de place de stationnement[1629].

375. Indifférence du Conseil d'État au fonds-volumique. Déduire les fondements du fonds-volumique en matière urbanistique de la possibilité de l'existence de permis multiples au sein d'une même opération immobilière semble donc quelque peu excessif, en raison du caractère utilitariste et très exceptionnel de la reconnaissance du volume immobilier à titre d'assiette du permis de construire et de ses conditions. Nous pourrions opposer qu'il n'existe aucune incompatibilité entre l'existence du fonds-volumique et le caractère très exceptionnel de sa reconnaissance dans le cadre de l'octroi des permis de construire. Le volume existerait par principe, mais ne pourrait donner lieu à un permis de construire spécifique que dans le cadre restrictif prévu par la jurisprudence. Cette vision des choses occulte cependant les conditions très strictes imposées par la notion d'autonomie fonctionnelle de l'ensemble qui implique – nous l'avons vu – une indépendance supposant un lien direct au terrain d'assiette. D'un point de vue purement sémantique, nous pouvons également constater que le Conseil d'État évite soigneusement toute référence à une assiette volumique, que ce soit pour faire référence aux seuls éléments concrets de l'ensemble en cause[1630] ou concernant la question de leur autonomie. Cette réticence est d'autant plus importante que l'arrêt du 17 juillet 2009 prend place dans un contexte marqué par les revendications doctrinales invitant à la prise en compte urbanistique des particularités liées aux opérations complexes[1631].

B. La reconnaissance doctrinale de l'assiette volumique, indifférente du fonds-volumique

376. Objectif des propositions doctrinales. Depuis l'arrêt du 17 juillet 2009, plusieurs appels à la reconnaissance de la prise en compte du volume en droit de l'urbanisme ont été effectués[1632]. Cela n'implique pas pour autant que le volume soit considéré comme une assiette foncière par la doctrine. L'idée générale de ces propositions reste de réussir à sécuriser les opérations de constructions volumétriques en sortant certains éléments des seules conventions établies entre les parties. Plus que de reconnaître le fonds-volumique, il s'agit simplement de prévoir un cadre légal

1629 J. Burguburu, *op cit.*, spéc., n° 2.3.

1630 En ce sens, CE, 23 décembre 1987, *op. cit.* ; CE, 17 juillet 2009, *op. cit.*

1631 En témoigne la référence qui en est faite par le rapporteur public de cet arrêt : J. Burguburu, « Ensemble immobilier : un ou plusieurs permis de construire ? », concl. sous CE, 17 juillet 2009, RFDA 2009, p. 1021, spéc., n° 2.2.1.

1632 J.-F. Dalbin, « Prise en compte de la volumétrie dans l'application du droit des sols », Construction – Urbanisme, n° 12, décembre 2013, étude 15 ; S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 107 et s., p. 161 et s.

adapté aux opérations de construction en volumes[1633]. Sans rentrer dans l'énumération du détail des propositions qui dépasserait le cadre actuel de notre étude, nous pouvons néanmoins en citer les principaux apports afin d'étayer nos propos. Une première observation peut d'emblée être effectuée : même lorsque les auteurs proposent de reconnaître l'assiette volumique en droit de l'urbanisme, des réserves sont faites quant à la pertinence de généraliser cette qualification à l'ensemble des volumes immobiliers d'une opération immobilière au regard du calcul des droits à construire[1634]. Ensuite, les propositions tendent surtout à intégrer, au sein du dossier de demande d'autorisation administrative, l'état de division en volumes et de prévoir un calendrier prévisionnel de l'ordre de réalisation des différentes étapes de l'opération emportant le report du point de départ des délais de validité des éventuels permis de construire successifs[1635]. Nous le constatons, l'ensemble de ces éléments tend simplement à assurer la bonne réalisation de l'ensemble projeté et montre même les limites d'une éventuelle généralisation de l'assimilation du volume immobilier au fonds par la question du calcul des droits à construire.

377. Inutilité de la reconnaissance du fonds-volumique en droit de l'urbanisme ? Plus encore, la question de l'utilité même de la reconnaissance du fonds-volumique est incertaine, tant elle ne semble pas indispensable à la réalisation des effets recherchés. Pour le constater, nous pouvons remarquer le consensus quant à la nécessité de prévoir un permis de construire unique portant sur la totalité de l'opération[1636]. Le concept du permis unique adapté à une opération d'ensemble fait fortement penser au permis de construire valant division, prévu à l'article R.431-24 du Code de l'urbanisme et dont les conditions écartent une potentielle application à la construction en volumes[1637]. Pour autant, une telle prise en compte ne serait pas insurmontable avec quelques aménagements, sans qu'il soit nécessaire de reconnaître l'existence générale d'un fonds-volumique urbanistique. Nous avons pu voir qu'il fallait distinguer la notion d'unité foncière avec le résultat de la division de celle-ci[1638]. Il suffirait alors de permettre au permis de construire valant division de pouvoir se réaliser sans division en propriétés du terrain d'assiette pour qu'il soit applicable, en l'état, à une opération de division en volumes sans que cela n'implique reconnaissance du fonds-volumique. Pour cela, il serait envisageable de concevoir le permis valant division comme la

1633 En ce sens, J.-F. Dalbin, *op. cit.,* spéc., n° 13 et s. ; S. Lamy-Willing, *loc. cit.*

1634 S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 107, p. 161. Pour la même constatation, plus en filigrane, J.-F. Dalbin, *op. cit.*, spéc., n° 6.

1635 S. Lamy-Willing, *Loc. cit.*

1636 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20, spéc., n° 38 ; J.-F. Dalbin, *op. cit.*, spéc., n° 5 ; S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 110 et s., p. 166 et s.

1637 N. le Rudulier, *Loc. cit.* ; S. Lamy-Willing, *op. cit.*, n° 108, p. 163. Sur ce point, *supra*., n° 366.1.

1638 *Supra*., n° 355 et s.

possibilité pour plusieurs maîtres d'œuvre de déposer une demande unique « lorsque les travaux projetés portent sur la construction, sur une unité foncière ou sur plusieurs unités foncières contiguës, d'une opération immobilière complexe dont la propriété devra être répartie entre différentes personnes avant l'achèvement de l'ensemble du projet ». Une difficulté pourra néanmoins apparaître lors des projets de modification d'un ensemble volumique. Il faudrait alors élever au rang d'obligation légale ce qui se fait actuellement par le biais de conventions privées : imposer l'autorisation par le(s) propriétaire(s) du ou des volumes intégrant une portion du terrain d'assiette à tout propriétaire dans le périmètre de cet ensemble la possibilité d'effectuer une demande d'autorisation administrative.

378. Conclusion de section. Le droit de l'urbanisme reste totalement hermétique au volume immobilier. Si certains auteurs ont pu arguer en faveur de l'abstraction de la notion d'unité foncière et du rattachement de la division en volumes au régime du lotissement[1639], il nous semble que le droit positif entende conserver une conception purement horizontale reposant sur le sol. En conséquence, l'intégralité du droit de l'urbanisme continue de raisonner par le prisme du terrain d'assiette. Ainsi, c'est lui qui participera à la détermination de l'assiette foncière caractérisant l'unité foncière déterminant les différentes autorisations administratives en matière de construction et d'aménagement. C'est également le terrain d'assiette qui sera le seul déterminant des droits de construire sur le fonds. En définitive et malgré quelques assouplissements, le droit de l'urbanisme ignore purement et simplement le volume immobilier et continue de raisonner exclusivement au regard du terrain d'assiette.

1639 *Supra*., n° 303 et s.

Conclusion de Chapitre

379. Limite de l'assimilation du volume au fonds de terre en droit civil. Étudier l'éventuelle existence du fonds-volumique nécessite avant tout une réflexion autour de la notion de fonds de terre. Si celle-ci se retrouve à de nombreuses reprises dans le Code civil, elle semble bien trouver sa source dans le sol-matière et en serait l'appréhension juridique. Ainsi, le pouvoir d'attraction du sol conféré par l'article 552 du Code civil explique notamment le rayonnement de la propriété du sol aux éléments qui viennent s'y agréger. En outre, le sol-matière reste indispensable dans la détermination des limites du fonds de terre. Il est donc un élément primordial de ce dernier, contribuant à déterminer le périmètre horizontal dans lequel va pouvoir s'exercer un droit de propriété. Si une représentation volumique peut tout à fait servir à délimiter un tel périmètre en rendant compte avec précision des contours de l'ensemble des éléments en question[1640], il n'est pas certain que cela démontre la reconnaissance d'un fonds-volumique impliquant une abstraction totale du sol, tant la matière qui le compose semble déterminante dans l'existence et la délimitation même du fonds.

379.1. Simplement suggérée par les règles de publicité foncière qui s'attache surtout à permettre la localisation précise d'un volume dans un système de publicité foncière centré sur la parcelle, la prédominance du sol se révèle par différents aspects du droit positif. Ainsi, la Cour de cassation continue de conférer à la propriété du sol une particularité qu'elle n'attribue pas au volume en refusant notamment le qualificatif de double sol. Partant, elle maintient des règles probatoires avantageuses au profit du propriétaire du sol. Cette prédominance du sol trouve sa source dans la règle posée à l'article 552 du Code civil dont la finalité était de faire prévaloir un principe d'unité de la propriété de l'étendue verticale de l'immeuble en prenant comme base la surface du fonds de terre. En conséquence, le volume immobilier apparaît comme un bien distinct du fonds de terre et renvoie à la propriété superficiaire, ce qui semble nécessiter une relation indispensable avec le fonds sur lequel il repose[1641]. Il en résulte la nécessaire conservation d'une distinction franche dans le régime probatoire de la propriété superficiaire confrontée à celle du sol, qui devrait se traduire comme le propose Monsieur le Professeur Dross par le retour de l'article 552 du Code civil à titre de règle de fond. Le volume immobilier conserve une existence autonome à titre de bien, mais au prix d'une soumission hiérarchique au fonds de terre.

1640 Il le fait même avec davantage de précision en édictant parfois précisément les frontières précises de l'étendue verticale.

1641 *Infra.*, n° 402 et s.

380. Limite à l'assimilation du volume à l'unité foncière en droit de l'urbanisme. Le droit de l'urbanisme démontre un rejet total d'une éventuelle reconnaissance du fonds-volumique que l'on peut constater sur plusieurs points. Le premier, est le maintien par le législateur et la jurisprudence d'une conception purement horizontale de l'unité foncière, l'assimilant ainsi à la parcelle – ou somme de parcelles contiguës appartenant à un même propriétaire – représentant le ou les terrains d'assiette de l'opération foncière en cause. Cette constatation est confirmée par le second point, qui tend à remarquer que le droit de l'urbanisme est, en raison de son objet, intégralement focalisé autour de l'utilisation des sols. Ainsi, le régime des autorisations administratives ne va raisonner que par rapport à l'unité foncière et le terrain d'assiette reste toujours le seul déterminant des droits de construire sur le fonds. Enfin, les assouplissements des principes urbanistiques, bien plus que d'encourager l'émergence d'un fonds-volumique, tendent plutôt à accueillir des exceptions circonscrites à des besoins spécifiques et ne nécessitent pas réellement une telle reconnaissance.

Chapitre 2. L'existence de principe du volume immobilier à titre de fonds superficiaire

381. Constat de la particularité du volume immobilier. À ce point des développements, la nature du volume immobilier s'en trouve précisée de façon négative. Il n'est pas assimilable à la propriété du sol car dépourvu des caractéristiques propres à ce dernier – principalement dans ses règles de délimitation, sa force attractive et l'utilisation du droit de construire. Il n'est donc pas le fonds de terre du Code civil[1642], même s'il peut convenir à la notion de fonds, celle-ci pouvant être comprise de façon élargie. Le volume immobilier ne correspondant pas aux particularités inhérentes attachées au fonds de terre, il n'est donc pas possible de subsumer l'intégralité de la diversité de l'ensemble des biens immobiliers sous cette seule compréhension, sauf à le limiter à n'être qu'un simple outil de représentation géométrique d'un bien immeuble tout en acceptant que ce dernier conserve des particularités propres à sa nature précise[1643]. Réduit à la seule fonction de représentation, il ne pourrait cependant être qualifié de bien à part entière, car il s'inscrirait toujours par rapport à une chose déterminée relevant du monde tangible, hypothèse qui aboutit finalement à une mise en retrait de la propriété de l'espace en tant qu'objet de propriété autonome. Concevoir la propriété de l'espace impose de distinguer le volume immobilier du fonds de terre. Or, ce dernier reste, dans la conception civiliste et urbanistique, l'épine dorsale de la propriété immobilière : bénéficiaire par l'article 552 du Code civil d'un principe visant à unifier la propriété de son étendue verticale, il est l'assiette dans laquelle prend place l'intégralité des divisions en son sein.

382. Réduction du volume immobilier au droit de superficie. Le volume immobilier ne peut être qu'un bien issu de la division au sein d'un fonds de terre. La compréhension du volume immobilier à titre d'objet créé par la division de l'immeuble sous-tend de voir dans celui-ci une évolution contemporaine du droit de superficie. Cette distinction n'est par principe absolument pas problématique. Malgré les différentes conceptions doctrinales que la propriété est susceptible de connaître, il existe un point sur lequel les auteurs tendent aujourd'hui à s'accorder : celui de la distinction entre l'objet de propriété et le droit lui-même. La confusion de l'objet et du droit de propriété, héritage de la théorie dite classique de la propriété est aujourd'hui révolue et l'on retrouve désormais une distinction franche entre les deux[1644]. Conséquence de la fin de cette confusion, le

1642 *Supra*., n° 323 et s.

1643 Même à convenir d'une telle réduction, la généralisation de la géométrisation de la propriété ne semble pas envisageable. *Infra*., n° 445 et s.

1644 Voir par exemple, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 120, p. 131 ; W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012. Voir également, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*,

droit de propriété doit rendre compte de façon universelle de la relation entre le propriétaire et le bien objet de l'appropriation. En d'autres termes, il s'agit finalement de déterminer ce qui fait la propriété, de façon irréductible, afin de pouvoir l'appliquer à l'ensemble des biens. Cette uniformisation du droit de propriété s'oppose aux particularités de la multiplicité des biens, dont on ne peut qu'esquisser la diversité en rappelant que se trouve sous cette qualification tant une œuvre de l'esprit, qu'un meuble ou un immeuble, catégorie elle-même composée d'une multitude de biens différents. Face à cette diversité, on a pu relever très justement que les « droits et obligations du propriétaire varient selon la chose qui en est l'objet »[1645]. Partant de ce point, il n'est absolument pas problématique de convenir que le volume immobilier, s'il n'est pas exactement équivalent à la propriété du sol, puisse tout de même rentrer dans la qualification de bien de nature immobilière[1646]. Cette qualification reste cependant vectrice de plusieurs difficultés : le droit de superficie connaît par son histoire de multiples facettes qui se projettent immanquablement sur le volume, jetant ainsi le trouble sur sa qualification exacte et donc, sur la validité de sa reconnaissance en tant qu'objet de propriété.

383. Plan. Cette incertitude nécessite dans un premier temps de s'assurer qu'une division en propriété superficiaire est possible, prérequis indispensable de l'existence du volume immobilier en tant qu'objet de propriété (Section 1). Dans un second temps, il importe de s'interroger sur les conséquences de la primauté du sol vis-à-vis des divisions qu'il est susceptible de supporter. Malgré l'intuition tendant à déduire de cette primauté l'existence nécessaire d'une relation entre le fonds de terre et le volume qui en est issu, il semble néanmoins qu'il puisse conserver son autonomie. Parce qu'il constitue une assiette superficiaire déterminée qui comprendra toutes les potentialités et utilités se développant en son sein sans être strictement tenu à la matière qui le compose éventuellement, on pourrait le considérer comme un fonds superficiaire (Section 2).

Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 30 et s., p. 42 et s., qui dresse un tableau des différents courants doctrinaux et remarque leur démarcation entre le droit de propriété et les biens, à l'exception du courant qu'elle nomme « naturaliste », correspondant aux partisans de la théorie classique de la propriété qui refusent que la propriété puisse porter sur une chose incorporelle (ceux-ci effectuant une confusion entre le droit de propriété et son objet).

1645 F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003, n° 10, p. 12. Déjà en ce sens, S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD Civ. 1962, p. 573, spéc., p. 577 : « Sans doute, la généralisation du droit de propriété fait disparaître sa spécificité, mais celle-ci se reporte désormais sur l'objet de la propriété ». Plus récemment et reprenant la distinction entre propriété objective et subjective conceptualisée par Monsieur le Professeur Zenati (F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981 ; « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD Civ. 2006, p. 445) ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 168, spéc., p. 161 : « Il faut considérer que c'est la chose qui présente une singularité propre, mais que le lien de propriété reste universel. […] La chose présente des particularités [ce qu'elle regroupera sous le terme de propriété objective] ; mais la propriété subjective (le lien entre la personne et la chose) ne varie pas ».

1646 *Contra*., G. Chauveau, *De la superficie en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1886, n° 26, p. 101 : « Il semble qu'en concevant la superficie comme une propriété distincte du sol, on doive la considérer comme une propriété mobilière ».

Section 1. L'ouverture de la possibilité d'existence du volume immobilier par celle de la rupture de l'unité de la propriété du sol

383.1. Pour certains, le droit de superficie ne remplit pas la caractéristique irréductible de la propriété et le réduit donc à n'être qu'un simple droit réel sur la chose d'autrui. En parallèle, les théories niant l'existence de la propriété superficiaire refuseront inévitablement cette même qualification au volume immobilier. C'est ici une conséquence logique. Certes, les incertitudes séculaires entourant la qualification du droit de superficie n'ont pas empêché la pratique de développer les divisions en volumes tout en l'émancipant parfois de cette qualification[1647]. Il n'en reste pas moins que la négation de la propriété superficiaire repose principalement sur la constatation de l'existence d'une unité indépassable de la propriété du sol (Paragraphe 1). Or, à partir du moment où l'on constate l'existence d'une telle unité indépassable, l'émancipation sémantique du volume au droit de superficie est parfaitement indifférente, l'étendue verticale du sol devant immanquablement appartenir au propriétaire de ce dernier. Cette vision, qui provient d'une lecture stricte de la théorie renouvelée de la propriété achoppe cependant de critiques suffisamment dirimantes qui l'empêche d'être pleinement satisfaisante (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La négation totale du volume immobilier issue de l'unité indépassable de la propriété du sol.

384. Exposé de la théorie renouvelée de la propriété. Cette assimilation totale du droit de superficie au droit réel sur la chose d'autrui prend naissance dans la théorie dite « renouvelée » de la propriété[1648]. Celle-ci est la poursuite directe de la doctrine néo-personnaliste initiée par Shalev Ginossar, dont l'un des axes principaux est de distinguer l'ensemble des droits patrimoniaux de la propriété en précisant que seuls ces premiers impliquent immanquablement un rapport d'obligation entre les parties, ce dont est dépourvu le droit de propriété[1649]. Il qualifie le droit de propriété de « résiduaire » portant directement sur la chose, c'est-à-dire d'un droit qui se maintient entre les mains de son titulaire quel que soit l'étendue des utilités restantes du bien qui en est l'objet lorsque

1647 A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. (Libres et périlleuses réflexions) », *in Liber amicorum G. Daublon*, Defrénois, 2001, p. 229, spéc., p. 235.

1648 Cependant, voir déjà, F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VIII, Paris – Durand et Pedone Lauriel, 1873, n° 409 et s., p. 490 et s. L'auteur, qui recherche la nature du droit sur l'objet superficiaire, considère que celui-ci ne peut être qu'un démembrement de la propriété. Il justifie cette position en partant du constat qu'aucune loi spécifique ne traite du droit de superficie en droit français. Il en déduit que ce droit – dont il ne nie pas l'existence – « doit être régi par les lois romaines, les seules lois qui l'aient réglementé » (spéc., n° 410, p. 493). Partant du principe que le droit romain n'a jamais permis la dissociation juridique du sol et de la construction, il réfute la propriété de l'objet superficiaire, qu'il qualifie de véritable « hérésie juridique » (*ibid.*).

1649 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD Civ. 1962, p. 573.

celles-ci ont été transmises à d'autres personnes[1650]. Cette position a été critiquée en ce qu'elle suppose, d'une part, de poser une hiérarchie entre le droit de propriété et les autres droits qui n'explique qu'assez artificiellement l'absence d'appropriation du droit de propriété et des difficultés inhérentes qui en découleraient[1651]. D'autre part, le caractère résiduaire de la propriété revient à évincer tout contenu intrinsèque à cette dernière et la désincarnation totale dont elle ferait l'objet la réduirait à un simple pouvoir d'exclusion qui ne trouverait application dans le seul contexte processuel[1652].

384.1. La théorie renouvelée reprend les principaux éléments de la doctrine néo-personnaliste, tout en s'attachant à en gommer les imperfections. Elle prend pour point de départ l'idée selon laquelle la propriété n'est pas un droit réel, mais « une notion fondamentale du droit exprimant le rapport privatif par lequel une personne fait sienne un bien ou un droit »[1653]. La propriété serait finalement le droit subjectif primordial, voire une liberté[1654], directement attachée à la personne[1655]. La propriété érigée ainsi au titre de droit subjectif primordial se démarque alors de l'ensemble des autres droits hiérarchiquement inférieurs et, dès lors, susceptibles d'appropriation[1656] ; sans que l'on arrive à la situation redoutée nécessitant de justifier le fait que l'on puisse avoir la propriété de son droit de propriété et qui aboutie à une chaîne infinie de propriétés[1657]. La précision est importante en ce qu'elle induit par elle-même la propriété des choses incorporelles, possibilité que confirme logiquement son concepteur initial[1658]. L'aspect désincarné de la propriété sera supprimé par un retour de la chose au cœur de la propriété renouvelée qui se traduira par la conceptualisation de la double facette de la propriété, à savoir

1650 S. Ginossar, thèse, *op. cit*., n° 12, p. 32.

1651 Notamment la succession de propriété infinie qui en résulterait : avoir un droit de propriété sur son droit de propriété.

1652 F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 279 et 280, p. 386 et 387.

1653 F. Zenati, thèse, *op. cit*., n° 594, p. 817.

1654 Le droit de propriété n'est alors pas un droit subjectif, mais le droit subjectif au-dessus de tous les autres. En ce sens, F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD Civ. 1993, p. 305, spéc., p. 316.

1655 En ce sens, S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, coll. Le monde qui vient, Wildproject, 2018, p. 31, dans lequel l'auteure expose que selon cette approche, la propriété est une « puissance attachée à la personne ». Pour un résumé des conséquences de cette conception S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, thèse, IRJS Édition, tome 35, 2012, n° 52, p. 77.

1656 F. Zenati, thèse, *op. cit*., n° 566, p. 779 ; « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD Civ. 2006, p. 445.

1657 En ce sens, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 33, p. 46.

1658 F. Zenati, thèse, *op. cit*., p. 65 : « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel*, Arch. Phil. Droit, tome 43, Sirey, 1999, p. 79, *passim.*

subjective et objective. L'idée est ainsi résumée par Messieurs les Professeurs Zenati et Revet : « Dans un premier sens, la propriété exprime le pouvoir exclusif d'une personne sur un bien. Hormis ce sens qui est le plus répandu et qui traduit une vision *subjective* de la propriété, il existe un sens objectif de ce terme, désignant le bien lui-même, envisagé dans sa situation privative : la propriété *objective* est la qualité qu'a un bien d'appartenir à une personne […]. Sous ce rapport, la propriété ne peut pas être envisagée comme un droit subjectif, puisqu'elle ne se distingue pas de la chose elle-même »[1659].

384.2. Remarquons d'emblée que cette distinction entre propriété objective et subjective, si elle a été conceptualisée par Monsieur le Professeur Zenati à l'occasion de sa conception dite « renouvelée » ou « moderne » de la propriété[1660], n'est en réalité pas limitée à cette dernière. Sur ce point, l'apport de la théorie renouvelée de la propriété est avant tout une question de sémantique : la distinction objective et subjective reprenant peu ou prou la distinction entre le droit de propriété et la particularité du bien que l'on retrouve de façon généralisée chez les auteurs contemporains[1661]. En conséquence, la plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître la multiplicité des régimes de propriété inhérents aux particularités des choses qu'elle peut saisir[1662]. Planiol et Ripert avaient bien saisi ce point, lorsque ces derniers rappellent que « les mêmes règles [du régime de la propriété] ne sont pas indistinctement applicables à toutes [les choses] »[1663]. Il faut néanmoins relever une différence notable chez les partisans de la théorie renouvelée de la propriété. Celle-ci ne portera pas tant sur les deux aspects de la propriété dégagés par cette théorie que sur ce qu'elle implique relativement à la notion de bien. La théorie renouvelée présente en effet une notion de bien plus vaste que celle de la théorie dite classique, incorporant notamment les droits sous cette qualification[1664]. Cette question de la propriété des droits à permis à une auteure de conceptualiser

1659 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008, n° 163, p. 261.

1660 F. Zenati, thèse, *op. cit*. ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit.* ; « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *op. cit.*

1661 En ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 396, p. 450. F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 30 et s., p. 42 et s.

1662 Voir notamment, R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil, 1804 – 2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc., n° 32, p. 335.

1663 M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 51, p. 58, spéc., p. 59.

1664 Voir notamment, P. Berlioz*, La notion de bien,* thèse, LGDJ, 2007, n° 950 et s., p. 307 et s.; J. Laurent, *La propriété des droits*, thèse, LGDJ, 2012, *passim*. Dans sa thèse, l'auteur propose notamment de distinguer deux types de droits subjectifs (n° 78 et s., p. 63 et s.). Le premier est le droit de propriété (n° 79, 80, p. 63), directement attaché à la personne et qui consiste en un pouvoir d'exclure (n° 201, p. 162). Le second comprend l'ensemble des droits appropriés par l'individu entraînant l'établissement de prérogatives : droits réels comme personnels (n° 81 et s., p. 64 et s.).

sous la notion identique de « lot » le résultat des différentes méthodes de division de l'immeuble regroupant tant la copropriété, le lotissement que la division en volumes[1665].

385. Ouverture potentielle de la théorie renouvelée au volume immobilier. À ce point de l'exposé, on ne comprend alors pas bien en quoi le volume immobilier ne pourrait pas être qualifié de bien objet de propriété. La propriété renouvelée se présente comme un pouvoir attaché directement à la personne qui porte indistinctement sur les choses tant corporelles qu'incorporelles. Par la souplesse que cette théorie confère à la notion de bien, la qualification de bien du volume immobilier pourrait être retenue, que celui-ci soit construit ou non. Ainsi, Monsieur le Professeur Zenati rappelle que « comme la propriété romaine, la propriété révolutionnaire consacrée par le code civil est plus un espace qu'un contenu. À l'intérieur de la muraille que constitue l'exclusivité, tout est possible »[1666]. Cette définition mettant en avant l'appropriation d'un espace plus que d'un contenu sied même particulièrement au volume immobilier, qui, selon l'idée avancée par le Doyen Savatier, est avant tout un contenant indifférent au contenu qui viendra s'y agréger. Même lorsque l'on prend en compte l'épicentre de la propriété renouvelée, le volume immobilier semble conserver sa capacité à être un objet de propriété. Selon cette théorie, c'est l'exclusivité qui est au cœur du pouvoir du propriétaire. Il s'agit, pour ses partisans, de la caractéristique centrale qui explique le pouvoir unilatéral du propriétaire sur sa chose et qui la distingue de l'ensemble des autres droits réels comme personnels, qui eux, impliquent tous des rapports entre les personnes[1667]. De l'exclusivité est tirée le pouvoir de disposition sur la chose permettant au propriétaire de jouir d'une totale liberté sur le destin de cette dernière[1668]. Sur cette base encore, il aurait été possible d'accepter la propriété du volume immobilier. La théorie renouvelée, même parée de l'exclusivité, accepte que la réalité du droit de propriété soit avant tout déterminée par l'objet de ce dernier[1669]. Selon cette théorie, ce sont en effet « les utilités de la chose [qui] déterminent *in fine* les prérogatives qui seront effectivement attachées à la propriété »[1670].

1665 Sur ce point, J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 161 et s., p. 155 et s.

1666 F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit*., spéc., p. 315. Voir également, l'acceptation de la propriété de l'espace que l'auteur semble approuver quelques années plus tard : F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel*, Arch. Phil. Droit, tome 43, Sirey, 1999, p. 79, spec., p. 87.

1667 F. Zenati, thèse, *op. cit*., p. 801.

1668 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *op. cit.*, n° 210, p. 335 et s.

1669 Parmi les partisans de cette théorie, nombreux sont ceux qui viennent rappeler que la propriété en tant que tel ne se définit pas par son contenu précis, qui lui, relève de l'objet du droit. En ce sens, P. Berlioz, thèse, *op. cit.*, n° 734 et s., p. 239 et s.; F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2007, n° 28, p. 32, n° 30, p. 34 et 35 ; G. Delavaquerie, *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*, thèse, Caen, 2011, spéc., p 350 et s.

1670 F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 280, p. 389.

385.1. Structurellement, le volume immobilier ne présente donc aucun caractère propre à lui nier la possibilité d'être objet de propriété, la propriété adaptant son régime aux utilités que l'objet qu'elle recouvre peut proposer. Cette capacité du droit de propriété expliquerait par ailleurs particulièrement bien la transition du volume entre l'abstraction et le concret. On retrouve très clairement cette idée chez Monsieur Samuel Becquet, lorsque celui-ci rappelle que « la propriété du contenant emportant celle du contenu, il y a continuation du droit dont la chose principale, le sol, est l'objet »[1671]. Bien que faisant référence expressément au sol à l'occasion de développements relatifs à l'accession immobilière[1672], l'affirmation peut aisément être transposée au volume immobilier abstrait qui, en tant que contenant, serait immanquablement le principal de son contenu[1673]. Ce dernier point apparaît d'autant plus clairement que l'auteur prend le soin en amont de rappeler l'inutilité de la matière dans l'existence du droit de propriété, puis de définir le fonds comme un contenant indifférent de sa substance pour proposer une lecture de l'accession liée à une conception immatérielle de l'immeuble[1674]. Au surplus, cet exemple montre, s'il en était besoin, la perméabilité des fondements de la théorie renouvelée de la propriété à la propriété du volume immobilier.

386. Rejet du volume immobilier par l'exclusivité appliquée à l'objet fonds de terre. La nature d'objet de propriété du volume immobilier sera pourtant rejetée par l'auteur de la théorie renouvelée et nombre de ses partisans[1675]. Le fondement du rejet ne tient pas au caractère potentiellement intangible du volume non construit, mais à la combinaison de deux éléments : d'une

---

1671 S. Becquet, *Le bien industriel*, thèse, LGDJ, 2005, n° 116, p. 281.

1672 L'auteur, comme beaucoup des partisans de la théorie renouvelée de la propriété, conçoit l'accession comme un mode de continuation du droit de propriété lui conférant ainsi une portée très large et un effet automatique et immédiat. En ce sens, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 147, p. 226 : Dans leur développement, les auteurs soutiennent que l'accession n'est qu' « une simple extension de l'objet de la propriété » générée automatiquement par l'incorporation ; F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie,* thèse, Lyon III, 2001, n° 280, p. 315 : « L'accession, en matière immobilière, est un processus d'accroissement qui se réalise sans que la volonté intervienne. Le bâtiment ou les plantations deviennent l'accessoire du fonds de terre, chose principale, *vi ac potestate rei sua* », n° 281, p. 316 : « C'est l'union des choses qui *accroît* le droit du propriétaire. Le droit ne change pas, c'est la chose qui prend de l'importance ; le droit ne fait que s'étendre sur la chose qui s'est ainsi accrue. L'un n'est donc que la conséquence de l'autre ; les deux phénomènes sont intimement liés et ne sauraient être appréhendés séparément » ; S. Becquet, thèse, *op. cit.*, n° 116 et s., p. 278 et s.

1673 À retenir la conception élargie de l'accession que défend l'auteur (S. Becquet, thèse, *op. cit*., *passim*) celle-ci trouverait en tout état de cause à s'appliquer au volume immobilier dès lors que celui-ci peut être objet d'un droit de propriété. Ainsi, le droit portant sur le volume non construit ne ferait que s'étendre sur les éléments qui trouvent place en son sein.

1674 S. Becquet, thèse, *op. cit*., n° 14, p. 33 et s., n° 116 et s., p. 278 et s.

1675 F. Zenati, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, RTD Civ. 1995, p. 956 ; Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2000, n° 97-13.107, RTD Civ. 2002, p. 539 ; F. Dumont, thèse, *op. cit*., *passim* ; Dans une moindre mesure, car rejetant simplement le caractère indépendant du volume immobilier, qu'elle réintègre en tant qu'objet complexe de propriété une fois celui-ci additionné avec les servitudes dont il est l'objet, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 170 et s., p. 163 et s. et n° 233 et s., p. 218 et s.

part l'exclusivité du rapport entre le propriétaire et la chose – exclusivité qui est l'essence même de la propriété dans cette théorie[1676] – et des conséquences que ce rapport va avoir sur le fonds de terre, d'où est issu le volume immobilier. L'idée est la suivante : le fonds de terre est un bien – comme tous les autres – pour lequel l'exclusivité du propriétaire doit être préservée. Or, accepter de diviser l'étendue verticale de la propriété d'un fonds de terre serait problématique au regard de cette exclusivité. C'est donc l'absence d'indépendance totale du volume au regard du sol qui justifie l'impossibilité pour lui d'être érigé en tant qu'objet de propriété. Pour ces auteurs, l'absence d'autonomie provient de la nécessaire matérialité du sol qui se transmet immanquablement à son étendue verticale[1677]. Il existerait donc un véritable principe indépassable du maintien de l'unité du fonds de terre et de son étendue verticale impliquant un propriétaire unique pour l'ensemble[1678], en raison de l'établissement d'une relation inévitable entre les différentes personnes se partageant les utilités d'un même fonds de terre. Le maintien de l'unité de l'immeuble serait donc justifié par l'existence de telles relations, qui s'avéreraient contraire à l'exclusivité que la propriété met en place dans la relation entre la personne et sa chose[1679]. Cette protection de l'unité de l'immeuble et l'importance de l'exclusivité de sa propriété trouverait sa source dans l'accession. Cette dernière, en tant que mécanisme général automatique et immédiat, conférerait au sol – élément primordial – une unité indépassable[1680]. Celui-ci serait ainsi empêché de connaître la rupture perpétuelle de son unité qu'impliqueraient des divisions en propriétés[1681]. Afin d'étayer leur théorie, les auteurs en appellent à l'histoire du droit des biens, qui aurait abouti au travestissement du droit de superficie comme d'un droit de propriété[1682]. Surtout, ils se réfèrent à l'ordre public des biens, qui serait contraire à toute rupture perpétuelle de l'unité de l'immeuble auparavant définie, en raison de la dépendance et

1676 Voir notamment, M. Laroche, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2007, n° 201 et s., p. 128 et s.

1677 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 98, p. 155, spéc., p.156. Même s'il ne faut pas exagérer l'argument – la théorie renouvelée se concentrant surtout à l'intégration des droits et des choses de l'esprit dans l'escarcelle de la propriété – on retrouve ici assez paradoxalement pour une théorie visant à l'introduction de l'incorporel dans la propriété, un des griefs portés par certains partisans de la théorie classique de la propriété au volume immobilier en appelant à la matérialité de la chose. Sur les raisons de cette exigence pour certains partisans de la théorie classique de la propriété, *infra*., n° 421 et s.

1678 Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2000, *op. cit.*

1679 F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *op. cit*., spéc., p. 319.

1680 F. Dumont, thèse, *op. cit*, n° 5, p. 13 et surtout, n° 220 et s., p. 249 et s.

1681 Tout comme la question de la matérialité, c'est une critique que l'on retrouve de façon récurrente pour les partisans de la théorie classique, qui aboutit parfois à l'acceptation d'une propriété superficiaire à part entière et d'autre fois à une confusion entre propriété et démembrement de propriété. Montrant des signes de cette confusion : F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018. Les auteurs positionnent le droit de superficie dans les développements portant sur la « propriété démembrée » (n° 771 et s., p. 697 et s.). Ils semblent néanmoins accepter la qualification de ce droit comme d'un droit de propriété (n° 949 et s., p. 842 et s.).

1682 F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, n° 96-18.748, RTD Civ. 1999, p. 142 ; F. Dumont, thèse, *op. cit*, *passim.*

de l'asservissement personnel que cela impliquerait pour les individus concernés[1683]. Afin d'appuyer ces propos, Monsieur le Professeur Zenati invoque en ce sens la jurisprudence du Conseil constitutionnel affirmant que la constitution de droit réel sur le domaine public n'est pas constitutive d'une aliénation de ce dernier[1684], d'où il déduira que la constitution de droit de superficie perpétuel n'est pas conforme à la constitution[1685].

386.1. En définitive, le raisonnement peut se résumer comme suit : le volume n'est pas un fonds de terre et ne peut donc être qu'un bien issu de la division du fonds de terre. Ce dernier ne peut cependant pas être divisé en différents biens objet de droits de propriété sous peine de porter atteinte à l'exclusivité, caractère irréductible de la propriété. En conséquence, le volume immobilier ne pourrait constituer en soi un objet de droit de propriété. Il serait alors confiné à la qualification de simple droit réel sur la chose d'autrui, c'est-à-dire une utilité que son propriétaire – la théorie renouvelée accepte la propriété des droits – aurait sur une chose ne lui appartenant pas, impliquant alors un rapport d'obligation entre eux. Sauf à constater que le volume immobilier ne peut être l'égal du fonds de terre du Code civil, ce raisonnement achoppe sur plusieurs points.

Paragraphe 2. Les objections dirimantes à la négation de la propriété superficiaire

387. Plan. Indépendamment des critiques que l'on peut porter sur les difficultés inhérentes découlant de la théorie renouvelée de la propriété[1686] et de son prérequis plaçant l'exclusivité

1683 Th. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, RTD Civ. 2012, p. 553. Voir également, pour un raisonnement similaire apparaissant en filigrane, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 142, p. 218 et s. ; n° 147, p. 226 et s.

1684 F. Zenati, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, *op. cit.*

1685 F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, *op. cit.* Également en ce sens, F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 368 et s., p. 420 et s.

1686 La critique principale provient des conséquences à qualifier la propriété de droit subjectif et non pas de droit réel. Ainsi, la propriété est qualifiée de « notion fondamentale du droit exprimant le rapport privatif par lequel une personne fait sienne un bien ou un droit » (F. Zenati, thèse, *op. cit*., n° 594, p. 817). Cette qualification, si elle permet l'élaboration d'un système se détachant des contradictions de la théorie classique, propose une vision abstraite beaucoup plus générale qui s'écarte de la technique juridique, pourtant au cœur du droit positif. Plus que de s'intéresser à l'appropriation d'un bien par le sujet de droit et du régime qui en ressort, la conception renouvelée définit la propriété comme la relation exclusive du sujet de droit avec l'ensemble des choses qu'il est susceptible de s'approprier. Pour certains, il en résulte une conception métaphysique et politique (F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 486, p. 707 et s.) qui confond en réalité propriété exclusive et opposabilité (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ 2012, n° 150 et s., p.289 et s. ; F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 486, p. 708, note 4). Cette confusion rend finalement la propriété renouvelée incapable d'expliquer la relation de la personne avec sa chose, relation qui reste pourtant la conception positive portée par le Code civil, ce que Monsieur le Professeur Dross résuma par la formule suivante : « Il n'y a plus rien pour décrire ce que l'article 544 du Code civil prétend saisir : la généralisation de la propriété provoque sa disparition » (W. Dross, *op. cit.,* n° 150, p.289, spéc., p. 290. Également en ce sens, J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », RTD Civ. 1962, p. 20 spéc., p. 27 : « si tout est propriété, il n'y a plus de propriété : le droit de propriété au sens spécifique s'évanouit » ; F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 486, p. 708, note 4).

Selon un certain point de vue (J.-Ph. Orlandini, *La dénaturation des critères du domaine public*, thèse, Toulouse, 2018, n° 1057 et s., p. 573 et s., n° 1080 et s., p. 585 et s .) la théorie renouvelée de la propriété fondée sur le rapport

comme son principal caractère[1687], la théorie du droit de superficie comme droit réel sur la chose d'autrui procède donc d'une analyse stricte de la propriété renouvelée. Or, une telle lecture rencontre des objections dirimantes. L'analyse historique, si elle montre effectivement les hésitations et évolutions de sa qualification, ne peut justifier par elle-même une telle limitation (A). L'argument consistant à rejeter toute propriété superficiaire pour des raisons d'ordre public des biens nous semble avant tout d'une interprétation excessive tant des motifs de cet ordre public que de son étendue (B). Enfin, une telle qualification resterait en contradiction frontale avec le droit positif, qui s'attache à faire du droit de superficie, un droit de propriété (C).

A. L'analyse historique, simple constat de l'évolution de la notion de propriété

388. Evolution de la notion de droit superficie. Nous n'aurons pas la prétention ici de rendre compte de l'évolution de la compréhension de la notion de droit de superficie à compter de son origine, en droit romain. Cela dépasserait largement le cadre de notre étude et nombres de travaux rendent déjà honneur à cette question[1688]. Plus encore, une justification purement historique de la qualification en droit positif semble bien vaine. Une étude récente sur la question fait notamment état des très nombreuses évolutions qui ont construit le droit de superficie d'aujourd'hui[1689]. Or, l'auteur relève tout d'abord une véritable évolution de l'objet de ce droit. Le digeste le limitait strictement aux seules constructions édifiées sur le terrain d'autrui[1690], avant d'être étendu à d'autres éléments présents sur le fonds par la jurisprudence romaine de l'Époque classique[1691].

---

d'exclusivité s'accommode assez imparfaitement avec le régime de la domanialité publique. Ce dernier, qui repose désormais sur la protection de l'affectation du bien en cause (*supra.*, n° 162) se comprend cependant bien mieux lorsque l'on adopte une vision de la propriété centrée sur la chose, comme le propose Monsieur le Professeur Dross (W. Dross, *op. cit*., n° 5 et s., p. 10 et s. ; « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ 2012, p. 419). Cette théorie, parce qu'elle permet d'expliquer par le schéma propriétaire la répartition des utilités du bien (W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27) et la question des propriétés temporaires (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 81 et s., p. 153 et s., qui considère notamment l'usufruit comme le modèle le plus complet de propriété temporaire) permet non seulement de comprendre les « mécanismes de transfert des biens et de transferts de gestion, réalisés entre propriétaires publics [qui] ont eu du mal à s'imposer dans les schémas classiques de réflexion, tant domaniaux que propriétaristes. » (J.-Ph. Orlandini, thèse, *op. cit.*, n° 1233, p. 671), mais rend également mieux compte des pouvoirs de l'occupant sur le domaine public une fois celui-ci assimilé à un propriétaire temporaire (J.-Ph. Orlandini, thèse, *op. cit.*, n° 1237 et s., p. 675 et s.).

1687 Le premier point consiste à remarquer que l'exclusivité ne se retrouve à aucun moment dans les termes légaux attachés à la propriété. Surtout, le Code civil refuse dès l'origine de placer l'exclusivité comme caractère primordial de la propriété en encadrant les inévitables relations entre les propriétaires fonciers (articles 637 et suivants du Code civil).

1688 Voir notamment, A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853 ; Ch. Guyot, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, thèse, Nancy, 1876 ; F. Dumont, thèse, *op. cit*., n°163 et s., p. 177 et s. ; R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie : des glossateurs aux premiers commentateurs du Code civil de 1804 (XIIe – XIXe siècle)*, thèse, Paris II, 2018.

1689 R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*

1690 R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 31.

1691 R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 34.

Cette extension sera par la suite généralisée lors du Moyen Âge central[1692] puis poursuivie par les auteurs contemporains du Code civil. Plus encore qu'une évolution portant sur l'objet du droit de superficie, les études divergent également dans la qualification respective de ce droit. Le droit de superficie s'est développé en droit romain par la traduction de la relation entre le preneur et ses constructions assises sur un bail à long terme[1693] passant, par l'impulsion des préteurs[1694], de droit personnel à droit réel[1695]. Si les études concordent sur ce point, elles font néanmoins déjà l'objet de plusieurs interprétations antagonistes.

389. Interprétation diverses de ces évolutions. Le droit de superficie romain va être analysé par les auteurs qui vont ainsi le traduire comme étant une propriété – parfois imparfaite – portant sur un objet particulier[1696], une servitude[1697], ou encore un simple droit réel sur la chose d'autrui[1698]. Le consensus historique invite aujourd'hui à comprendre la qualification romaine du droit de superficie comme une chose incorporelle[1699], qualifiée de simple droit réel sur le fonds d'autrui[1700], malgré l'étendue assez exceptionnelle dont pouvait jouir son titulaire[1701]. Cette qualification s'explique notamment par la force attachée à la règle *superficie solo cedit* dont la portée semblait, à l'époque, empêcher toute possibilité de division en propriété de l'étendue verticale du sol[1702]. L'apparition du droit de superficie à titre de droit de propriété semble venir de son utilisation pendant l'Ancien Régime, par l'impulsion des théories distinguant domaine utile et éminent et de la notion de propriété de l'époque qui était alors attachée aux utilités de la chose.

1692 *Ibid.*

1693 J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd., 2010, n° 273, p. 384 et s.

1694 E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui, en droit romain et droit français*, thèse, Nancy, 1894, n° 457 p. 342.

1695 A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853, n° 9 et s., p. 17 et s. ; Ch. Guyot, thèse, *op. cit.*, n° 86, p. 120 ; Troisième partie – *Droit intermédiaire et droit actuel*, chapitre II – *De la superficie*, n° 239, p. 90, spéc., p. 92 (p. 424 de l'ouvrage total, selon www.gallica.bnf.fr).

1696 Ch. Guyot, *ibid*. ; D. Veillon, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVIe au XVIIIe siècle », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 7, spéc., p. 8.

1697 E. Larcher, thèse, *op. cit.*, n° 457, p. 342.

1698 A. Weiss, thèse, *op. cit.*, n° 11, p. 18 ; F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 180 et s., p. 195 et s.

1699 R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 20 et s.

1700 En ce sens, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie*, n° 25 ; S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 3 ; P. Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé* [suisse], Schulthess, édition romandes, 2e éd., 2020, n° 1679, p. 390.

1701 Ainsi, le droit de superficie était transmissible aux héritiers, pouvait faire l'objet de servitudes, d'un usufruit, être grevé d'hypothèques, et enfin, son titulaire pouvait en disposer librement. En ce sens, R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 18 et s. ; p. 268 et s. ; S. Laporte-Leconte, *op. cit.*, n° 3.

1702 En ce sens, J.-G. Cardinal, *Le droit de superficie, modalité du droit de superficie. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, Wilson et Lafleur éditeurs, 1957, n° 7, p. 37, spéc., p. 40. Également et reprenant cette conclusion, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 118, p. 120 ; R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 98.

C'est à cette période que le droit de superficie a été décliné afin d'expliquer plusieurs systèmes de cohabitation des sols. Tout d'abord, le superficiaire a été considéré propriétaire du domaine utile de la chose, lorsque le propriétaire du sol l'était du domaine éminent[1703]. Le droit de superficie fut également utilisé pour rendre compte de la répartition des différentes utilités d'un fonds entre différentes personnes[1704]. La notion de propriété de l'Ancien Régime était cependant assez éloignée de celle que l'on connaît actuellement, ce qui vient diminuer la pertinence du rapprochement entre droit de superficie et propriété au sens ancien[1705]. Ainsi, le recours au droit de superficie afin de distinguer domaine utile et éminent ne peut représenter une réelle dissociation de la propriété au sens ou nous l'entendons depuis le Code civil[1706]. Plus encore, il est utilisé dans de nombreuses situations pour lesquelles la qualification de propriété semblerait aujourd'hui discutable, comme lorsqu'il s'agit de consentir à l'octroi à un tiers d'une utilité particulière d'un fonds appartenant à autrui[1707]. Ce n'est donc que par l'impulsion de Christian Wolff au XVIIIe siècle[1708], repris par la doctrine civiliste du XIXe siècle, que l'on commence à attribuer au droit de superficie le qualificatif de propriété absolue et qui s'est ensuite propagé dans la jurisprudence. Pour certains auteurs, cette qualification serait un travestissement de la conception originelle du droit de superficie, c'est-à-dire tel que celui-ci a été pensé en droit romain en partant d'une analyse établie lorsque la notion de propriété n'avait rien en commun avec la conception civiliste contemporaine[1709]. En réalité, bien que certainement appliquée à des montages relevant de régimes trop différents pour être pleinement cohérente, cette qualification de propriété superficiaire avait pour objectif de permettre une

1703 En ce sens, P. Legal, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'ancien droit aux attentes contemporaines », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de L. Andreu, Institut universitaire Varenne, Collection « Colloques et Essais », 2015, p. 11 ; F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 162 et s., p. 210 et s. ; R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 55 et s., p. 79.

1704 F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 195 et s., p. 215 et s.

1705 En ce sens, F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 189, p. 206. L'auteure relève ainsi de façon pertinente que « l'utilisation de cette terminologie [associer droit de superficie et propriété] procède du postulat que la propriété peut, quelles que soient les époques, faire l'objet d'une dissociation, et que cette division produit toujours deux propriétés au sens où nous entendons la propriété. […] Ce schéma ne peut fonctionner, car la propriété féodale n'est pas la propriété du Code. En voulant à tout prix retrouver le droit de superficie dans les institutions de droit féodal, il semble qu'on lui donne en réalité une existence artificielle qui ne tienne [*sic*] pas compte de l'évolution du concept de propriété ».

1706 En ce sens, F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 193 et s., p. 212 et s. ; P. Legal, *op. cit*.

1707 À noter que la démarcation entre le simple octroi d'une utilité du fonds et l'octroi en propriété d'une partie de ce dernier reste parfois difficile à tracer. *Infra.*, n° 493 et s.

1708 En ce sens, R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 101 et s. Christian Wolf pourrait par ailleurs être l'inspirateur principal de l'emploi de l'adjectif « absolu » par l'article 544 du Code civil, sans que celui-ci n'emporte l'élévation du propriétaire comme d'un souverain sur la chose. En ce sens, voir étalement J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », RTD Civ. 2020, p. 1.

1709 En ce sens, F. Zenati, Th. Revet, *op. cit*., n° 146, p. 225, spéc., p. 226 ; F. Dumont, thèse, *op. cit., passim.*

compréhension des différentes situations de cohabitation d'un fonds déjà présentes sous l'Ancien Régime en accord avec la propriété du Code civil[1710].

390. Inefficacité de la seule analyse historique du droit de superficie à réfuter la propriété superficiaire. En définitive, l'existence et l'évolution du droit de superficie démontrent surtout la nécessité de permettre la prise en compte d'une pluralité de droits sur un même fonds et des difficultés à qualifier ceux-ci précisément, quelle que soit la conception de la propriété. Cela n'implique cependant pas que le droit de superficie soit ancré dans une définition limitée à celle de son origine, romaine, comme nous montre la remarquable capacité de la propriété à évoluer avec le temps, au gré de choix politiques, d'influences doctrinales et de concrétisations légales ou jurisprudentielles[1711]. Sur cette base, le droit de superficie actuel représente plus l'adaptation d'une notion originellement issue du droit romain à l'aune de notre conception contemporaine de la propriété – elle-même œuvre d'un compromis entre la tradition romaine et coutumière de l'ancien régime. Monsieur Faivre-Faucompré a parfaitement résumé cette évolution dans la conclusion de sa thèse : « les origines supposées romaines du droit de superficie contemporain permettent […] d'intégrer des phénomènes dissociatifs coutumiers dans un droit des biens qui s'articule autour d'une définition prétendue romaine de la propriété. Le caractère exclusif du droit de superficie contemporaine [*sic*] ne repose pas sur une altération du régime romain de la superficie. Il est la conséquence de la souplesse de la règle de confusion du sol et de la superficie héritée des coutumes simplement romanisées »[1712]. En raison de ces évolutions progressives, l'origine du droit de superficie ne peut donc suffire à justifier le refus de la consécration de la propriété superficiaire, ce que confirmeront les faiblesses des critiques portées à la jurisprudence de la Cour de cassation du milieu du XIXe siècle.

391. Rattachement franc à la propriété depuis le milieu du XIXe siècle. Le modèle selon lequel le droit de superficie serait cantonné à n'être qu'un simple droit réel temporaire sur la chose d'autrui trouve bien peu de soutien dans l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci affirme de façon constante depuis le milieu du XIXe siècle que ce droit emporte établissement d'un

1710 A.-M. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 3, spéc., p. 9 et s.

1711 Si bien que l'on a pu affirmer que depuis 1804, « même si le terme [de propriété] subsiste, même si les attributs juridiques de la propriété sont en gros ceux définis lors de l'élaboration du Code civil il y a deux siècles, en réalité ce que nous y mettons aujourd'hui est très différent de ce qu'on y mettait à l'époque. Les mots survivent, mais les concepts changent. H. Lepage, « La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ? », Administrer, décembre 1989, p. 25. *Contra*., M.-F. Renoux-Zagamé, « Histoire du droit de la propriété », Administrer, décembre 1989, p. 13, pour qui l'esprit derrière la notion de propriété n'a pas évoluée depuis 1804, à l'inverse de son champ d'application.

1712 R. Faivre-Faucompré, thèse, *op. cit.*, p. 520.

véritable droit de propriété[1713]. Afin de relativiser la portée de ces arrêts fondateurs dont elle ne conteste pas le sens, Madame Florence Dumont évoque ce qui lui semble être des hésitations jurisprudentielles, pourtant contemporaines de ces arrêts. Elle en déduit l'absence certitude dans la qualification du droit de superficie en droit positif[1714], qui serait le fruit d'un travestissement du droit issu de la doctrine. L'analyse peine cependant à convaincre, et ce, pour trois raisons. La première consiste à remarquer que l'auteure justifie ces hésitations par l'influence de la doctrine dans les solutions jurisprudentielles[1715]. Il en ressort qu'elle remettra en cause la qualification de droit de superficie comme droit de propriété sur ce seul postulat, alors que cette constatation ne peut, par elle-même, démontrer l'inexactitude des qualifications retenues par les juges[1716].

391.1. La deuxième tient au contexte dans lequel ces arrêts ont été rendus : la lettre du Code civil et le caractère absolu de la propriété bénéficiaient alors d'une aura particulièrement

---

1713 L'affirmation s'est construite de façon progressive. La Cour de cassation se contentait initialement dans l'énonciation du caractère relatif de l'unité de la propriété de l'immeuble en limitant l'article 552 du Code civil à n'être qu'une présomption simple de propriété d'où elle déduisait la multiplicité d'appropriations distinctes sur un même bâtiment. Voir notamment : Cass. civ., 30 novembre 1853 ; D.P. 1854, I, 16, concl. Nicias-Gaillard, qui considère le possesseur des deuxième et troisième étages d'une maison propriétaire de ces derniers par la justification suivante : « s'il est vrai que la propriété du sol, suivant l'article 552 c. nap. [*sic*], emporte la propriété du dessous et celle du dessus, cette présomption établie par la loi cesse devant les circonstances de fait qui établissent un droit contraire ». Par la suite, la Cour de cassation se prononça de façon plus précise, sans pour autant formuler un principe général large : Cass. civ., 18 mai 1858, S. 1858, I, 661 ; D.P. 1858, I, 218, concl. Sévin. arrêt dans lequel la Cour de cassation fonde sur l'article 553 du Code civil la possibilité pour une personne d'être propriétaire distinct d'un bien immobilier situé sur un fonds appartenant à une autre personne. Cette affirmation va tout à fait dans le sens de l'avocat général, qui soutenait à l'occasion de l'affaire « qu'il est donc possible que la propriété des arbres, en vertu de titres ou de conventions, appartienne à autres [*sic*] que le propriétaire du sol […] que, dans ce cas, la propriété des arbres, bien que séparée de celle du sol, ne perd pas son caractère de propriété immobilière ». La formulation précise du droit de superficie comme d'un droit de propriété intervient quelques années plus tard. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation a ainsi pu consentir à l'appropriation distincte des constructions édifiées par le preneur pendant un bail (Cass. Req., 6 mars 1861, S. 1861, I, 713, concl. M. Blanche ; D. 1861, I, 417), mais la portée de l'arrêt a pu semer le doute en raison d'un attendu assimilant – certainement en raison de la particularité de la situation – droit de superficie, propriété, emphytéose et usufruit. L'énonciation franche de la nature du droit de superficie se fera donc à l'occasion d'un arrêt du 16 décembre 1873, dans lequel la Cour de cassation rejette toute idée d'indivision et affirme que « le droit de superficie forme un droit de propriété distincte et séparée de celle du fonds ; qu'il porte exclusivement sur les constructions, bois et autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé » (Cass. civ., 16 décembre 1873, D.P. 1874, I, 249 ; S. 1874, I, 457, concl. Blanche, note J.-E. Labbé).

1714 F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 215 et s., p. 241 et s. Voir également, A.-M. Patault, « La propriété non exclusive au XIXe siècle », R.H.D. 1983, p. 234.

1715 F. Dumont, thèse, *op. cit.*, n° 217, p. 244.

1716 L'une des influences les plus importantes pourrait venir de Messieurs Aubry et Rau, fervents défenseurs de la propriété superficiaire (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Tome II, par Ch. Falcimaigne, M. Gault, 5e éd., 1897, n° 223, 2°, p. 623 et s.), ceux-ci étant conseillers à la Cour de cassation lors de son fameux arrêt de 1873 (Cass. civ., 16 décembre 1873, *op. cit.*). Nous pouvons néanmoins remarquer avec Monsieur Halpérin qu'ils n'ont, semble-t-il, jamais essayé d'imposer leur vision des choses (J.-L. Halpérin, « Les professeurs de droit entrés à la Cour de cassation jusqu'à la seconde Guerre Mondiale », *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 195, spéc., p.198 et 199). Il en ressort que la décision de la Cour de cassation, qu'elle soit issue ou non par une partie de la doctrine, ne peut être discréditée dans sa rectitude juridique par la seule influence doctrinale.

prégnante[1717]. Pour en témoigner, nous pouvons relever les hésitations de la Cour de cassation face à ces superpositions de propriétés, qu'elle sera par ailleurs tentée de qualifier d'indivision[1718] avant d'abandonner cette qualification en raison de la possibilité de partage que cela implique. En conséquence, lorsque la Cour de cassation admet qu'une loge située dans une salle de spectacle puisse être l'objet d'un droit de « propriété *sui generis* » dont les modalités d'exercice doivent être organisées avec le propriétaire du reste de l'immeuble par le jeu des servitudes[1719], la qualification de propriété est particulièrement porteuse de sens. L'utilisation du qualificatif « *sui generis* » ne fait finalement que souligner le caractère atypique du régime né de la situation d'imbrication, à une époque où la confusion entre le droit de propriété et son objet était fréquente, ce qui empêchait d'expliquer ces particularités par celle de l'objet litigieux. Ainsi, nous y voyons bien plus l'ancêtre d'une division en volumes nécessitant une organisation collective qu'une hésitation à reconnaître l'appropriation distincte de la loge litigieuse, dès lors que celle-ci est affirmée de façon franche[1720].

391.2. Enfin, la troisième raison consiste à interroger le rejet de la propriété superficiaire en raison du fait que le champ d'application du droit de superficie serait trop vaste. Certes, nous pouvons relever que les juges ont effectivement pu essayer de faire rentrer sous le modèle de la propriété du Code de nombreuses situations nées sous l'ancien régime[1721] – elles-mêmes qualifiées de propriété à une époque où son sens était différent[1722]. Cette pratique conduirait les juges à qualifier de propriété au sens du Code civil des situations qui relèvent de la propriété partiaire que l'on retrouvait au Moyen Âge[1723], ce qui aboutirait à dénaturer le droit de superficie de sa véritable nature, un simple droit réel sur la chose d'autrui. Au vrai, les juges vont analyser les survivances de l'Ancien Régime selon les situations en leur appliquant la qualification civiliste qui s'en rapprochera le plus, ainsi « beaucoup vont être analysées par la pratique et la jurisprudence comme

---

1717 A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens,* P.U.F., 1re éd., 1989, n° 198 et s., p.235 et s.

1718 Cass. civ., 5 juillet 1848 ; S. 1848, I, 697 ; D.P. 1848, I, 139, concl. Nicias Gaillard. Remarquons cependant que la solution ainsi rendue concerne un droit d'évolage et d'assec, pour lequel l'existence d'une superposition de deux droits de propriété distinct est particulièrement contestable.

1719 Cass. civ., 1re, 15 décembre 1858, S. 1860, II, 494, cité par F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 216, p. 242.

1720 Ceci d'autant plus qu'en reconnaissant ici expressément l'appropriation distincte de la loge litigieuse, elle écarte ainsi l'indivision, qui aurait été la solution de compromis affirmant la volonté de refuser la division en propriété des éléments du fonds.

1721 A.-M. Patault, *op. cit*., n° 208, p. 243 : « Lorsqu'est promulgué le Code civil, consacrant l'exclusivisme, il subsiste encore bien des formes de propriétés simultanées sur le même fonds ».

1722 Sur l'évolution du sens de la notion de propriété, A.-M. Patault, *op. cit.*, n° 1 et s., p. 1 et s.

1723 Madame Patault en propose la définition suivante : « le mot [propriété] désigne alors, non plus la maîtrise corporelle de la matière, mais seulement la jouissance de ses utilités. […] Il est seulement maîtrise partiaire, enserrée dans la solidarité des rapports avec les autres et légitimée par le consensus du groupe. La *propriété* n'est plus la souveraineté, elle est seulement, et pragmatiquement, la possibilité légitime de tirer un profit de la terre. Elle ne se confond plus avec la matière, elle n'est que l'exploitation de la matière » (A.-M. Patault, *op. cit.*, n° 4, p. 19).

des servitudes, droits sur la chose d'autrui, ou comme des droits d'usage, à régime particulier »[1724]. Au surplus, lorsque la Cour de cassation montre des signes d'hésitation face aux affaires qui lui sont soumises et propose une qualification ambiguë, son incertitude peut s'expliquer par la complexité des faits des espèces en cause. Ceux-ci peuvent en effet, encore aujourd'hui, être potentiellement compris soit par le prisme de la propriété, soit par celui du droit réel sur la chose d'autrui[1725]. Ces ambiguïtés ne sont donc pas, en elles-mêmes, porteuses d'une remise en question de la qualification du droit de superficie à titre de propriété – c'est-à-dire de la possibilité de diviser l'étendue verticale d'un fonds en plusieurs biens immobiliers objet chacun d'une appropriation distincte – mais démontrent seulement les difficultés de qualification de situations se situant à la frontière des notions utilisées. En définitive, ces observations démontrent un problème inhérent à la notion de droit de superficie en droit positif. Celle-ci est caractérisée par les immixtions partielles d'utilités sur la chose d'autrui sous cette qualification[1726] et de ce fait, par l'étendue problématique des situations qu'elle recouvre – surtout que la frontière entre propriété et droit réel sur la chose d'autrui peut être ténue. Cependant, cela ne peut suffire à le réduire à un simple droit réel sur la chose d'autrui. En d'autres termes, ce n'est pas parce que la notion de droit de superficie a pu être utilisée de façon trop étendue par les juges que cela peut remettre en cause sa nature de propriété. En réalité, ce qui nous intéresse particulièrement est de savoir si un fonds peut aujourd'hui voir son étendue

1724 A.-M. Patault, *op. cit*., n° 208, p. 243.

1725 Ainsi, nous pouvons aisément comprendre que la solution rendue par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 6 mars 1861 (Cass. Req., 6 mars 1861, *op. cit*.) aboutisse à considérer de droit de propriété, tant le droit de superficie que l'emphytéose et l'usufruit. La question de l'appropriation distincte des constructions édifiées par le preneur pendant le bail implique suffisamment de questions relatives à la mise en œuvre de l'accession et aux relations complexes entre les parties pour que cela puisse engendrer une qualification en demi-teinte par la Cour de cassation, à une époque où l'emphytéose était comprise comme une survivance de l'ancien régime dominé par les propriétés simultanées. Il s'agissait, après tout, de réussir à concilier deux visions opposées de la propriété, dont une reconnaissait la propriété des utilités constituées en droits (En ce sens, A.-M. Patault, *op. cit.*, *passim*). Au surplus, il peut sembler étrange de critiquer le manque de prise de position de la Cour de cassation à cet égard, alors que la question de cette propriété temporaire est restée âprement discutée en doctrine jusqu'à la deuxième moitié du XXe siècle.

La même remarque peut être faite à propos d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 novembre 1866 (Cass. Req., 5 novembre 1866, S. 1866, I, 440, concl. Savary), dont l'objet était la qualification d'un droit de crû et à croître sur les bois. Celle-ci affirme qu'il s'agit d'« un droit de superficie constituant à leur profit la copropriété du sol ». La qualification des droits au bois crû et à croître reste cependant discutée encore aujourd'hui en doctrine, la Cour de cassation ayant rendu sur la question une solution potentiellement ambiguë (Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202). Ainsi, certains auteurs ont pu considérer qu'en qualifiant le droit en cause de simple « prérogative », la Cour de cassation ne s'était volontairement pas prononcée sur sa nature mais seulement sur une partie de son régime, qu'elle affirme perpétuel et imprescriptible (en ce sens, L. d'Avout, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, D. 2012, p. 1934 ; W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, JCP G 2012, 930 ; F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067 ; V. Perruchot-Triboulet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012 RLDC 2012, n° 97, p. 69). Un autre considère à l'inverse que la Cour a expressément souhaité qualifier le droit en cause de propriété (Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, RTD Civ. 2012, p. 553). Il est vrai que la solution peut laisser le doute quant à la réalité de la qualification de la Cour de cassation. Ainsi, lorsqu'elle fait référence au début de son motif aux « propriétés » des parties au litige, elle peut tant faire référence à la qualification souhaitée par les parties en 1837 – période pendant laquelle la propriété des utilités de la chose était encore largement envisagée – qu'à la qualification actuelle qu'elle souhaite apporter au droit en cause.

1726 *Supra*., n° 217 et s.

verticale divisée en propriétés. Or, ce point dépend moins de l'origine du droit de superficie que de l'interprétation de la conception positive de ladite propriété. Sans doute conscients des limites de l'étude historique dans la qualification positive du droit de superficie, les auteurs le concevant comme un simple droit réel de la chose d'autrui vont finalement soulever par la suite un argument clé, qui pourrait amplement se suffire à lui-même refusant à l'objet sol la possibilité de diviser son étendue verticale en propriétés.

B. L'ordre public des biens, indifférent à la propriété superficiaire

392. Notion d'ordre public des biens. L'idée qui pourrait être soutenue serait que la division de l'étendue verticale du sol en propriétés soit contraire à l'ordre public des biens, en raison des inévitables relations entre les propriétaires concernés[1727]. Pour adhérer au propos, encore faut-il déterminer précisément de ce qui constitue l'ordre public des biens. Or, les développements sur le sujet sont le plus souvent laconiques[1728], qu'ils soient l'œuvre de la jurisprudence ou d'auteurs autorisés. Plus encore, l'ordre public est parfois invoqué de façon plus ou moins péremptoire afin de justifier la portée d'un texte[1729]. La tâche est donc particulièrement ardue. En premier lieu, elle nécessite de reconnaître une définition à l'ordre public. Or, il en existe une multiplicité, ce qui ne fait que rendre compte du caractère contingent et protéiforme de la notion[1730]. Lorsque l'on s'intéresse spécifiquement à l'ordre public des biens, il convient d'abord de rappeler l'idée générale de l'ordre public, qui elle, reste accessible[1731]. Il s'agit en effet de rendre compte des règles impératives dont le non-respect poserait un problème structurel pour la société. Ainsi, nous trouvons cette idée résumée par la métaphore proposée par le doyen Carbonnier, qui voyait dans l'ordre public, le « rocher sur lequel se construit la société »[1732], monolithe sur lequel se brise également la

1727 Th. Revet, « Un nouveau cas de propriété divisée », *op. cit*., p. 553. Pour un raisonnement similaire en filigrane, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 142, p. 218 et s. ; n° 157, p. 226 et s.

1728 Ainsi, dans son arrêt du 31 octobre 2012 (Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, n° 11-16.304), la Cour de cassation se contente de rappeler « que le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». En doctrine, le contenu de l'ordre public des biens est rarement développé (Voir cependant, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ 2012, n° 128 et s., p. 246 et s., développements qui sont néanmoins effectués à titre secondaire, lors de l'étude de la liberté de création des droits réels ; J.-J. Lemouland, G. Piette, J. Hauser, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Ordre public et bonnes mœurs*, n° 168 et s.).

1729 En témoigne les critiques portées par Laurent à propos de la qualification d'ordre public que retient Demolombe concernant la libre création des droits réels (F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VI, Paris – Durand, 1871, n° 84, p. 107, spéc., p. 110).

1730 Ph. Malaurie aura ainsi recensé dans sa thèse datant de 1953 (Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S,* thèse, Matot-Braine, 1953), vingt-deux définitions de l'ordre public avant d'y ajouter la sienne. Ainsi, l'ordre public serait selon lui : « le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » (spéc., n° 99, p. 69).

1731 A. Gouëzel, *JurisClasseur Civil Code, articles 6, Ordre public et bonnes mœurs – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats,* Fasc. unique, n° 6.

1732 J. Carbonnier, « Exorde »*, in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 1.

liberté contractuelle[1733]. Monsieur le Professeur Lequette résumera de façon parfaitement claire la substance de l'ordre public, comme issue de « la supériorité de la collectivité sur l'individu », en rappelant que « dans tout système juridique, il existe un ordre de valeurs supérieures qui est placé hors des atteintes des conventions particulières »[1734]. L'ordre public implique donc un caractère impératif que l'on ne peut écarter par quelques conventions que ce soit[1735].

393. Ordre public des biens : la protection de l'essence ce la propriété. Pour appliquer l'ordre public à une notion, on pourrait le traduire comme « une limite, nécessaire à la préservation du système dont il émane »[1736]. Cela implique donc de réserver cet ordre public à ce qui est nécessaire et de laisser libre ce qui ne l'est pas[1737], sous peine de freiner des évolutions parfois nécessaires[1738] ou d'atteindre à la sécurité juridique des parties[1739]. La propriété étant la base systémique du droit des biens, c'est relativement à l'essence de cette dernière qu'il faut appliquer l'ordre public des biens. Pour le résumer simplement, l'ordre public du droit des biens se doit d'assurer l'essence de la propriété[1740], c'est-à-dire l'ensemble des caractéristiques nécessaires sans lesquelles le droit sur la chose ne peut être qualifié comme tel[1741]. On peut remarquer que pour

---

1733 R. Boffa, « L'ordre public des biens du XXIe siècle : rapport de synthèse », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, collection « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 277, spéc., p. 279.

1734 Y. Lequette, « Les mutations de l'ordre public contractuel, Ouverture », RDC 2012, p. 262.

1735 En ce sens, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Collection Quadrige, PUF, 10e éd., 2014, « ordre public » : « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions » ; Th. Genicon, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », *in Liberté contractuelle et droits réels*, *op. cit.*, p. 109, spéc., n° 2, p. 110. *Contra*., B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 473, spéc., n°21 et s., p. 488 et s. L'auteure fait état d'un mouvement moderne tendant à diminuer la force impérative des règles d'ordre public de protection. Elle prend pour exemple les ouvertures jurisprudentielles ayant entraîné la possibilité d'y renoncer et le resserrement des règles processuelles permettant d'invoquer de telles dispositions, refusant désormais au juge de la Cour de cassation de soulever d'office la contrariété à l'ordre public. Le constat fait par cette auteure ne devrait pas ressurgir sur l'ordre public des biens, dès lors que celui-ci tend à la préservation de l'intérêt général ou d'un principe structurant de la société (la propriété). Sous cet aspect, il s'agirait d'un ordre public de direction, qui ne semble pas affecté par la diminution de la force impérative de ses règles.

1736 D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 441, p. 496.

1737 En témoigne le remaniement de l'avant-projet de réforme du droit des biens mené par l'association Henri Capitant qui, dans sa première version, prévoyait à son article 516 d'élever au rang d'ordre public la quasi-totalité des dispositions du livre II du Code civil qu'il proposait de modifier. La version finale en date du 15 mai 2009, tenant compte des critiques faites à cette énonciation, a cependant supprimé cet article.

1738 W. Dross, B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », D. 2009, chron., p. 508, spéc., p. 509.

1739 Ch. Atias, « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français », D. 2009, p. 1165, spéc., n° 18.

1740 A. Tadros, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », *in Liberté contractuelle et droits réels*, *op. cit.*, p. 87, spéc., n° 28, p. 98.

1741 En d'autres termes, l'essence est ici comprise comme « l'ensemble des caractères constitutifs de quelque chose » (TLFi, *Essence*, B) appliquée à la notion de propriété.

certains auteurs[1742], l'une des manifestations de l'ordre public des biens se retrouve dans le *numerus clausus* des droits réels, qui viendrait limiter le champ de ces derniers à l'énonciation faite par l'article 543 du Code civil. Ce dernier dispose qu' « on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre »[1743]. Il faut néanmoins écarter cette interprétation. D'une part, un tel *numerus clausus* n'existe pas, comme cela est rappelé de longue date par la Cour de cassation[1744] et prouvé par l'existence de nombreux droits réels dégagés par elle ou légalement introduits par la suite[1745]. D'autre part, il n'y aurait aucune justification d'ordre public à considérer limitative la liste de cet article 543 : la création de droits réels sur son bien est par principe un acte de propriété. Il convient simplement de se poser la question de savoir si ces derniers possèdent un régime propre à atteindre la propriété, seule situation dans laquelle l'invocation de l'ordre public des biens aurait été nécessaire[1746]. Cette exclusion

---

1742 Par exemple, E. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution*, thèse, Paris – Larose et Forcel, 1881, n° 58, p. 167. À noter que contrairement à certains, l'auteur ne voit aucune difficulté à accepter le droit de superficie malgré son absence d'énumération expresse par le Code civil, à partir du moment où il le considère prévu implicitement par les articles 553 et 664 ancien du Code civil et que cela implique une qualification de droit de propriété (n° 56, p. 161). Pour un exposé sur ce courant doctrinal au XIXe siècle, L. Pfister, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIXe siècle », RDC 2013, n° RDCO2013-4-002, p. 1261, n° 16 et s.

1743 Il semble bien que dans l'esprit des codificateurs, cette liste avait une portée limitative. En ce sens J.-B. Treilhard, « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs », *in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris – Videcoq, 1836, p. 32, spéc., p. 33 : « Voilà en effet les seules modifications dont les propriétés soient susceptibles dans notre organisation politique et sociale ; il ne peut exister sur les biens aucune autre espèce de droits ».

Il est cependant largement admis que cette restriction n'était justifiée que par la crainte de voir le retour de la féodalité. En ce sens J.-B. Treilhard, *op. cit*., p. 41 : « Enfin le dernier article de la loi [543] nous ramène à ce que nous vous annoncions en commençant : on ne peut avoir sur les biens que trois sortes de droits : ou un droit de propriété, ou une simple jouissance, ou seulement des services fonciers : ainsi notre Code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneurie féodale et censuelle ».

Une fois cette crainte dépassée, les débats relatifs au *numerus clausus* des droits réels s'est centré, de façon plus générale, sur deux aspects. On a ainsi pu soutenir que l'ordre public s'opposait d'une part à la création de droit réel entraînant l'asservissement de la personne par la propriété (En ce sens, W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s)? », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117g3, p. 112, n° 11 et 12.) et d'autre part, à la création de droit réel perpétuel, ce point étant intimement lié au précédent (sur cette question, *infra*., n° 524 et s.). Par ailleurs, une troisième limite à la liberté de création des droits réels se retrouve dans les développements d'Acollas, qui entend justifier par le respect de l'ordre public un droit permanent de rachat à l'ensemble des droits réels innomés (E. Acollas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants. Contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, tome I, Paris – Thorin, 1869, p. 568)

1744 Cass. Req., 13février 1834, *S.* 1834, I, p. 205, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, Dalloz, 12e éd., 2007, arrêt n° 65, p. 421 et s.

1745 Il n'est pas nécessaire d'en faire une énumération exhaustive, nous nous limiterons donc à certains exemples caractéristiques récents. En premier lieu, si celui-ci s'avérait être un droit réel sur la chose d'autrui, le droit de superficie est reconnu de longue date par la jurisprudence et a été introduit récemment dans le Code civil, en 2006, dans les dispositions applicables à Mayotte aux articles 2521 et 2531 de ce dernier. Ensuite, vient tout un panel de droits réels reconnus légalement (les différents baux emphytéotiques, les baux à construction et réhabilitation) et surtout, dégagés par la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation a pu reconnaître le droit de jouissance spéciale dans un arrêt du 31 octobre 2012 (Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, *op. cit.*), les droits de jouissance exclusifs sur les parties communes d'une copropriété (Cass. civ., 3ème, 4 mars 1992, n° 90-13.145), ou encore un droit de bois crû et à croître (Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, *op. cit.*).

confirme que l'ordre public des biens se concentre principalement sur la préservation de l'essence de la propriété[1747].

393.1. Ces brefs rappels permettent de mieux cerner la portée de l'argument faisant du droit de superficie un droit réel sur la chose d'autrui. L'ordre public des biens interdisant d'atteindre l'essence même du droit de propriété et celle-ci étant caractérisée par l'exclusivité, l'ordre public des biens prohibe que l'on puisse porter atteinte à cette exclusivité. Or, la reconnaissance de la propriété superficiaire – ou de perpétuels droits réels de superficie sur la chose d'autrui – produirait immanquablement une telle atteinte. En raison de l'existence inévitable de relations entre les différentes personnes attachées à la division de la verticalité du sol, ce dernier serait soumis à un principe d'unité indépassable sous peine d'atteindre à la souveraineté de son propriétaire. Cela respecterait tout particulièrement les fondements de la propriété privée : celle-ci garantissant la liberté de l'individu, il est impossible d'accepter qu'un propriétaire subisse une atteinte à sa souveraineté par l'immixtion d'une tierce personne sous peine de porter atteinte à sa liberté. Si la protection de l'unité de la propriété nous semble effectivement faire partie de l'ordre public des biens, il nous semble quelque peu excessif d'en déduire que la propriété verticale du sol ne pourrait qu'être unique. En tirer que son unité serait indépassable est contestable, tant au regard de son évolution historique que de la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette conception, héritée d'une

---

1746 Voir déjà, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 48, p. 54.

1747 Th. Genicon, *op. cit.*, p. 109, spéc., n° 2, p. 110. Pour une approche complémentaire, R. Boffa, *op. cit.*, spéc., p. 287, qui dégage une « nouvelle forme d'ordre public » d'ordre sociétal qui est lié à l'essence des choses et qui consiste à « soustraire [certaines] choses à la logique habituelle du droit des biens ». Il prend pour exemple l'animal, l'eau, le cadavre, les produits du corps humain ou encore, les produits de première nécessité qui répondent tous à un régime soit distinct de celui des biens, soit fortement dérogatoire. Il refusera cependant leur intégration à l'ordre public des biens en relevant qu'il ne s'agit justement pas de biens.

En tout état de cause, il convient d'écarter tout lien entre la question de la qualification des choses et l'ordre public des biens. À la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 26 juin 1991 affirmant que « la nature, immobilière ou mobilière, d'un bien est définie par la loi, et que la convention des parties ne peut avoir d'incidence à cet égard » (Cass. civ., 3ème, 26 juin 1991, n° 89-18.638), une partie de la doctrine a pu analyser et critiquer la décision au motif que la Cour de cassation ferait dépendre la qualification des biens directement de leur nature en vertu d'une règle d'ordre public (M. Mestrot, « Le rôle de la volonté dans la distinction des meubles et des immeubles », RRJ 1995, p. 809, spéc., p. 810 ; R. Boffa., *op. cit.*, spéc. p. 285). En réalité, la Cour de cassation se contente de fonder sa décision sur l'article 517 du Code civil portant distinction entre les immeubles par nature et par destination. Elle ne fait ainsi que répondre à l'argumentation de la cour d'appel qui avait qualifié le bien de meuble en omettant de contrôler son éventuelle incorporation (En ce sens, F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 103, p. 127). En définitive, non seulement la distinction entre meuble et immeuble ne dépend que très imparfaitement de la seule nature de la chose (les choses incorporelles ne rentrent dans la catégorie des meubles que par élimination de celle constituée par les immeubles, à cela s'ajoute que les mécanismes de destination et d'anticipation peuvent amener à y contrevenir), mais elle tient bien plus à « la nature juridique que le droit [lui] confère » (F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 53, p. 67). Surtout, quand bien même la distinction légale prévaudrait sur la volonté des parties, il n'y aurait pas besoin de l'ordre public : l'absence d'opposabilité aux tiers d'une qualification défaillante suffit en la matière à assurer la sécurité juridique d'une situation objective, que celle-ci résulte de la réalité des choses telle que traduite dans notre droit (En ce sens, W. Dross, « Liberté contractuelle et qualification des biens », *in Liberté contractuelle et droits réels*, p. 249, spéc., n° 3, p. 251) ou de sa destination (F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 103, p. 128 et n° 109, p. 135).

vision très stricte de la propriété individuelle du Code civil, provient d'une interprétation radicale de l'essence de la propriété, dont les contours restent pourtant pour le moins complexes.

394. Difficultés relatives à la détermination de l'essence de la propriété. La question du contenu de l'ordre public des biens pose une difficulté qui est de déterminer avec certitude l'essence de la propriété. Il pourrait être tentant de rechercher l'essence de la propriété par la consistance des caractères qui lui sont attachés, la première étant la conséquence des seconds. Néanmoins, l'entreprise semble d'une complexité extrême, pour ne pas dire impossible[1748]. L'essence de la propriété apparaît introuvable en raison d'un décalage récurrent entre le recours à une sémantique se référant à son aspect politique – faisant la part belle au caractère absolu ou exclusif de ce droit[1749], et les limites apportées par les solutions de droit positif[1750]. Caractérisée par l'oxymore d'un pouvoir absolu emprunt de limites soulevées par de nombreux auteurs[1751], la propriété voit l'intensité des caractères qui lui sont attachés sujette à de nombreuses interprétations doctrinales divergentes affectant d'autant d'incertitudes la recherche du contenu de son ordre public. On a alors proposé de comprendre l'essence de la propriété de façon plus abstraite, comme étant composée de sa seule valeur fondamentale[1752], ses limites – au sens frontière – en étant le contenant[1753]. Cependant, une telle approche ne simplifie pas la recherche d'une telle essence, en ce qu'elle remplace par un référent dénué de tout contenu propre les difficultés issues de l'interprétation multiple des caractères de la propriété. En réalité, une telle conception aboutit finalement à ne saisir la propriété – et donc son essence – que par l'arbitrage fait par le juge entre l'intérêt général et parfois une autre norme à valeur fondamentale[1754], ce qui a pu faire dire à un auteur que « la

---

1748 En ce sens, J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD Civ. 2014, p. 763.

1749 Qualificatif que l'on retrouve assez largement en dehors de la France. Ainsi le droit de propriété est considéré « absolu et exclusif » par l'Allemagne et la Grèce, « plein et exclusif » pour l'Italie ou encore « absolu » pour le Portugal (Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 228, p. 315).

1750 Il résulte de cette opposition la constatation d'une désagrégation de son caractère absolu.

1751 Par exemple, M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 211, p. 220 ; H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7e éd., 1989, n° 1304, p. 17 à 19. Plus récemment et s'opposant pourtant sur la portée de cet article : J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *op. cit.* ; W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.* ; « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27).

1752 M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, thèse, Nice, 2015, n° 580 et s., p. 390 et s., n° 727, p. 493.

1753 M. Rolain, thèse, *op. cit*., n° 727, p. 495.

1754 F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 500, p. 731, 732. Cette observation amène Madame Vern à considérer finalement que « le concept de propriété est donc dépourvu de contenu propre à en borner techniquement le domaine : il a pour seule limite l'extension donnée à la notion de bien par les juridictions et recouvre potentiellement n'importe quel droit personnel ou réel présentant une valeur patrimoniale » (*ibid.,* p. 732).

propriété n'a pas d'essence »[1755]. Sous cette conception, il est donc tout aussi difficile de dégager un ordre public des biens que lorsque l'essence de la propriété est abordée par l'angle de ses caractères.

395. Essence de la propriété et fondement de la propriété civile. Une solution à la détermination de l'essence de la propriété pourrait se dessiner en s'attachant non pas sur son sens technique mais sur l'intention du législateur. En d'autres termes, il s'agit de considérer comme essence de la propriété les éléments qui fondent la propriété civile par opposition au système qu'elle entend rejeter. Sur ce point, il est unanimement reconnu que la conception civiliste de la propriété représentée par l'article 544 du Code civil, avait pour principal objectif de marquer le rejet révolutionnaire de la féodalité[1756]. Sous cet aspect, l'article 544 du Code civil relève plus de l'œuvre politique que d'une construction de la propriété résultant de la technique juridique. On a ainsi pu relever que « la formulation […] visait très probablement à consacrer définitivement l'abolition de la féodalité et l'abandon du *double domaine* au profit d'une conception unifiée de la propriété qui avait triomphé depuis 1789 »[1757]. Ce à quoi on peut ajouter que la deuxième partie de l'article limitant le pouvoir absolu du propriétaire aux lois et règlements marque « la volonté de l'État de rester, pour l'essentiel, le maître du jeu »[1758]. Ainsi épurée, que l'on comprenne l'essence de la propriété civiliste avant tout par un rapport d'exclusivité ou par un pouvoir absolu sur la chose, sa protection nous mènera vers la protection de son unité. Ce qui conduira à s'assurer qu'il ne puisse exister « deux prétentions concurrentes à la souveraineté sur le bien »[1759]. En définitive, se serait retrouvé banni de la propriété civile le double domaine, tant dans sa compréhension purement féodale impliquant les droits seigneuriaux sur les terres[1760] – les fiefs et censives[1761] –

1755 J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *op. cit.*, spéc., p. 787.

1756 Ainsi, cette énonciation fait l'objet d'un véritable consensus. Nous retrouvons cette idée chez les historiens du droit (A.-M. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *op. cit.*, spéc., p. 8 ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, collection « corpus », Economica, 2008, p. 194.), les partisans de la théorie renouvelée (F. Zenati, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 166, p. 261, spéc., p. 263 et 264 ; F. Dumont, thèse, *op. cit.*), ceux de la théorie classique (M.-F. Renoux-Zagamé, *op. cit.*). Plus récemment, la même constatation est faite par l'analyse « structurale » de la propriété (W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.* ; « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27) ou encore celle, « archéologique », qui aboutie à la remise en question du pouvoir souverain du propriétaire et à adopter un nouveau paradigme, selon lequel « la propriété est un droit qui s'adapte non pas tellement aux choses sur lesquelles il porte, mais aux rôles que ces choses jouent dans la société » (J.-P. Chazal, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *op. cit.*, spéc., p. 789; « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », *op. cit.*).

1757 J.-L. Halpérin, *Ibid*. Également ce sens, H. Batiffol, *op. cit.*, spéc., p. 15.

1758 W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », *op. cit.*, spéc., p. 28.

1759 Th. Genicon, *op. cit.*, p. 109, spéc., n° 2, p. 111.

1760 P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 2, *Les biens*, PUF, 1961, n° 88 et s., p. 171.

1761 Pour le résumer de façon très générale, les fiefs et censives impliquaient la concession de la terre à un vassal ou un censitaire par un seigneur, sous contreparties d'obligations attachées à la terre concédée : versement du cens ou

que celle désignant les propriétés simultanées de l'ancien régime[1762]. En retenant cette conception, nous pouvons encore dégager deux lignes directrices différentes qui semblent pouvoir orienter le contenu de l'ordre public des biens. La première est la protection face au risque de retour de la féodalité entraînant l'asservissement par la propriété, la seconde est le refus des propriétés simultanées – cœur du système présent sous l'ancien régime. Dit autrement et dans une conception détachée des enjeux politiques liés au rejet de la féodalité, il s'agit de protéger la souveraineté du propriétaire : d'une part en empêchant que soit créées des obligations réelles, c'est-à-dire des obligations de faire, imposées à la personne en raison de sa qualité de propriétaire ; et d'autre part, en assurant au propriétaire d'un bien la possibilité de recouvrer la somme des utilités que ce dernier peut lui conférer[1763].

395.1. Sur cette base, rien ne semble imposer une indivisibilité absolue de l'étendue verticale du fonds de terre : une telle division n'emporte pas par elle-même la création d'obligations réelles entre les personnes. Quant au retour de l'ensemble des utilités du bien entre les mains de son propriétaire, celui-ci ne s'appliquera pas au fonds de terre initial, mais aux différents biens qui en sont issus en cas de division superficiaire. Nous pourrions néanmoins être tentés de soutenir l'inverse, en se reposant sur l'assimilation des relations inévitables entre les différents propriétaires de l'étendue verticale d'un fonds de terre à des obligations réelles. Cette vision, pourrait trouver son fondement dans l'héritage des personnalistes[1764] repris par les auteurs néo-personnalistes réduisant les droits réels à de simples rapports d'obligations[1765], couplés au courant érigeant les obligations de ne pas faire à titre d'obligation réelle[1766]. Cependant, il nous semble qu'une telle extension de l'obligation réelle procède d'une dénaturation inutile de la notion. En effet, celle-ci doit être limitée aux seules obligations de faire accessoires à la propriété ou au droit réel portant sur un bien[1767] – le

encore allégeance pour le fief. Sur cette question, P. Ourliac, J. de Malafosse, *op. cit.*, n° 82 et s., p. 162 et s.

1762 Sur cette polysémie du terme double domaine, H. Lepage, *op. cit.* ; A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens, op. cit.*, n° 89 et s., p. 106 et s. ; n° 136, p. 162 et s. ; F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 503 et s., p. 734 et s.

1763 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.* Th. Genicon, *op. cit.*, p. 109, spéc., n° 2, p. 111 ; R. Boffa, *op. cit.*, spéc., n° 18, et s., p. 287 et s.

1764 M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 38 et s., p. 42 et s.

1765 S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *op. cit.*

1766 M de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937, p. 247 et s.

1767 J. Dabin, *op. cit.*, spéc., p. 42 ; W. Dross, *op. cit*., n° 131, p. 252. Voir cependant les obligations réelles environnementales, qui s'établissent « indépendamment de tout caractère accessoire à une autre relation », et ne sont constitutives que d'une obligation personnelle *propter rem* (N. Reboul-Maupin, B. Grimonprez, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D. 2016, p. 2074, respectivement p. 2076 et 2077).

respect du droit étant par lui-même assuré par l'opposabilité *erga omnes* des droits réels[1768]. En définitive, les difficultés de définition du contenu de l'ordre public des biens font de ce dernier une justification excessive – voire artificielle – du refus de la propriété superficiaire. Plus généralement, l'argument faisant de l'exclusivité de la propriété un parangon de l'indivisibilité de l'étendue verticale du fonds de terre ne trouve pas approbation par le droit positif.

C. La contradiction du droit réel de superficie sur la chose d'autrui par le droit positif

396. Interprétation spécieuse du droit constitutionnel. La dernière critique pouvant être portée à cette conception restrictive du droit de superficie se trouve dans l'interprétation du droit positif. Le point le plus marquant consiste à conférer à la décision du Conseil Constitutionnel du 21 juillet 1994 une portée générale aboutissant au refus absolu de quelconque propriété superficiaire. Dans sa décision, le juge constitutionnel se borne à énoncer qu' « aucune des dispositions de la loi n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public »[1769]. Cette solution, censée démontrer le principe de l'unité absolue de la propriété de l'étendue du sol, fera dire à Monsieur le Professeur Zenati que « si la création d'un droit de superficie n'est pas translative, c'est que, contrairement à la conception coutumière de ce droit qu'a adoptée la jurisprudence, le droit de superficie pourrait bien ne pas être un droit de propriété »[1770]. L'affirmation n'est cependant pertinente qu'à partir du moment où les conventions prévues par la loi du 25 juillet 1994, dont la constitutionnalité est contrôlée en l'espèce[1771], sont effectivement constitutives d'un droit de superficie. On a ainsi pu critiquer le postulat de départ du raisonnement, pointant le fait qu'aucune des dispositions visées par la loi ne portait sur des conventions établissant un droit de superficie[1772]. À l'inverse de Monsieur le Rudulier, nous pensons cependant que les conventions d'occupation temporaire du domaine public prévues par cette loi peuvent emporter constitution d'un droit de superficie, même si celui-ci doit s'accommoder du régime très protecteur de la domanialité publique[1773]. Néanmoins, c'est l'analyse de la portée de la décision du Conseil

1768 J. Hansenne, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 325, spéc. p. 333 et s. ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10ème éd., 2018, n° 773, p. 701 et n° 878 et 879, p. 781 et 782 ; W. Dross, *op. cit*., n° 131, p. 252.

1769 Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, AJDA 1994, p. 786, note G. Gondouin ; RTD Civ. 1994, p. 956, note F. Zenati.

1770 F. Zenati, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, RTD Civ. 1995, p. 656, spéc., p. 657.

1771 Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public.

1772 En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 86 et s, p. 43 et s, spéc., p. 44. Faisant référence à l'interprétation de Monsieur le Professeur Zenati, l'auteur affirme que « Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse si nous faisons également l'économie d'une question préalable consistant à savoir si un tel texte met effectivement en œuvre le mécanisme du droit de superficie. Or, nous ne le pensons pas ».

1773 Sur ce point, *supra*., n° 49 et s.

Constitutionnel qui nous semble discutable, en ce que la réflexion affirme emporter des conséquences générales sur la nature du droit de superficie. En effet, le contrôle du Conseil Constitutionnel portait sur la question de savoir si la constitution des droits réels sur le domaine public prévue par la loi contrôlée portait ou non atteinte à son principe d'inaliénabilité. Autrement dit, il s'agissait pour le juge de la rue Montpensier de savoir si les droits réels spécifiquement prévus par la loi étaient ou non contraires au principe d'inaliénabilité du domaine public. C'est donc la conformité du régime spécifique de ces droits réels au regard du domaine public qui était discutée, rien de plus. En conséquence, tirer de la conformité constitutionnelle de ces droits de superficie temporaires une interdiction générale de la perpétuité le déclassant de la qualification de propriété semble à tout le moins excessif.

397. Contradiction apportée par le droit positif. En dehors d'une interprétation discutable de la décision précitée, le droit positif affirme de façon franche que le droit de superficie n'est rien d'autre qu'un droit de propriété[1774]. Par ailleurs, il nous faut remarquer que les auteurs à l'origine du développement de la théorie renouvelée ne semblent pas forcément arrêtés sur leur position, ce qui signe les difficultés inhérentes que le rejet radical de la propriété du volume entraîne dans leur conception pourtant très générale de la propriété. À l'occasion de l'étude du caractère perpétuel de la propriété, ces derniers n'hésitent pas à qualifier de « propriété temporaire » la propriété des constructions distinctes du sol « dans le cadre d'un bail superficiaire »[1775]. On peut relever la même contradiction chez Madame Florence Dumont, dont la thèse tend à démontrer l'inexistence de la propriété superficiaire au bénéfice d'un simple droit réel de superficie sur la chose d'autrui. Celle-ci concède néanmoins l'existence d'une telle propriété lorsqu'elle est constituée dans le tréfonds en

1774 *Supra*., n° 397 et s.

1775 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, *op. cit.*, n° 233, p. 379, spéc., p. 380. Un autre indice en ce sens, chez Monsieur le Professeur Zenati, se trouve dans son analyse de l'arrêt du 7 octobre 1998 rendue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Il concède dans sa note à la revue trimestrielle de droit civil (F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, RTD Civ. 1999, p. 142) que la propriété de la terrasse surplombant le fonds d'autrui appartient au propriétaire du bâtiment qu'il prolonge en raison de la réalité architecturale de l'ensemble. Ce point semble déjà constituer une contradiction des affirmations précédentes instituant comme indépassable le principe d'unité de l'immeuble, dès lors que celui-ci, pourtant tiré de la réalité de la pesanteur, ne serait pas contraire, « n'en déplaise à Newton » (spéc., p. 145) à la superposition de propriétés immobilières verticales. Il distingue cependant cette question de l'empiétement de surplomb et de la rupture de l'unité de l'immeuble de façon tout à fait artificielle en prenant comme critère, celui du prolongement du fonds. En d'autres termes, à partir du moment où la partie qui empiète se situe dans le prolongement d'un bâtiment, elle constituerait le prolongement du fonds empiéteur et ferait partie de ce dernier. L'auteur justifie alors l'exclusion du droit de superficie en la matière par le fait que « S'il n'y a pas accession entre la construction et le fonds sur lequel elle déborde, point n'est besoin d'y déroger par un droit de superficie, droit dont la finalité même est de dépouiller le propriétaire de l'extension de son bien par le mécanisme de l'accession » (*ibid.*). Cette affirmation s'oppose cependant à la réalité de la précarité de principe de la propriété de la partie qui empiète et ne parvient pas à expliquer pourquoi, si comme le soutient l'auteur, il n'existe aucune atteinte à l'extension du bien empiété, l'empiétement de surplomb sera toujours sanctionné par la démolition sauf à ce qu'il se trouve consolidé par titre ou usucapion.

raison de l'autonomie de ces dernières et de leur nature immobilière[1776]. L'auteure sera à nouveau ambiguë à l'occasion de son analyse de l'arrêt dit *Caquelard* du 13 février 1834[1777]. Afin d'étayer son argumentation visant à refuser l'impossibilité, pour un droit réel sur la chose d'autrui, d'être perpétuel, Madame Dumont va considérer que le *numerus clausus* des droits réels persiste sous cette forme malgré l'affirmation franche en faveur de la pleine liberté que prononce cet arrêt. À cette occasion, elle précise que « ce n'est pas l'essence du droit qui est visée [par la solution de la Cour de cassation], mais son objet »[1778]. Elle poursuit son raisonnement en défendant l'idée que la division spatiale de l'immeuble en propriétés résultant *in fine* par cet arrêt ne serait pas contraire au caractère absolu de la propriété ni à l'exclusivité qu'elle implique[1779]. La contradiction apparaît cependant de façon assez franche : afin de justifier l'impossibilité pour un droit réel sur la chose d'autrui d'être perpétuel, elle accepte l'idée que l'arrêt *Caquelard* établisse une propriété superficiaire perpétuelle – qu'elle rejette pourtant dans la majeure partie de ses développements au profit de la qualification de droit réel sur la chose d'autrui. Il résulte de son raisonnement que, pour justifier l'impossibilité d'un droit réel sur la chose d'autrui perpétuel, il lui faut interpréter la jurisprudence comme admettant l'existence d'une propriété superficiaire, ce qui va pourtant à l'encontre de la démonstration qu'elle soutient[1780].

398. Confirmation apportée par le développement des droits réels sur la chose d'autrui « longue durée ». Dans le même temps, remarquons que le droit positif fait état d'une liberté de plus en plus importante dans l'établissement des droits réels sur la chose d'autrui, par l'intégration de droit réel de jouissance exclusif perpétuel[1781], du recours désormais fréquent au droit réel de

1776 F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 272, p. 309 et s. Indépendamment de la négation de la nature immobilière d'un volume immobilier qui, même non construit, est pourtant difficilement contestable (*infra*., n° 425 et s.). L'argument est difficilement recevable au regard de la théorie qu'elle défend : l'autonomie d'une portion de tréfonds individualisée sera, sauf dans des cas très exceptionnels qui ne constituent pas les limites de son exception, la même que celle d'une propriété superficiaire de surface, celle-ci nécessitant l'établissement d'un réseau de servitudes.

1777 Cass. Req. 13 février 1834, *S.* 1834, I, p. 205 ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, Dalloz, 12e éd., 2007, n° 65.

1778 F. Dumont, thèse, *op. cit*., n° 365, p. 417.

1779 *Ibid.*

1780 En réalité, elle aurait pu être tentée de relativiser la remise en question du *numerus clausus* par cet arrêt en remarquant que le sol avait été déclaré en indivision entre les parties. Une fois cette constatation faite, on a en effet pu en déduire que « le partage des utilités entre eux [les parties au litige] ressortissait bien moins à la technique du démembrement qu'à celle d'un simple partage en jouissance des fruits et produits de la chose indivise » (W. Dross, « L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel ? », note sous Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, RTD Civ. 2013, p. 141, spéc., p. 142). Cette constatation couplée à l'ancienneté de l'arrêt en cause pourrait, selon Monsieur le Professeur Dross, remettre en question la portée de son affirmation. Il est néanmoins possible de remarquer qu'une telle affirmation, rendue dans un contexte où elle n'apparaît pas indispensable, voir inutile, peut également être la marque de la volonté affirmée de la Cour de cassation comme peut le montrer la pratique – dont ne relève cependant pas la solution d'espèce – de l'*obiter dictum*.

1781 Cass. civ., 3ème, 4 mars 1992, n° 90-13.145, D. 1992, p. 386, note Ch. Atias ; RDI 1992, p. 240, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; Defrénois 1992, 1140, note H. Souleau, RTD Civ. 1993, p. 162, note F. Zenati ; Cass. civ., 3ème, 17 juin

jouissance spéciale[1782], ou encore de droit réel simplement qualifié de perpétuel[1783]. Ces arrêts, par la grande souplesse qu'ils autorisent quant à la durée des droits réels[1784], sont difficilement conciliables avec la théorie qui s'attache pour partie à maintenir une forme de *numerus clausus* des droits réels centré sur la durée du droit[1785]. En effet, la possibilité de prévoir un droit réel sur la chose d'autrui pour une durée calquée sur la durée de vie d'une personne morale ou supérieure à celle d'une personne physique semble en opposition totale avec la théorie renouvelée, qui, par l'affirmation de l'unité indépassable de l'étendue verticale du sol, tend à limiter la persistance de la privation des utilités attachées à ce dernier lorsqu'elles sont consenties au bénéfice de personnes juridiques. Ainsi, la conséquence de l'application excessivement stricte de la théorie renouvelée de la propriété et son décalage avec les solutions de droit positif, amènent une partie de ses partisans à

1997, n° 96-10.506 ; Cass. civ., 3ème, 24 octobre 2007, n° 06-19.260, RTD Civ. 2008, p. 693, note Th. Revet ; Cass. civ., 3ème, 2 décembre 2009, n° 08-20.310, qui affirme par exemple que : « si le seul droit de jouissance exclusif sur un ou plusieurs emplacements de stationnement ne conférait pas la qualité de copropriétaire, son titulaire bénéficiait néanmoins d'un droit réel et perpétuel ». Plus récemment, voir : Cass. civ., 3ème, 25 février 2016, n° 15-13.105 ; Cass. civ., 3ème, 15 décembre 2016, n° 15-22.583.

1782 Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 ; Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 14-10.013 ; Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953 ; Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, JCP G 2021, 462, note N. Kilgus.

1783 Cass. civ., 3ème, 6 mars 1996, n° 93-17.424, RDI 1996, p. 536, obs. J.-L. Bergel. Bien que dans cet arrêt, la Cour de cassation qualifie le droit en cause de « charge », elle effectue une distinction franche avec la notion de servitude, ce qui induit que le droit litigieux ne pouvait être qualifié que de « simple » droit réel sur la chose d'autrui. Également en ce sens, Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, n° 89-21.866.

Dernièrement, voir Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, n° 17-17.240, JCP G 2018, p. 892, note L. Jariel ; JCP G 2018, 893, note H. Périnet-Marquet ; Loyers et copro., juillet 2018, n° 7-8, comm. 182, note Ch. Coutant-Lapalus ; RLDC 2018, n° 164, novembre 2018, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet ; RTD Civ. 2018, p. 712, note W. Dross ; RDC 2018, n° 115n4, p. 454, note F. Danos ; Droit et Pat. 2019, n° 287, janvier 2019, p. 41, spéc., p. 49, obs. J.-B. Seube. À l'occasion de cette affaire, la Cour de cassation affirme « qu'est perpétuel un droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot ».

1784 L'enchaînement rapproché des décisions rendues par la Cour de cassation en la matière peut rendre la compréhension du droit positif sur ce point complexe. La prudence invite à ne pas exagérer la portée des arrêts acceptant la perpétuité des droits réels sur la chose d'autrui (ceux-ci relevant de situations particulières de droits consentis à une collectivité de personnes résultant souvent de pratique antérieure au régime du Code civil, ou du cadre spécifique de la copropriété dans lequel ces droits sont un accessoire d'un lot permettant la jouissance privative d'une portion de partie commune ou caractérisent une relation de lot à lot rappelant le régime des servitudes). Une fois sorti de ce cadre, la jurisprudence semble surtout avoir caractérisé les limitations de durée autrefois considérées d'ordre public émanant des articles 619 et 625 du Code civil comme de simples dispositions subsidiaires dès lors que l'on sort du cadre de l'usufruit. En conséquence, la limitation à une durée viagère ou trentenaire du droit réel sur la chose d'autrui – selon qu'il est consenti à une personne physique ou morale – pourra être dépassée dès lors qu'une durée alternative sera prévue conventionnellement. Cette présentation laisse néanmoins en suspend la question des délais d'extinction très lointains. Si cela n'a pas semblé déranger la Cour de cassation lorsqu'elle a considéré qu'un droit réel de jouissance spéciale consenti à une fondation – renouvelable indéfiniment – était valable (Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, *op. cit.*), cette possibilité emporte les réserves de la doctrine (en ce sens, N. Kilgus, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, JCP G 2021, 462).

1785 Voir pourtant, F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067, n° 3 : « C'est d'ailleurs par rapport à ce seul caractère de perpétuité que doit être appréciée la liberté de création des droits réels et non par rapport à un principe de *numerus clausus* des droits réels dont l'existence n'a jamais été expressément reconnue ».

remettre en cause la restriction du droit de superficie à n'être qu'un droit réel sur la chose d'autrui en acceptant ouvertement l'idée d'une propriété superficiaire[1786].

399. Conclusion de section. Prenant acte de la primauté du fonds de terre sur la superficie, certains auteurs ont pu considérer que le droit de superficie ne pouvait être qualifié que de droit réel sur la chose d'autrui. Cette approche est aujourd'hui principalement attachée à la théorie renouvelée de la propriété qui se fonde sur une lecture stricte de l'exclusivité de la propriété attachée au fonds de terre, lui imposant en conséquence un propriétaire unique. L'étendue verticale du fonds de terre ne pourrait être divisée entre plusieurs propriétaires en raison des inévitables relations que cela entraînerait pour les personnes concernées, situation qui serait contraire à l'exclusivité de la propriété. Cette position radicale est cependant justifiée par des arguments dont l'étude révèle les imperfections. L'analyse historique ne semble pas pouvoir justifier le rejet de la propriété superficiaire, tout comme l'appel à l'ordre public des biens. Enfin, malgré quelques hésitations datant du XIXe siècle, le droit positif démontre une constance dans la reconnaissance de la propriété superficiaire.

Section 2. L'indépendance de principe du volume immobilier, fonds superficiaire

400. Conséquence du lien avec le sol. À partir du moment où l'on reconnaît la propriété superficiaire, plusieurs options sont envisageables. La première est d'adopter une lecture très libérale et d'accepter que le volume d'espace est un bien faisant l'objet d'un droit de propriété indépendant. Cela nous ramène finalement à la présentation tout à fait classique du droit de superficie, à laquelle on ajoute que la superficie est caractérisée par un volume d'espace. Ainsi, en s'en tenant à une présentation sommaire et classique du droit de superficie, la plupart des auteurs le qualifient de droit de propriété totalement indépendant de celui du fonds, issu de la renonciation à l'accession par le propriétaire de ce dernier[1787]. La propriété superficiaire est alors assimilée à une propriété tout à fait classique, dénuée de particularité[1788]. Une telle conclusion est effectivement

---

1786 En ce sens, voir notamment : F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953, RDC 2017, n° 1, p. 123 ; J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 117 et s., p. 118 et s.

1787 M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 330 ; Ch. Aubry, Ch. Rau, *Droit civil français*, tome II, par P. Esmein, librairies techniques, 7e éd., 1961, n° 372 ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les biens*, Sirey, 2e éd., 1980, n° 177, p. 236. J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 141 et s., p. 152 et s., n° 376, p. 348 ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019, n° 298, p. 347.

1788 P. Ourliac, note sous Cass. civ., 3ème, 6 mars 1991, JCP G 1992, I, 21890, p. 251, spéc., p. 252. Déjà en ce sens, E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, n° 468, p. 350.

tentante, dès lors que l'on se détache de la confusion du droit et de l'objet : le droit de propriété qui s'applique sur le bien superficiaire va simplement s'adapter aux particularités de son objet. Par ailleurs, ce sont les particularités de ce dernier qui viennent assurer que le volume immobilier ne peut s'apparenter à un fonds de terre. En définitive, la propriété superficiaire est *a priori* un droit de propriété ordinaire appliqué à un objet qui l'est moins : une portion d'immeuble enclavée au sein d'un fonds de terre qui appartient à un autre propriétaire. Cependant, cette situation d'enclave, inhérente au volume immobilier, invite à questionner les relations que va devoir entretenir ce dernier avec le fonds de terre dont il est issu. Ces relations, en particulier leurs intensités, ont été au cœur de la critique de la théorie dite moniste du droit de superficie, jugée trop simpliste par une partie de la doctrine. Ils ont alors pu qualifier la propriété superficiaire de propriété imparfaite[1789] en raison de l'impact que ces relations peuvent avoir sur l'autonomie de l'exercice du droit de propriété.

401. Plan. La constatation de la primauté du fonds de terre sur celui-ci devrait nous amener à considérer que l'existence d'une relation avec ce dernier s'avère indispensable (Paragraphe 1). Pourtant, dès lors que l'on recentre le volume immobilier sur ce qu'il est à l'origine – une portion d'espace déterminée par des côtes géométriques – rien ne semble s'opposer à lui reconnaître une indépendance de principe (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La recherche d'un modèle explicatif de la persistance du lien avec le sol : la tentation du constat d'une relation de principe entre superficie et fonds de terre

402. Plan. S'inscrivant dans un paradigme imposant une enveloppe matérielle tangible au bien immeuble, la conception dite « dualiste » du droit de superficie[1790] a contribué à mettre en lumière les relations entre la superficie et le fonds de terre (A). Partant du principe selon lequel la propriété ne peut exister qu'en présence de la possibilité d'un exercice effectif de celle-ci, de nombreux auteurs ont déduit des relations entre le propriétaire de la superficie et celui du fonds de terre, la

1789 En ce sens, M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905, p. 443, spéc., n° 90, p. 492. *Contra.*, S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse, Paris IX, 2007, qui assimile indirectement le volume à une propriété parfaite en rappelant qu'une propriété imparfaite est « toujours […] amputée d'une partie de ses prérogatives » (n° 2, p. 6) et ne peut correspondre « ni à un démembrement du droit de propriété, ni à une dissociation de son objet » (n° 303, p. 235). Il appliquera ces principes à la propriété superficiaire en lui conférant la qualification de propriété parfaite, qu'il soit perpétuel (n° 59 et s., p. 55 et s.) ou temporaire (n° 67, p. 60).

1790 Cette qualification provient des travaux de Monsieur le Professeur Bertrel afin de rendre compte du double élément qu'il propose dans son analyse du droit de superficie – en opposition à l'analyse majoritaire – ne voyant dans ce droit qu'une simple superposition de droits de propriété pleinement indépendants. Voir, J.-P. Bertrel, *Le bail à construction. Titre constitutif d'un droit de superficie*, thèse, Tours, 1981, p. 281.

subordination de la superficie à l'existence d'un droit sur le sol (B). Cette constatation emporte des conséquences difficilement surmontables pour la pérennité des propriétés superficiaires (C).

A. La mise en lumière des relations entre la superficie tangible et le fonds de terre par la théorie dualiste

402.1. Si la théorie dualiste semble se limiter au seul droit de construire en l'absence de construction (1), elle procède en réalité d'une volonté plus large de conceptualisation des relations entre le superficiaire et le tréfoncier (2).

1. La théorie dualiste et la mise en avant du seul droit de construire

403. Rappel de la conception moniste du droit de superficie. Les zélateurs de la théorie moniste du droit de superficie s'attachent à relever l'identité parfaite de droit entre le tréfoncier et le superficiaire. Le fondement de leur affirmation est double et repose tant sur l'article 552 du Code civil que de son article 553[1791]. Cette indifférence de fondement, déjà constatée[1792], se comprend largement au regard de la justification avancée. Elle consiste en effet à tirer les conséquences du possible renversement des présomptions prévues par les articles 552 et 553 du Code civil. Ainsi, lorsque la jurisprudence rappelle que l'étendue de la propriété prévue par l'article 552 est une simple présomption[1793], cela signifie *a contrario* qu'une appropriation distincte entre plusieurs personnes est possible[1794]. La même conclusion est issue de l'étude de l'article 553 du Code civil. Ce dernier dispose que « toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment ». Il ressort de cet article que le propriétaire du sol est présumé avoir élevé à ses frais les éléments présents sur son fonds et qu'il en est propriétaire. La doctrine moniste en a déduit une nouvelle fois que si la présomption de propriété peut être combattue, c'est finalement que le Code civil permet à un autre que le propriétaire du sol d'être propriétaire des éléments qui s'y trouvent[1795]. Ainsi se

1791 Par exemple, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 84.

1792 En ce sens, W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. unique, n° 53 ; D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 509 et s., p. 552 et s.

1793 *Supra*., n° 291.

1794 En ce sens H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse, Poitiers, 1979, p. 154. L'auteur adoptera cependant à l'issue de son étude du droit de superficie une vision plus proche de conception dualiste (p. 155 et 156) ; N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 87, p. 44 et s.

1795 E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, n° 461, p. 345 ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard,

trouve justifiée l'existence du droit de superficie par le Code civil, mais également sa nature : un droit de propriété identique à celui du tréfoncier[1796]. Si la théorie moniste s'attache donc simplement à qualifier de propriété le droit de superficie tout en cantonnant au second plan les relations qu'entretiennent tréfoncier et superficiaire, certains auteurs pointent le fait qu'une telle présentation échoue à rendre compte avec précision de l'étendue des droits et obligations entre les différents propriétaires superposés[1797]. À ces insuffisances, certains opposent la nature complexe du droit de superficie qui passe d'un droit réel – ou personnel – sur la chose d'autrui en l'absence de tout élément matériel pouvant le constituer[1798], à celui de droit de propriété portant sur les ouvrages

LGDJ, 1952, n° 331, p. 325. Les auteurs fondent également la légalité de la propriété superficiaire sur l'article 664 ancien du Code civil, en vigueur à l'époque (Voir notamment, E. Larcher, thèse, *op. cit*., n° 462, p. 345).

1796 Voir notamment, C. Ibled, *Le droit de superficie en droit français*, thèse, Sirey, 1931, n° 17, p. 71 (à noter que cet auteur ne se limite pas à cette présentation, mais fait également état de l'existence d'un droit réel de construire en l'absence de toute construction le rapprochant fortement de la théorie dualiste. En ce sens, voir D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 508, p. 551) ; G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les biens*, Sirey, 2e éd., 1980, n° 177, p. 236 ; H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7e éd., 1989, n° 1361, p. 112.

1797 En ce sens, D. de Lataulade, A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », Gaz. Pal., 1974, I, doctr., p. 436 ; H. Périnet-Marquet, thèse, *op. cit.*, p. 155 ; J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 146 et s., p. 158 et s. ; J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737, spéc., p. 769 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 91 et s., p. 96 et s.

1798 Il convient de préciser à ce propos que des divergences doctrinales sont apparues relativement à la nature du droit sur le sol attaché à la propriété superficiaire. Certains avaient imaginé qu'en l'absence de construction le droit concédé au superficiaire sur le sol d'autrui ne pouvait être qualifié que de personnel. Ils ont alors attribué à ce dernier une nature évolutive, passant de personnelle en l'absence de toute construction à réelle dès que celle-ci est édifiée (P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* Rapport du 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 539, spéc., p. 610 et s.). D'autres, faisant état des difficultés de détermination du moment de changement de nature, ont préféré lui attribuer une nature immanquablement réelle (voir notamment, J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 356 et s. ; Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983, n° 241, p. 133). Il est enfin également possible de relever l'opinion d'un auteur, qui maintient la qualification de droit personnel en acceptant qu'un tel droit puisse produire un effet réel (Th. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes qualifications », RTD Civ 2006, p. 1, spéc., n° 44, p. 24). L'intérêt de cette question intervient sous deux aspects : celui des garanties envisageables pour le titulaire du droit (Ch. Goyet, thèse, *op. cit*., n° 262, p. 144) et celui de la justification de la propriété des constructions. Certains ont exclu le fait qu'un droit personnel puisse entraîner création d'un droit de propriété sur la construction.

Concernant le premier point, les dispositions relatives aux baux de longue durée ont pu spécifier la nature réelle du droit et la possibilité de les hypothéquer. En outre, l'article 2420, 3° du Code civil a pu clarifier les choses en autorisant de façon générale l'hypothèque sur l'immeuble à venir de celui qui a « un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui ». À noter que la réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021 est venue supprimer cet article, tout en intégrant un nouvel article 2414 du Code civil disposant de façon générale que : « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs » (entrée en vigueur le 1er janvier 2022).

Concernant le second point, il est ancré dans une conception erronée de l'accession, la définissant comme un mécanisme automatique. L'accession étant un mécanisme de résolution des conflits de propriété (W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 215 et s., p. 217 et s.), sa mise en œuvre devrait être retardée à la fin de la jouissance sur le sol du constructeur. En d'autres termes, le constructeur est propriétaire des édifices, car il les a réalisés à ses frais et dans son propre intérêt (P. Lévie, thèse *op. cit*., n° 63, p. 178 ; W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 217, p. 219, spéc., p. 220), indifféremment de la nature du droit qui autorisait sa jouissance sur le sol.

qui en sont l'objet. La conception dualiste se cristallise donc – à tout le moins en apparence – principalement sur un unique point : le refus de la propriété du volume d'espace.

404. La théorie dualiste du droit de superficie : l'apparence d'une justification centrée sur le seul rejet du volume d'espace. Dans un premier temps, la théorie dualiste du droit de superficie apparaît bien plus centrée sur le rejet du volume d'espace que dans la représentation des relations entre tréfoncier et superficiaire.

404.1. L'exemple symptomatique de cette constatation se retrouve dans les célèbres réflexions de Monsieur le Professeur Goubeaux à propos du volume immobilier. Dans cet article, l'éminent auteur remarque que la représentation volumique du droit de superficie est insatisfaisante et, à la marge, qu'il est préférable de voir dans ce dernier un droit complexe qui se compose de deux droits distincts. Il décomposera alors le droit de superficie ainsi : « 1° un droit de construire ou de planter, prérogative tirée de la propriété du sol ; 2° un droit – réel – de propriété des ouvrages ou des végétaux – une fois celui-ci édifié »[1799]. À l'énoncé de la proposition, la position dualiste semble avant tout constituer un simple palliatif à l'absence de propriété du volume d'espace qui apparaît nécessaire en l'absence de toute construction[1800]. En effet, dans l'hypothèse où la propriété du volume d'espace serait reconnue, il n'y aurait nullement besoin d'un droit de construire sur le terrain d'autrui dès lors qu'il s'exercerait au sein du volume concerné, celui-ci pouvant être constitué de l'intégralité de l'espace du dessus et d'une portion de la croûte terrestre nécessaire à son établissement. D'un point de vue théorique, il n'y aurait donc pas de concurrence ni de conflit entre le volume et le fonds[1801]. À l'appui de cette théorie – et Monsieur Goubeaux ne manque pas de le souligner – rien n'empêche à la portion de sol nécessaire aux fondations de faire partie du

1799 G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n° 23, p. 293, note 43. Éléments repris ensuite par J.-P. Bertrel, *op. cit*., spéc., p. 771. Également en ce sens, P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *op. cit.*, p. 539, spéc., p. 611 ; P. Berlioz, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, n° 1335 et s., p. 413 et s.

1800 Cette conception a pu être retenue par les juges du fond. En ce sens, Versailles, 17, novembre 2011, n° 10/02036. Dans cette affaire qui portait sur un litige entre plusieurs co-volumiers, la cour rappelle que l'un des volumes litigieux consistait initialement en un « droit à construire ». Elle poursuit en proposant une définition de la division en volumes qu'elle présente comme une division de « la propriété d'un immeuble en fractions distinctes ou lots en toute propriété, sur le plan horizontal comme sur le plan vertical, à des niveaux différents, qui peuvent se situer en dessus [*sic*], comme en dessous du sol naturel, chaque fraction s'inscrivant dans l'emprise de volumes définis géométriquement ».

1801 B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie,* n° 15. À noter que ces propos sont rendus dans le cadre de l'exposition de la théorie moniste et ne reflètent pas la position de l'auteur sur ce point.

volume destiné à être édifié ou planté[1802]. Ainsi, c'est avant tout la négation du volume d'espace[1803] – et accessoirement l'absence d'opportunité d'une compréhension du droit de superficie comme de la superposition de volumes[1804] – qui semble justifier cette lecture du droit de superficie par l'auteur. En d'autres termes, si son analyse du droit de superficie entend marquer l'existence d'une relation entre le superficiaire et le tréfoncier, ce serait avant tout en raison de l'inexistence du volume d'espace et de son inopportunité. *A contrario*, on pourrait soutenir que cette analyse n'aurait pas lieu d'être maintenue en cas de reconnaissance du volume d'espace.

404.2. Une conclusion similaire pourrait émaner des propos de Monsieur le Professeur Bertrel sur le droit de superficie. Celui-ci aboutit peu ou prou aux mêmes conclusions que Monsieur le Professeur Goubeaux. Son raisonnement part cependant non pas du simple refus du volume d'espace, mais d'une interprétation exégétique de l'article 553 du Code civil. Il commence par rappeler que cet article pose expressément deux présomptions : la première est que le propriétaire du sol est présumé avoir édifié les constructions ou les plantations ; la seconde est que les constructions et plantations ainsi édifiées appartiennent par principe au propriétaire du sol. À la lecture de ces articles, Monsieur Bertrel rappelle que la première présomption est tirée du fait que le droit de construire est un attribut – c'est-à-dire, une utilité – du droit de propriété. Selon lui, elle entraîne donc le fait « qu'un autre que le propriétaire foncier (le superficiaire) peut se voir accorder cet attribut – le droit de construire »[1805]. Il remarque ensuite que la seconde présomption pouvant – comme la première – être combattue, il faut donc en déduire « qu'un autre que le propriétaire foncier (le superficiaire) peut devenir propriétaire des constructions édifiées, il a alors sur ces constructions un droit réel de même nature que le droit de propriété »[1806]. Il déduit de l'article 553 du Code civil que le droit de superficie ne peut exister que si les deux présomptions sus-citées sont combattues. En conséquence, cela impose selon lui d'intégrer immanquablement le droit de construire sur le fonds d'autrui comme partie intégrante du droit de superficie[1807]. Bien que justifié par un axe différent, le dualisme de la propriété superficiaire se retrouve encore une fois centré sur

1802 Ainsi, la ligne de démarcation entre les volumes sera constituée d'une ligne correspondant à l'extrémité des fondations ou des racines. En ce sens B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie,* n° 18.

À noter que le caractère partiellement corporel – au sens tangible – du volume immobilier ne viendrait pas plus justifier la propriété de la portion d'espace qu'il comporte, l'auteur rejetant de façon générale la question de la propriété géométrique abstraite d'espace. Pour le détail des raisons de ce rejet, G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 17 et s., p. 289 et s. Sur la pertinence de cette position, *infra.*, n° 418 et s.

1803 G. Goubeaux, *op. cit*., spéc., n° 17 et s., p. 289 et s.

1804 G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 23, p. 293, note 43.

1805 J.-P. Bertrel, *op. cit.*, p. 770.

1806 *Ibid.*

1807 *Ibid.*

le droit de construire et pourrait alors être totalement écarté par la seule reconnaissance du volume d'espace.

2. La volonté de conceptualisation des relations entre superficiaire et tréfoncier

405. La théorie dualiste du droit de superficie : la mise en lumière des relations entre superficiaire et tréfoncier. Pourtant, résumer la théorie dualiste par la seule présence d'un droit de construire s'avère fortement réductrice des propos des auteurs sus-cités ainsi que de l'objectif poursuivi par la théorie dualiste. Elle occulte en réalité la portée conférée au droit de construire dans cette théorie, qui consiste avant tout à rendre compte, de la façon la plus générale possible, du rapport existant entre la propriété des édifices et celle du sol. En ce sens, le droit de construire constitue alors en réalité le socle des droits organisant la relation primaire entre le superficiaire et le tréfoncier[1808].

405.1. Dans les propos de Monsieur le Professeur Goubeaux, plusieurs éléments invitent en effet à penser que c'est avant tout pour des questions de format rédactionnel que ces éléments n'ont pas été développés[1809]. Tout d'abord, nous pouvons remarquer que cette lecture dualiste du droit de superficie avait déjà été esquissée dans sa thèse, lorsqu'il remarque « qu'il n'est pas possible d'exercer une maîtrise sur la construction sans, en même temps, utiliser le sol »[1810]. Ainsi, s'il ne remet pas en cause l'existence de la propriété superficiaire[1811], il n'oublie cependant pas l'augmentation de l'intensité des relations entre propriétaires voisins que cela implique[1812]. En conséquence, la présentation du droit de superficie qu'il propose dans l'article précité[1813] pourrait être directement inspirée du constat selon lequel sans droit sur le sol, aucune propriété superposée n'est envisageable[1814]. Surtout, on comprend les problèmes sous-jacents que l'éminent auteur entrevoit par la double justification de sa vision du droit de superficie. Celle-ci consiste non seulement à constater le refus du volume d'espace mais également, à relever l'inopportunité d'une

1808 On pourrait souligner que l'utilisation du droit de construire dans ce sens est impropre en remarquant, comme le fait Monsieur le Professeur Dross, que le droit de construire ne sert finalement qu'à déterminer la licéité de l'opération permettant de justifier ou non la démolition de l'ouvrage édifié et reste, en conséquence, indifférent de la nature du droit de superficie. Voir sur ce point, W. Dross, « La défense du droit de propriété ne saurait jamais dégénérer en abus. Sérieusement ? », note sous Cass. civ., 3ème, 15décembre 2016, RTD Civ. 2017, p. 423 ; « L'article 8 de la conv. EDH et la construction entièrement édifiée sur le sol d'autrui », note sous Cass. civ., 1re, 17 mai 2018, RTD Civ. 2018, p. 708.

1809 G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 5, p. 282.

1810 G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969, n° 189, p. 271.

1811 G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 14, p. 287 et 288.

1812 G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 4, p. 281.

1813 G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *op. cit.*

1814 Également en ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 503, p. 546.

présentation volumique du droit de superficie. Il rappelle ainsi qu'il serait plus réaliste « de situer le plan séparatif des deux volumes à une certaine profondeur en-dessous [*sic*] de la surface du sol »[1815]. Puis, il admet qu'une telle séparation serait inopportune en raison des difficultés à déterminer les critères de fixation de « l'épaisseur de la couche de terre rattachée à la superficie »[1816]. Ici, ce ne sont pas les problèmes liés au caractère corporel – au sens tangible – ou incorporel du volume immobilier, ni même ceux propres aux capacités techniques de délimitation précise des volumes, qui sont visés. Ce sont bien ceux liés à la détermination des éléments justifiant l'étendue de la délimitation. Ce questionnement renvoie donc à une véritable interrogation sur l'impact des relations entre les propriétaires sur la détermination de leur objet de propriété. En d'autres termes, il s'agirait de déterminer quelles sont les prérogatives ouvertes au superficiaire devant être traduites comme l'exercice de son droit de propriété sur son bien – étant par ce fait compris dans une portion d'espace de propriété – par opposition à celles qu'il tiendrait d'un autre droit et qui s'exerceraient sur la propriété du tréfoncier. Face à cette question, l'auteur préfère la solution consistant à limiter la propriété aux objets matériels – on évite ainsi toutes difficultés propres aux délimitations géométriques abstraites – laquelle est obligatoirement complétée par l'octroi de droits réels sur le fonds support.

405.2. La même conclusion doit être faite concernant l'analyse de Monsieur Bertrel. Bien que la solution qu'il propose soit centrée sur le droit de construire, c'est bien l'ensemble des relations entre tréfoncier et superficiaire qui est visé. Cette position ressort d'abord lorsque l'on s'attarde sur les objections dirimantes à la théorie moniste faite par l'auteur. Celles-ci sont constituées d'une critique faite à la pratique des propriétés superficiaires temporaires et de l'« irréalisme physique et juridique » d'une conception faisant l'impasse sur les relations entre volumes superposés. Il rappelle ainsi qu' « on ne peut logiquement concevoir un droit de propriété sur la construction, sans un droit sur le sol qui lui serve de support »[1817]. Surtout, la position de l'auteur apparaît lorsqu'il affirme que le titulaire d'un droit de superficie doit nécessairement se voir attribuer le « monopole d'exploitation » sur le fonds en cause[1818]. Par l'introduction de cette notion, dont serait notamment tiré le droit de construire[1819] et qui justifierait que la propriété des constructions revienne par accession à son titulaire[1820], l'auteur met en exergue les relations qu'il considère inévitables entre le propriétaire superficiaire et celui du fonds de terre. La théorie dualiste, parce qu'elle n'a d'autre but

1815 G. Goubeaux, *op. cit.*, spéc., n° 23, p. 293, note 43.

1816 *Ibid.*

1817 J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 283. Dans le même sens, H. Périnet-Marquet, thèse, *op. cit*., p. 155 et 156.

1818 J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 75 et s.

1819 J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 306.

que mettre en lumière l'existence des indispensables relations entre superficie et fonds de terre, est en réalité bien plus ancienne et étendue.

B. La constatation généralisée de la nécessité d'un lien entre la superficie et le fonds de terre

406. Prémisse de la conception dualiste du droit de superficie. La théorie dualiste de la propriété superficiaire prend donc naissance dans la constatation des relations *a priori* inévitables qui existent entre le bien superficiaire et le fonds de terre. Il est impossible – même par la voie fictionnelle du droit – de conférer une parfaite autonomie des biens immobiliers superposés lorsque ceux-ci s'incarnent matériellement. La raison est simplement que les lois de la pesanteur n'ont pas encore été défiées avec efficacité. Cette constatation est bien évidemment partagée par les auteurs attribuant au droit de superficie la seule qualification de droit réel sur la chose d'autrui[1821]. Elle est pourtant bien plus ancienne et n'est pas tant issue d'une compréhension stricte de la toute puissance du propriétaire que de la simple traduction de l'inévitable. Ainsi, les liens entre le superficiaire et le propriétaire du fonds furent transposés sous diverses formes par les auteurs. La plupart soulignent la nécessité d'articuler la propriété superficiaire avec le fonds de terre au sein duquel elle est enclavée. Ainsi, Proudhon énonce dès 1826 que : « la superficie comprend elle-même deux choses constitutives de sa nature propre. Elle comprend d'abord la construction qui est incorporée au fonds […] Elle comprend en second lieu une participation au droit de propriété du sol même, parce que c'est là le fondement dans lequel la superficie ne pourrait exister réellement ni être conçue en idée »[1822]. L'auteur ne qualifie pas directement cette « participation au droit de propriété du sol », mais il exclut l'idée d'une indivision en rappelant l'exclusivité de l'appropriation de chaque élément. En conséquence, il écarte toute action en partage[1823]. Il résulte de ses propos que Proudhon avait déjà identifié la particularité inhérente au droit de superficie – une relation inévitable avec le propriétaire du fonds – tout en qualifiant de façon franche le droit de superficie de propriété. Ainsi, Proudhon énonce que « par la constitution de superficie le sol appartient entièrement à l'un, et l'édifice entièrement à l'autre »[1824].

1820 J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737, spéc., p. 754 et s. Pour une critique de cette approche en ce qu'elle procède du principe erroné selon lequel l'accession est par nature automatique, W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 410-2, p. 757 et 758.

1821 *Supra.*, n° 384 et s.

1822 J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, et de superficie, tome VIII, Dijon – V. Lagier, 1825, n° 5719, p. 548, spéc., p. 549.

1823 J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 5739, p. 575, spéc., p. 576.

1824 *Ibid.*

407. Prémisse issue des propriétés simultanées de l'ancien régime. Sur la question de l'identification de la nature de la participation au droit de propriété du sol, Proudhon a pu affirmer qu'il s'agissait de la jouissance d'un sol qui ne lui appartient pas[1825], qualifiée « de droit réel dans le fonds d'autrui »[1826]. Pour autant, cette qualification doit être mise en perspective avec la prise en compte du collectif dans son approche globale de la notion de propriété. Désormais définie par son absoluité, la propriété civiliste cohabite chez Proudhon avec la propriété simultanée et se retrouve, dans les grandes lignes, dans la distinction entre propriété parfaite et imparfaite[1827]. Si cette cohabitation est utile à l'auteur lorsqu'il s'attache à conceptualiser les différents partages d'utilités et autres systèmes coutumiers ayant survécu à l'entrée en vigueur du Code civil, elle jette un voile d'incertitude sur la nature exacte qu'il entend conférer au droit de superficie. Ainsi, même en excluant sans réserve toute indivision de la propriété superficiaire, Proudhon concède néanmoins que les éléments communs et indispensables d'un ouvrage divisé entre plusieurs propriétaires se trouvent impérativement en situation d'indivision forcée perpétuelle[1828]. Plus encore, bien que qualifiant expressément la superficie de propriété, il l'assimilera cependant parfois à un démembrement[1829], alors qualifié de propriété imparfaite[1830]. Puisque l'auteur accepte sans difficulté la propriété des droits[1831], ses propos pourraient être lus comme une simple reconnaissance du droit de superficie à titre de droit réel sur la chose d'autrui. Cependant, ce rapprochement ne peut être seulement issu de l'acceptation de la propriété des droits à partir du moment où il rappelle à de nombreuses reprises que l'objet même de propriété s'avère modifié[1832].

1825 J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, et de superficie, tome I, Dijon – Douillier, 1823, n° 117, p. 141, spéc., p. 142.

1826 *Ibid.*

1827 J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome I, Dijon – V. Lagier, 1839, n° 13, p. 15. Voir également dans le même sens, Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, tome III, Paris – Warée, 1811, n° 92, p. 75 : « on divise la propriété en deux espèces : Propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; Imparfaite lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés ».

1828 J.-B.-V. Proudhon, *op. cit.*, n° 699, p. 298.

1829 Ainsi, il a pu assimiler le droit de superficie à une servitude ou encore un usufruit.

1830 J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome II, Dijon – V. Lagier, 1839, n° 696 et s., p. 295 et s.

1831 J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome I, Dijon – V. Lagier, 1839, n° 11, p. 14.

1832 Par exemple, J.-B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome II, Dijon – V. Lagier, 1839, n° 696, spéc., p. 296.

407.1. En réalité, Proudhon s'inscrit dans un courant visant avant tout à délimiter l'étendue précise des prérogatives du superficiaire et du tréfoncier[1833]. Il en ressort que la distinction entre la division de l'objet de propriété ou de celle de ses utilités lui importe peu : il mentionnera la division de l'objet s'il considère que celle-ci existe et que cela permet de mieux préciser l'étendue des droits de chacun, mais s'intéresse en réalité à la seule répartition des utilités. Cette approche révèle la référence prise par l'auteur dans son analyse du droit de superficie : il s'agit non pas de la propriété absolue de l'article 544 du Code civil, mais celle de la propriété simultanée de l'ancien régime, centrée sur l'appropriation des utilités de la chose. Dans ce système, « la participation au droit de propriété du sol », n'est donc pas une indivision du sol mais relève plutôt de l'idée plus générale d'un partage des différentes utilités issues de ce dernier. Si cette vision des choses reste incompatible pour de nombreux auteurs avec le système de propriété du Code civil[1834], le prisme par lequel est étudié le droit de superficie par Proudhon permet de prendre en compte ce qu'une vision centrée sur l'absolutisme de la propriété permet difficilement : le raffinement indispensable à la propriété superficiaire afin de rendre compte de la nécessaire articulation de la propriété superficiaire avec celle du fonds de terre dans lequel elle est enclavée. On comprend alors que la théorie moniste, centrée sur la seule qualification de propriété du droit de superficie, mettra en retrait ces relations complexes afin de faire correspondre le droit en cause à la propriété absolue du Code civil, qui suppose une absence de concurrence à son exercice[1835].

408. Persistance et poursuite de la constatation du lien. Malgré l'émergence de la théorie moniste, de nombreuses études continuent à remarquer la particularité de la propriété superficiaire et sa nécessité de lui voir adjoindre un droit sur le fonds de terre au sein duquel elle se trouve. Ces auteurs, qui relativisent la simplicité de la position moniste, adoptent *in fine* une position dualiste[1836], au sens où ils considèrent le droit de superficie comme un droit complexe combinant le

---

1833 En ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 489, p. 534.

1834 Voir cependant, S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, thèse, IRJS Édition, tome 35, 2012 ; *La propriété de la terre*, coll. Le monde qui vient, Wildproject, 2018.

Dans une moindre mesure, on peut voir une compréhension de l'article 544 du Code civil rappelant la propriété simultanée dans les propos de Monsieur le Professeur Dross. Bien que celui-ci refuse la propriété des droits (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 2, p. 2), il semble néanmoins accueillir de l'autre celle des utilités de la chose. Ainsi, il a pu affirmer que « le propriétaire et le titulaire d'une utilité démembrée ont chacun un droit de même nature – la propriété – portant sur un objet identique – l'utilité – et ne se distinguant que du point de vue de leur étendue. Or, on l'a vu, c'est cette vision de l'objet de la propriété que consacre l'article 544 » (W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27, spéc., p. 34). L'auteur concède cependant qu'à l'inverse de la propriété, imprescriptible, la propriété d'une utilité détachée de la propriété devrait se prescrire par non usage trentenaire (*Ibid*.).

1835 Cela n'empêchera pas quelques auteurs de remarquer cette relation. Voir par exemple, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 483, p. 371.

droit de propriété sur le bien superficiaire et un droit sur le fonds dans lequel il s'inscrit[1837]. Si les auteurs s'accordent pour beaucoup sur cette nécessité, l'analyse du lien pourra varier et c'est ici que se retrouveront la plupart des divergences. La hiérarchie du lien sera discutée : une majorité d'auteurs considérant le droit sur le sol comme un accessoire[1838], d'autres comme le principal[1839]. L'intensité du lien sera également l'occasion de conceptualisations différentes. Ainsi, après avoir rejeté sa nature d'accessoire en raison de son indissociabilité à la chose[1840], une auteure propose de rendre compte de cette situation par le truchement d'un objet unique et complexe de propriété consistant en un lot[1841]. La nature du lien serait quant à elle déterminée par la situation d'espèce.

1836 En ce sens, voir également, J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 121, p. 122.

1837 On peut ainsi soutenir de façon très générale qu' « il n'est guère concevable qu'on puisse être propriétaire d'une superstructure, sans avoir un droit quelconque sur sa base » (J. Viatte, « La location des constructions édifiées sur le sol d'autrui », Rev. Loyers, 1966, p. 421).

1838 Sans distinguer si le droit sur le sol est compris comme une condition d'existence ou de consolidation de la propriété superficiaire et sans prétendre à l'exhaustivité : P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951, n° 149, p. 365 et s. (à noter que pour cet auteur, le droit sur le sol n'est pas une condition d'existence de la propriété superficiaire, mais de sa consolidation) ; J.-G. Cardinal, *op. cit*., n° 59, p. 147. L'auteur qui raisonne dans un système de propriété proche du nôtre considère ainsi que le droit de superficie est un droit composite comprenant, à titre principal, la propriété superficiaire et, à titre accessoire, un droit sur une portion du sol dont la nature sera déterminée par la convention à l'origine du droit ; E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », JCP N 1976, I, 2788, spéc., p. L'auteure fait également état d'un droit principal de propriété sur les constructions, complété par un droit accessoire issu de l'usage procuré par le fonds au superficiaire ; H. Périnet-Marquet, thèse, *op. cit.,* p. 155 et 156 ; Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983, n° 220, p. 125. L'auteur rappelle que la propriété superficiaire s'accompagne immanquablement d'un droit permettant au superficiaire « de jouir du sol aussi longtemps que le bâtiment qui l'occupe » ; Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de droit civil*, tome 2, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6e éd., 2019, n° 753, p. 476. Les auteurs rappellent que « le superficiaire bénéficie d'un droit accessoire à la jouissance du sol ou partie du sol, nécessaire pour l'exercice de son droit de superficie, même si cette jouissance ne lui a pas été contractuellement attribuée. Bien mieux, la jouissance du sol fait partie des prérogatives du superficiaire. Elle est de l'essence du droit de superficie » ; W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit*., n° 133-1, p. 258.

1839 J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737, spéc., p. 773 ; L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, thèse, LGDJ, 1976, n° 244 et s., p. 252 et s. Il faut tout de même relever que dans les deux cas, les analyses proposées proviennent d'une étude du droit de superficie faite dans le cadre de contrat de bail, par essence temporaire.

1840 J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 200 et s., p. 189 et s.

1841 J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 170 et s., p. 163 et s. L'auteure s'attache dans sa thèse à démontrer que la propriété de toute étendue verticale de l'immeuble implique celle d'un bien unique, un lot, objet complexe, qui se compose de la chose dont la propriété est visée ainsi que des droits qui s'y attachent de façon indissociable et en permettent l'exercice. Ces derniers, qui doivent être compris comme des qualités de la chose, prennent la forme soit d'un réseau de servitudes en cas de division en volumes, soit d'une indivision forcée en cas de copropriété.

Ainsi, celle-ci pourrait se caractériser par une servitude[1842], une indivision forcée[1843], un droit temporaire, ou encore une autorisation tacite[1844]. Parmi les natures potentielles du lien, certaines ont été discutées. Ainsi, Demolombe rapprochera la nature de ce lien à celui d'une servitude[1845]. Ce que certains auteurs excluront frontalement au profit de la seule qualification d'un droit réel temporaire[1846]. En définitive, il nous semble que les limites envisagées par certains auteurs ne s'expliquent que par le prisme de leur étude[1847]. En conséquence, la nature du lien devrait bien dépendre du cadre dans lequel la division de la propriété est opérée[1848].

409. Cohérence de principe de la conception dualiste du droit de superficie à la propriété civile. Cette conception dualiste semble obtenir les faveurs du droit positif à l'occasion de la rédaction de plusieurs dispositions. Ainsi, les fondements textuels souvent rappelés – les articles 552 et 553 du Code civil – ne s'opposent absolument pas à l'existence de droit attachés à la propriété superficiaire. En effet, ces derniers ne semblent pas imposer l'indépendance totale des éléments une fois ceux-ci détaché de la propriété du fonds[1849]. Nous pourrions être tentés de raisonner en sens contraire au regard du caractère absolu de la propriété[1850], mais plusieurs éléments viennent contredire cette position. Tout d'abord, nous pouvons rappeler que l'article 664

1842 Ch. Demolombe, *op. cit.*, n° 483, p. 371. L'auteur remarque ainsi que « la superficie, malgré son individualité distincte, et à certains égards indépendante, se trouve pourtant intimement liée au fonds lui-même, et pèse sur lui à l'instar d'une servitude ». Demolombe ne se contente pas ici de relativiser l'indépendance de la propriété superficiaire, il entrevoit également ce que sera la solution apportée par la pratique lors du développement de la construction en volumes : la mise en place d'un réseau de servitudes. Ce point sera par ailleurs repris par Monsieur Cardinal, adoptant pour sa part une vision dualiste du droit de superficie (J.-G. Cardinal, *Le droit de superficie, modalité du droit de superficie. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications,* Montréal, Wilson et Lafleur éditeurs, 1957, n° 37, p. 96, spéc. p. 98) ; J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 204 et s., p. 196 et s. Voir également, L. Rozès, thèse, *op. cit*., n° 244, p. 252, spéc., p. 253, qui rapproche ce lien d'une « sorte de servitude temporaire ».

1843 Pour une constatation similaire dans un système proche du nôtre, F. Brochu, « La copropriété divise et la propriété superficiaire en droit civil québécois », Droit et ville 2011, n° 72, p. 5.

Voir également Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 432. L'auteur considère à propos de la division en volumes qu'il est impératif de maintenir une indivision sur sa base, qui peut être le tréfonds le plus bas.

1844 Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *op. cit*., n° 753, p 476. L'auteur précise que « le superficiaire bénéficie d'un droit accessoire à la jouissance du sol ou partie du sol, nécessaire pour l'exercice de son droit de superficie, même si cette jouissance ne lui pas été contractuellement attribuée ».

1845 Ch. Demolombe, *loc. cit.*

1846 J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 356 et s.

1847 Ainsi, Monsieur le Professeur Bertrel raisonne en premier lieu sur le modèle du bail à construction et tend à établir une conception de l'accession – d'où il tire sa conceptualisation du droit de superficie – fondée à partir de ce dernier. De même, concernant le rejet des servitudes, il fonde son raisonnement sur l'incompatibilité des servitudes et du domaine public, point qui a été réglé par l'entrée en vigueur du CGPPP. (Sur ce dernier point, s*upra*., n° 161 et s.).

1848 P. Lévie, thèse, *op. cit.*, n° 64 et 65, p. 180 et s. ; W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 158, p. 159.

1849 En ce sens, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 100, p. 104, spéc., p. 105.

1850 En ce sens, D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 513 et s., p. 556 et s.

ancien du Code civil organisant la répartition de la propriété d'un immeuble par étage, prévoyait lui-même l'existence de relations primaires entre les différents propriétaires sans que l'existence d'une indivision ne soit impérative[1851]. Plus encore, l'exemple des vestiges archéologiques peut également être soulevé. Ces derniers sont expressément exclus du bénéfice de l'article 552 en vertu de l'article L. 541-1 du Code du patrimoine, configuration qui implique finalement l'établissement légal d'une propriété superficiaire. Or, cette propriété prévoit l'octroi d'une indemnisation pour le propriétaire du fonds, qui, selon l'alinéa 2 de l'article précité, ne vise qu'à « compenser le dommage qui peut lui être occasionné pour accéder audit vestige ». En conséquence, l'absence d'indépendance entre le vestige et le fonds est ici prise en compte, puisque le dommage peut être constitué par la seule nécessité d'accès à la propriété superficiaire. La théorie dualiste du droit de superficie a été encore plus franchement reçue par l'article 2420, 3° ancien du Code civil, qui disposait que « celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ». Outre le fait qu'il s'agissait de l'hypothèque d'une construction à venir et non pas celle d'un volume d'espace[1852], la construction juridique qu'il supposait renvoyait immanquablement à la conception dualiste du droit de superficie[1853]. D'une part, l'obligation légale de possession « un droit actuel » permettant de construire implique directement l'existence d'un droit sur le fonds d'autrui et, d'autre part, l'hypothèque du bâtiment suppose la propriété de ce dernier. L'analyse de cet article invite à la traduction du droit de superficie comme d'un droit complexe. Par suite, si le Code civil n'approuve pas expressément la théorie dualiste du droit de superficie, c'est avant tout lié au fait qu'il est pratiquement absent de toute disposition. Il n'en demeure pas moins que cette conception reste compatible avec les principes qu'il pose et ressort même parfois de façon implicite. Enfin, s'ajoute l'ensemble des baux légaux conférant la propriété superficiaire des éléments édifiés par le preneur[1854]. Composé à la fois d'un droit sur le sol et de la propriété de certains édifices, ils assurent par eux-mêmes de la conformité de la conception dualiste à la propriété civile[1855].

1851 L'articulation entre les différents étages ont pu être qualifiés de servitude entre les différents biens issus de la division.

1852 *Supra*., n° 227. Compréhension confirmée par la suite de l'article, qui en cas de destruction de l'édifice, reporte de nouveau l'hypothèque sur la construction à venir. En ce sens, Y. Strickler, *Droit des biens*, Coll. Cours, LGDJ, Lextenso édition, 2017, n° 513, p. 332, spéc., p. 333.

1853 En ce sens, J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit*., p. 296 ; J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 121, p. 122, spéc., p. 123.

1854 Pour les principaux : le bail emphytéotique, prévu aux articles L. 451-1 et s. du Code de rural et de la pêche maritime ; le bail à construction, prévu aux articles L. 251-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation ; le bail réel immobilier et le bail réel solidaire prévus respectivement aux articles L.254-1 et s. et L. 255-1 et s. de ce même Code.

1855 *Contra*., Ch. Goyet, thèse, *op, cit*., n° 277, p. 150, qui voit dans ces conventions un démembrement de la propriété.

C. Les limites attachées à l'analyse dualiste dans la pérennité des propriétés superficiaires

410. Plan. Selon une analyse de la théorie dualiste du droit de superficie, la propriété superficiaire est soumise à l'existence d'un droit sur le fonds dans lequel elle prend place. Cette soumission procède d'une forme de réalisme, car sans elle l'effectivité de l'exercice de la propriété superficiaire interroge[1856]. Toutefois, cette analyse n'en est pas moins dépourvue d'écueils. D'un point de vue plus général, on a ainsi très justement relevé qu'une telle analyse tendait à confondre condition d'existence et condition d'exercice du droit de propriété (1).L'explication n'est cependant pas suffisante pour justifier une véritable indépendance de la propriété superficiaire. En conséquence, elle entraîne des difficultés presque insurmontables lorsqu'il faut justifier de la perpétuité d'un tel droit afin de pouvoir le qualifier de propriété (2).

1. La distinction entre condition d'existence et d'exercice du droit de propriété

411. Propriété superficiaire autonome VS propriété subordonnée. La théorie dualiste du droit de superficie subordonne la propriété superficiaire à l'existence de droits sur le sol. Cette théorie vient alors cristalliser les difficultés inhérentes à la disparité des situations que l'on regroupe sous le vocable « droit de superficie ». On fait alors valoir qu'une telle subordination relève de la confusion entre condition d'existence et condition d'exercice de la propriété[1857]. Si nous adhérons pleinement à cette critique, il faut néanmoins remarquer qu'il existe des situations où la propriété sera effectivement soumise à l'existence d'un droit, dans le sens où celui-ci va directement et pleinement fonder la propriété qui en résulte. Seulement, il n'est pas certain que ces situations impliquent réellement une propriété superficiaire.

411.1. Ainsi, le titulaire d'un droit portant sur l'exploitation d'un canton de bois « crû et à croître » peut se voir qualifier de propriétaire des arbres concernés. Effectivement, malgré l'incertitude sur la nature réelle de la prérogative en cause[1858], la situation s'apparente bien à une propriété superficiaire qui serait consécutive à l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui : le

1856 En ce sens, F. Vern, thèse, *loc. cit.* Voir également, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 81.

1857 W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 160, p. 161. Voir également dans un sens similaire, P. Lévie, thèse, *op. cit*., n° 63, p. 178, spéc. p. 179 et 180, qui considère que cela revient à confondre propriété et consolidation de celle-ci.

1858 Voir en ce sens, Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202, D. 2012, p. 1934, note L. d'Avout ; p. 2128, obs. B. Mallet-Bricout ; RTD Civ. 2012, p. 553, note Th. Revet ; JCP G 2012, 930, note W. Dross ; Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067, note F. Danos ; RLDC 2012, n° 97, chron., p. 63, spéc., p. 69, obs. V. Perruchot-Triboulet. Dans cette affaire où la nature du droit était discutée – celle-ci devant logiquement commander son régime, la Cour de cassation qualifiant le droit en cause de « prérogative » tout en se prononçant en faveur de son imprescriptibilité. Concernant les doutes relatifs à la qualification réelle du droit en cause par la Cour de cassation, *supra*., n° 391.2, note 1725.

droit d'exploiter[1859]. Une autre approche est néanmoins envisageable. Elle consiste à remarquer que le droit en cause s'apparente finalement plus à la propriété des fruits dont peut bénéficier le titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui que d'une propriété superficiaire conditionnée à l'existence du droit. En effet, une telle prérogative intéresse bien une catégorie précise d'arbres, mais implique une exploitation. C'est donc une utilité spécifique du fonds qui est consentie au titulaire. On pourrait alors se demander quel est l'objet de l'appropriation et son moment. Il nous semble qu'en cette situation, l'exploitation commandant l'appropriation, celle-ci ne porte finalement que sur les arbres ayant été l'objet d'une action de cette nature[1860]. En conséquence, les arbres, initialement propriété du propriétaire du fonds, deviendront – à titre de fruits – propriété de son exploitant par les actes d'exploitation – la coupe ou le ramassage des bois déjà tombés. La propriété portant sur ces arbres découle donc directement du droit qu'il a sur le fonds et s'éteindra avec lui. Cette subordination de la propriété à celle du droit permet de justifier qu'il puisse être propriétaire des biens à venir.

412. Cas des propriétés superficiaires consolidées par un droit réel sur la chose d'autrui. Il serait tentant d'analyser sous le même prisme les différents droits de propriété superficiaire consentis à la faveur d'un bail sur le fonds d'autrui, classiquement qualifiés de propriété temporaire[1861]. La propriété serait alors subordonnée à l'existence de la convention et s'éteindrait avec elle[1862]. Ce serait néanmoins écarter le fonctionnement véritable du mécanisme de l'accession

1859 Pour une reconnaissance générale des propriétés superficiaire consécutives à l'existence d'un droit réel, voir la loi du 4 février 2020 portant réforme du livre 3 « les biens » du Code civil belge. L'article 3.182 de ce Code civil définissant la « superficie conséquence ». Il prévoit que « le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations. Dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle ».

1860 On pourrait y voir un rapprochement avec la question de la propriété des arbres faite par le Code civil aux article 590 et suivants, à propos des arbres dans le cadre de l'usufruit. Si celui-ci attribue la propriété des arbres au nu-propriétaire, il réserve cependant les coupes faites aux bois taillis et celles faites au bois de haute futaie à l'usufruitier, dès lors que les bois taillis sont remplacés et les coupes sur les arbres de haute futaie réglées. Dans tous les cas, et sous réserve d'une qualification de l'usufruit comme d'un droit réel sur la chose d'autrui, l'usufruitier ne devient propriétaire des arbres que lorsque s'effectue la coupe. Il résulte de ce constat que le résultat de ces coupes ne peut être qualifié autrement que de fruit : les conditions de régulation attachées aux arbres de haute futaie – considérés par principe comme des produits à l'inverse des bois taillis – suffisent à assurer l'absence d'atteinte à la substance du fonds et fait ainsi passer le résultat des coupes vers la qualification de fruit.

1861 En ce sens, voir notamment, M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, thèse, Nice, 2015, n° 186 et s., p. 129 et s.

1862 Pour une présentation en ce sens, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, qui distingue la propriété superficiaire, au sens strict, des conventions établissant un droit réel temporaire sur le fonds d'autrui emportant création d'une propriété liée à la durée de son existence. L'avant-projet prévoit ainsi un article 607, situé dans un titre IV consacré « aux démembrements de la propriété », qui dispose que « des droits réels sur le sol peuvent être conférés par certains contrats, tels les baux emphytéotiques ou à construction. Ces droits, cessibles et susceptibles d'hypothèque, confèrent à leurs titulaires, pendant la durée du contrat, la propriété des constructions ou plantations ou installations dont ils autorisent la réalisation ». Cette subordination expresse de la propriété superficiaire au droit réel sur la chose d'autrui qui la fonde rappelle ainsi la « superficie conséquence » du Code civil Belge prévue à son article 3.182.

Adoptant pleinement cette présentation : M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 632, p. 236 et s. Lorsqu'elle est fondée sur un bail réel, l'auteure relativise la qualification de propriété superficiaire pour

immobilière, qui a vocation à attribuer la propriété d'une chose s'incorporant dans le fonds d'autrui au propriétaire de ce dernier au moment de la naissance d'un conflit avec le propriétaire[1863]. Ainsi, le constructeur sur le fonds d'autrui sera propriétaire de l'édifice même s'il ne bénéficie d'aucun droit sur ce fonds lui permettant d'en jouir. Bien qu'existant, son droit de propriété sera néanmoins empreint d'une grande précarité en raison de sa soumission à l'absence d'une action en revendication de la part du propriétaire du fonds. Ainsi, la qualité de propriétaire est totalement extérieure de l'existence d'un droit sur le fonds d'autrui, mais sa pérennité ne l'est pas.

412.1. Quoi qu'il en soit, même à considérer l'accession comme automatique par principe[1864] et différée par exception lorsqu'existe une autorisation de jouissance[1865], la même indépendance d'existence de la propriété devrait être reconnue. L'autorisation de jouissance est indifférente à l'existence de la propriété de la construction édifiée par le preneur et donc de son extinction, parce qu'elle ne fait que retarder la mise en œuvre de l'accession[1866]. Certes, on pourrait être tenté de concéder que l'existence de ces droits contribue directement à l'effectivité de l'exercice de la propriété superficiaire et partant, à son existence. Ainsi, il sera impossible pour le preneur propriétaire de céder l'édifice indépendamment du droit sur le fonds, même si le bailleur ne pourra s'opposer à cette cession dans de nombreux cas[1867]. Pour autant, les droits sur le sol d'autrui concédés au profit du propriétaire superficiaire ne sont qu'un moyen de consolider son droit de propriété et non pas de le fonder.

---

préférer celle de propriété temporaire, distinction qu'elle justifie en raison des restrictions apportées au preneur sur sa construction.

1863 W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 215 et s., p. 217 et s. Pour un raisonnement faisant apparaître une conclusion proche : A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853, Propositions de thèse, III, n° 2, p. 72 et les développements amenant à cette conclusion : n° 21, p. 43, spéc., p. 45 et s. Il faut néanmoins préciser que l'auteur entend fonder la mise en œuvre de l'accession immobilière sur la seule volonté du propriétaire du sol, tout en remarquant l'existence d'une exception légale en cas de construction de bonne foi. L'incorporation de la volition du propriétaire du sol au mécanisme de l'accession sera un critère repris par nombres d'auteurs, proposant en conséquence des analyses diverses de la nature du mécanisme de l'accession. Pour un exposé de ces analyses : W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 206, p. 206 et s.

1864 Ce qui semble rester la compréhension qu'en a le droit positif. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 27 mars 2002, n° 00-18.201, RDI 2002, p. 384, obs. M. Bruschi.

1865 Cass. civ., 1re, 1er décembre 1964, Bull. civ. I, n° 535, JCP G 1965, II, 14213, note P. Esmein. Solution confirmée à de nombreuses reprises depuis lors. Pour des exemples récents : Cass. civ., 3ème, 5 janvier 2012, n° 10-26.965 ; Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.214, RTD Civ. 2015, p. 428, note W. Dross.

1866 En ce sens, F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 338, p. 471. Il résulte notamment de ces observations qu'il est discutable de considérer comme temporaire par principe la propriété des constructions édifiées dans ces circonstances, la propriété sur la construction n'étant pas, en elle-même, attachée à un terme. Voir déjà en ce sens : W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 160, p. 161, note 114.

1867 Sur cette question, *infra.*, n° 457.

413. Limite à la distinction. Cette analyse, qui provient de l'étude du mécanisme de l'accession, a principalement vocation à justifier l'existence de la propriété superficiaire en l'absence de toute autorisation sur le fonds d'autrui. Pour autant, bien qu'existante, une propriété superficiaire ne peut être consolidée que par l'octroi d'un droit sur le fonds de terre au sein duquel elle se trouve. Ainsi, la distinction entre existence et consolidation de la propriété s'avère quelque peu artificielle dans sa capacité à détacher la propriété superficiaire de sa relation avec le fonds dès lors que l'on recherche à établir sa pérennité. Dans cette situation, c'est effectivement le maintien de l'autorisation de jouissance qui permet de s'assurer *in fine* de l'absence d'accession. Partant, cette autorisation participe au moins indirectement au maintien de la propriété superficiaire et en conséquence, ne peut justifier l'existence d'une véritable indépendance au regard de la propriété du fonds de terre.

2. La conséquence de la subordination, les difficultés à justifier une propriété superficiaire perpétuelle

414. Conséquence de la nécessité du lien : articulation entre droit de propriété et droit réel sur la chose d'autrui. Monsieur le Professeur Larroumet a pu résumer l'idée attachée à l'existence de ces liens entre fonds de terre et superficie que tend à cerner la théorie dualiste de la propriété : « en fin de compte, le droit de superficie apparaît à la fois comme une propriété, en ce qui concerne les plantations ou constructions, et comme un démembrement de la propriété, en ce qui concerne la jouissance du sol »[1868]. En raison de l'existence d'un lien avec le sol, que certains considèrent indissociable de la propriété superficiaire[1869], le droit sur le fonds de terre serait l'objet principal du droit de superficie[1870]. La pérennité de la propriété superficiaire, droit par essence perpétuel, se trouverait ainsi indirectement conditionnée par l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui, par essence temporaire. Sous ce prisme, La propriété superficiaire apparaît bien fragile tant sa soumission au droit sur le sol semble déterminante[1871].

415. Difficulté d'établissement du lien par un droit réel sur le fonds d'autrui non délimité dans le temps. Une solution envisageable serait d'adopter une vision souple des droits réels sur la chose d'autrui en leur ouvrant la porte de la perpétuité, ce que certains auteurs appellent de leurs

1868 Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, n° 753, p. 477.

1869 En ce sens, J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 200 et s., p. 189 et s.

1870 L. Rozès, thèse, *op. cit.*, n° 244 et s., p. 252 et s. ; J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737, spéc., p. 773. L'auteur ne conçoit l'existence d'un droit de propriété que par la réalisation de l'accession au bénéfice du titulaire du droit sur le sol, par le truchement du « monopole d'exploitation » qui lui serait attribué.

1871 C'est notamment cette fragilité à expliquer la pérennité des propriétés superficiaires qui a invité certains auteurs à les qualifier de simple droit réel sur la chose d'autrui, réduisant ainsi le droit sur la chose à une utilité.

vœux en précisant qu'aucune difficulté conceptuelle n'en découlerait[1872]. Indépendamment du bien fondé de la proposition et de sa portée[1873], il semble que la jurisprudence y soit toujours hostile par principe. Malgré le fait qu'elle a déjà pu reconnaître l'existence de droits réels sur la chose d'autrui perpétuel par le passé[1874] et que, même à s'en tenir à une nature temporaire, elle fait dernièrement preuve d'une souplesse accrue dans la détermination de sa durée[1875], ses dernières décisions maintiennent la nécessité de prévoir un terme[1876]. En conséquence, l'interdiction classique de la perpétuité qui serait inhérente de la nature du droit réel sur la chose d'autrui trouve encore aujourd'hui un écho en jurisprudence, ce qui vient écarter cette hypothèse comme solution perenne à la perpétuité de la propriété superficiaire dans l'hypothèse où son régime se trouve subordonné à un tel droit.

416. Établissement du lien par voie de servitude. Il faut alors se pencher sur la question des servitudes, par essence perpétuelles, afin de pouvoir établir au bénéfice de la superficie une emprise sans limitation de durée sur le fonds dans lequel elle est enclavée. À l'inverse des droits réels sur la chose d'autrui, il s'agit ici de procéder à une redéfinition des utilités de la chose. En conséquence, si

1872 En ce sens, V. Poux, *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, thèse, Lyon III, 2019, n° 547 et s., p. 523 et s. ; W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s)? », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117g3, p. 112, n° 19 ; J.-L. Bergel, « L'extinction d'un droit réel de jouissance spéciale ? », obs. sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, RDI 2021, p. 281. Voir déjà, à propos de la perpétuité de l'usufruit et des droits d'usages, J.-F. Barbièri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, thèse, Toulouse, 1977, p. 354 et s. *Contra*., F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067, n° 3 : « C'est d'ailleurs par rapport à ce seul caractère de perpétuité que doit être appréciée la liberté de création des droits réels et non par rapport à un principe de *numerus clausus* des droits réels dont l'existence n'a jamais été expressément reconnue » ; note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, JCP G 2019, 729, n° 3 ; A. Tadros, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 87, spéc., n° 31 et s., p. 101 et s. C. Grimaldi, « La coexistence du droit de jouissance spéciale, de l'usufruit et des servitudes », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 487, spéc., n° 12, p. 495 ; N. Kilgus, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, JCP G 2021, 462.

1873 Ainsi, selon une analyse, la perpétuité d'un droit réel sur la chose d'autrui ne serait envisageable que pour une jouissance spéciale, car conférer un tel caractère à un droit réel de jouissance général confinerait finalement à attribuer la propriété de la chose sur lequel s'exerce ce droit. En ce sens, V. Poux, Thèse, *op. cit*. ; J.-L. Bergel, « L'extinction d'un droit réel de jouissance spéciale ? », note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, RDI 2021, p. 281 ; W. Dross, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : encore un coup dans l'eau ! », note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, RTD Civ. 2021, p. 441.

1874 *Supra*., n° 398. Pour un exposé complet de la question, V. Poux, thèse, *op. cit.* n° 508 et s., p. 489 et s.

1875 Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953, D. 2016, p. 2237, chron. A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp ; D. 2017, p. 134, note L. d'Avout, B. Mallet-Bricout ; p. 375, obs. M. Mekki ; p. 1789, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; RDI 2016, p. 598, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2016. 894, note W. Dross ; JCP G 2016, 978, p. 1692, obs. S. Milleville ; p. 2021, note J. Laurent ; p. 2054, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP N 2016, p. 27, note J. Dubarry, V. Streiff ; RDC 2017, p. 60, note R. Boffa ; p. 123, note F. Danos ; *Adde*., RLDC 2016, n° 142, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet ; Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, RDI 2021, p. 281, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2021, p. 441, note W. Dross ; JCP G 2021, p. 462, note N. Kilgus.

1876 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, D. 2015, p. 599, obs. B. Mallet-Bricout ; RDI 2015, p. 175, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2015, p. 413, note W. Dross ; JCP G 2015, 148, p. 244, obs. S. Milleville ; p. 413, rapport M.-Th. Feydeau ; p. 415, avis B. Sturlèse ; p. 417, note Th. Revet JCP N 2015, p. 1083, note M. Julienne, J. Dubarry. Voir dernièrement, Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, *op. cit.*

ces derniers peuvent porter sur toutes les utilités potentielles d'une chose[1877], une servitude ne peut concerner que celles qui sont à même de rendre un service objectif au bien qui en est bénéficiaire[1878]. Cette dernière condition marque néanmoins la difficulté que soulève la solution envisagée. Ainsi, il serait impossible de justifier la perpétuité de la propriété superficiaire à venir par la création d'une servitude à son profit, car il faudrait alors que cette servitude puisse conditionner l'existence du fonds auquel elle bénéficie, ce qu'elle n'est pas censée pouvoir faire[1879].

416.1. On pourrait néanmoins faire valoir que la servitude ne conditionne pas l'existence de la propriété superficiaire mais se contente d'en permettre la pérennité par une consolidation perpétuelle. Par ce prisme, elle ne conditionne plus l'existence de la propriété en elle-même, puisque celle-ci existe par la seule existence de l'objet réalisé pour le compte et aux frais de son constructeur[1880]. Dans ce cas, la simple persistance dans le temps de la propriété permet d'écarter le conflit de propriétés générateur de la mise en œuvre de l'accession. En d'autres termes, comme l'ensemble des droits sur le sol, les servitudes s'attachent simplement à permettre l'exécution de la propriété superficiaire dans le temps mais n'en sont pas les créatrices. Reste encore qu'une telle analyse achoppe de l'artificialité déjà rappelée en matière de droit réel sur la chose d'autrui : la servitude contribue ici indirectement à l'existence de la propriété superficiaire. En outre, l'existence de la pluralité de fonds pourra toujours faire défaut, dès lors qu'un arbre, un muret, un réseau de distribution électrique[1881] ou une installation quelconque peuvent difficilement être assimilés à un fonds, malgré la compréhension large que peut en faire la jurisprudence en matière de servitude[1882]. En tout état de cause, il faut également remarquer que, quelle que soit la nature du titre fondant l'emprise sur le fonds d'autrui – droit réel sur la chose d'autrui ou servitude –, celui-ci ne pourrait jamais être imprescriptible. Ce dernier point pourrait encore remettre en cause la nature du droit portant sur le volume immobilier, la propriété étant par essence, imprescriptible[1883]. Le volume

1877 En ce sens, C. Grimaldi, *op. cit*., n° 19, p. 503.

1878 *Supra*., n° 135 et s.

1879 En ce sens, G. Goubeaux, obs. sous Cass., civ., 3ème, 12 décembre 1984, JCP G 1985, II, 20411. Point également soulevé par Monsieur le Professeur Dross (W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, article 543. Biens. – Droit dont les biens peuvent être l'objet*, Fasc. unique, n° 25).

1880 En ce sens, P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951, n° 59, p. 158 ; G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969, n° 219, p. 30 ; W. Dross, *Droit civil. Les choses*, n° 410-2, p. 758.

1881 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, n° 10-21.788, D. 2012, p. 2128, obs. B. Mallet-Bricout ; RDI 2012, p. 497, obs. J.-L. Bergel.

1882 *Supra*., n° 134 et s.

1883 Cass. Req., 12 juillet 1905, D. 1907, I, 141, concl. Feuilloley ; S. 1907, I, 273, concl. Feuilloley, note A. Wahl.

superficiaire, parce qu'il porte avant tout sur un espace, permet de résoudre la difficulté et d'assurer la pérennité recherchée de la propriété superficiaire[1884].

Paragraphe 2. Le détachement d'une relation étroite au fonds de terre par le fonds superficiaire

417. Plan. La véritable indépendance n'est trouvée que si la propriété superficiaire porte sur un volume d'espace – un fonds superficiaire. Une fois effectué un retour nécessaire sur la reconnaissance de la validité du volume d'espace à titre d'objet de propriété (A), L'indépendance de principe de ce volume superficiaire s'apparentant à un fonds doit être affirmée, permettant ainsi une mise en retrait de l'importance des liens avec le fonds de terre d'où il est issu (B).

A. La validité du volume d'espace

417.1. Reconnaître la propriété superficiaire ne signifie pas pour autant reconnaître le volume d'espace en tant que tel. Paradoxalement, c'est même le mouvement inverse qui s'est dessiné. La propriété du volume d'espace questionne la propriété de l'immatériel ou, plus exactement ici, de l'impalpable[1885]. Or, la propriété superficiaire étant principalement l'apanage des partisans de la théorie classique et ceux-ci limitant le plus souvent la propriété aux choses corporelles[1886], l'existence d'un volume immobilier non construit à titre d'objet de propriété est régulièrement rejeté. Pourtant, sauf à avoir une lecture particulièrement stricte, rien ne semble s'opposer par principe à l'existence d'une telle propriété (1), par essence immobilière (2), malgré l'absence de reconnaissance expresse en jurisprudence (3).

1. L'acceptation théorique de la propriété de l'incorporel immobilier

418. La vision classique d'une propriété limitée aux choses matérielles. Au-delà de la *summa divisio* romaniste que le Code civil met en place entre les meubles et les immeubles[1887], la

1884 L'intégralité des difficultés relatives au recours à certaines servitudes dans le cadre de la construction en volumes n'est pas pour autant pleinement résolue. Ainsi, la création de multiples servitudes d'ancrage revient à accepter l'existence de servitudes d'empiétement, pourtant traditionnellement prohibées par la Cour de cassation et que seule la réciprocité semble pouvoir justifier. Sur cette question, *infra*., n° 533.

1885 *Supra.*, n° 255.1.

1886 *Infra*., n° 411.

1887 Les Romains proposaient une classification des biens centrée sur le critère de la fixité, mais celui-ci ne semblait pas d'une importance capitale. Le critère principal était de déterminer s'il s'agissait d'un *res*, c'est-à-dire d'une chose qui existait par elle-même et se manifestait par son existence matérielle ou d'un *jura,* qui représente les mécanismes juridiques créés afin que les personnes puissent « atteindre les choses corporelles par le jeu des rapports nés entre eux » (A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens,* P.U.F., 1re éd., 1989, n° 74). Pour la réception du droit romain de la propriété incorporelle, voir F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD Civ. 1993, p. 305,

question de la propriété de l'impalpable reste extérieure au législateur de 1804. Ainsi, on a pu rappeler qu' « en définissant la propriété comme le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, les rédacteurs du Code civil on *a priori* circonscrit le champ d'application du droit de propriété aux seuls corps tangibles, les choses faisant expressément écho au domaine du réel »[1888]. Certains ont pu confirmer cette interprétation de la propriété du Code civil par les travaux de ses premiers commentateurs, en affirmant que « pour les jurisconsultes de la première moitié du XIXe siècle, le droit de propriété est le droit exclusif et absolu d'une personne sur une chose matérielle »[1889]. Cette analyse porte une vision particulièrement stricte des choses et de la propriété en leur refusant toute application à l'impalpable, excluant ainsi le volume d'espace du champ de la propriété[1890]. En réalité, l'affirmation selon laquelle la propriété ne peut porter que sur une chose matérielle semble mis à mal tant par l'étude du Code civil lui-même que par celle de ses premiers commentateurs.

419. La prise en compte des biens incorporels dans le Code civil. Le Code civil semble relativiser quelque peu l'affirmation d'une partie de doctrine excluant toute propriété impalpable. Ainsi, il prévoit à son article 517 de faire rentrer des droits sous le qualificatif de bien immobilier, en raison de l'objet sur lequel ils s'appliquent[1891]. Sans doute, la portée d'une telle distinction ne doit pas être exagérée : l'intégration de l'incorporel reste particulièrement discrète et semble relever avant tout de l'héritage combiné du droit romain et de celui de l'ancien régime. Ce point ressort particulièrement des travaux préparatoires et débats parlementaires à propos du livre II du Code civil. À l'époque, les rédacteurs n'ont aucunement ressenti le besoin de développer la notion de bien en la considérant universellement acquise[1892]. Tout au plus pouvons-nous noter que,

spéc., p. 307 et s.

1888 S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes françaises, européennes et internationales*, thèse, LGDJ, 2003, n° 194, p. 134. Pour une vision plus souple, M. Villey « Avant propos », *in Les biens et les choses*, Arch. Phil. Droit, tome 24, Sirey, 1979, p. 4. L'auteur concède que la matière était bien au centre de l'intention du législateur, sans toutefois en déduire que cela vienne interdire l'existence de choses impalpables.

1889 M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit,* Fondement de la politique, PUF, 2004, p. 25.

1890 Pour un tel raisonnement tenu en matière de droit de superficie et de volume d'espace, J.-P. Blachier, *Les notions d'immeuble et de propriété à l'épreuve des droits de superficie*, thèse, Paris, 2000, n° 25, p. 199. L'auteur considère appropriables seules les choses relevant de la matière palpable en opposition à celle, impalpable, qui compose l'espace. Voir également P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007, n° 1321 et s., p. 409 et s. L'auteur considère que l'immeuble est nécessairement corporel et considère le volume immobilier comme une simple méthode de description.

1891 Article 517 du Code civil : « Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

1892 J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome VIII, Paris – Treuttel et Würtz, 1827, p. 7 : « parce que le mot *biens* est universellement entendu en tant qu'il désigne les choses corporelles et même les droits incorporels qui aboutissent à ces choses, comme sont les actions, on n'a pas jugé nécessaire d'exprimer dans l'article 516 les choses auxquelles la dénomination de *biens* s'applique, et qui sont susceptibles d'être affectées à la propriété. L'article 544, en définissant le droit de propriété, a de même gardé le silence touchant les choses qui peuvent en être l'objet ».

postérieurement à la rédaction du Code, une attention particulière est portée par Locré sur les créations personnelles et découvertes. Il rapporte que leur absence de prise en compte par le Code civil ne signifie pas leur exclusion du champ de la propriété. Si le Code civil n'en dit mot, c'est – rapporte-t-il – car ses rédacteurs avaient supposé que d'autres lois le compléterait sur ce point[1893]. Bien que la particularité de ces choses soit relevée, elles sont considérées par celui-ci comme les propriétés « les plus vraies de toutes »[1894] et accèdent à la qualification de bien.

419.1. Pour autant, une telle acceptation n'est pas curieuse : tout comme sous l'ancien régime, la notion de bien n'est finalement que très peu conceptualisée dans le Code civil : celle-ci désigne ce qui est appropriable[1895] et repose sur une conception de la propriété comprenant tant les choses que les droits. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser aux différents articles traitant de l'immeuble. Si ceux-ci apparaissent autant ancrés dans la matière palpable et les exemples particuliers, c'est parce qu'ils s'attachent à uniformiser les solutions éparses du droit coutumier sur ces points précis[1896]. En définitive, nous pouvons remarquer avec Madame Flora Vern que le Code civil ne propose pas une conceptualisation de la notion de bien[1897], mais adopte bien davantage une approche casuistique qui maintient l'approche fonctionnelle de la notion : appliquer un régime spécifique à des problèmes pratiques fréquents afin de leur donner une réponse unique[1898]. Cette absence de conceptualisation fait de la notion de bien une catégorie non fermée, potentiellement propre à accueillir l'impalpable et le volume immobilier en ce qu'elle est capable de se plier « sans difficulté aux instrumentations de la pratique »[1899]. S'il ne faut pas conférer une portée démesurée à ces constatations, il n'en reste pas moins que ce bref retour sur l'origine du Code civil ouvre une brèche dans l'édifice doctrinal du XXe siècle tendant à réserver la propriété aux choses de la matière, aux choses palpables.

420. L'acceptation logique de la propriété incorporelle par l'école de l'exégèse. La plupart des auteurs du XIXe siècle étaient très attachés à la rédaction du Code civil et ont accepté sans difficulté l'existence de choses incorporelles et leur appropriation. Ces dernières sont souvent

1893 J.-G. Locré, *op. cit*., p. 7.

1894 *Ibid.*

1895 J.-G. Locré, *op. cit*., p. 7 : « L'art. [*sic*] 516 du Code civil établit la division générale des biens en meubles et en immeubles, et cette division comprend, en effet, toutes les choses dont les particuliers peuvent être propriétaires ».

1896 En ce sens, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 25, p. 35 spéc., p. 36.

1897 Outre la *summa divisio* distinguant meubles et immeubles.

1898 F. Vern, thèse, *op. cit.,* n° 25, p. 35 spéc., p. 36.

1899 F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 32, p. 44, spéc., p. 45.

assimilées à des créations juridiques et sont opposées aux biens corporels qui bénéficient d'une existence « effective »[1900]. L'exégèse apportera néanmoins les premières étapes de la conceptualisation de ces notions de choses et biens. Ainsi, une proposition avance qu'une simple utilité pouvant être issue d'une chose matérielle ou d'un droit pourrait suffire à caractériser la notion de chose[1901]. Plus encore, certains considèrent avant tout les biens comme des abstractions[1902], distinctes de la réalité de la matière[1903]. On voit également poindre pendant cette période les premières réserves à propos de la propriété des droits[1904].

421. Recul de l'incorporel par la théorisation de la notion de bien. Le travail de conceptualisation des notions de propriété et de bien par la doctrine jusqu'à la fin du XIXe siècle va finalement aboutir à évincer l'impalpable du champ des biens et, donc, de la propriété. Comme a pu le relever Madame Flora Vern, c'est tout particulièrement la question de la propriété des droits qui a abouti, pour une partie de la doctrine classique, à la confusion du droit de propriété dans son objet et a entraîné sa limitation aux choses corporelles. Cette confusion entre droit de propriété et son objet faite par ce courant doctrinal est initialement liée à l'impasse issue de la propriété des droits. Celle-ci aboutit au « problème de la superposition infinie des droits de propriété »[1905] induit par l'association de deux points issus de la conception des personnalistes : la qualification de la propriété en tant que droit réel et l'acceptation de la propriété des droits[1906]. Afin de pallier cette superposition, les auteurs ont finalement admis que le droit s'incorpore dans son objet[1907] et, de ce fait, en ont déduit que ledit objet devrait impérativement être corporel[1908]. En d'autres termes, cela

1900 En ce sens, voir notamment, F. Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, Tome I, Paris – Videcoq, 1846, n° 1789, p. 331, n° 1830 et s., p. 338 et s. ; C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, tome I, Paris, 1813, p. 140 et s. ; A.-M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome II, *Traité des personnes et des biens*, Paris – Plon, 1881, n° 337 et s., p. 355 et s. ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 31, p. 17 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VI, Paris – Durand, 1871, n° 329, p. 420 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome II, Paris – Delamotte, 5e éd., 1866, n° 339 et s., p. 334 et s. ; Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, tome III, Paris – Warée, 1811, n° 2, p. 6.

1901 En ce sens, Ch.-B.-M. Toullier, *op. cit.*, n° 2, p. 6.

1902 Ch. Demolombe, *op. cit.*, n° 15, p. 9, spéc., p. 10.

1903 Ch. Demolombe, *op. cit*., n° 18, p. 11.

1904 F. Berriat-Saint-Prix, *op. cit.*, n° 1833, p. 339.

1905 F. Vern., thèse, *op. cit*., n° 38, p. 51.

1906 Expression topique de ces points : H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7e éd., 1989, n° 1351, p. 108.

1907 En ce sens, E. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution*, thèse, Paris – Larose et Forcel, 1881, n° 5, p. 11. L'auteur affirme alors que le droit de propriété est « tellement complet et tellement absolu qu'il s'identifie en quelque sorte avec la chose sur laquelle il porte ».

1908 F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 38, p. 51. Voir déjà en ce sens, L. Josserand, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *in Mélanges juridiques dédiés à Monsieur le Professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95. Dans

consiste à maintenir une démarcation stricte entre les biens incorporels – limités aux droits – et les biens corporels, objets de droits, limités aux choses de la matière tangible. Cette présentation renvoie à une compréhension éminemment matérielle des choses saisies par la propriété. Ainsi, en superposant strictement le droit sur la chose matérielle, le droit de propriété s'en trouvera confondu avec la chose. En procédant de la sorte, les auteurs évincent totalement la question de la propriété des droits, en retenant une acception stricte de la notion de bien. La multiplication de l'exposition de ce point par les auteurs va progressivement faire oublier l'origine du débat pour se concentrer sur le seul énoncé de la conclusion voulant que la propriété porte directement sur une chose corporelle[1909]. En conséquence, la réduction de la notion de bien – et donc de la propriété – aux seules choses tangibles provient avant tout d'une conceptualisation de cette notion par la doctrine afin de répondre à une conception de la propriété. Cette conceptualisation de la notion de bien semble par ailleurs procéder elle-même d'une approche fonctionnelle : il s'agissait avant tout de justifier la théorie de la propriété recherchée.

421.1. L'acceptation du volume d'espace serait impossible en se limitant à ces seules observations. Le volume d'espace ne correspond exactement à aucune des deux catégories expressément prises en compte par le Code civil. D'un côté, il n'a pas vocation à être un droit à par entière mais bien une chose : il bénéficie d'une existence propre et reste composé de matière[1910]. D'un autre côté, il n'est pas tout à fait matériel non plus au sens où le Code civil de 1804 semble l'entendre, car il reste impalpable, insaisissable par les sens[1911]. Pour certains, il serait également inutile de justifier de la propriété des choses incorporelles par la référence aux biens intellectuels. L'argument avancé est le suivant : parce qu'ils sont d'une nature ne correspondant pas aux canons du Code civil et d'un régime soi-disant distinct de celui prévu par l'article 544 de ce même Code, le droit qui s'applique à ceux-ci ne pourrait être qualifié de réelle propriété[1912]. Au-delà du fait que

cet article, l'auteur démontre que c'est la confusion du droit de propriété et de son objet qui a marqué la réduction de la propriété aux seules choses corporelles (spéc., n° 3 et s.).

D'autres analyses tirent l'obligation corporelle de la chose, objet du droit de propriété, d'une analyse stricte des dispositions du Code civil. Voir en ce sens, H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *in Les biens et les choses*, Arch. Phil. Droit, tome 24, Sirey, 1979, p. 9, spéc., p. 14.

D'autres enfin, tirent cette obligation de la relation entre propriété et possession. Après avoir confiné cette dernière aux seules choses matérielles en raison de la nécessité d'actes de maîtrise réelle sur la chose, ils en déduisent que la propriété, qui n'est autre que la traduction juridique du pouvoir de fait sur la chose, ne peut porter que sur des choses matérielles.

1909 Voir sur ce point les nombreuses références citées par l'auteure afin d'étayer ce mouvement de transition. F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 38, p. 53.

1910 Sur cette distinction entre droit et chose, W. Dross, *Droit civil. Les choses*., *op. cit*., n° 2, p. 2.

1911 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Coll. Quadrige, PUF, 10e éd., 2014, « Matériel,elle : Concret, appliqué à une chose tangible ».

1912 En ce sens, G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279,

cette analyse semble contraire à l'intention même du législateur de 1804[1913], cette objection disparaît dès lors que l'on s'écarte de la confusion fonctionnelle entre le droit et son objet et que l'on rappelle la capacité de la propriété à s'adapter aux particularités de son objet en proposant des variations de régime[1914]. Ainsi, la reconnaissance de la propriété de l'incorporel ne devrait pas poser de difficulté particulière par elle-même. Elle s'en trouve d'ailleurs confirmée par la multiplication contemporaine de biens incorporels parfaitement autonomes, confirmant l'existence indéniable de choses intangibles[1915].

422. Caractère relatif des qualifications d'incorporalité. Les nombreuses avancées de la compréhension physique du monde ont permis de relativiser la vacuité du monde intangible, mais le droit peine à transcrire cette nouvelle réalité. La recherche juridique aboutit à adopter une approche relative de la question : la qualification matérielle ou immatérielle se déduit alors de l'application du régime du bien en cause[1916]. Cette solution peut aboutir à des solutions surprenantes au premier abord. À ce titre et au regard de l'importance que prend l'état descriptif de division dans le processus créatif du volume d'espace[1917], nous pourrions nous interroger sur la nature potentiellement matérielle de ce dernier, y compris en l'absence de toute construction. Le volume pourrait alors être considéré de nature corporelle à l'image des valeurs mobilières et de l'ensemble des droits scripturaux, qui selon un auteur, relèvent de cette nature en raison de la place indispensable que prend l'inscription scripturale dans leur existence juridique[1918]. Ainsi, la corporalité du volume immobilier serait le résultat de l'obligation de sa détermination par son inscription dans un état descriptif de division – son opposabilité aux tiers résultant ensuite de la publication de cet état descriptif de division aux services de la publicité foncière. Il n'est cependant

spéc., n° 11, p. 285.

1913 J.-G. Locré, *op. cit.*, p. 7.

1914 *Infra*., n° 423 et s.

1915 Déjà en ce sens, F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel*, Arch. Phil. Droit, tome 43, Sirey, 1999, p. 79, spéc., p. 87 ; M. Laroche, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, thèse, coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2007, n° 427, p. 276.

1916 En ce sens, D.-R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, p. 47, spec., n° 3 : « Puisqu'aussi bien le régime d'un élément de l'ordre juridique y est commandé par sa nature. Mais il est vrai aussi que la discussion de la nature juridique d'un tel élément se nourrit des traits saillants, convenus ou imposés, du régime qu'on lui fait. Par quoi la recherche de la nature postule sûrement, au moins, un embryon de régime ».

1917 *Infra*., n° 537 et s.

1918 En ce sens, les valeurs mobilières sont ainsi qualifiées par un auteur de bien corporel en raison de la place indispensable que prend l'inscription scripturale dans son existence juridique. Sur cette question, D.-R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *op. cit.*, spéc., n° 11 et s. ; « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, p. 15 ; « Du corporel », D. 2004, p. 2285.

pas certain qu'il y ait un quelconque intérêt à aborder ainsi le volume d'espace[1919], si ce n'est pour justifier sa qualification de bien, alors même que la réduction de la propriété aux seules choses matérielles tangibles apparaît en définitive comme une conception d'un autre temps. La notion de bien bénéficie en effet d'une souplesse importante lui conférant une formidable capacité d'ouverture.

423. La notion de bien s'adapte aux utilités recherchées de la chose. Lorsqu'elle est rapportée aux choses – dans son sens le plus large – la notion de bien n'est rien d'autre qu'une abstraction, une catégorie juridique. Pour reprendre la définition qu'en fait Monsieur le Professeur Bergel, cela signifie qu'il s'agit d'un ensemble issu de la pensée juridique, regroupant des choses ayant entre elles « des traits communs caractéristiques »[1920] – celui d'avoir une utilité, une valeur[1921] – « et obéissant à un régime commun » – être appropriable[1922]. Or, comme toute catégorie juridique, elle « doit pouvoir capter les évolutions et les transformations de la vie sociale » et « [les] absorber dans l'ordre juridique existant […] pour permettre leur adaptation à l'évolution sociale et leur aptitude à capter l'infinie diversité des réalités et des comportements humains et sociaux »[1923]. En d'autres termes, ce qui caractérise la notion de bien n'est pas tant la valeur pécuniaire de la chose, ni d'ailleurs sa commercialité ou ses utilités – qui ne sont que des caractéristiques de cette dernière – que sa possibilité d'être appropriée[1924]. Partant, outre le fait que cela fait apparaître une nouvelle fois la compatibilité de l'appropriation des choses incorporelles en l'absence d'interdiction expresse, cela démontre également la grande faculté d'adaptation de la notion. Il serait anachronique d'envisager que le législateur de 1804 imaginait les découpages d'un fonds de terre en volumes d'espace afin d'établir de grands ensembles immobiliers sur dalles artificielles. Pour autant, la catégorie des biens qu'il a construit dans le Code civil semble pouvoir s'y étendre au regard de la souplesse qu'il lui a insufflée. Le droit est une matière vivante qui doit pouvoir s'adapter aux évolutions de la société et, sur ce point, la notion de bien bénéficie d'une

1919 À l'inverse de l'importance qu'une telle qualification peut emporter pour les droits scripturaux. Voir, D.-R. Martin, « Du corporel », *op. cit.*

1920 J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, coll. Thémis, PUF, 3e éd., 2018, n° 59, p. 110.

1921 En ce sens, voir W. Dross, *op. cit.*, n° 8 et s., p. 12 et s. ; M. Laroche, thèse, *op. cit.*, n° 431 et s., p. 279 et s. L'auteure considère que la valeur comme l'utilité ne sont que des qualités de la chose qui se reportent sur le bien une fois celui-ci approprié (n° 435 et s., p. 281 et s.).

1922 J.-L. Bergel, *op. cit.*, n° 59, p. 110.

1923 J.-L. Bergel, *op. cit.*, n° 65, p. 120, spéc., p. 121 ; n° 77, p. 136.

1924 *Contra.*, M. Laroche, thèse, *op. cit.,* n° 428, p. 278. L'auteure préfère limiter la qualification de bien aux seules choses appropriées et non pas seulement appropriables sous prétexte qu'une chose n'a d'existence juridique qu'à compter de son appropriation. Par ailleurs, Madame Laroche propose d'affiner la notion de bien en dégageant son essence (n° 429, p. 478), constituée non pas par la seule appropriation, mais par la relation exclusive que le propriétaire entretient avec sa chose (n° 439, p. 283).

grande plasticité. Ainsi, le bien est à l'origine une chose saisie par la propriété, chose dont les utilités sont potentiellement infinies et ne dépendent pour partie que de l'imagination de son utilisateur. Or, les biens hors-commerce doivent être strictement déterminés et la notion de propriété reste d'un contenu précis indéfini au-delà du pouvoir absolu qu'elle implique – ce dernier étant également fort relatif sous quelques aspects. En conséquence, il n'y a aucune opposition de principe à ce que la propriété puisse s'adapter au développement des utilités de la chose.

423.1. Si la particularité du bien suppose parfois quelques adaptations du régime de la propriété[1925], il n'est ici rien de choquant dès lors que cette dernière apparaît avant tout comme un pouvoir qui a vocation à s'adapter aux particularités de la chose qu'elle saisit[1926]. Plus encore, le caractère absolu de la propriété admet également une certaine souplesse, ce qui donne un spectre très large de la notion, extensible au gré des besoins. Ainsi, comme le rappelle le Doyen Carbonnier en matière de biens, « la finalité utilitaire est essentielle dans tous les cas. Que les choses soient corporelles ou incorporelles d'origine, ce n'est pas une analyse de leur nature intrinsèque qui détermine la loi à les transformer en biens : c'est leur adaptation aux besoins de l'homme. […] De là de possibles discordances avec les réalités du monde sensible dans les *distinctions* ou, au contraire, les *groupements* que le droit se préoccupe d'établir entre les biens »[1927].

424. Absence d'opposition au volume d'espace dans le Code civil. Au-delà de la souplesse de la notion de bien, le Code civil apparaît dénué de disposition contraire à ce que soit considéré comme bien un volume d'espace. Nous pourrions être tentés de voir dans l'ancien article 2420, 3° relatif à l'hypothèque d'un immeuble futur[1928] un élément de rejet du volume d'espace. Cela consisterait à faire valoir que cet article ouvre l'hypothèque, non pas d'un tel volume mais au seul immeuble à venir, ce qui marquerait le rejet du Code civil vis-à-vis du volume d'espace. Cependant, il ne faut pas exagérer la portée d'une telle disposition dont la finalité est bien éloignée de ces considérations : il s'agissait de permettre au titulaire d'un droit de construire sur le fonds d'autrui d'obtenir des fonds nécessaires à la réalisation des édifices projetés. La disposition n'est alors

1925 Voir notamment la question des propriétés intellectuelles.

1926 *Supra.*, n° 382.

1927 J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations,* coll. Quadrige, PUF, 1ère éd., 2004, n° 707, p. 1595.

1928 Article 2420 du Code civil : « Par exception à l'article précédent, l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles à venir dans les cas et conditions ci-après : […] 3° Celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement ».

porteuse d'aucune portée sur la validité de la propriété de l'espace[1929]. Le doute pourrait venir de la nouvelle version de cet article, issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021[1930]. La nouvelle rédaction de l'article 2414 du Code civil prévoit en effet que « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs »[1931], ce qui pourrait amener à lui conférer une portée relative au rejet de la propriété de l'espace. Pourtant, la lecture du rapport fait au président de la République nous indique qu'il doit connaître des mêmes réserves d'interprétation que son prédécesseur, la reconnaissance de principe des servitudes sur les immeubles futurs ne procédant que de la mise en conformité de l'énoncé de la loi vis-à-vis de la réalité du droit positif[1932]. En définitive, il faut reconnaître que « le Code civil ne réduit pas la chose à sa substance »[1933] et permet sans difficulté la propriété de l'incorporel[1934].

2. La nature immobilière du volume d'espace

425. Exposé cursif des critiques. Une fois le principe d'acceptation de la propriété incorporelle dégagé par le Code civil, il reste deux points potentiellement dirimants à la qualification de bien immobilier du volume d'espace. Le premier consiste à rejeter celle-ci en raison de l'absence d'incorporation au sol. Il s'agit alors de soutenir que la notion d'incorporation est au cœur de la notion d'immeuble, si bien qu'en son absence, aucune qualification immobilière n'est envisageable. Cet attachement radical à la notion d'incorporation fait l'objet de plusieurs degrés d'interprétation. Ainsi, elle a pu être comprise comme le critère exclusif de la nature immobilière du

1929 Pour cette raison, les rares auteurs faisant porter à cet article une conséquence relative à la propriété de l'espace le font de façon indirecte. Sur cette question, voir J.-P. Bertrel, thèse, *op. cit.*, p. 295 et 296 ; « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44. L'auteur considère que le recours à cet article lors de la vente de volumes d'espace alors que celui-ci impose l'existence de droits sur le fonds d'autrui démontre les incohérences de la théorie de l'appropriation de l'espace et, partant, l'invalide (thèse, *op. cit*., p. 296). Il nous semble excessif de soutenir une telle conclusion au regard des problèmes soulevés : c'est justement parce que l'article en cause souffre d'une application détournée que cette seule constatation ne permet pas de remettre en cause la théorie qu'elle est censée contredire.

1930 Ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

1931 Article 2414 du Code civil, dans sa version issue de l'ordonnance n° 2012-1192, *op. cit*., entré en vigueur le 1er janvier 2022.

1932 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, JORF, 16 septembre 2021, texte 18 sur 133, article 19 : « l'article 2414 renverse le principe classique de prohibition des hypothèques sur bien futur. D'une part, ce principe apparaît aujourd'hui archaïque ; il contraste ainsi à la fois avec le droit commun et avec les règles relatives aux autres sûretés réelles, qui peuvent porter sur des biens futurs. D'autre part, ce principe était dès avant la présente réforme privé de sa substance par les nombreuses exceptions dont il faisait l'objet ».

1933 N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 132, p. 68.

1934 C'est par ailleurs également en ce sens que se prononce la proposition de réforme du livre II du Code civil mené par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, qui prévoit à son article 520 que « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation ».

bien[1935]. Cette analyse, fortement ancrée dans la réalité matérielle a – de façon assez paradoxale – pu aboutir à imposer une unité de la chose immobilière au regard du sol et refuser la nature immobilière de la propriété superficiaire. Ainsi, certains auteurs dénient l'existence juridique de l'incorporation au sol – pourtant ici comprise de façon éminemment matérielle – dès qu'une division en propriété existe[1936]. Quoi qu'il en soit, l'absence d'incorporation matérielle au sol a pu justifier le refus de la nature immobilière du volume d'espace[1937]. Le second point procède d'une compréhension particulière du volume d'espace. Considérant que celui-ci n'est déterminé que par sa délimitation, un auteur a pu le qualifier simple instrument de mesure, ce qui l'empêcherait de pouvoir caractériser un bien par lui-même[1938].

426. Indifférence de la notion d'incorporation. La question du rôle de l'incorporation dans le processus de qualification de l'immeuble doit être relativisé. L'incorporation n'est pas le critère de l'immeuble, elle n'est qu'un moyen d'aboutir à cette qualification, caractérisée par la fixité de la chose[1939]. Une étude rapide de l'incorporation suffit à le confirmer. Sur ce point et indépendamment des critiques qu'il serait possible de formuler quant à la compréhension purement matérielle de l'incorporation[1940], celle-ci n'a pour autre objectif que de rendre compte de la réalité de la fixité des meubles trouvant emprise dans le fonds de terre. En conséquence, l'existence même de cette condition implique un support – en l'espèce le fonds de terre – qui en est le réceptacle, ce qui vient confirmer l'existence d'une distinction entre les immeubles originels et ceux qui ne le sont que par incorporation. *In fine*, cela met en avant le critère de la fixité. Si cette distinction ne se retrouve pas de façon explicite dans la lettre du Code civil, la mise en avant par ce dernier du fonds

1935 M.-G. Desvaux de marigny, *op. cit*., thèse, n° 749 et s., p. 303 et s. L'auteure accueillera tout de même la nature immobilière du volume d'espace en acceptant de se détacher de la conception matérielle de l'immeuble pour ne retenir que le critère de fixité, que le volume remplit par essence (n° 776 et s., p. 316 et s.).

1936 Pour une interprétation radicale tendant à refuser à la superficie la qualification d'immeuble, G. Chauveau, *De la superficie en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1886, n° 26, p. 101 : « Il semble qu'en concevant la superficie comme une propriété distincte du sol, on doive la considérer comme une propriété mobilière ». Dans une certaine mesure, J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 27 et s., p. 45 et s. L'auteur soutient alors que la qualification immobilière de la superficie ne peut procéder que de la fiction juridique.

1937 En ce sens, J.-P. Marty, thèse, *op. cit*., n° 152, p. 162 et 163. L'auteur considère que le volume n'est rien d'autre qu'un immeuble par anticipation, qui « est en accord avec la conception de l'immeuble corporel admise ; elle ne constitue qu'une anticipation sur l'incorporation » ; F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001, n° 308, p. 351. L'auteure considère alors que faire du volume d'espace un bien bouleverserait le rôle de l'accession et de l'incorporation ; J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 152, p. 147.

1938 En ce sens, P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007, n° 1321 et s., p. 409 et s.

1939 *Supra*., n° 265 et s.

1940 *Supra*., n° 265.1, note 1099.

de terre en reste un élément révélateur[1941]. Par ailleurs, la doctrine a de longue date relevé ce point, que l'on retrouve partiellement à l'article 527 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil. Cet article prévoit en effet une distinction entre les portions de l'espace terrestre et les éléments s'y incorporant[1942]. La même remarque peut se faire à l'étude d'un système très proche de notre droit : la loi belge du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil. Celle-ci prévoit à son article 3.47 une distinction franche entre les immeubles par nature que sont « les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions » et les immeubles par incorporation, composés de « tous ouvrages et plantations […] s'incorporant aux immeubles par nature »[1943]. En définitive, si l'incorporation est effectivement au cœur de la qualification de la notion d'immeuble, celle-ci n'a pour autre finalité que d'assurer le respect du critère de celle-ci, caractérisé par la fixité[1944]. Elle n'a donc pas pour conséquence de dénier cette qualification en l'absence d'incorporation dès lors qu'il répond au critère de la fixité.

427. Absence de confusion avec un mode de délimitation. L'hypothèse de la confusion entre l'objet de propriété et son mode de désignation soutenue par Monsieur le Professeur Berlioz n'est pas plus convaincante. À l'appui de ses propos, l'auteur prend cet exemple : « dans un litre de lait, la chose, ce n'est pas le litre, c'est le lait. Dans un mètre cube d'eau, ce n'est pas le mètre cube, mais l'eau. La mesure n'est qu'un moyen d'identifier la chose, elle n'est pas la chose. Par conséquent, si on considère le sol comme une simple chose de genre, au même titre que l'air, il est impossible d'imaginer un volume sans matière »[1945]. Le caractère spécieux de l'argument a déjà été

1941 En ce sens, Troisième projet de Code civil, présenté par J.-J.-R. de Cambacérès, *in* P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome I, Paris – Videcoq, 1836, p. 241. L'article 399 de ce projet précise que : « Sont immeubles par leur nature, Les fonds de terre et tout ce qui s'y tient, comme […] ». En faisant dépendre la nature d'immeuble à l'incorporation des éléments au sein du fonds de terre, le Code civil octroie bien un véritable caractère originel à l'immeuble que constitue le fonds de terre, en raison de sa fixité naturelle.

1942 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens,* article 527 : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent ».

S'il apparaît bien ici une distinction entre « les parties déterminées de l'espace terrestre » et les choses qui s'y incorporent, la rédaction aurait pu marquer cette distinction de façon plus marquante en positionnant l'adverbe « ainsi » en amont de la référence aux constructions et végétaux. La rédaction serait alors la suivante : « Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, ainsi que les constructions et végétaux qui s'y trouvent et toutes les autres choses qui s'y incorporent ».

1943 Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, Moniteur belge du 17 mars 2020, p. 15753, entrée en vigueur prévue le 1er septembre 2021, article 3.47.

1944 En ce sens, Troisième projet de Code civil, *op. cit.*, p. 241. L'article 398 de ce projet est ainsi rédigé : « Les biens immeubles sont ceux qui, par leur nature ou leur destination, ont une situation fixe ».

1945 P. Berlioz, thèse, *op. cit.*, n° 1321, p. 409. Repris également par Madame Lotz en soutien de son rejet de la reconnaissance du volume d'espace à titre d'objet de propriété autonome (J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 150, p. 146).

soulevé par Monsieur le Professeur Dross[1946] : dire du volume d'espace qu'il n'est qu'une unité de mesure en raison de sa détermination géométrique revient à occulter le fait que l'espace ainsi déterminé fait référence à une localisation précise, fixe et déterminée du globe terrestre, une chose incorporelle pouvant ainsi accéder à la qualification de bien. Si le volume d'espace est fortement lié à sa détermination géométrique, ce n'est pas tant en raison de la confusion incriminée que par la nécessité d'individualisation et de détermination des biens qu'impose notre système juridique. En définitive, et pour reprendre la formule employée par Monsieur le Professeur Berlioz, dans un mètre cube d'espace, la chose ce n'est pas le mètre cube, mais l'espace qu'il contient.

3. L'indifférence de l'absence de reconnaissance expresse du volume d'espace par la jurisprudence

428. Une reconnaissance indirecte issue d'interprétations doctrinales discutées. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée directement sur la validité du volume d'espace. Pour autant, la doctrine a pu trouver, dans certaines décisions, une consécration indirecte de celui-ci. Or, une telle consécration indirecte procède d'une analyse déduisant la présence de la notion recherchée par l'interprétation des conséquences de la solution rendue[1947]. L'incertitude de la reconnaissance indirecte du volume d'espace pourrait alors naître à l'analyse des quelques arrêts concernés en raison de la remise en cause du rattachement ainsi effectué. Deux arrêts émanant respectivement de la Cour de cassation et du Conseil d'État sont généralement rattachés à cette reconnaissance.

428.1. Le premier est un célèbre arrêt qualifiant le propriétaire d'un lot transitoire de copropriétaire au sens de la loi du 10 juillet 1965[1948]. Pour une grande partie des commentateurs actuels de cet arrêt, la seule indivision sur le sol ne suffit pas à justifier la qualification d'immeuble par nature, pourtant retenue par la Cour de cassation. Cet arrêt serait donc la consécration d'une vision purement dématérialisée de l'immeuble et, partant, de la reconnaissance du volume d'espace à titre de bien[1949]. Il n'est cependant pas certain qu'il faille déduire de la reconnaissance du lot

1946 W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 365-2, p. 676.

1947 C'est finalement un mécanisme proche de celui des présomptions, aboutissant à la déduction de la présence d'un fait inconnu par la constatation d'un fait connu.

1948 Cass civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-18.188, D. 1990, juris., p. 216, note P. Capoulade, C. Giverdon ; RTD Civ. 1990, p. 304, note F. Zenati.

1949 En ce sens, R. Libchaber, Rép. Dalloz, *op. cit.*, n° 161 ; L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 148 et 149 ; N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 144, p. 74 ; M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil Code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. unique, n° 58 ; M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199, n° 31, p. 214.

transitoire de copropriété[1950] celle du volume immobilier d'espace et ce qu'il implique d'autonomie. D'une part, l'incorporalité du lot transitoire de copropriété est discutée – et par voie de conséquence, la similitude de situation avec le volume d'espace. Si, pour certains, il s'agit d'un bien impérativement corporel dès lors que les parties communes le sont immanquablement[1951], d'autres rappellent à l'inverse, qu'en tant que création artificielle et bien complexe, le lot de copropriété ne peut être qu'un bien incorporel[1952]. D'autre part, ce raisonnement ne prend place que dans le strict cadre de la notion de lot de copropriété sous lequel le volume d'espace serait subsumé, même à ce que le lot soit immanquablement incorporel. Par ailleurs, pour une auteure, c'est uniquement dans le cadre de cette notion de lot, comprise comme une chose complexe, que le volume d'espace pourrait être envisagé[1953].

428.2. Le second arrêt assimile une place de parking, dont les limites matérielles appartiennent à un autre propriétaire, à une fraction d'immeuble afin de lui appliquer la taxe foncière sur le bâti[1954]. Pour certains, cette décision signifie que le Conseil d'État reconnaît *in fine* la propriété du volume d'espace[1955]. Si nous avons déjà vu qu'une telle décision semblait déjà écarter l'assimilation du volume à la notion de fonds[1956], nous pouvons ajouter qu'elle ne démontre en rien la reconnaissance d'une telle propriété. Le Conseil d'État considère en effet que la société propriétaire des places de parking situées en sous-sol d'un immeuble était propriétaire « d'une fraction de ce bâtiment ». Cette formule, bien que motivée par un souci de cohérence de l'impôt

---

1950 À noter que le lot transitoire fait désormais l'objet d'une définition légale issue de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, corrigée par l'ordonnance n°2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis. L'alinéa 3 de l'article 1 er de la loi du 10 juillet 1965 dispose désormais expressément que le lot transitoire est un lot de copropriété, « formé d'une partie privative constituée d'un droit de construire précisément défini quant aux constructions qu'il permet de réaliser et d'une quote-part de parties communes correspondante ».

1951 F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003, n° 111, p. 125 et 126.

1952 J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 155, p. 149 ; F. Zenati, obs. sous Cass civ., 3ème, 15 novembre 1989, RTD Civ. 1990, p. 304. L'argument repose d'une part sur le caractère artificiel de la notion qui imposerait une nature incorporelle. Voir à ce propos, sur la notion de fonds de commerce, L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, thèse, coll. Bibliothèque de l'entreprise, Litec, 2006, n° 809 et s., p. 467 et s. L'auteure écarte l'éventualité de la qualification distributive du fonds de commerce effectuée en fonction de ses éléments concrets en rappelant que la nature d'un contenant ne relève pas forcément de celle de son contenu (n° 809, p. 467). Elle poursuit ensuite en affirmant que le fonds de commerce, n'est pas une simple addition de contenus mais un « contenant original et abstrait », justifiant ainsi sa nature incorporelle (n° 810, p. 467 et 468).

1953 J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 232 et s., p. 217 et s.

1954 CE, 16 mars 2016, n° 374432, « SCI MOG 5 », Droit fiscal, n° 22, juin 2016, comm. 348, concl. B. Bohnert ; Contrats et Marchés publics, n° 5, mai 2017, chron. n° 4, spéc., n° 17, obs. C. Chamard-Heim.

1955 N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, Division en volumes – Nature et principes, Fasc. 107-10, n° 48.

1956 *Supra*., n° 273.1.

venant ainsi diminuer la portée de la qualification d'espèce[1957], ancre cependant le volume dans un réceptacle matériel, ce qui maintient une incertitude quant à la reconnaissance du volume d'espace en tant que tel. Sans doute s'agit-il plus de propriété d'un bien occupant un espace que de la propriété de l'espace en tant que tel[1958], à l'instar de la propriété des grottes et galeries souterraines.

428.3. Nous pourrions également citer le célèbre arrêt du 1998 aboutissant à l'appropriation d'une terrasse. Si certains y ont vu l'appropriation d'un volume d'espace[1959], il ne s'agit que d'une conclusion faite dans le cadre d'une vision doctrinale plus vaste tendant à la démonstration de l'existence de la propriété de l'espace à part entière. Pour reprendre la solution de la Cour de cassation, celle-ci se contente de faire référence à des éléments précis – la terrasse, la barrière – dans une vision plus traditionnelle de la propriété superficiaire attachée au caractère tangible des éléments sur lesquels elle porte.

429. Limite du rejet par absence de reconnaissance expresse. On pourrait être tenté de reprocher à ces décisions de ne pas se prononcer sur la propriété de l'espace individualisé alors que les affaires auraient été l'occasion d'éclaircir cette question. Néanmoins, le volume d'espace n'était pas directement au cœur des questions posées au juge. On ne peut donc pas reprocher à ces derniers de ne pas s'être prononcés sur la question. Surtout, le volume d'espace ne doit pas être tributaire d'une reconnaissance expresse par le juge dès lors qu'il bénéficie d'une acceptation de principe issue de sa correspondance avec la notion de bien telle qu'elle est inscrite dans notre Code civil. En conséquence, ce n'est pas tant dans le principe de son acceptation que dans son hypothétique rejet que les décisions des juges en la matière devraient être analysées. Or sur ce point, aucune contestation de principe de l'existence du volume d'espace ne semble émaner de la jurisprudence[1960].

B. Le principe d'autonomie du volume superficiaire

430. Plan. Une fois la validité du volume d'espace établie, le volume immobilier apparaît par principe comme un bien superficiaire pleinement autonome, capable de représenter un fonds sur lequel appliquer des servitudes (1). Il faut néanmoins remarquer qu'à l'inverse du fonds de terre,

1957 Voir en ce sens les conclusions du rapporteur public Benoît Bohnert, concl. sous CE, 16 mars 2016, *op. cit.*

1958 Sur cette question, *infra*., n° 458.

1959 *Supra*., n° 219.1.

1960 Seules pourront être relevées des réticences à sa généralisation en raison du refus que la propriété superficiaire emporte l'appropriation de l'espace occupé par son objet. Sur cette question, *infra*., n° 487 et s.

cette indépendance de principe s'avère très relative dès lors qu'il est question du développement de ses utilités (2).

1. Le volume superficiaire, un fonds indépendant au sens des servitudes

431. Indépendance de principe de la propriété de l'espace. Si l'on considère l'existence du volume d'espace comme chose objet d'un droit de propriété, les difficultés inhérentes à la justification de la perpétuité de la propriété superficiaire s'atténuent fortement. Le volume d'espace est par principe un bien autonome qui ne nécessite aucun droit sur le sol pour exister en tant que tel. La doctrine soulève la plupart du temps que son indépendance réelle n'existe que le temps de sa représentation dans l'état descriptif de division[1961].Or, si l'affirmation est juste, l'analyse qu'elle sous-tend peut porter à confusion. Cette présentation du volume d'espace prend place au regard de son utilisation la plus courante dans la pratique. Pour celle-ci, le volume est un outil juridique dont la finalité consiste à l'appropriation d'une portion d'un édifice, que celui-ci soit existant ou à venir. Dans cette situation, il est effectivement impossible d'occulter les relations inévitables que va entraîner la superposition d'objets de propriété au sein d'un même fonds de terre. Pour autant, et même si dans cette situation, ce qui est visé par le propriétaire est davantage la portion de bâtiment que celle d'espace, cela ne doit pas remettre en cause l'indépendance de principe du volume superficiaire.

432. Conséquence de l'indépendance de la propriété de l'espace : le recours possible aux servitudes. Le volume superficiaire, parce qu'il est une portion unique d'espace déterminé, est un bien par essence autonome, même s'il n'est pourvu que de très peu d'utilités par lui-même. Dans l'hypothèse où celui-ci est destiné à rester vide de tout contenu – afin, par exemple de maintenir une vue dégagée[1962] – son indépendance ne fait aucun doute : il n'a besoin d'aucun droit sur le sol de la parcelle qu'il surplombe afin d'exister et remplit pleinement l'utilité recherchée par son propriétaire[1963]. C'est alors uniquement lorsque le volume d'espace se destine à être construit que

1961 En ce sens, W. Dross, J*urisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol*, Fasc. unique, n° 78 ; Y. Trémorin, *« Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 431.

Précisons que, même à ce stade, le volume d'espace reste soumis aux règles de la publicité foncière. Or, nous avons vu que sa représentation le rend dépendant de la parcelle de terre. *Supra*., n° 348 et s.

1962 Également en ce sens, L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749, spéc., p. 759. L'utilité intrinsèque de ces volumes d'espace peut trouver son sens dans les grands centres urbains, dans lesquels certains propriétaires entendent préserver leur environnement visuel et notamment, une vue dégagée ou directe sur certains monuments.

1963 On pourrait soutenir qu'il s'agit moins d'une question de propriété d'un volume d'espace que de servitude *non aedificandi.* Ce n'est cependant pas parce qu'une solution alternative existe qu'elle doit en supprimer une autre,

ses relations avec ses voisins vont inévitablement apparaître, en raison de la force de gravité. L'intensité de ces relations sera parfois exacerbée par la grande « intimité physique »[1964] de l'éventuelle pluralité de volumes prenant place dans un édifice collectif. Bien qu'issue d'une situation particulièrement résiduelle, constater ce principe d'indépendance permet de lisser les difficultés conceptuelles en limitant les liens du volume d'espace au montage dans lequel il prend place. Ainsi, recourir à la notion de servitude n'apparaît pas problématique : celles-ci ne consistent qu'à octroyer au fonds dominant une utilité du fonds servant dont il n'est pas pourvu à l'origine, afin d'en permettre une utilisation plus complète[1965], que ce soit par l'usage direct de ladite utilité ou par la préservation de ses potentialités. Ainsi considérées, les servitudes ne sont pas la condition d'existence du volume d'espace mais simplement l'outil permettant le développement de ses utilités. Il en résulte que le droit de propriété sur le volume d'espace s'avère bien imprescriptible, à la différence des nombreuses servitudes permettant l'emprise sur le fonds de terre et les éventuels volumes inférieurs, nécessaire au développement de ses utilités, qui pourront théoriquement s'éteindre par non usage trentenaire[1966].

433. Imprescriptibilité du volume superficiaire. L'imprescriptibilité du volume d'espace et, plus généralement, celle des propriétés superficiaires dans leur ensemble est régulièrement critiquée. Les partisans de la théorie dualiste ou ceux refusant de qualifier la superficie d'objet de propriété en sont les principaux pourfendeurs[1967]. Parmi ces derniers, Madame Lotz relève par ailleurs une présentation contradictoire qui serait faite par une partie des partisans de la théorie moniste de la propriété superficiaire[1968]. Ceux-ci énoncent classiquement qu'une telle propriété ne s'éteint pas par le non-usage. Ils remettraient pourtant en question ce principe en admettant qu'il serait finalement préférable que la superficie puisse s'éteindre par non-usage trentenaire afin de rétablir l'unité de la propriété du sol[1969]. Il nous semble néanmoins que ces contradictions émanent de l'influence des multiples conceptualisations de la notion par les auteurs, qui utilisent parfois celle-ci pour qualifier certains partages d'utilités qui relèvent de la qualification de droits réels sur

d'autant plus qu'une approche en matière de propriété n'est pas dénuée d'intérêt au regard de celle faite en matière de servitude. Sur ce point, *supra.*, n° 228 et s.

1964 Expression empruntée à L. Ravanas, thèse, *op. cit*., p. 427.

1965 *Supra*., n° 139.

1966 Article 706 du Code civil : « La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans ».

1967 En ce sens, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie*, n° 63 *;* J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 98, p. 101.

1968 En ce sens, J. Lotz, thèse, *loc. cit.*

1969 Sont ainsi cités les ouvrages suivants : G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 1995, n° 178-1, p. 240; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 950, p. 843, note 7.

la chose d'autrui. Ainsi, il est tout à fait logique de critiquer l'imprescriptibilité d'une prérogative permettant l'exploitation d'un canton de bois « crû et à croître » au motif qu'il s'agit ici d'une propriété issue du droit d'exploitation de ceux-ci et non pas d'une propriété superficiaire[1970]. Il n'en est pas de même de l'imprescriptibilité de la propriété d'une propriété superficiaire – À supposer que l'on accepte que cette dernière puisse être consolidée de façon perpétuelle. Plus encore, rien ne semble s'opposer à l'imprescriptibilité du volume superficiaire. Sauf à ce que celui-ci rentre dans le cadre d'une opération collective à laquelle elle sera soumise, son absence d'utilisation n'emportera pas une conséquence différente de celle résultant de l'inutilisation d'une parcelle par son propriétaire[1971].

433.1. L'argument tendant à critiquer l'imprescriptibilité de la propriété superficiaire sur le fondement de la valorisation économique du bien peut s'entendre, mais n'est pas spécifique à la propriété superficiaire et pourrait pareillement s'appliquer à l'inutilisation d'un fonds de terre par son propriétaire. Ce dernier point justifie – en partie seulement – la prescription acquisitive immobilière par possession trentenaire[1972]. Autre argument régulièrement soulevé, celui selon lequel l'inutilisation de la superficie viendrait priver de toute utilité le tréfonds[1973]. L'argument ne semble cependant pas pleinement pertinent. À l'étude, une telle configuration ne se retrouve que dans les situations de division superficiaire totale, c'est-à-dire concernant la totalité de la parcelle. Or, ce type de division se produit soit dans le cadre d'un droit temporaire, soit dans le cadre d'une cession en propriété, mais pour laquelle l'exploitation du tréfonds reste possible. Cette dernière remarque exclut cette seconde situation de la critique faite. Dans le premier cas, l'imprescriptibilité de la propriété superficiaire n'a que peu de conséquences : le caractère temporaire du bail vient pallier l'imprescriptibilité en assurant *in fine* un retour des utilités au propriétaire du tréfonds. Plus encore, l'existence d'obligations relatives à l'amélioration du fonds loué – particulièrement présentes dans les baux réels longue durée – permettent d'envisager une résiliation anticipée du bail en cas d'inaction du preneur[1974].

1970 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, JCP G 2012, 930.

1971 Nous pouvons ajouter à cette observation les difficultés inhérentes à une solution en sens contraire dès lors qu'il existera une pluralité de volumes. La détermination du propriétaire récupérant la propriété du volume non-utilisé sera le plus souvent impossible à justifier par des critères fixes. Sur cette question, L. Tranchant, *op. cit*., spéc., p. 768 et 769.

1972 De façon plus générale, il faut également relever avec Monsieur Ravanas que la question de la valorisation économique du bien est éloignée de celle de la cession d'une propriété superficiaire. La concession d'un bail, par essence temporaire, autorisant la création d'une propriété superficiaire correspond bien plus à cet objectif (L. Ravanas, thèse, *op. cit*., p. 256).

1973 En ce sens, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie*, n° 63.

1974 L. Ravanas, thèse, *op. cit*., p. 256. Précisons néanmoins qu'il faut qu'une telle obligation existe, ce qui ne sera pas toujours le cas.

433.2. Concernant la prescription extinctive des servitudes, il est nécessaire de rappeler que le risque d'extinction restera particulièrement faible. Le non-usage trentenaire suppose une absence totale d'acte visant à tirer bénéfice de l'utilité conférée par la servitude. Or, en matière d'opération immobilière, les servitudes sont le plus souvent collectives, voire réciproques, ce qui viendra assurer un usage permanent de celles-ci. En définitive, la pleine autonomie de principe du volume d'espace a pour corollaire une limitation drastique de ses utilités potentielles. Toutefois, ce seul constat ne suffit pas à lui dénier la qualification de bien – celle-ci n'étant pas conditionnée à la pluralité d'utilités, une seule pouvant suffire[1975]. Il n'en reste pas moins que cette indépendance de principe apparaît bien relative à partir du moment où son propriétaire souhaite en jouir pleinement.

2. L'indépendance relative du fonds superficiaire

434. L'indépendance relative du volume immobilier par la prise en compte du collectif. Hormis la situation résiduelle dans laquelle le volume serait destiné à rester vide de tout contenu[1976], son utilisation concrète implique une dépendance au sol et donc une absence d'autonomie structurelle. Nous retrouvons ici la critique séculaire faite à la présentation moniste du droit de superficie prônant une parfaite indépendance entre la propriété superficiaire et celle du sol : les propriétés superposées immobilières nécessitent des relations entre elles et ne peuvent être réellement indépendantes, ce qui justifie qu'on les qualifie de propriétés imparfaites[1977]. La

1975 Un bien peut ainsi se voir privé de sa principale utilité, il conservera néanmoins sa qualification. Ainsi, un terrain constructible perdant cette utilité au gré de l'évolution des règles urbanistiques n'en restera pas moins un bien, même si les utilités de celui-ci s'en trouvent largement réduites.

À noter que cette perte de constructibilité, si elle n'emporte pas de conséquence relative à la qualification de bien, ni sur l'existence de la propriété, peut, depuis l'entrée en vigueur de l'article 1186 du Code civil (dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations), justifier la caducité d'un contrat dont cette utilité était une condition essentielle. Selon l'appréciation faite de cette dernière, cette évolution pourrait constituer une avancée pour la sécurité juridique des opérations immobilières, ce point étant auparavant traité par la notion de vice caché ou d'erreur dont certains auteurs avaient pu relever l'arbitraire. Sur ces deux fondements, respectivement : Ch. Gijsbers, « L'incidence des règles relatives à la nullité, la caducité et aux restrictions », RDI 2016, p. 342, spéc., n° 13 ; F. Rouvière, « Le casse-tête de l'inconstructibilité », note sous Cass. civ., 3ème, 13 novembre 2014, n° 13-24.027, D. 2015, p. 60.

1976 Outre des volumes destinés à rester vide afin de préserver un environnement donné, nous pouvons également citer le cas du volume supérieur d'une construction en volumes. L'indépendance est ici assez artificielle. La solution consiste le plus souvent à l'attribuer à l'association syndicale des propriétaires – dont font impérativement partie l'ensemble des propriétaires – ce qui rapproche la situation d'une indivision forcée perpétuelle pour le volume de tréfonds le plus bas. Cette pratique rappelle non seulement le rattachement de l'ensemble de ces volumes immobiliers avec la base de l'ensemble, mais également la nécessité de prévoir une organisation commune et donc, la mise en place de relation entre les différents propriétaires.

1977 D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 739 et s., p. 774 et s. Voir déjà, pour la qualification de propriété imparfaite de toute propriété sur laquelle porte un droit réel, Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, tome III, Paris – Warée, 1811, n° 92, p. 75. « On divise la propriété en deux espèces : Propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché ; Imparfaite lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques-uns de ces droits en ont été détachés » ; M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905, p. 443,

dépendance transparaît déjà à travers les règles urbanistiques imposant l'autorisation du propriétaire du sol afin de pouvoir déposer une demande de permis de construire[1978]. D'un point de vue plus général, un édifice immobilier ne peut être autoportant et nier la gravité : la construction n'est pas, selon la célèbre formule, « accrochée au ciel par des fils invisibles »[1979]. Ce constat conserve toute sa pertinence à propos des différentes parties distinctement appropriées de l'ouvrage : la superposition verticale impose la mise en place de relations entre les différents propriétaires. Lorsque la division projetée n'a pas pour finalité d'être limitée dans le temps, il est nécessaire d'adjoindre un droit sur le sol, celui-ci prenant la forme de servitudes, la plupart du temps réciproques[1980]. À défaut d'être une condition d'existence de la propriété des volumes, ces servitudes n'ont pour autre objectif que de permettre l'exercice de ce droit de propriété, en organisant les relations des volumes entre eux et plus généralement avec le sol. Ainsi, elles permettent de palier l'absence d'indivision sur ce dernier et les différents éléments communs. En ce sens, certains auteurs ont pu rapporter les similitudes attachées à la finalité des servitudes réciproques et l'indivision forcée[1981], insistant notamment sur la dépendance réciproque des différents propriétaires de biens soumis à celles-ci.

434.1. Un exemple topique peut se trouver dans l'ancien article 664 du Code civil. Ce dernier prévoyait dès 1804 d'adapter le caractère absolu de la propriété à la division en propriétés d'un immeuble par étage[1982]. Présentée assez largement comme mettant en place « un véritable droit de superficie »[1983], cette disposition est logiquement comprise comme l'ancêtre légal de la division en

spéc., p. 492.

La rigidité du modèle de la propriété parfaite et le constat des inévitables relations entre les fonds dans notre modèle de propriété à cependant conduit à pratiquement abandonner tous développements sur cette distinction (Voir cependant une approche renouvelée de la distinction, S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse, Paris IX, 2007).

1978 *Supra*., n° 363.1 et s.

1979 D. de Lataulade, A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », Gaz. Pal., 1974, I, doctr., p. 436. À la suite de cette image, les auteurs précisent qu'il est impossible de détacher pleinement une construction du sol et en occultant les liens physiques qu'ils entretiennent, sauf à procéder à une fiction juridique dont le résultat est le droit de superficie.

1980 *Supra*., n° 130 et s.

1981 Sur cette question, J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 171 et s., p. 163 et s.

1982 Article 664 ancien du Code civil, « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; Le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui ; et ainsi de suite ».

1983 G. Chauveau, *De la superficie en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1886, n° 15, p. 90. Voir également, E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894, p. 345 qui assimile l'organisation juridique de cet article à une « superposition de superficie ».

volumes[1984]. Les termes de la loi mettaient *a priori* en place une division « sans reste », composée uniquement de portions de bâtiments distinctement appropriées. Or, les limites de cette division d'un immeuble collectif sont rapidement apparues. La question des liens et relations des différents propriétaires entre-eux a alimenté les débats doctrinaux sur la qualification exacte des droits des différents propriétaires sur les éléments collectifs. Alors que l'article 664 ancien du Code civil se positionnait au sein des dispositions consacrées aux servitudes, une partie conséquente de la doctrine a analysé cet article comme mettant obligatoirement en place l'existence d'une copropriété pour ces éléments[1985]. Cette position a pu être confirmée par la jurisprudence. Dans un arrêt du 22 avril 1860[1986], la Cour de cassation a décidé de la copropriété de ces derniers ainsi que du sol entre les différents propriétaires de l'édifice. Or, l'opposition frontale que l'on pourrait imaginer entre l'indivision forcée et les servitudes ne sera pas retenue par les auteurs classiques, ceux-ci faisant rentrer la première dans la nature des secondes[1987]. S'il nous semble que ce rapprochement fut avant tout motivé afin de pouvoir justifier l'existence d'une indivision dont on ne peut demander le partage[1988], l'exemple de l'article 664 du Code civil reste édifiant lorsqu'il s'agit de démontrer les difficultés à considérer pleinement autonome un bien situé dans un ensemble collectif auquel ne s'appliquerait qu'un réseau de servitudes collectives et réciproques. Ces difficultés ressurgissent

1984 Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 679, spéc., p. 688.

1985 F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VII, Paris – Durand et Pedone Lauriel, 1872, n° 487 et s., p. 558 et s. L'auteur développe une analyse qu'il résume de la sorte : « L'article 664 suppose que les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires. Chaque étage fait l'objet d'une propriété exclusive ; mais il y a des choses communes ; le code cite les gros murs et le toit ; nous dirons à l'instant qu'il y en a encore d'autres. Sous ce rapport, l'hypothèse de l'article 664 rentre dans celle de la copropriété ».

Voir également, R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533 spéc., p. 534 : « Sous l'empire du code civil [*sic*] la copropriété apparaissait essentiellement comme une indivision d'un caractère particulier puisque par dérogation aux dispositions de l'article 815 du code civil la copropriété de l'article 664 était une indivision perpétuelle ».

1986 Cass. Req., 22 avril 1860, D.P. 1860, I, 444, concl. Blanche. La Cour de cassation affirme alors que : « le sol sur lequel la maison est bâtie, est la propriété commune de tous, puisqu'il est nécessaire pour tous les étages ; que cette communauté s'induit aussi, des dispositions de l'art. 664 c. nap., [*sic*] qui met à la charge de tous les propriétaires, dans la proportion des héritages qui leur appartiennent, les réparations et reconstructions des gros murs et des toits, qui sont ainsi considérés comme étant des propriétés communes, ce qui démontre que les parties de la maison qui sont nécessaires pour tous les étages, appartiennent en commun aux propriétaires des divers étages de la maison ».

1987 Ainsi, on parle aisément de servitude d'indivision. En ce sens J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, tome I, G. Thorel et Guilbert, 8e éd., 1838. L'auteur distingue l'indivision classique du Code civil permettant à chacun des indivisaires de demander le partage de l'indivision forcée résultant d'une servitude d'indivision qui empêche une telle demande (n° 190 et s., p. 423 et s.). Il rattache ensuite clairement l'article 664 du Code civil à la situation de l'indivision forcée (n° 193 et s., p. 428et s.). Voir également, Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité des servitudes et des services fonciers*, tome XI, Paris, 4e éd., 1867, n° 444, p. 497 : « les maisons divisées par étages ne sont pas d'ailleurs les seules choses qui puissent être affectées de cette communauté forcée, que l'on nomme servitude d'indivision. Il en est ainsi de toutes les choses communes qui sont destinées, comme accessoires indispensables, à l'usage indivis de plusieurs propriétés principales appartenant à des propriétaires différents ».

1988 Également en ce sens, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 176, p. 169.

immanquablement en matière de construction en volumes, dont l'autonomie est artificiellement assurée par les servitudes. En définitive et même à rappeler l'indépendance théorique des propriétaires, assurée par le recours aux servitudes, un immeuble divisé en volumes sera, comme en matière de copropriété ou de lotissement, dans l'obligation de se parer d'un ensemble de règles collectives propre à assurer la gestion de l'ensemble et les relations entre les différents propriétaires.

435. Parallèle avec l'indépendance de principe attachée à la propriété du sol. Le caractère relatif de l'indépendance n'est cependant pas réservé à la propriété superficiaire. Dans l'esprit du législateur, le fonds de terre est le bien qui sert de porte-étendard au système de la propriété civile, avant tout pensé pour l'immeuble et dont il est le premier représentant. Il constitue le bien susceptible d'embrasser le plus parfaitement possible le régime de la propriété du Code civil. Or, celui-ci est affirmé comme absolu[1989]. De cette absoluité, il est généralement déduit un caractère exclusif et perpétuel[1990]. L'exclusivité attachée à la propriété civile sous-entend qu'aucun tiers ne doit pouvoir intervenir dans l'utilisation du bien par son propriétaire[1991]. Cela implique que la jouissance du bien en cause doit pouvoir rester parfaitement autonome, sans dépendre de droit personnel sur d'autres personnes, de droit réel sur d'autres biens ou encore d'un partage d'utilités avec un autre fonds. Pourtant, comme en matière de volumes d'espace et plus généralement de propriétés superficiaires, on ne pourra cependant que souligner le caractère relatif de l'affirmation.

436. L'indépendance relative du fonds de terre par la prise en compte du collectif. Nombre de fonds de terre ne bénéficient que d'une exclusivité toute relative, conséquence de l'existence inévitable d'un voisinage[1992] et du réalisme du Code civil à cet égard. Ce dernier a prévu à son article 651 que « la loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention ». La confirmation concrète de cette affirmation – très générale – se retrouve dans différente dispositions prévues par le Code civil permettant l'intrusion des tiers dans l'exercice de la propriété du fonds. Ainsi, l'article 646 du Code civil permet à un

1989 Article 544 du Code civil.

1990 Par exemple, W. Dross, « Que l'article 544 du code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27, spéc., p. 35 ; F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018 , n° 145 et s., p. 150 et s. ; N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, coll. HyperCours, Dalloz, 8e éd., 2020, n° 272, p. 270.

1991 W. Dross, *op. cit*., spéc., p. 35 ; F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 145, p. 150 ; N. Reboul-Maupin, *op. cit.*, n° 272, p. 270. C'est également par ce prisme qu'est compris l'exclusivisme par ceux qui considèrent qu'il représente l'essence même de la propriété. Sur ce point, F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008, n° 193, p. 315.

1992 M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit,* PUF, Fondement de la politique, 2004, p. 151. Également en ce sens, W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 543. Biens. – Droits dont les biens peuvent être l'objet*, Fasc. unique, n° 23.

propriétaire de contraindre son voisin à procéder au bornage de leurs fonds de terre respectifs[1993] et l'article 663 du Code civil permet de l'obliger à contribuer à l'édification d'un mur séparatif mitoyen. En matière de servitudes, les articles 697 et 698 de ce même code permettent au propriétaire du fonds dominant d'imposer l'édification et l'entretien d'ouvrages sur le fonds servant à la charge du propriétaire de ce dernier. Malgré ces atteintes partielles à son exclusivité, la jouissance du fonds de terre persiste par principe de façon autonome. Sur cette question et sans prétendre à l'exhaustivité, on trouvera également certaines dispositions légales pouvant traduire une autonomie toute relative du fonds de terre. Le Code civil prévoit ainsi la mise en place de « servitudes qui dérivent de la situation des lieux » à ses articles 640 et suivants, concernant notamment l'écoulement et la captation des eaux ou la capacité d'un propriétaire à exercer son droit au bornage et de se clore.

436.1. La situation est cependant assez différente de celle concernant les volumes superficiaires. En réalité, plutôt que de résoudre un problème d'autonomie du fonds, ces dispositions se contentent soit d'organiser la captation d'une ressource commune – l'eau[1994], soit d'obliger à son écoulement afin d'empêcher le fonds dans lequel elle trouve son origine ou sa réception première de subir un dommage[1995]. La même observation peut être faite à propos du bornage et du droit à se clore : ce sont avant tout des règles qui tendent à assurer l'exclusivité de la propriété. En définitive, si ces dispositions établissent une relation collective entre les fonds, elles ne remettent pas en cause l'autonomie structurelle de ce dernier : sa jouissance connaît quelques restrictions liées à la nécessaire prise en compte du collectif, mais sans remettre en cause l'autonomie du fonds de terre [1996].

436.2. Il existe néanmoins des situations dans lesquelles le fonds de terre se trouvera dépendant de l'établissement de servitudes afin de pouvoir conserver ses utilités. Il en est ainsi en situation d'enclave. Afin de résoudre la difficulté, le Code civil prévoit à ses articles 682 et suivants la création d'une servitude légale de passage en cas d'enclave. Celle-ci garantit pour un fonds donné la possibilité de toujours avoir un accès vers les voies publiques afin d'assurer son exploitation

1993 Article 646 du Code civil : « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs ».

1994 W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 318.

1995 M. Painchaux, *JurisClasseur Civil Code, synthèse. Généralité sur les servitudes*, n° 12 et s.

1996 *Contra.*, D. Richard, thèse, *op. cit.*, n° 759, p. 793 et 794.

normale[1997], sans quoi il risquerait de rester dans une « éternelle inutilité »[1998]. En d'autres termes, la loi assure au fonds de terre la persistance de l'exploitation normale à laquelle un fonds est destiné. Indépendamment de la question de l'application d'une telle disposition au volume immobilier[1999], son existence contribue à démontrer le caractère relatif de l'autonomie du fonds de terre lorsqu'il est confronté de façon plus intense à la collectivité. Enfin, il faut remarquer que l'atteinte à l'exclusivisme de la propriété du propriétaire du fonds est parfois justifiée par l'intérêt général. À titre d'exemple, le législateur a récemment consacré l'existence d'un droit de surplomb – sans toutefois le qualifier de servitude – afin de favoriser les travaux de rénovation énergétique[2000]. Celui-ci permet – sous réserve de conditions très strictes[2001] – au propriétaire d'un bâtiment existant d'imposer un empiétement allant jusqu'à trente-cinq centimètres en surplomb du fonds voisin dans le cadre de l'isolation extérieure de son édifice.

436.3. Symétriquement, il existera de rares situations dans lesquelles la propriété superficiaire pourra approcher une véritable indépendance. Prenons ainsi l'exemple d'une construction troglodyte située dans le tréfonds d'un sol qui le surplombe de plusieurs dizaines, voire centaines de mètres et dont l'accès se situe sur un fonds voisin[2002]. L'indépendance du volume sera ici importante, les relations pouvant s'apparenter à celles que connaîtraient deux fonds de terre contigus. On pourrait objecter que l'autonomie se fait ici au prix d'une matérialité permettant à l'édifice de posséder une base[2003], ce que le volume d'espace ne permet pas d'assurer en tant que tel dès lors qu'il doit être compris comme un simple périmètre déterminé par des côtes géométriques. Ce serait occulter le fait qu'un volume d'espace situé en surplomb d'un fonds

1997 G. Gil, J*urisClasseur Civil Code, articles 682 à 685-1. Servitude – Servitudes légales – Droit de passage*, Fasc. unique, n° 42.

1998 J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, tome I, G. Thorel et Guilbert, 8e éd., 1838, n° 19, p. 496.

1999 En faveur d'une telle application, M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 1038, p. 424.

2000 La création de l'article L. 113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation instituant ce « droit de surplomb » a été prévue par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite, loi « climat et résilience »).

2001 Ainsi, l'article L. 113-5-1 du Code de construction et de l'habitation prévoit que cette possibilité d'empiétement est conditionnée à « une indemnité préalable au bénéfice du propriétaire du fonds surplombé », mais également qu'il ne peut s'établir qu'à « deux mètres au moins au-dessus du pied du mur, du pied de l'héberge ou du sol, sauf accord des propriétaires des deux fonds sur une hauteur inférieure ». En outre, cet article prévoit que l'empiétement réalisé ne pourra dépasser trente-cinq centimètres et reste conditionné au fait qu'« aucune autre solution technique ne permet d'atteindre un niveau d'efficacité énergétique équivalent ou que cette autre solution présente un coût ou une complexité excessifs ».

2002 Voir à propos d'une cave : Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, n° 76-11.365.

2003 En ce sens, Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 430 et s.

pourrait tout à fait être construit dans le prolongement d'un édifice dont l'emprise se situe sur le fonds voisin. Dans ces situations, bien que la primauté du fonds de terre puisse ressurgir lors du dépôt de l'autorisation d'urbanisme nécessaire à la réalisation de la portion d'ouvrage, les relations avec le propriétaire du fonds surplombé ne nécessiteront aucun droit spécifique sur ce dernier.

437. Conclusion de section. Très schématiquement, la position moniste s'attache avant tout à démontrer l'indépendance de la propriété superficiaire, afin de rendre la qualification de propriété la moins fragile possible. En pointant l'existence de relations entre superficie et fonds de terre, la conception dualiste entend procéder à un retour aux réalités factuelles et tend à justifier l'existence de la propriété superficiaire par l'autorisation de jouissance sur le fonds de terre dans lequel elle est enclavée. Conséquence de cette relation, la perpétuité de la propriété superficiaire semble difficile à justifier. Le recours au volume superficiaire permet de résoudre la difficulté. Parce qu'il porte par essence sur une portion d'espace, il constitue un bien autonome par principe, ce qui permet de justifier, en outre, le recours aux servitudes afin de développer ses utilités. Presque assimilable au fonds de terre, sa nature superficiaire refait néanmoins surface dès lors qu'il lui reste soumis dans les conditions vues précédemment. Il serait, en quelque sorte, un fonds superficiaire dont la verticalité induit une intensité plus importante entre les différents propriétaires dans l'exercice et le développement de ses utilités propres.

Conclusion de Chapitre

438. Conséquence de l'absence de fonds-volumique. À l'issue du chapitre précédent, Le constat de l'absence d'assimilation du volume immobilier au fonds de terre a pu laisser envisager une véritable primauté du second sur le premier. Plusieurs théories se sont saisi de cette question pour en tirer une conséquence sur la nature de la superficie.

439. Rejet d'un éventuel principe d'unité absolue du fonds de terre. La première tend à limiter le droit de superficie à n'être qu'un simple droit réel sur la chose d'autrui. Aujourd'hui, elle provient principalement de la théorie renouvelée de la propriété. Pourtant, au premier abord, celle-ci n'apparaît pas imperméable à la reconnaissance du volume immobilier à titre d'objet de propriété. Toutefois, le rejet de la propriété superficiaire est fondé sur une lecture particulièrement stricte de l'exclusivité appliquée à la propriété du fonds de terre. Ce dernier ne pourrait être divisé dans son étendue verticale en plusieurs objets de propriété indépendants en raison des relations inévitables que cela entraînerait entre les différentes personnes concernées – relations qui viendraient contredire l'exclusivité de la propriété. Cette lecture du droit de superficie repose néanmoins sur des arguments dont la portée doit être relativisée. L'analyse historique ne peut justifier à elle seule le rejet de la propriété superficiaire. De même, l'invocation sans réserve de l'ordre public des biens pour justifier cette même prohibition semble quelque peu dogmatique. Surtout, et malgré certaines analyses tentant de démontrer le contraire, le droit positif montre une véritable constance depuis le milieu du XIXe siècle dans son acceptation de la propriété superficiaire, laissant ainsi un espace d'ouverture à la reconnaissance du volume immobilier.

440. Les limites attachées à la propriété superficiaire matérielle : la conception dualiste du droit de superficie. Autre théorie partant du constat de la primauté du fonds de terre, la conception dualiste du droit de superficie procède d'une approche réaliste et tend à mettre en en avant des relations entre superficie et fonds de terre. Malgré une présentation centrée sur le seul droit de construire, cette conception entend prendre en compte l'ensemble des relations entre superficie et fonds de terre et arrive à la conclusion que celles-ci sont indissociables de la propriété superficiaire. La théorie dualiste entend donc lier l'existence du droit de propriété à ses conditions d'exercice. Cette vision procède d'une confusion entre les conditions d'existence et d'exercice du droit de propriété. Pour autant, l'existence d'une relation entre le fonds de terre et la propriété superficiaire semble être l'unique moyen de consolider cette dernière. Partant, il faut bien concéder que cette autorisation participe indirectement à l'existence de la propriété superficiaire en en assurant la

pérennité. De ce constat, la perpétuité de la propriété superficiaire semble difficilement accessible. D'une part, le recours au droit réel sur la chose d'autrui ne permet pas d'assurer avec certitude la perpétuité recherchée. D'autre part, le recours aux servitudes apparaît alors discutable pour nombre de propriétés superficiaires tangibles ne pouvant que difficilement être assimilées à un fonds – élément pourtant indispensable à la présence d'une servitude.

441. Le fonds superficiaire : le dépassement de la théorie dualiste de la propriété superficiaire. À partir du moment où l'on reconnaît l'existence du volume d'espace, il apparaît comme un bien par essence autonome qui devient l'assiette des propriétés superficiaires tangibles. Dans l'idée d'un parallèle avec le fonds de terre – concept traduisant la façon qu'a le droit de saisir le sol dans toute son étendue – le volume d'espace serait un volume superficiaire qui traduirait la façon qu'a le droit de saisir la substance de toute propriété superficiaire. En conséquence, si l'utilisation concrète du volume superficiaire nécessite bien la mise en place de relations avec les propriétaires du fonds au sein duquel il se trouve, elles ne sont pas autant de conditions à son existence, mais seulement des conditions à l'exercice de ses utilités potentielles. Ces relations ne résultent alors que de la mise en œuvre de servitudes, ce qui assure tant l'indépendance que la pérennité de la propriété superficiaire. À l'appui de cette observation, il faut remarquer que ces relations seront également commandées par la situation concrète de la propriété superficiaire en cause. Sous ce prisme, l'indépendance d'une propriété superficiaire au regard de son fonds de terre de rattachement pourra être équivalente à celle de deux fonds de terre contigus, ce qui suppose de le considérer comme un fonds superficiaire. Pour autant, si ces relations ne constituent pas une particularité attachée à la propriété superficiaire, elles se présentent cependant avec une fréquence et une intensité accrue, ce qui explique que cette situation soit considérée comme le principe et non pas l'exception, à l'inverse du fonds de terre.

Conclusion de Titre

442. Le rejet du fonds-volumique. Le développement conceptuel du volume immobilier a pu aboutir à une assimilation totale de celui-ci au fonds de terre. Il se produirait ainsi une abstraction totale de l'immeuble, dont la réduction la plus pure serait le fonds-volumique d'espace. Procéder ainsi semble néanmoins contraire à la construction faite par le Code civil, qui a pourvu le sol-matière d'une force d'attraction et de délimitation naturelle unique. Ces éléments justifient ainsi le maintien d'une véritable particularité du fonds de terre que l'on retrouve dans le principe d'unité de la propriété de l'étendue verticale du fonds de terre, assurée par le mécanisme de l'accession et que l'on retrouve en matière de règles probatoires. Le fonds-volumique supporterait aussi difficilement l'application du droit de l'urbanisme et de ses autorisations, qui raisonnent de façon horizontale par la représentation parcellaire du sol. Pour ces raisons, le volume immobilier ne semble pouvoir être pleinement assimilé au fonds de terre, et l'on peut ainsi voir émerger une primauté du second vis-à-vis du premier.

443. La réception du fonds superficiaire. Refuser une telle assimilation ne disqualifie cependant pas le volume immobilier d'une qualification d'objet de propriété : le droit positif reconnaît largement la propriété superficiaire comme objet de propriété enclavé au sein d'un fonds de terre. L'intensité des relations qu'elle semble imposer avec le fonds de terre questionne néanmoins sa capacité à être autonome. De cette observation provient des modèles proposant soit une véritable soumission de la propriété superficiaire au fonds de terre, soit l'abandon d'une qualification de propriété au profit d'un simple droit réel sur la chose d'autrui. La possibilité de qualifier un volume d'espace d'objet de propriété vient néanmoins relativiser ces modèles. Le volume d'espace bénéficie, tout comme le fonds de terre, d'une autonomie naturelle même si celle-ci s'avère limitée dès lors qu'un exercice concret et perenne de la propriété superficiaire est envisagé. Il faudra alors développer ses utilités par l'adjonction de servitudes.

443.1. En définitive, si une assimilation complète du volume immobilier au fonds de terre est impossible, la primauté du second s'avère relativement limitée. Outre les questions spécifiques relatives aux autorisations d'urbanismes, la primauté du fonds de terre consiste principalement aux règles issues de l'article 552 du Code civil issue de la volonté d'unification de la propriété de l'étendue verticale du fonds de terre par celle du sol. Une fois validé son principe, le volume

d’espace est un bien par essence autonome, que l’on pourrait assimiler à un fonds superficiaire. En ce sens, si son utilisation concrète entraînera des relations généralement plus intenses avec le fonds de terre et les éventuels autres volumes que celles que peuvent connaître les propriétaires voisins de différents fonds de terre, ce ne serait qu’en raison de la proximité et de la verticalité et non pas la conséquence de sa nature superficiaire. Cette conception permet de résoudre efficacement les problèmes conceptuels attachés à la propriété superficiaire en lui permettant, par la seule nécessité de recours aux servitudes, d’affirmer l’indépendance et la pérennité de principe propre à la notion de propriété.

443.2. Cette conception du volume présente un modèle théorique qui permet de résoudre les difficultés inhérentes à la matérialité des propriétés superficiaires. Il convient à présent d’en étudier la portée réelle afin de voir s’il peut s’adapter de façon universelle à l’ensemble des situations superficiaires.

Titre 2. Le fonds superficiaire : une catégorie spécifique de propriété superficiaire

444. Plan. Constaté tant par le droit civil que par le droit de l'urbanisme, le rejet de l'assimilation du volume au fonds de terre limite le premier à n'être que le résultat d'une division superficiaire. Cette distinction, nous l'avons vu, va entraîner quelques différences substantielles dans son régime, sans que cela n'atteigne fondamentalement la capacité du volume immobilier à être un bien objet de propriété. Plus encore, une telle caractérisation permet à la fois d'attribuer à son titulaire un objet de propriété à l'existence perpétuelle, d'assurer l'imprescriptibilité du droit sur celui-ci et de rendre compte de la persistance du lien avec le sol par le recours aux servitudes. En ce sens, le volume superficiaire peut se définir comme un fonds superficiaire.

444.1. La cohérence, les avantages et la relative simplicité du modèle expliquent certainement que le développement du volume d'espace à titre de schéma explicatif de la division superficiaire de l'immeuble prospère. Pourtant, l'idée d'adopter ce schéma à toutes les divisions superficiaires aboutit à une généralisation du volume d'espace qui ne semble ni pleinement satisfaisante, ni de droit positif (Chapitre 1). Sans doute est-il préférable de cantonner la création des volumes immobiliers à des conditions d'existence spécifiques (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les contradictions apportées à la généralisation de la propriété superficiaire volumétrique

Chapitre 2. Tentative de délimitation du champ d'application du fonds superficiaire

Chapitre 1. Les contradictions apportées à la généralisation de la propriété superficiaire volumétrique

445. Conséquence de la généralisation du volume d'espace : traduire toute propriété superficiaire comme une propriété de l'espace. Constater la nature superficiaire du volume immobilier et son autonomie de principe ne suffit pas à rendre compte des conséquences de la généralisation du volume superficiaire. Considérer le volume d'espace comme la plus pure réduction de la propriété superficiaire revient à réduire le volume immobilier à celui d'un seul espace en tant que contenant originel tout en se désintéressant pleinement de son contenu[2004]. L'utilisation de la notion de « volume immobilier » n'est donc pas un simple palliatif à l'ambiguïté portée par celle « de droit de superficie » : elle procède avant tout d'une évolution conceptuelle dans la compréhension de la propriété immobilière, qui part de l'idée que celle-ci est avant tout la maîtrise absolue d'un espace[2005]. Cette idée, exposée dans le cadre d'une étude portant sur les grands ensembles immobiliers pour lesquels la détermination des volumes d'espace concernés est spécifiquement définie dans un état descriptif de division en volumes, questionne sur sa portée. Nous avons pu voir qu'une telle affirmation n'était pas pleinement valable au regard de la notion de fonds de terre[2006]. Pour autant, une telle compréhension des divisions superficiaires[2007] présente des avantages et une cohérence théorique[2008]. La tentation est grande de laisser penser qu'elle devrait concerner tout bien immeuble faisant objet d'une propriété superficiaire.

446. Conséquence de la généralisation du volume superficiaire : l'acquisition de la propriété de l'espace par celle de l'objet superficiaire. Faire du volume d'espace le résultat de toute division superficiaire aboutit – dans son approche la plus radicale – à justifier que la propriété superficiaire emporte l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par son objet. Cela signifierait que la propriété superficiaire impliquerait toujours comme conséquence l'appropriation de l'espace occupé par l'objet matériel sur lequel elle porte. Autrement dit, si on reconnaît la propriété du volume d'espace, celui-ci constitue l'intégralité de la substance même du volume immobilier à titre de contenant. Ainsi compris, il faut alors admettre que « la particularité du volume est d'exister

2004 En ce sens, voir notamment, F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 134, p. 171 et s. ; M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 83 et s., p. 55 et s.

2005 Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489.

2006 *Supra*., n° 323 et s.

2007 *Supra*., n° 224 et s.

2008 *Supra*., n° 417 et s.

indépendamment de son contenu »[2009]. Dans l'hypothèse où le volume immobilier serait la plus pure réduction de toute propriété superficiaire, il faudrait alors conférer à ce dernier une véritable symétrie dans son rapport avec les éléments matériels en son sein lorsqu'aucun volume d'espace n'est créé en amont[2010]. Cette idée serait confirmée par une approche négative de l'étendue de la propriété du fonds de terre dans laquelle prend place la propriété superficiaire. Puisqu'un bien objet d'une propriété superficiaire occupe immanquablement un espace et fait l'objet d'un véritable droit de propriété immobilière, alors l'espace occupé par l'objet en cause est donc approprié avec la même intensité, même en l'absence d'une division volumétrique expresse. Telles seraient les conséquences de l'idée selon laquelle toute propriété superficiaire non prédéterminée comme un volume d'espace consisterait en réalité en l'appropriation de l'espace par le contenu qui l'occupe ; ce dernier ne constituant pas, par lui-même, l'objet de la propriété immobilière. L'intérêt n'est pas uniquement théorique : la persistance du volume d'espace à son contenu permet au premier d'exister quelles que soient les variations du second[2011]. De plus, seul le volume superficiaire permet, *a priori*, de présenter une consolidation efficace des divisions superficiaires[2012].

447. Plan. Une telle lecture ne semble néanmoins pas envisageable. Elle est en contradiction avec les propriétés superficiaires assises sur une autorisation d'occupation du fonds d'autrui (Section 1). De façon plus générale, une telle lecture de la propriété superficiaire s'accommode mal avec la diversité des choses qu'elle saisit (Section 2). Enfin, concevoir que la propriété superficiaire emporte immanquablement l'acquisition de l'espace occupé par son objet semble en désaccord avec le droit positif (Section 3).

2009 Ch. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Edilaix, 2012, n° 9, p. 9.

2010 En ce sens, voir Paris, 7 novembre 2007, n° 07/09024. Dans cette affaire, il était question de la création d'un état descriptif de division en volumes en raison du surplomb d'une portion d'un bâtiment sur un autre fonds, construction qui avait été autorisée en raison de l'octroi par les anciens propriétaires du fonds surplombé d'une « autorisation de surplomb » au bénéfice de son voisin. Les nouveaux propriétaires, qui contestaient l'établissement de l'acte, ont été déboutés par la cour d'appel au motif que lorsqu'existe « une imbrication dans l'espace des deux propriétés […] la loi (plus exactement les décrets 55-22 du 4 janvier 1955, et 55-1350 du 14 octobre 1955) exige un état descriptif de division en volumes qui doit être publié après avoir été établi par un géomètre et reçu par un notaire ».

Sans doute faut-il relativiser la portée d'une telle décision au regard des conséquences de la propriété superficiaire sur celle de l'espace occupé. Tout d'abord, il faut remarquer que la convention initiale datait de 1955, soit trois ans avant que le doyen Savatier ne publie ses premières observations en matière de propriété de l'espace (« Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1). Il est donc tout à fait envisageable que le juge ait pu considérer que la convention initiale autorisant le surplomb consistait en réalité à l'établissement d'une division en volume attribuant ainsi la propriété de l'espace du surplomb autorisé à son bénéficiaire. Ce point semble par ailleurs corroboré par le juge lui-même lorsque celui-ci rappelle que l'« imbrication dans l'espace des deux propriétés » résulte « des explications des parties concordantes sur ce point ». En outre, et le dernier point le corrobore, la question de la propriété de l'espace n'était pas discutée, le litige s'étant noué autour de la seule nature des documents de publicité foncière nécessaires à la cession du bâtiment surplombant le fonds voisin.

2011 *Supra*., n° 225 et s.

2012 *Supra*., n° 430 et s.

Section 1. Les propriétés superficiaires assises sur une autorisation de jouissance du fonds, indifférentes à la propriété de l'espace

447.1. À l'inverse des volumes superficiaires créés en amont, la question de savoir si l'espace occupé par l'objet superficiaire doit être acquis en raison de la propriété portant sur ce dernier intéresse particulièrement les propriétés superficiaires devant être consolidées, c'est-à-dire celles qui sont constituées d'un objet immobilier édifié par le propriétaire superficiaire ou cédé en tant que tel par le propriétaire du fonds de terre. Dans l'hypothèse où la propriété superficiaire est consécutive à une autorisation de jouissance sur le fonds, il ne nous semble pas qu'une quelconque appropriation de l'espace occupé par l'objet superficiaire soit envisageable. On voit déjà poindre une première incompatibilité avec le domaine public. Une telle appropriation viendrait en effet effacer la distinction entre l'occupant constructeur, dont le droit est encadré par des autorisations spécifiques[2013], et le propriétaire d'un volume situé au côté du domaine public[2014] en le faisant passer du premier statut vers le second. L'objection se trouve aisément : la nécessité de procéder par une autorisation d'occupation du domaine public sous-tend que le volume d'espace occupé par la construction fait certainement partie du domaine public, ce qui justifie qu'aucune appropriation de celui-ci ne peut s'opérer en raison de son inaliénabilité. Indépendamment de cette question, l'impossibilité de concevoir l'acquisition autonome de la propriété de l'espace occupé en raison de celle de l'objet superficiaire apparaît clairement lorsque l'on constate l'incompatibilité d'une telle hypothèse avec le mécanisme de l'accession (Paragraphe 1). Cela suppose que si un immeuble occupe incontestablement un espace, il n'en attribuera pas pour autant la propriété à titre autonome par principe. Autrement dit, parce que les biens occupent un espace sans que ce dernier ne soit approprié pour lui-même, cet espace reste par principe au propriétaire du fonds de terre dans lequel il est enclavé. Constater que la propriété de l'espace est extérieure à l'ensemble des propriétés superficiaires qui s'avèrent consolidées par une autorisation sur le fonds d'autrui, révèle l'existence de divisions en volumes dans lesquelles ne se produit aucune appropriation de l'espace (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'incompatibilité de l'acquisition de l'espace occupé par l'objet superficiaire avec le mécanisme de l'accession

448. Présentation de la situation étudiée. Conférer une portée générale à l'application du volume superficiaire impliquerait paradoxalement une forme de dépendance de la propriété non

2013 *Supra*., n° 68 et s.

2014 *Supra*., n° 97 et s.

prédéterminée de l'espace avec celle de son contenu, expliquant ainsi l'indissociabilité entre la propriété de l'espace et celle de la construction. Cette vision des choses ne fonctionne cependant que très imparfaitement avec le mécanisme de l'accession, dont l'absence de mise en œuvre au bénéfice du propriétaire du fonds de terre fonde l'existence de la propriété superficiaire[2015]. Si l'on se réfère au fonctionnement du mécanisme de l'accession, on remarque qu'une telle dépendance pose déjà des difficultés quant au respect de ses conditions de mise en œuvre. En effet, si l'on assimile totalement la propriété du contenu à celle de l'espace, on ne peut que constater l'inexistence de deux biens distinctement appropriés[2016]. Une telle analyse limiterait ainsi l'accession à n'être qu'une simple notion se contentant de constater l'accroissement de la propriété du contenant par son contenu[2017]. Cette conception aboutirait soit au constat de l'impossibilité de toute propriété superficiaire, soit au renversement de la qualification de principal à accessoire. Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans le débat sur la nature de ce mécanisme[2018], il faut écarter d'emblée la première hypothèse, celle-ci s'avérant fondamentalement contraire au droit positif[2019]. Quant à la seconde, un exemple pris d'une situation qui relève incontestablement de l'accession différée – la situation d'une construction intégrale sur le terrain d'autrui – pourra suffire à illustrer l'incompatibilité de l'accession avec un principe selon lequel la propriété superficiaire devrait emporter l'acquisition de l'espace occupé par son objet.

449. Principe de la propriété du constructeur bénéficiant d'une autorisation de jouissance. Il convient au préalable de rappeler la situation de principe relativement à la propriété d'une

2015 *Supra*., n° 412.

2016 Pour un raisonnement similaire, Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 432 et 433.

2017 Cette théorie a connu un grand succès dans la doctrine du XIXe siècle, voir notamment : A.-M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome II, 1853, n° 390 et s., p. 465 et s. ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome II, 5e éd., 1859, n° 409 et s., p. 397 et s. ; Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* tome IX, *Traité de la distinction des biens. De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870, n° 572 et s., p. 486 et s.

Elle est toujours soutenue aujourd'hui, principalement par les partisans de la théorie moderne de la propriété. Voir notamment, F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n° 147, p. 226. Dans leur développement, les auteurs soutiennent que l'accession n'est qu'« une simple extension de l'objet de la propriété » générée automatiquement par l'incorporation ; F. Dumont, *op. cit.*, thèse, Lyon III, 2001, n° 280, p. 315 : « L'accession, en matière immobilière, est un processus d'accroissement qui se réalise sans que la volonté intervienne. Le bâtiment ou les plantations deviennent l'accessoire du fonds de terre, chose principale, *vi ac potestate rei sua* », n° 281, p. 316 : « C'est l'union des choses qui *accroît* le droit du propriétaire. Le droit ne change pas, c'est la chose qui prend de l'importance ; le droit ne fait que s'étendre sur la chose qui s'est ainsi accrue. L'un n'est donc que la conséquence de l'autre ; les deux phénomènes sont intimement liés et ne sauraient être appréhendés séparément » ; S. Becquet, *le bien industriel*, thèse, LGDJ 2005, n° 116 et s., p. 278, l'auteur présente l'accession comme un mode de continuation de la propriété ; J.-B. Seube, *Droit des biens*, LexisNexis, 6e éd., 2014, n° 186 et s., p. 70 et s.

2018 Pour un exposé succinct de ceux-ci, *supra*., n° 101, note 467.

2019 *Supra*., n° 387 et s.

construction édifiée en intégralité sur le fonds d'autrui. Les divergences doctrinales portant sur la mise en œuvre du mécanisme de l'accession[2020] entraînent des conséquences non négligeables sur l'existence de la propriété du constructeur, notamment lorsque celui-ci ne dispose d'aucune autorisation de jouissance sur le fonds sur lequel le bâtiment a été édifié. Si l'on retient une automaticité de principe de l'accession, le constructeur ne sera – sauf exception – jamais propriétaire de l'édifice élevé sur le terrain d'autrui. En revanche, si l'on retient une application soumise à la réalisation d'une condition – telle la volonté du propriétaire du fonds[2021] ou l'existence d'un conflit de propriété[2022] – le constructeur restera propriétaire des édifices qu'il a élevés jusqu'à réalisation de cette condition.

449.1. Indépendamment du bien fondé de ces positions, le droit positif semble avoir retenu comme solution l'automaticité de principe de l'accession[2023], tout en admettant des exceptions. Ainsi, la jurisprudence accepte de façon constante que pendant la durée d'un bail, le preneur reste propriétaire des constructions[2024] ou plantations[2025] qu'il a réalisées et cela, malgré leur

2020 Pour la majorité de la doctrine, l'accession est un mécanisme pourvu d'une automaticité de principe faisant du propriétaire du sol celui des constructions qui s'y incorporent au fur et à mesure de leur édification. Cette vision, tirée notamment de la conception très large de l'accession par le Code civil et de l'assimilation de celle-ci à un phénomène naturel, est contestée. Pour certains auteurs, il s'agit d'un mécanisme par essence non automatique, dont la mise en œuvre nécessite la volonté du propriétaire du principal (En ce sens, notamment, A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853, n° 21, p. 43 et s. ; P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951, n° 55, p. 143, spéc., p. 146 et s.). À l'occasion d'une étude portant sur ce mécanisme, Monsieur le Professeur Dross, constatera bien son absence d'automaticité mais également l'inutilité de la volonté du propriétaire du principal, sous peine de modifier la nature de l'acquisition de la propriété qui en résulte. Ses recherches aboutiront à une vision plus restrictive de l'accession permettant d'en dégager le fonctionnement exact. Il en déduira que l'accession est un mécanisme qui tend à résoudre le conflit de propriété résultant du rapprochement de deux biens distinctement appropriés (W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 215 et s., p. 213 et s. ; *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 406-6, p. 749). Cette résolution se fait par l'unicité de la propriété de l'ensemble au bénéfice du propriétaire du principal, sous contrepartie de l'indemnisation du propriétaire de l'accessoire évincé. Ainsi comprise, en tant que mode de résolution des conflits de propriété, l'accession n'a pas vocation à se mettre en œuvre directement, mais simplement au moment où un conflit entre les deux propriétaires est élevé en justice. Il résulte de cette conception qu'en l'absence de tout conflit, le constructeur reste propriétaire des édifices qu'il a réalisés dès lors qu'il construit pour son compte et avec ses matériaux. Sur l'ensemble de cette question, W. Dross, thèse, *op. cit*., *passim* ; *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 406 et s., p. 745 et s.

2021 A. Weiss, thèse, *op. cit*., n° 21, p. 43 et s. ; P. Lévie, thèse, *op. cit.*, n° 55, p. 143, spéc., p. 146 et s.

2022 W. Dross, thèse, *op. cit*., n° 215 et s., p. 217 et s. ; *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 406-6, p. 749.

2023 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 27 mars 2002, n° 00-18.201, RDI 2002, p. 384, obs. M. Bruschi.

2024 Cass. civ., 1re, 1er décembre 1964, Bull. civ. I, n° 535, JCP G 1965, II, 14213, note P. Esmein. Solution confirmée à de nombreuses reprises depuis lors. Pour des exemples récents : Cass. civ., 3ème, 5 janvier 2012, n° 10-26.965 ; Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.214, RTD Civ. 2015, p. 428, note W. Dross. Indépendamment des baux, on retrouve des solutions similaires en matière d'usufruit (Cass. civ., 3ème, 11 octobre 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 377 ; Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-15.460, JCP G 2012, 1267, note B. Travely, F. Collard ; RTD Civ. 2013, p. 148, note W. Dross), voir même d'une simple convention d'occupation à titre gratuit (Basse Terre, 15 septembre 2004, JurisData n° 2004-274727).

2025 Après des solutions rendues à la fin du XXe siècle laissant le doute quant à la solution adoptée (voir notamment :Cass. civ., 3ème, 24 mars 1999, n° 97-14.303 ; Cass. civ., 3ème, 10 novembre 1999, n° 97-22.503), la Cour de cassation s'était prononcé nettement en faveur de l'accession automatique des plantations au profit du bailleur (Cass.,

incorporation au fonds du bailleur. Cette solution, qui trouve également des fondements légaux[2026], retarde ainsi la mise en œuvre du mécanisme de l'accession à la fin du titre autorisant la jouissance du constructeur[2027]. En conséquence et même si des aménagements sont souvent nécessaires en raison du lien avec l'autorisation de jouissance et du terme prévu de celle-ci, le preneur bénéficie d'un véritable droit de propriété sur la chose incorporée par lui. Il peut ainsi la céder et l'hypothéquer, la détruire, ou encore, percevoir l'indemnité d'assurance en cas de sinistre ou la portion d'indemnisation relative à celle-ci en cas d'expropriation. À s'en tenir à l'hypothèse établie que le preneur est propriétaire superficiaire des éléments édifiés par lui[2028], considérer qu'il soit

civ., 3ème, 10 novembre 2004, n° 03-14.592). Cette solution était motivée par la question spécifique des droits de plantation en matière de viticole qui s'épuisait par l'incorporation au sol mais se recouvrait par l'arrachage des plans. Par l'affirmation de la mise en œuvre immédiate de l'accession, la Cour de cassation s'assurait que le preneur ne pouvait pas les arracher juste avant la fin du bail afin de recouvrer les droits de plantation, ce qui lui aurait permis de les planter ailleurs au détriment du bailleur propriétaire de l'exploitation agricole (sur ce point, W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 554 à 555. Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, Fasc. Unique, n° 65).

Quoi qu'il en soit de cette question spécifique, l'accession différée a été reconnue de façon générale en matière de plantation. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-16.815, JCP N 2017, 1341, note B. Grimonprez ; JCP G 2018, 404, note H. Périnet-Marquet ; RDC 2018, n° 114w7, p. 54, note J.-B. Seube ; n° 114y8, p. 105, note F. Danos ; D. 2018, 781, note F. Roussel ; RTD Civ. 2018, p. 436, note W. Dross.

2026 Voir notamment les exemples issus du Code rural et de la pêche maritime. Son article L. 411-75 dispose que : « En cas de cession du bail en application de l'article L. 411-35 ou de l'article L. 411-38, les améliorations faites sur le fonds par le preneur sortant et qui lui ouvrent droit, au terme du bail, à l'indemnité prévue par l'article L. 411-69 peuvent être cédées au preneur entrant ». Cet article, parce qu'il autorise le fermier à céder distinctement les améliorations qu'il a effectuées en cours de bail, prévoit implicitement qu'il en est bien propriétaire et que le preneur successeur le restera jusqu'à la fin du bail. Issu du même Code, l'article L. 451-10 prévoit que « L'emphytéote profite du droit d'accession pendant la durée de l'emphytéose ». La rédaction de l'article, bien que maladroite, permet de comprendre qu'il a pour fonction d'assurer la propriété du preneur des éléments incorporés au fonds du bailleur pendant la durée du bail.

D'autres exemples émanent du Code de la construction et de l'habitation. En ce sens, l'article L. 251-2 prévoit à propos du bail à construction que « les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les constructions édifiées. À défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations ». L'article L. 254-1 dispose à propos du bail réel immobilier que « les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété du bailleur à son expiration », ce que confirme l'article L. 254-2 disposant que « Le preneur peut céder son propre droit au bail, céder son droit de propriété temporaire sur les constructions édifiées et librement consentir des baux sur l'immeuble ».

Voir cependant, relativisant la qualification de propriété superficiaire pour accueillir celle de propriété temporaire : M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016, n° 632, p. 236 et s.

2027 S'il faut approuver l'absence d'automaticité de l'accession en la matière, la jurisprudence de la Cour de cassation fait l'objet de critique lorsque le bail a vocation à être renouvelé. Le renouvellement impliquant extinction du bail originel, la jurisprudence considère alors que le mécanisme de l'accession doit se produire à la fin de celui-ci nonobstant son renouvellement (en ce sens, Cass. civ., 3ème, 27 septembre 2006, n° 05-13.981, D. 2007, p. 1188, note V. Tellier ; AJDI 2007, p. 34, note J.-P. Blatter ; Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-16.815, JCP N 2017, 1341, note B. Grimonprez ; JCP G 2018, 404, note H. Périnet-Marquet ; RDC 2018, n° 114w7, p. 54, note J.-B. Seube ; n° 114y8, p. 105, note F. Danos ; D. 2018, 781, note F. Roussel ; RTD Civ. 2018, p. 436, note W. Dross ; Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-26.343), ce qui n'est pas sans poser de difficultés (en ce sens, V. Tellier, note sous Cass. civ., 3ème, 27 septembre 2006, *op. cit.* ; W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, *op. cit.*).

2028 Si l'on retient comme Monsieur le Professeur Dross une vision restrictive de l'accession selon laquelle elle n'est qu'un mode de résolution des conflits de propriété (W. Dross, thèse, *op. cit.*, n° 215 et s., p. 213 et s. ; *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 406-6, p. 749) le problème se poserait également en présence d'une construction édifiée sur le fonds d'autrui en l'absence de toute autorisation de jouissance et pour lequel le propriétaire n'a pas encore agi en revendication.

devenu par voie de conséquence propriétaire de l'espace occupé par l'objet superficiaire apparaît fondamentalement contraire au mécanisme de l'accession.

450. Recherche d'une justification de la propriété de l'espace par le propriétaire de la construction. Dans cette situation, l'accession du propriétaire du fonds se trouve donc retardée au terme du titre autorisant la jouissance. En conséquence, le constructeur reste propriétaire des bâtiments ainsi édifiés. Si on retient l'hypothèse selon laquelle la propriété superficiaire emporte l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par l'objet sur lequel elle porte, la propriété de la construction devrait entraîner immanquablement celle de l'espace occupé par celle-ci. Sauf à retenir que le titre autorisant la jouissance du constructeur emporte de façon automatique transmission de la propriété de l'espace situé au-dessus du sol – ce qui est difficilement envisageable pour un bail ordinaire ou une simple autorisation de jouissance –, il faut considérer que la propriété de l'espace serait donc acquise en raison de la propriété portant sur la construction. Néanmoins le mécanisme juridique à l'œuvre justifiant une telle appropriation doit être expliqué. Le transfert de propriété écarté, on pourrait penser au mécanisme de la prescription acquisitive par voie de possession, mais cela impliquerait la réalisation d'une durée difficilement compatible avec la situation étudiée.

450.1. On pourrait alors être tenté d'expliquer cette appropriation par le mécanisme de l'accession. Dès lors que l'on considère que la propriété de l'espace revient par principe au propriétaire du fonds, il est possible d'envisager un raffinement dans la présentation du rapprochement entre les deux biens distinctement appropriés justifiant la mise en œuvre de ce mécanisme. Si l'on raisonne dans le plan horizontal, la construction s'incorpore dans le fonds de terre pris dans son ensemble. Si l'on raisonne par le prisme de la propriété de l'espace, la construction s'incorpore dans le volume d'espace occupé. Par ce prisme, la construction isole un volume d'espace correspondant à la portion précise du fonds occupé, portion sur laquelle le propriétaire de ce dernier perdra toute maîtrise durant le temps d'existence de ladite construction. En d'autres termes, il s'agirait d'expliquer la propriété du volume d'espace occupé par la réalisation du mécanisme de l'accession au bénéfice du propriétaire de la construction.

451. Contradiction de principe d'une telle application. Raisonner sur un tel modèle présente déjà une contradiction évidente. Cela reviendrait en effet à considérer que se produit tout à la fois, une absence d'accession de la construction au profit du propriétaire du fonds de terre – pris dans son ensemble – et la réalisation de l'accession de l'espace occupé par la construction au profit du propriétaire de cette dernière. Ce serait conférer une automaticité de principe à l'accession de l'espace tout en la refusant pour le propriétaire du fonds de terre. Une telle articulation apparaît

difficilement justifiable. En outre et à considérer que le propriétaire superficiaire de la construction ait bien acquis la propriété du volume d'espace occupé par sa construction en raison de l'accession, il faudrait justifier le retour de celui-ci dans l'escarcelle du fonds de terre une fois la construction détruite, sous peine de fragmenter de façon perpétuelle la propriété de l'espace en raison d'autorisation de jouissance temporaire sur le fonds. Or, en considérant que la propriété d'un volume d'espace exclut justement que le propriétaire du fonds de terre puisse bénéficier du mécanisme de l'accession à son égard, on voit mal par quel mécanisme juridique un tel retour pourrait avoir lieu. On pourrait justifier que la destruction de la construction superficiaire aboutisse finalement à l'impossibilité de toute possession de l'espace par le propriétaire superficiaire, mais ce serait alors nier son existence à titre de bien autonome.

452. Incompatibilité avec le rapport d'accessoire à principal. Outre ces contradictions déjà dirimantes, le mécanisme de l'accession aboutit à attribuer la propriété du bien considéré comme accessoire au propriétaire du bien considéré comme principal. En conséquence, attribuer la propriété de l'espace au propriétaire de la construction en raison de son droit de propriété sur celle-ci ferait de la première l'accessoire de la seconde. Apparaît dès lors une série de contradictions : le fonds de terre – dont fait *a priori* partie l'espace en cause – reste immanquablement considéré comme le bien principal[2029], alors que l'espace occupé serait l'accessoire de son contenu. Plus encore, si l'on s'en tient à l'objet que constitue le volume d'espace, celui-ci serait envisagé comme un accessoire de la construction dans cette situation de construction sur le terrain d'autrui, tout en étant considéré comme le principal de son contenu lorsqu'il est établi en amont. Cette différence fondamentale liée à l'absence ou l'existence autonome d'un volume d'espace prédéterminé explique la différence de solution et permet de comprendre, dans le même temps, l'inexistence du bien « volume d'espace » en l'absence de prédétermination de celui-ci.

453. Nécessité de la création spécifique de l'objet « volume d'espace » afin de caractériser la pluralité de biens nécessaire à la mise en œuvre de l'accession. Dans l'hypothèse où aucun volume d'espace n'a été créé à titre d'objet autonome de propriété en amont de toute construction, même si l'existence de la chose en elle-même – c'est-à-dire la portion d'espace faisant partie du fonds occupé par la construction – est indéniable, son existence à titre d'objet juridique autonome reste discutable[2030]. La première difficulté serait de constater la création de ce bien par la seule existence de la construction, alors même qu'aucune consolidation n'a encore eu lieu. Dans cette

2029 Sur cette question, *supra*., n° 332 et s.

2030 En ce sens, F. Vern, thèse, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 134, p. 171 et s., spéc., p. 173 et s.

situation, c'est-à-dire en l'absence d'individualisation et d'acte créateur spécifique, la propriété de l'espace reste en effet attachée directement à celle du fonds de terre sur lequel la construction est établie. D'où il résulte que l'on ne peut considérer que se produise un rapprochement entre la construction et le volume d'espace justifiant la mise en œuvre de l'accession, dont les qualifications de principal et d'accessoire seraient par ailleurs, inversées. Il n'est alors pas envisageable de raisonner en matière d'accession dès lors que l'espace ne constitue pas ici, un bien à part entière[2031]. Ainsi, seul persiste le rapprochement entre le fonds de terre – comprenant l'espace occupé – et la construction – occupant l'espace – justifiant l'accession qui ne se produira, en vertu du droit positif, qu'à l'issue du terme de l'acte fondateur de l'autorisation de jouissance[2032]. Selon cette vision des choses, aucune contradiction n'existe à propos de la qualité du volume d'espace au regard du mécanisme de l'accession. Dès lors que son existence est indéniable – ce qui ne peut passer que par sa création autonome en raison de son attachement de principe au fonds de terre dans lequel il s'inscrit[2033] – il aurait bien vocation à rester le principal de son contenu.

453.1. On pourrait être tenté de considérer que l'espace, s'il n'a pas été déterminé en amont comme un bien en tant que tel, est un accessoire de la construction qui va l'occuper. Ce serait néanmoins oublier que la notion d'accessoire suppose une relation entre deux biens, liés avant tout à l'usage de la chose principale[2034], ce qui disqualifierait d'accessoire le bien nécessaire à l'existence de l'autre[2035]. Or, d'une part, l'espace occupé semble difficilement supporter la qualification de bien en l'absence de création d'un volume spécifique. D'autre part, même à faire abstraction de cette difficulté, c'est la construction qui apparaîtrait comme un accessoire en ce qu'elle permet un usage spécifique de la portion d'espace occupée. Encore une fois, l'espace pris en tant que tel semble difficilement pouvoir supporter une qualification d'accessoire et justifier son appropriation par la propriété d'une construction.

454. Absence d'appropriation de l'espace par la propriété de la construction superficiaire. Si aucune accession de la propriété de l'espace prise à titre autonome ne peut se produire en faveur

---

2031 La pluralité de biens appropriés de façon distincte étant une condition indispensable à la mise en œuvre de l'accession.

2032 *Supra*., n° 449 et s.

2033 *Infra*., n° 537 et s.

2034 En ce sens G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969, n° 18, p. 33 et s. ; Voir également, M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ 2013, n° 575 et s., p. 492 et s. Bien qu'adoptant une conceptualisation différente de la théorie de l'accessoire, l'auteure conclut sa recherche en exposant que celle-ci doit être comprise sous la notion de fonction, qui n'aurait pour autre objet que de rendre compte de « la contribution d'un élément donné à l'accomplissement de sa finalité » (spéc., p. 493).

2035 G. Goubeaux, thèse, *op. cit*., n° 28, p. 50.

du propriétaire de la construction qui l'occupe, le problème est résolu dès l'origine. La propriété de l'espace reste dans le patrimoine du propriétaire du fonds et constitue tout ou partie de l'assiette de l'autorisation de jouissance octroyée au constructeur. Il en résulte une distinction de la propriété superficiaire – la construction – de celle de l'espace – toujours attachée au fonds de terre[2036]. Ainsi, la perte de la maîtrise de l'espace du propriétaire du fonds s'explique par la faculté du propriétaire du fonds de recouvrer à terme la totalité des utilités sur cette portion.

454.1. En conséquence, la maîtrise absolue que la propriété implique ne fait pas pour autant de l'espace occupé par la construction un bien approprié à part entière. En ce sens, il s'agit plus de l'espace contenu par une portion de construction que l'espace en tant que contenant autonome de cette portion. Ainsi, plus que la propriété de la localisation stricte des côtes altimétriques de l'espace occupé, c'est avant tout la propriété de l'espace contenu au sein de la construction qui est visé. Dans cette situation, il ne se produit qu'une atteinte à la propriété du fonds de terre par cette perte de maîtrise. Ce constat semble par ailleurs correspondre avec le droit positif dans la situation d'une construction intégralement effectuée sur le terrain – ou sur la construction – d'autrui. Ainsi, la perte de la maîtrise de l'espace occupé par le propriétaire du fonds de terre constitue bien une atteinte qui sera, soit justifiée par l'autorisation de jouissance octroyée au constructeur, soit injustifiée et aura vocation à être résolue par la destruction de la construction ou la mise en œuvre de l'accession octroyant l'édifice litigieux au propriétaire du fonds de terre. En définitive, l'accession n'a aucun rôle à jouer en matière d'appropriation de l'espace par le propriétaire de la construction superficiaire ; au moins lorsque celle-ci n'est pas consolidée où lorsqu'elle l'est par une autorisation de jouissance temporaire sur le fonds d'autrui[2037]. La propriété de l'espace en tant que tel restera donc extérieure à l'ensemble de ces situations. Cette hypothèse révèle l'existence de division en volumes sans appropriation de l'espace.

Paragraphe 2. La conséquence : l'existence de divisions en volumes sans appropriation de l'espace

455. Indifférence logique. Le constat selon lequel la propriété superficiaire n'emporte pas par voie de conséquence celle de l'espace intéresse particulièrement les propriétés superficiaires consolidées dans le cadre d'une autorisation de jouissance temporaire sur le fonds d'autrui. Énoncer un tel principe semble relever du bon sens, dès lors que de telles situations sont souhaitées

2036 Également en ce sens, G. Godfrin, « Droit des biens : réécriture ou réforme ? », Construction – Urbanisme, février 2009, n° 2, alerte 8.

2037 Les situations dans lesquelles la propriété superficiaire aura vocation à être consolidée de façon perpétuelle seront étudiées plus en avant. *Infra.*, n° 521 et s.

temporaires par leurs auteurs. Ainsi, nous pourrions remarquer que ces propriétés superficiaires sont totalement indifférentes à la propriété de l'espace, car leur objet n'est pas d'assurer de façon perpétuelle la propriété d'une portion d'espace. Dans ces situations, il se produit au mieux un déplacement de la désignation géométrique du bien objet de propriété superficiaire vers le droit réel qui fonde cette appropriation. C'est alors une portion, ou la totalité du fonds d'autrui qui est représentée géométriquement afin d'établir l'assiette sur laquelle les propriétés superficiaires vont s'établir[2038]. Cependant, la géométrisation ne prend ici qu'une place résiduelle dans la propriété du bien en cause et se borne à assurer son opposabilité : les objets en eux-mêmes resteront délimités par leur existence matérielle sans que cela ne pose de difficulté en raison du droit qui en est l'assiette, ni n'implique de conséquence au regard de la propriété de l'espace, qui reste attachée à la propriété du fonds de terre en vertu de l'article 552 du Code civil.

455.1. Il n'en reste pas moins que ces situations impliquent la présence de propriétés superficiaires, que le caractère temporaire n'est pas un obstacle à la propriété et que celles-ci sont en outre parfois destinées à être « divisées en volumes ». La formule interroge. Comment une propriété superficiaire peut-elle se retrouver divisée en volumes – traditionnellement compris comme une portion d'espace – sans que la propriété de l'espace en tant que tel ne soit impliquée ?

456. Plan. Puisqu'une propriété superficiaire est avant tout une propriété, elle reste susceptible d'être divisée. Cela peut aboutir à l'établissement d'une division en volumes. Ici pourtant, aucun volume d'espace n'est approprié pour lui-même. Cette situation, principalement envisageable en matière de baux longue durée (A), maintient la dissociation entre la propriété de l'espace à titre d'objet autonome de propriété et celle contenue dans la propriété superficiaire crée (B).

2038 F. Vern., thèse *op. cit.*, n° 132, p. 167 et s. Tout au plus, l'auteure remarque que la publication d'un tel droit au registre de la publicité foncière permet – lorsqu'elle est possible – de rendre opposable ces propriétés superficiaires au tiers lorsqu'elles ne peuvent être géométrisées par elles-mêmes.

A. Le principe de la division de la propriété superficiaire consolidée par un bail

457. Conséquence de la propriété du preneur : faculté de division de l'objet. Lorsqu'est établi l'un des baux réels[2039] longue durée prévu par le législateur[2040], il est admis, comme pour les autres autorisations de jouissance sur le fonds d'autrui, que le bailleur conserve la propriété du fonds de terre sur lequel porte le bail et que le preneur restera propriétaire des constructions qu'il va édifier durant toute la durée de celui-ci[2041]. Dès lors que le preneur est propriétaire des constructions qu'il édifie pendant le bail, il va pouvoir en disposer librement[2042], sauf à ce qu'une disposition légale vienne restreindre cette possibilité en raison de la finalité attachée à la convention fondant l'autorisation de jouissance. Le preneur peut donc logiquement décider de céder le bien dont il est propriétaire en cours de bail et, si l'édifice s'y prête, de le diviser à cette fin. En raison de la relation existant entre le droit sur le sol et la consolidation de la propriété des constructions édifiées, cette cession impliquera également celle du bail en cause[2043]. Cette règle s'applique sous peine, notamment, de ne pas permettre la reconstruction de l'édifice en cas de destruction. Si un bail ordinaire permet au bailleur de prévoir des règles restrictives à la cession de celui-ci par le preneur

2039 Pour une critique de la qualification réelle du bail, W. Dross, « La cession du bail à construction peut-elle être valablement soumise à l'agrément du bailleur ? », note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, n° 13-22.357, RTD Civ. 2015, p. 163.

À noter que Monsieur le Professeur Dross avait auparavant relevé la contradiction que suppose l'existence d'un bail réel en ce que le caractère réel du droit conféré au preneur rend inutile l'obligation du bailleur à laisser jouir le preneur du bien – obligation pourtant caractéristique du contrat de bail (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 136-2, p. 262), tout en relevant l'inutilité d'une telle qualification réelle (p. 263 et s.), sauf à l'absence d'une disposition légale d'ordre public prévoyant la libre cession du bail par le preneur (p. 263), l'article 1717 du Code civil ouvrant toujours, en matière de bail ordinaire, la possibilité pour le bailleur de venir restreindre cette faculté.

2040 Pour les principaux pouvant donner lieu à une opération immobilière autre qu'à destination agricole : le bail emphytéotique, prévu aux articles L. 451-1 et s. du Code de rural et de la pêche maritime ; le bail à construction, prévu aux articles L. 251-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation ; le bail réel immobilier et le bail réel solidaire prévus respectivement aux articles L.254-1 et s. et L. 255-1 et s. de ce même Code. C'est également vrai lorsque la construction est effectuée en vertu d'un droit réel portant sur un bien relevant du domaine public, à la différence que les particularités de ce régime renforcent la précarité de la propriété superficiaire ainsi créée. *Supra*., n° 68.1 et s.

À l'inverse, il ne nous semble pas que le bail à réhabilitation, prévu aux articles L. 252-1 et s. de ce même Code entraîne la propriété de la construction réhabilitée (en ce sens, S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 26), seules les améliorations effectuées devant rester la propriété du preneur.

2041 *Supra*., n° 449 et s.

2042 Voir en ce sens, l'article L. 251-4 du Code de la construction et de l'habitation à propos du bail à construction, l'article L. 254-2 de ce même Code à propos du bail réel immobilier ou encore, l'article L. 451-7 du Code rural et de la pêche maritime à propos du bail emphytéotique.

2043 En ce sens, à propos du bail à construction : Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983, n° 244, p. 134 et s. ; F. Aubry, « Bail à construction et copropriété », Defrénois 2014, n° 116k4, p. 619. Ces auteurs ont pu s'interroger sur la possibilité de céder la construction indépendamment du bail avant d'écarter cette possibilité en raison du lien particulier que le bail à construction établit entre le droit sur le sol et la propriété des constructions. Ils déduisent de cette relation l'indivisibilité du droit réel et de la propriété des constructions édifiées pour expliquer la nécessaire transmission du bail lors de la cession d'une portion de l'immeuble. Également en ce sens, J.-L. Tixier, *Le bail à construction. De la théorie à la pratique*, thèse, Paris I, 1994, n° 327, p. 250 et s. ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 316, p. 438.

pouvant freiner une telle pratique[2044], le législateur a entendu assurer la libre cessibilité des baux réels. C'est en substance ce que prévoit l'article L. 251-3 du Code de la construction et de l'habitation à propos du bail à construction en disposant que « le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société »[2045], ou encore l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime qui prévoit que le bail emphytéotique puisse être librement cédé. Cette liberté de cession est protégée par la jurisprudence, qui exclut d'une telle qualification les conventions qui en sont dépourvues[2046] ou annule de potentielles clauses d'agréments qui viendraient la restreindre[2047]. En raison de la faculté de division de la chose dont il est propriétaire et de la libre cessibilité du bail qui consolide le droit, il est admis que le preneur d'un tel bail puisse céder l'immeuble qu'il a édifié par la mise en copropriété de celui-ci. Cette solution, que l'on retrouve en pratique[2048], est acceptée tant par la doctrine[2049] que par le législateur[2050]. Il résultera de cette mise en copropriété de l'édifice construit par le preneur une cession partielle du bail à chaque copropriétaire, bail qui deviendra l'une des parties communes du bâtiment placé sous le régime de la loi du 10 juillet 1965[2051].

457.1. Dès lors que le constructeur est propriétaire de l'édifice réalisé et que celui-ci peut être cédé à une pluralité de propriétaires par sa mise en copropriété, rien ne semble s'opposer à ce que la division puisse se faire en volumes indépendants plutôt qu'en copropriété[2052]. La pratique s'est déjà

2044 Possibilité ouverte par l'alinéa premier de l'article 1717 du Code civil : « Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ».

2045 Disposition qui est, en application de l'article L. 251-8 du même Code, d'ordre public.

2046 Cass. civ., 3ème, 7 avril 2004, n° 02-19.870 ; Cass. civ., 3ème, 29 avril 2009, n° 08-10.944, Dalloz actualité, 12 mai 2009, obs. G. Forest.

2047 Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, n° 13-22.357, RDI 2014, p. 640, note M. Poumarède ; RDC 2015, n° 111j1, p. 59, obs. J.-B. Seube ; p. 63, n° 111h8, note R. Boffa ; p. 364, n° 111t0, note A. Tadros ; RTD Civ. 2015, p. 163, note W. Dross.

2048 Par exemple, Cass. civ., 3ème, 1er mars 2006, n° 05-11.522.

2049 En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Bail à construction*, n° 95 ; J.-L. Tixier, thèse, *op. cit.*, n° 327 et s., p. 250 et s. ; F. Aubry, « Bail à construction et copropriété », Defrénois 2014, n° 116k4, p. 619 ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 316 et s., p. 438 et s.

2050 En ce sens, voir l'article L. 254-1 du Code de la construction et de l'habitation qui, à propos du bail réel immobilier, dispose que celui-ci peut être établi « en vue de la location ou de l'accession temporaire à la propriété de logements ».

2051 En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Répertoire Dalloz, op. cit.,* n° 95 ; F. Aubry, *op. cit.* ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 317, p. 439 et s.

2052 En ce sens, J.-L. Tixier, Thèse, *op. cit.*, n° 378, p. 283 ; F. Aubry, *op. cit.*

saisie de cette possibilité[2053] et si cela peut interroger le mode de répartition du bail entre les co-volumiers[2054], ce sont les conséquences relatives à la propriété de l'espace qui vont nous retenir.

B. L'articulation entre la division en volumes reposant sur une autorisation de jouissance et la propriété de l'espace

458. Conséquence de la division sur la répartition volumétrique en propriété. À partir du moment où l'on s'intéresse à la division en volume de l'édifice construit par le preneur, il est nécessaire de remarquer que la doctrine[2055] ainsi que la pratique[2056] admettent qu'un bail à construction ou emphytéotique puisse avoir pour assiette un volume d'espace déterminé appartenant au bailleur. Si l'on suit cette hypothèse, on pourrait envisager l'existence d'une division en volumes au sein du volume assiette du bail à construction, situation qui aboutirait à l'existence de sous-volumes au sein d'un volume principal. Une partie de la doctrine s'oppose à la validité d'une telle

---

2053 Voir en ce sens le montage effectué afin de réaliser l'ensemble immobilier baptisé « Le Dôme » situé sur la commune de Tremblay-en-France. Celui-ci a été édifié dans le cadre de deux baux à constructions, l'un d'une durée de 18 ans et l'autre de 50 ans, consentis par le bailleur (la société Aéroport de Paris) au bénéfice du preneur qui avait à charge de réaliser un ensemble composé de huit bâtiments (quatre faisant partie du bail de 50 ans, quatre du bail de 18 ans) reliés entre eux par un passage piéton intégralement couvert et clos par une verrière, ainsi que de deux niveaux de parking dans le tréfonds. Cet ensemble immobilier, propriété du preneur initial et des preneurs successifs a été prévu pour être vendu en l'état futur d'achèvement et a été, dès l'origine, divisé en sept volumes comme il suit : un volume comportant les quatre bâtiments édifiés dans le cadre du bail de 18 ans, un des deux niveaux de parking, quatre volumes comportant chacun un bâtiment réalisé dans le cadre du bail de 50 ans, un volume comprenant l'espace piéton et ses accès, la verrière ainsi que divers locaux techniques, un volume comprenant la propriété du tréfonds le plus bas (ce dernier peut sembler superfétatoire : dès lors qu'il ne faisait pas, en soi, partie du bail à construction, sa propriété restait au bailleur. Son utilité étant de permettre l'établissement d'un état descriptif de division complet de l'ensemble immobilier, il n'était pas forcément indispensable à partir du moment où la division en volumes, lorsqu'elle est effectuée dans le cadre du bail à construction s'intéresse uniquement à la répartition de la propriété des édifices qui en résultent).

Le bail à construction ayant été consenti sur la parcelle de terrain destinée à recevoir l'ensemble immobilier projeté, il s'agit bien d'un bail à construction dont la propriété des constructions a été divisée en volumes et non pas d'un bail à construction prenant assiette dans un volume déterminé (situation qui ne pose pas de difficulté quant à sa validité). Pour un résumé complet du montage effectué, dont la validité n'était pas discutée : Paris, 17 avril 2019, n° 13/04817.

2054 À l'inverse d'un édifice soumis au régime de la copropriété, il n'est pas ici possible d'intégrer le bail aux parties communes, une division en volumes en étant dépourvue sous peine de requalification. En conséquence, deux hypothèses semblent *a priori* envisageables : la division du bail en lui-même par sa répartition entre les différents co-volumiers ou le maintien de son unité par l'attribution à l'association syndicale de propriétaire en charge de la gestion de l'ensemble immobilier. Cette dernière hypothèse ne nous paraît cependant pas possible en ce qu'elle viendrait rompre l'indivisibilité – qui existe au moins de fait – du bail et de la propriété des constructions. Une telle dissociation risque de suspendre le droit de propriété de l'acquéreur à la bonne exécution du contrat par le preneur initial, ce qui pourrait entraîner la fin du bail et donc la mise en œuvre du mécanisme de l'accession entraînant la perte de la propriété des constructions de l'acquéreur. En ce sens, Ch. Goyet, thèse, *op. cit.*, n° 244, p. 134 et s.

2055 En ce sens, P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, Masson, coll. Pratique de l'immobilier, 1989, n° 188, p. 97 ; J.-L. Tixier, thèse, *op. cit.*, n° 316 et s., p. 242 et s. ; F. Aubry, *op. cit.* ; N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 68 ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 313, p. 435 et s.

2056 Voir ainsi, Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, *op. cit.* Dans cette affaire, le montage ayant donné lieu à un litige portant sur la validité d'une clause d'agrément à la cession du bail à construction par le preneur. Pour un bail emphytéotique constitué sur l'assiette d'un volume : Paris, 10 novembre 2010, n° 09/12122.

superposition[2057], quand une autre n'y trouve pas d'impossibilité de principe[2058]. En tout état de cause, la pratique semble avoir franchi le pas et procède à ce type de montage pour l'organisation des montages immobiliers les plus complexes[2059]. Deux arguments sont soulevés en opposition à l'existence de sous-volumes, qui portent respectivement sur la forme et le fonds.

459. Difficulté formelle attachée à l'existence de sous-volumes : contradictions aux règles de la publicité foncière. Le premier argument consiste à exposer les contradictions aux règles formelles de la publicité foncière qu'une telle superposition causerait. Fondée principalement sur le décret du 14 octobre 1955[2060], l'objection principale viendrait de son article 71-1 qui dispose qu' « un seul état descriptif doit être établi lorsque plusieurs bâtiments ou groupes de bâtiments pouvant faire l'objet de copropriétés particulières sont édifiés sur un sol dont la propriété est placée globalement sous le régime de l'indivision forcée ». Il résulterait de cet article l'impossibilité de prévoir la division d'un lot de copropriété en volumes et celle d'un volume en sous-volumes[2061]. Ces affirmations entraînent plusieurs remarques. En premier lieu, il faut relever que les articles 71-1 et suivant du décret du 14 octobre 1955 sont autant de règles qui n'ont pour autre objectif que d'homogénéiser et sécuriser la pratique des états descriptifs de division des fractions d'immeubles. Il résulte notamment de ces règles que, pour des raisons de lisibilité, un seul état descriptif doit exister, ce qui est expressément affirmé à l'article 71-1 précité. Cet article – qui au demeurant ne vise expressément que la division en copropriété – peut sans difficulté s'appliquer dans le cadre d'un état descriptif de division en volumes[2062], ce qui se produit par ailleurs lorsque la propriété d'un volume est ensuite répartie sous le régime de la copropriété[2063]. Il sera alors effectué une sous-

2057 En ce sens, A. Fournier, « Division en volumes : solutions particulières relatives aux modalités d'établissement des états descriptifs de division », JCP N 2002, 1538 ; « Division en volumes et publicité foncière. *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptation », JCP N 2006, 1330 ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 305, p. 424, spéc., p. 425 et 426, n° 320, p. 444, spéc., p. 445 ; M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 1269 et s., p. 523 et 524.

2058 N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 646, p. 341 et 342 ; *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 68 et s. ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 441 et s., p. 394 et s.

2059 En ce sens, Versailles, 21 mai 2007, n° 06/00330, dont l'ensemble immobilier au cœur du litige était subdivisé en trois volumes composant chacun un ensemble immobilier distinct. Dans chacun de ces trois volumes existait une sous-division volumique. Il résultait notamment de ce montage une superposition des associations syndicales de propriétaire.

2060 Décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pour application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

2061 En ce sens, A. Fournier, « Division en volumes et publicité foncière. *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptation », *op. cit.*, respectivement s n° 19 et 24.

2062 En ce sens N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 69. *Contra.*, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 444, p. 397 et 398.

2063 Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5 relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division*, Loyers et copro., n° 6, juin 2008, comm. 137 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2020, n° 8687 et 8688, p. 1978 et 1979.

division de celui-ci en lots de copropriété qui sera intégrée à l'état descriptif initial de division en volumes. Si le principe de représentation de la subdivision du volume en lots de copropriété est possible selon les règles de la publicité foncière, rien ne semble s'opposer à ce qu'un autre mode de division en constitue la sous-division. Ainsi, les règles de la publicité foncière devraient permettre de prévoir la sous-division d'un volume d'espace en sous-volumes[2064]. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une division différente de celle ayant donné lieu à la division primaire en volumes d'espace. On touche ici au deuxième argument s'opposant à la division d'un volume en sous-volumes : l'identité de nature entre l'objet et sa sous-division.

460. Difficulté de fond attachée à l'existence de sous-volumes : impossible superposition parfaite de la propriété d'un même objet. En raison de l'identité de nature entre le volume issu d'une division primaire et les sous-volumes censés résulter de la division secondaire, il serait impossible d'effectuer quelconque sous-division volumique[2065]. À retenir que l'une comme l'autre effectuent une division de l'espace, l'identité de nature invite effectivement à exclure toute possibilité de sous-division au profit d'une nouvelle division du volume initial, ceci en raison du dédoublement de la portion d'espace pourtant unique qu'une telle superposition entraînerait[2066]. Dès lors que l'objet des deux divisions en cause s'avère distinct, la sous-division en volumes devient à nouveau possible. Deux options sont alors envisageables. La première sera caractérisée lorsque le volume initial – la division primaire – ne constitue pas un bien à part entière portant sur la propriété de l'espace, mais un simple espace délimité constitué de l'ensemble des volumes d'espace – ici les sous-volumes – regroupés sous une gestion collective commune[2067]. La seconde sera constituée lorsque le volume initial aura vocation à être le seul objet portant sur la propriété de l'espace, faisant des sous-volumes des propriétés superficiaires dont la représentation géométrique serait faite à partir des éléments de l'ensemble immobilier ainsi divisé. Selon cette deuxième

---

2064 Dans un sens similaire, même si la justification apportée est différente selon les auteurs, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 69 ; J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 442 et s., p. 395 et s.

2065 A. Fournier, *op. cit.* ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 305, p. 424, spéc., p. 425 et 426, n° 320, p. 444, spéc., p. 445 ; M.-G. Desvaux de Marigny, thèse, *op. cit.*, n° 1269 et s., p. 523 et 524 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *op. cit*., n° 8704 et 8705, p. 1982.

2066 Ainsi, il est rappelé que le volume d'espace, par son rôle de substitut parcellaire, est irréductible de toute autre division supplémentaire, tout comme il est impossible de diviser une parcelle en sous-parcelle. En ce sens, A. Fournier, « Division en volumes et publicité foncière. *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptation », *op. cit.*, n° 23 ; J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *op. cit*., n° 8704 et 8705, p. 1982.

2067 C'est en substance la solution à laquelle semblent aboutir les auteurs qui acceptent la sous-division du volume. Sur cette question, N. le Rudulier, Thèse, *op. cit.*, n° 646, p. 341 ; *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 69 ; J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 442, p. 395. Ces deux auteurs font bien état d'une sous-division secondaire du volume malgré l'identité de nature avec la division primaire, même s'ils qualifient cet objet de façon différente (propriété autonome de l'espace pour Monsieur le Rudulier, chose-lot de volume, objet complexe de propriété pour Madame Lotz). Cependant dans les deux cas, la justification avancée est le cadre collectif dans lequel la sous-division prend place, faisant de la division primaire un simple référentiel des subdivisions supplémentaires.

conception, la propriété de l'espace en tant que telle est distinguée de celle du bâti. Les sous-volumes constituent alors seulement la propriété d'une portion de bâtiment occupant un espace, c'est-à-dire des propriétés superficiaires dont la délimitation passe par la géométrisation précise au sein d'un ensemble plus grand.

460.1. Puisqu'elles ont vocation à s'appliquer à des situations différentes, il n'est pas nécessaire de choisir entre ces deux options. Ces hypothèses devront se limiter à leur champ d'application respectif. La première aura pour principale utilité de permettre la coexistence de plusieurs associations syndicales de propriétaires au sein d'un grand ensemble immobilier se situant à des niveaux décisionnels différents[2068]. Les « volumes primaires » ne sont alors pas des objets de propriété mais l'outil de délimitation du champ d'appartenance des différents volumes d'espace aux associations syndicales envisagées. La seconde pourrait correspondre à l'hypothèse d'une division en volumes effectuée dans le cadre d'un bail. Lorsqu'une telle division se produit, l'assiette du bail est généralement constituée du fonds de terre, d'une portion de celui-ci, voire, comme énoncé précédemment, d'un volume spécifiquement déterminé. Or, si la division en volumes de la construction édifiée dans ce cadre est possible, aucun dédoublement de la propriété de l'espace n'est envisageable. Il faut donc déterminer si celle-ci est attribuée au bailleur ou au preneur.

461. Hypothèse de l'attribution de la propriété de l'espace au preneur. La première hypothèse consiste à éviter la superposition en attribuant la propriété de l'espace occupé au preneur. En conséquence, la propriété de l'espace changerait simplement de titulaire et passerait du patrimoine du bailleur pour aller vers celui du preneur avant de revenir dans celui du bailleur à l'expiration du bail. La difficulté reste de déterminer le mécanisme juridique justifiant un tel mouvement. La première solution serait de considérer que l'espace occupé par l'objet superficiaire doit être acquis en raison de la propriété superficiaire portant sur ce dernier et d'expliquer ainsi l'acquisition de la propriété de l'espace par celle de la construction édifiée durant le bail. Cette vision des choses ne fonctionne cependant que très imparfaitement avec le mécanisme de l'accession[2069], si bien qu'il est préférable d'envisager une autre approche.

461.1. La seconde solution serait de convenir que la propriété de l'espace rejoint le patrimoine du preneur dès l'origine, par la formation du contrat[2070]. Ainsi, la convention emporterait pour sa

2068 En ce sens, N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, op. cit.*, n° 69.

2069 *Supra*., n° 448 et s.

2070 Pour une analyse assez proche de cette présentation, J.-L. Tixier, thèse, *op. cit*., n° 56 et s., p. 41 et s. L'auteur considère en effet que « le preneur bénéficie donc d'un droit réel qui est un droit de superficie [qu'il assimile à un droit de propriété] dès la conclusion du contrat et qui porte tant sur la surface du terrain que sur la construction qu'il est amené à édifier, dont il devient propriétaire en qualité de superficiaire ».

durée d'existence *a minima* la propriété actuelle de l'espace au bénéfice du preneur, le bailleur étant, en raison du bail, pourvu de la seule propriété future sur l'espace en cause. Une telle vision des choses permettrait d'expliquer de façon aisée la division en volumes d'un édifice lorsqu'elle est effectuée dans l'assiette volumique d'un bail à construction : l'espace appartenant au preneur en vertu du contrat, il pourrait sans difficulté en transmettre la propriété. Cela impliquerait néanmoins une redéfinition de la nature de ces droits, qui aboutirait à la transformation de la nature du contrat en cause. Plus qu'un simple contrat synallagmatique de bail ou une convention établissant un droit réel de jouissance sur la chose d'autrui assorti d'obligations réelles[2071], il s'agirait alors d'une véritable cession de propriété temporaire[2072]. Celle-ci porterait sur l'intégralité de l'assiette foncière objet du bail et de son étendue verticale[2073], expurgée des constructions déjà existantes[2074] et assortie de conditions résolutoires justifiées par le caractère temporaire de la propriété transférée. Ainsi, elle ferait totalement sortir ces baux du schéma du démembrement de la propriété. La propriété de l'espace concernant la totalité de l'étendue verticale de la parcelle – ou portion de parcelle – assiette du bail, ce n'est plus d'un simple droit réel sur la chose d'autrui dont il serait question, mais d'un véritable transfert de propriété temporaire, quand bien même celui-ci instaurerait des restrictions en raison de l'existence d'un propriétaire futur[2075]. L'attrait d'une telle conception est indéniable, elle permettrait d'expliquer sans difficulté la division en volumes d'un immeuble édifié par le preneur tout en respectant la qualité de principal attachée au volume d'espace relativement à son contenu. Elle permettrait en outre de confirmer le principe de libre cession consacré par la loi. En effet, si on s'en tient à l'hypothèse selon laquelle le preneur devient propriétaire de l'intégralité de l'espace composant l'étendue verticale du fonds, celui-ci aurait la

2071 Sur cette question, W. Dross, « La cession du bail à construction peut-elle être valablement soumise à l'agrément du bailleur ? », *op. cit.*

2072 Pour une telle redéfinition en matière d'usufruit, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 80 et s., p. 152 et s. Également en ce sens, P. Kouraleva, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », LPA, 19 juin 2009, n° PA200912202, p. 6, qui reconnaît au seul usufruitier la qualité de propriétaire, réservant au nu-propriétaire la seule vocation à la propriété future. Elle en déduit ainsi l'existence d'une propriété actuelle et temporaire au bénéfice de l'usufruitier et la seule faculté pour le nu-propriétaire de protéger son droit futur. Dans une moindre mesure, J. Aulagnier, « Le démembrement de propriété, 20 ans d'évolution », Dr. et pat., février 2008, n° 167, p. 46, dont l'affirmation tient au constat du développement progressif des quasi-usufruits et d'une façon plus générale, de l'approche économique de l'usufruit. Il semble en outre accepter la coexistence simultanée de deux droits de propriété sur le bien en cause.

2073 Le principe de la propriété de la construction au preneur s'applique en effet que celle-ci se situe dans le dessus ou le dessous. Or, si l'on part du principe qu'elle est indissociablement liée à la propriété de l'espace occupé, il faut justifier de la propriété de l'intégralité de l'étendue verticale du fonds, pas uniquement de l'espace non construit du dessus au sens strict.

2074 Si ces constructions sont extérieures au bail, il n'aura alors aucun droit sur celles-ci. Certains auteurs considèrent que les constructions préexistantes, si elles font partie du bail, n'octroient qu'un droit personnel au preneur. En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Bail à construction*, n° 89.

2075 Une même conclusion s'imposerait également dans le cadre d'un bail consenti au sein d'un volume d'espace, l'intégralité de l'assiette du bail étant selon cette hypothèse, pareillement transférée à titre de propriété au preneur.

capacité de conclure à son tour un acte identique sur l'assiette de son droit, dès lors que sa propriété temporaire lui est transférée par l'effet du contrat. À l'instar de certains auteurs, on pourrait être tenté de faire valoir qu'une telle ouverture contreviendrait aux dispositions légales de ces baux réels, qui prévoient l'impossibilité pour le preneur d'effectuer un sous-bail de même nature sur l'assiette de son droit[2076]. Cette restriction se trouverait implicitement prévue par les dispositifs légaux[2077], qui disposent que le bail en cause ne peut être valablement consenti que par ceux qui ont le pouvoir d'aliéner, dans les mêmes conditions et formes[2078]. Étant donné qu'une telle restriction n'est fondée que sur l'hypothèse selon laquelle le preneur n'a qu'un droit réel sur le fonds d'autrui, il n'y aurait aucun obstacle à ce qu'il procède à une telle aliénation – dès lors qu'on lui reconnaît la propriété temporaire du fonds en cause[2079]. Il serait néanmoins tenu des restrictions attachées à l'acte originel conclu avec le bailleur, notamment quant à la durée de celui-ci ainsi que relativement aux éventuelles restrictions liées à la modification de la destination du fonds et de l'affectation des constructions[2080].

461.2. Nonobstant la pertinence de cette conception en matière d'usufruit[2081], une telle approche semble pourtant excessive lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux diverses autorisations de jouissance sur le fonds d'autrui emportant propriété superficiaire de la construction édifiée[2082].

2076 En ce sens, J.-L. Tixier, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Bail emphytéotique,* n° 32 ; F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 304, p. 422, spéc., p. 424.

2077 *Ibid.*

2078 Voir en ce sens, l'alinéa 2 de l'article L. 251-1 du Code de la construction et de l'habitation pour le bail à construction, l'alinéa 6 de l'article L. 254-1 de ce même Code pour le bail réel immobilier ou encore, l'alinéa 1 er de l'article L. 451-2 du Code rural et de la pêche maritime pour le bail emphytéotique.

2079 Plus qu'un sous-bail réel, il se produirait alors une nouvelle cession temporaire de la propriété.

2080 Pour la possibilité d'établissement de telles restrictions en matière de bail à construction : Cass. civ., 3ème, 7 avril 2004, n° 02-16.283 (Pour une appréciation critique de ces restrictions, J.-L. Tixier, « La destination dans le bail à construction », Construction – Urbanisme, avril 2005, n° 4, étude 4). À l'inverse, pour un rappel de la prohibition de telles limitations en matière de bail emphytéotique : Cass. civ., 3ème, 13 mai 1998, n° 96-13.586.

2081 Cette conception, qui ne correspond pas à l'analyse séculaire qui est faite de l'usufruit est contestée, notamment en ce qu'elle vient rejeter la coexistence de droits actuels de propriété au bénéfice de l'usufruitier comme du nu-propriétaire dont l'exercice est différé dans le temps. En ce sens, F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 234, p. 322 et s., spéc., p. 324. L'auteure soutient que l'existence actuelle d'un tel droit au bénéfice du nu-propriétaire s'explique par la limitation effective des pouvoirs de l'usufruitier. Cette présence simultanée de deux droits de propriété sur une même chose – l'objet de l'usufruit – ferait ainsi la conception de l'usufruit « propriété temporaire », un montage relevant du trust anglais, qui reste extérieur au droit français. Sa conceptualisation de l'usufruit procède de l'approche menée dans sa thèse. Celle-ci part du principe que tout démembrement de la propriété s'analyse comme une qualité de la chose grevée (n° 242 et s., p. 333 et s.) permettant d'expliquer la répartition des pouvoirs de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Elle envisage néanmoins la possibilité de leur réification sous la forme d'un objet juridique indépendant (n° 233 et s., p. 320 et s.) lorsque ceux-ci sont considérés pour eux-mêmes, ce qui explique notamment la faculté pour l'usufruitier et le nu-propriétaire de céder leur droit respectif (n° 238, p. 328).

2082 S'il est peu envisageable qu'un bail ordinaire offre des garanties suffisantes pour le preneur lorsque celui-ci vise l'édification d'une construction au fin de sa division future en propriété, ce n'est pas en raison d'une limite attachée au droit de propriété sur l'édifice élevé, mais bien de la moindre pérennité du droit consolidateur de la propriété superficiaire.

Ainsi, cela reviendrait à qualifier de convention superficiaire toute autorisation sur le fonds d'autrui au sein duquel une construction immobilière est envisageable, que celle-ci soit autorisée expressément ou non, sous peine de ne pas réussir à justifier la propriété de l'espace par le preneur, celle-ci ne pouvant résulter d'une inversion de l'accession à la faveur du propriétaire de la construction[2083]. Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans le détail de l'inadéquation de ce rattachement, nous pouvons simplement préciser qu'il serait sans doute curieux de convenir qu'un bail ordinaire, qualifié de droit personnel au regard de l'importance des relations obligationnelles qu'il met en place entre les parties, consisterait en réalité en une cession de propriété temporaire de l'ensemble de son assiette. En outre, une telle approche viendrait contredire les dispositions concernant les différents droits réels consentis sur le domaine public, centrées sur l'établissement d'un droit réel au sein du domaine public et non pas aux côtés de celui-ci[2084].

462. Hypothèse du maintien de la propriété de l'espace au bailleur. Face aux difficultés théoriques attachées à la reconnaissance de la propriété de l'espace au preneur, il nous semble qu'il faut retenir la seconde hypothèse, qui consiste à considérer que la propriété de l'espace reste dans le patrimoine du bailleur, celle-ci constituant tout ou partie de l'assiette du bail. Cela opère ainsi une distinction entre l'espace appartenant au bailleur et les constructions édifiées par le preneur qui appartiennent à ce dernier. L'atteinte à la propriété de l'espace occupé se justifie par l'existence du contrat, qui vient ainsi consolider la propriété du preneur. En conséquence, la présence de sous-volumes ne se réfère pas à la propriété de l'espace en tant que telle – celle-ci constituant l'assiette du bail et restant au bailleur – mais correspond à la finalité de cette division : la répartition de la propriété d'un ensemble collectif sans que n'existe de parties communes. Il s'agit finalement d'une propriété superficiaire géométrisée au sein d'un ensemble collectif, une propriété finalisée tendant à l'appropriation d'une portion déterminée d'un édifice. Encore une fois dans cette situation, l'absence d'appropriation de l'espace est tout à fait cohérente : ce qui est visé par le propriétaire n'est pas tant l'appropriation d'une portion du globe terrestre que d'une portion de construction. L'absence spécifique de la propriété de l'espace au sens strict ne posera en cette situation aucune difficulté : son intérêt est avant tout d'assurer la pérennité de la division en assurant notamment sa résilience à une éventuelle destruction de l'ensemble. Or, dans le cas d'un bail consentit sur l'assiette d'un volume, cette résilience est la conséquence de son existence. Cela recentre la technique de la division en volumes vers son intérêt fonctionnel – être un mode de division de la propriété de l'immeuble bâti alternatif à celui de la copropriété.

2083 *Supra*., n° 452.

2084 Sur cette question, *supra*., n° 68.1 et s.

463. Conclusion de section. La propriété superficiaire n'a pas vocation à emporter l'acquisition de l'espace occupé par l'objet sur lequel elle porte lorsqu'elle présente la nécessité d'être consolidée par un droit réel sur le fonds d'autrui. Outre l'incompatibilité d'une telle application au mécanisme de l'accession, la raison se trouve simplement dans son absence d'utilité : dès lors que la propriété superficiaire se trouve consolidée par une autorisation de jouissance sur le fonds d'autrui, la propriété de l'espace n'a plus d'intérêt puisque celui-ci consiste à assurer la pérennité du droit en cause. On retrouve ici une conception dualiste de la propriété superficiaire, à cela près qu'il n'est pas question de considérer le droit sur le fonds d'autrui comme sa condition d'existence, mais simplement son mode de consolidation.

SECTION 2. LES DIFFICULTÉS INDUITES PAR LA GÉNÉRALISATION DE LA COMPRÉHENSION VOLUMÉTRIQUE DES PROPRIÉTÉS SUPERFICIAIRES

464. Plan. Si généraliser le volume superficiaire est un modèle qui présente des avantages que nous avons pu relever[2085], il n'est pas dénué de failles. Procéder ainsi, c'est automatiser le détachement de la propriété superficiaire de son contenu pour la réduire à des cotes géométriques dans l'espace et potentiellement refuser l'appropriation des biens qui ne peuvent supporter une telle géométrisation[2086]. Une telle réduction présente pourtant de nombreuses difficultés. À rebours de la conceptualisation englobante tendant à faire de toute propriété superficiaire celle d'un volume d'espace, il faut constater que la représentation géométrique de l'immeuble n'est pas adaptée à de nombreuses situations impliquant pourtant l'existence d'un objet de propriété immobilier. Ainsi, la généralisation du volume d'espace sera impossible en raison de l'indifférence de la propriété superficiaire à la propriété de l'espace (Paragraphe 1). À l'inverse, il existe des objets de propriété occupant un espace plus grand que leurs contours matériels, qui, là encore, amènent à constater les limites d'une éventuelle correspondance parfaite entre la propriété de l'espace et celle de l'objet superficiaire (Paragraphe 2).

2085 *Supra*., n° 224 et s.

2086 Pour une analyse semblant aller en ce sens, D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 768 et s., p. 802 et s. Il vise en effet sous la qualification démembrement de la propriété (n° 769, p. 803) toutes « les superficies qui ne répondent pas au critère de la propriété volumique » (n° 768, p. 802). Or, bien qu'il rattache ce dernier critère à la possibilité pour la superficie en cause d'être considéré comme « un objet distinct », il semble dénier cette capacité aux objets superficiaires qui semblent irréductibles à toute géométrisation (n° 757 et s., p. 792 et s.).

Paragraphe 1. Les propriétés superficiaires indifférentes à la propriété de l'espace

465. La propriété superficiaire traditionnelle comprise comme un droit des choses tangibles. Dans l'hypothèse où l'on est avant tout propriétaire de l'espace occupé par l'objet matériel, celui-ci doit pouvoir être identifié précisément et indépendamment de sa matière, afin de pouvoir être pleinement détaché de celle-ci. En conséquence, le volume d'espace se présente comme un objet abstrait déterminé par des cotes géométriques indiquant un lieu distinctement approprié de celui de la parcelle au sein de laquelle il prend place. Sa nature d'objet de propriété enclavé dans un fonds de terre appartenant à autrui incite les auteurs à effectuer un rapprochement avec la technique superficiaire[2087]. Ce rattachement subit quelques raffinements sémantiques, le volume étant distingué de la propriété superficiaire selon différents critères que peuvent être le caractère collectif de la division ou encore la publication d'un état descriptif de division en volumes[2088]. Si l'on s'en réfère à la technique superficiaire, de nombreux exemples apparaissent impossibles à retranscrire par un système de géométrisation de l'espace. Pour bien comprendre, il est nécessaire de revenir rapidement sur la présentation traditionnelle des propriétés superficiaires. Définie comme la propriété d'un ou plusieurs objets matériels situés sur un fonds appartenant à autrui, la propriété superficiaire porte ainsi sur des objets concrets, des constructions, des végétaux[2089]. Selon cette présentation, même lorsque le droit de superficie à l'origine de ces propriétés porte sur l'ensemble de l'étendue d'une parcelle, celui-ci n'en reste pas moins caractérisé par l'appropriation distincte de ces éléments et non par celle d'une figure géométrique[2090]. La traduction de ce droit de superficie intégral en une ligne divisoire de propriété entre le tréfonds et la superficie n'est finalement qu'une proposition de la doctrine récente à l'échelle de l'existence séculaire du droit de superficie[2091]. On peut logiquement être tenté de penser qu'il n'y a ici qu'une conséquence de la nécessaire corporalité attachée à la propriété immobilière que l'on pouvait

2087 *Supra*., n° 211 et s.

2088 *Supra.*, n° 222 et s.

2089 Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Tome II, par Ch. Falcimaigne, M. Gault, 5e éd., 1897, p. 623 : « Le droit de superficie est un droit de propriété portant sur les constructions, arbres, ou plantes, adhérant à la surface d'un fonds, dont le dessous appartient à un autre propriétaire ». Dans le même sens, Ch. Guyot, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, thèse, Nancy, 1876, troisième partie, p. 89 (vue 421/444 *via* https://gallica.bnf.fr/) ; M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 330, p. 324 ; Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de droit civil*, tome II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6e éd., 2019, n° 750, p. 472, spéc., p. 473.

2090 En ce sens, Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.* : « Le droit de superficie est intégral ou partiel, suivant qu'il s'applique à tous les objets qui se trouvent à la surface du sol, ou qu'il est restreint à quelques-uns d'entre eux, par exemple, soit aux constructions, soit aux plantes et aux arbres, ou même seulement à certains arbres ».

2091 Voir cependant les auteurs faisant référence au droit de superficie « complet » et « incomplet ». Sans parler de ligne divisoire, le droit de superficie complet est alors défini comme un droit de propriété s'étendant sur toute la surface d'un fonds, en référence à l'étendue de la parcelle. En ce sens, F. Troupel, *La propriété du sous-sol, les eaux souterraines et les grottes*, thèse, Montpellier, Mari-Lavit éditeur, 1933, p. 91.

retrouver à l'époque. Si ces considérations ont indéniablement joué un rôle dans cette définition ancrée dans les caractéristiques matérielles des objets superficiaires, il nous semble néanmoins que l'exigence de corporalité aurait été remplie en plaçant la ligne divisoire dans l'épaisseur de la croûte terrestre[2092]. Au surplus, on ne pourrait efficacement justifier cette position par l'absence de capacité d'abstraction de la propriété immobilière des auteurs classiques, ceux-ci connaissant l'importance du cadastre et ayant même, pour certains, posé les prémisses de la conception volumétrique de la propriété immobilière[2093]. En conséquence, l'ancrage du droit de superficie dans les éléments concrets que peut porter le fonds de terre nous semble principalement justifié par une approche pragmatique et centrée sur la nécessité de proposer une définition suffisamment étendue pour rendre compte de la diversité des situations que la propriété superficiaire permet.

466. Plan. La vision classique de la propriété superficiaire n'est pas devenue obsolète par le développement de l'appropriation de l'espace. Il reste en effet des propriétés superficiaires irréductibles à la propriété de l'espace (A) et d'autres pour lesquelles une telle représentation s'avère inutile, voire inopportune (B).

A. Les propriétés superficiaires irréductibles à la propriété de l'espace

467. Présence d'éléments irréductibles à leur géométrisation. L'étude de cette diversité révèle que de nombreux objets de propriété superficiaire ne pourraient supporter une traduction géométrique de leurs limites. L'affirmation est particulièrement valable pour tous les éléments relevant du végétal. Il est impossible de réduire à une figure géométrique fixe dans l'espace un arbre, dont l'intégralité du corps occupe un espace de plus en plus important. Il est possible de trouver une trace de cette impossibilité par l'application de l'article 673 du Code civil faite par les juges. Cet article prévoit le droit imprescriptible pour le propriétaire d'un fonds dont une partie est surplombée par les branches venant d'un arbre situé sur le fonds voisin, d'obliger le propriétaire de ce dernier à les couper[2094]. Or, dans cette situation, aucune possession trentenaire ne permet de

2092 Une telle solution sera par ailleurs proposée par Monsieur le Professeur Goubeaux en réaction à son rejet de la propriété de l'espace, avant que l'éminent auteur ne la rejette pour des questions d'opportunité (G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n°23, p. 293, note 43). Voir également, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie,* n° 18, qui propose de placer la ligne divisoire au niveau des fondations ou racine les plus basses.

2093 G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens,* par M. Chauveau, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896, p. 22.

2094 Article 673 du Code civil : « Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres, arbustes et arbrisseaux du voisin peut contraindre celui-ci à les couper […] Le droit de couper les racines, ronces et brindilles ou de faire couper les branches des arbres, arbustes ou arbrisseaux est imprescriptible ». À noter que la seule restriction à l'encontre du propriétaire victime – l'impossibilité pour le propriétaire de procéder lui-même à l'élagage – se justifie pleinement en raison des risques qu'un tel acte entraîne pour l'arbre lorsqu'il n'est pas fait selon les règles de l'art.

prescrire un droit au surplomb de quelque manière que ce soit[2095]. Ainsi, la propriété de ces branches par le propriétaire de l'arbre litigieux n'emportera jamais possibilité de prescrire la propriété de l'espace occupé par ces dernières[2096], ni une servitude de surplomb[2097], ni encore une servitude par destination du père de famille[2098].

467.1. Cette absence de représentation géométrique n'empêche pourtant pas les végétaux d'être objet de propriété superficiaire, comme en témoigne de longue date la jurisprudence de la Cour de cassation[2099]ainsi que le Code rural et de la pêche maritime, par le biais du bail à domaine congéable[2100] et du bail à complant[2101]. Pour ce qui nous intéresse et indépendamment de leurs particularités, ces baux établissent chacun une propriété limitée aux seuls objets matériels et se désintéressent de toute géométrisation de la propriété superficiaire. Le bail à domaine congéable prévoit l'appropriation par le preneur d'une partie des plantations et des constructions sur l'assiette foncière concernée par le bail pendant la durée de celui-ci. Or, la distinction de ces éléments ne pouvant se faire par voie géométrique, la distinction de la propriété superficiaire et du tréfonds se fait selon la caractérisation des éléments corporels du fonds dans les stipulations contractuelles,

---

Cette restriction part de l'idée que le propriétaire de l'arbre – celui du fonds dans lequel il est planté ou le propriétaire de l'arbre en cause si celui-ci fait l'objet d'une propriété superficiaire – sera plus à même d'être intéressé par la préservation de l'arbre litigieux. En conséquence, cela permet également de s'assurer que celui-ci s'acquitte du coût afférent à l'opération.

2095 Si les juges se contentent la plupart du temps de rappeler que ce droit est imprescriptible (voir notamment, Cass. civ., 3ème, 30 juin 2010, n° 09-16.257, JCP G 2010, 1162, obs. H. Périnet-Marquet ; Environnement, n° 8-9, août 2011, étude 9, note, N. Reboul-Maupin ; Rennes, 10 novembre 2020, n° 18/07554 : les juges constatent l'absence de prescription de l'action en élagage du surplomb des plantations au motif que celle-ci est « une obligation permanente, absolue et imprescriptible »), ils sont parfois plus précis et confirment l'absence de toute consolidation non conventionnelle de l'empiétement aérien généré par les branches. En ce sens, Reims, 1er mars 2019, n° 18/00849 : « la prescription trentenaire prévue à l'article 672 se limite à l'acquisition du droit à voir les plantations dépasser la hauteur maximale, mais ne peut aboutir à l'acquisition d'un droit de surplomb du fonds voisin par les branches des arbres ».

2096 Outre l'impossibilité d'acquérir un volume d'espace non prédéterminé par voie de prescription acquisitive que nous verrons plus en avant (*infra*., n° 505 et s.), la solution est cohérente en raison du caractère mouvant de l'empiétement causé par les branches litigieuses.

2097 La solution est cohérence en raison de l'aggravation de la servitude issue de la croissance des branches. À noter qu'une telle servitude est néanmoins conventionnellement acceptée en matière de lotissement, dont le cahier des charges peut prévoir l'impossibilité pour les co-lotis d'imposer l'élagage des branches empiétant sur son fonds. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, n° 11-18.791, JCP N 2012, 1363, note E. Meiller, Construction – Urbanisme, septembre 2012, n° 9, comm. 134, note P. Cornille.

2098 Cass. civ., 9 juillet 1867, D.P. 1867, I, 252, concl. Blanche.

2099 La Cour de cassation accepte ainsi la possession et la propriété superficiaire distincte d'un arbre ou d'une haie (Cass. civ., 18 mai 1858, S. 1858, I, 661 ; D.P. 1858, I, 218, concl. Sévin ; Cass. civ., 7 novembre 1860, D.P. 1860, I, 488, concl. de Marnas ; Cass. Req., 21 novembre 1877 ; D. 1878, I, 301 ; Cass. civ., 8 novembre 1880, D.P. 1881, I, 28, concl. Desjardins), d'une espèce précise d'arbre parmi d'autres (Cass. Req., 26 décembre 1833 ; S. 1834, I, 720, concl. M. Tarbé ; D.P. 1834, I, 72 ; Cass. civ., 20 février 1851 ; D.P. 1851, I, 54, concl. Dupin. ; dans une certaine mesure, si l'on considère qu'il s'agit d'un droit de propriété et pas d'un simple droit réel sur la chose d'autrui : Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202), de l'herbe (Cass. Req., 26 décembre 1833, *op. cit.*).

2100 Prévu aux articles L. 431-1 à L. 431-23 du Code rural et de la pêche maritime.

2101 Prévu aux articles L. 441-1 à L. 441-13 du Code rural et de la pêche maritime.

indépendamment de toute représentation volumétrique[2102]. Il en sera de même pour le bail à complant dont la désignation de la propriété superficiaire sera assurée par la seule nature des plantations effectuées par le preneur. Peu importe que la géométrisation de la propriété superficiaire soit ici impossible, la distinction est centrée sur la seule caractérisation des éléments incorporés au fonds. Dans cette situation, seule la réalité matérielle est prise en compte, indépendamment de l'espace qu'elle peut occuper[2103].

467.2. Cette irréductibilité de la propriété superficiaire à la représentation géométrique emporte comme conséquence une indifférence à la propriété de l'espace qu'elle occupe. Si cette conclusion est tout à fait logique lorsque la propriété est assise sur un bail, elle se confirmera également en dehors de celui-ci en raison de cette absence de délimitation géométrique possible. Il résulte de cette observation que la propriété superficiaire sera indépendante de l'espace qu'elle occupe dès lors qu'elle ne sera pas représentable et représentée géométriquement en volume. En d'autres termes, la propriété de l'élément tangible n'emportera pas ici celle de l'espace qu'il occupe et s'éteindra par principe avec la disparition de celui-ci.

B. L'inopportunité de la création généralisée de micro-volumes

468. L'inopportunité des micro-volumes, l'exemple des colonnes montantes d'électricité. Ces biens aux contours évolutifs font déjà apparaître les limites de la géométrisation. Il en sera de même pour nombre de biens dont la représentation volumétrique sera problématique soit en raison de leur dimension, soit en raison de leur difficile délimitation. En premier lieu, nous pouvons rappeler que de nombreux éléments distinctement appropriés présentent des dimensions très modestes et sont difficilement réductibles à un volume d'espace. L'exemple se retrouve notamment pour les éléments d'équipements collectifs dans les ensembles immobiliers divisés en volumes. Consciente de ces limites, la pratique elle-même préfère procéder différemment afin d'éviter les micro-volumes. Elle leur préfère l'établissement de servitudes, voire une attribution en propriété

2102 Sur cette question, F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 68, p. 80, spéc., p. 81.

2103 On a pu très justement relever à ce propos que « la superficie n'empiète jamais sur le tréfonds parce que le droit grandit avec son objet » (F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 129, p. 163). Il faut tout de même préciser que cette affirmation n'est valable qu'en raison de la relation existant entre le superficiaire et le tréfoncier. En conséquence, l'espace que l'objet occupe sera néanmoins pris en compte dans son articulation avec les propriétés immobilières voisines. Ainsi persistera tout de même l'empiétement sur un fonds voisin à celui dans lequel est prévu l'incorporation. Si aucun empiétement du tréfonds ne se produit dans les baux précités, c'est précisément en raison du cadre de ces derniers qui refuse toute géométrisation. La situation sera différente pour les fonds voisins, dont la délimitation géométrique provient à tout le moins de la parcelle. Ainsi, le propriétaire pourra toujours couper les racines ou les branches empiétant sur son fonds en vertu de l'article 673 du Code civil. Il en sera de même dans l'hypothèse de propriétés superficiaires superposées ou imbriquées et délimitées géométriquement dont l'une verrait arriver racines ou branches issues d'un bien ne lui appartenant pas.

représentée par la simple désignation de l'élément en cause. Parmi les éléments réfractaires à la géométrisation, on peut penser à l'ensemble des colonnes montantes d'électricité. Celles-ci sont attribuées par principe au réseau public de distribution d'électricité depuis le terme du délai de deux ans prévu par la loi ELAN[2104]. En conséquence, elles constituent depuis lors une véritable propriété superficiaire, exclue par la même occasion des copropriétés au sein desquelles elles peuvent passer[2105]. Pour autant, il ne s'agit pas d'un volume immobilier au sens géométrique du terme et, encore une fois, aucun espace à proprement parler n'est acquis par la propriété des éléments en cause. L'article L. 346-1 du Code de l'énergie dispose en effet qu'une colonne montante électrique est constituée de « l'ensemble des ouvrages électriques situés en aval du coupe-circuit principal nécessaires au raccordement au réseau public de distribution d'électricité des différents consommateurs ou producteurs situés au sein d'un même immeuble ou de bâtiments séparés construits sur une même parcelle cadastrale, à l'exception des dispositifs de comptage ». La propriété est ainsi limitée aux éléments et uniquement à ceux-ci, sans qu'intervienne quelconque géométrisation et appropriation de l'espace[2106]. La solution est heureuse, sans quoi il serait impossible de remplacer certains équipements par d'autres, plus volumineux, qui seraient alors constitutifs d'un empiétement. Il existe donc, au sein de la structure de chaque copropriété, des éléments d'équipements extérieurs à celle-ci qui sont distinctement appropriés, causant ainsi pour les copropriétaires une perte de la maîtrise de l'espace occupé au sein de leur bâtiment. Pour autant, il ne s'agit pas de la propriété d'un espace lorsque l'on raisonne à travers le prisme du propriétaire de ces colonnes : le droit de propriété s'exerce sur l'équipement et n'a pas vocation à impliquer une maîtrise inconditionnelle de l'espace qu'il occupe pour lui-même[2107]. On pourrait opposer à cette affirmation qu'en l'absence de détermination géométrique possible ou effectuée, les biens en cause font l'objet d'un simple droit réel sur la chose d'autrui[2108]. Cette objection reste cependant contraire au droit positif, qui accueille l'appropriation distincte de ces biens[2109]. De façon générale,

2104 La loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 (portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique) a en effet prévu à son article 176 l'intégration dans le Code de l'énergie des articles L. 346-1 et suivants prévoyant une telle appropriation. La lecture des dispositions suivantes suggère que cette attribution de la propriété concerne avant tout les immeubles à usage d'habitation Sur cette question, voir notamment, F. de la Vaissière, « La loi ELAN et les colonnes montantes électriques », AJDI 2019, p. 51.

2105 Il s'agit d'une véritable propriété superficiaire, qui n'est pas constitutive d'un lot de copropriété.

2106 B. Schmaltz, « La délicate incorporation des colonnes montantes aux concessions électriques », AJDA 2017, p. 332.

2107 Également en ce sens, B. Schmaltz, « La délicate incorporation des colonnes montantes aux concessions électriques », AJDA 2017, p. 332.

2108 *Supra.*, n° 341 et s.

2109 Reste que l'effectivité de la propriété de ces éléments nécessite l'établissement d'un droit réel sur la chose d'autrui en l'absence duquel son propriétaire ne pourrait en assurer l'entretien. Sur cette question, attribuant la qualification de servitude administrative mais se prononçant en faveur de l'introduction d'une qualification de droit réel de jouissance spéciale au bénéfice du propriétaire de ces colonnes montantes, B. Schmaltz, *op. cit.* Pour une

il en sera de même pour les propriétés superficiaires existantes et spécifiquement cédées à un tiers. Dès lors que le titre mentionne expressément l'objet superficiaire cédé, la propriété en cause a certes besoin de droit sur le fonds d'autrui afin d'être exercée[2110], mais il est possible de considérer qu'elle reste consolidée par elle-même. Il en sera de même lorsqu'une propriété superficiaire édifiée dans le cadre d'une autorisation de jouissance sur le fonds d'autrui bénéficiera par la suite d'une renonciation définitive à la mise en œuvre de l'accession par le propriétaire du fonds[2111]. Dans ces situations, il nous semble excessif d'en déduire une quelconque propriété de l'espace, l'objet de l'acte de vente portant spécifiquement sur un objet tangible et limité à celui-ci[2112]. Ainsi, la question de la généralisation de la propriété de l'espace semble déjà problématique sur ce seul point, qui reste néanmoins très minoritaire.

468.1. Le problème de la géométrisation se pose également pour les débords de toitures et gouttières, qui dans les ruelles étroites vont se superposer les unes au-dessus des autres. Penser par la seule géométrisation imposerait de représenter par des cotes précises ces débords – parfois de seulement quelques centimètres d'épaisseur – se superposant les uns aux autres, dessinant une figure géométrique inutilement complexe de la frontière verticale de la propriété de la parcelle qu'ils surplombent. Si leur représentation volumétrique n'est pas impossible[2113], ces biens, qui occupent indéniablement un espace, y sont néanmoins difficilement réductibles sauf à complexifier à outrance les relations entre les différents propriétaires et fragiliser les différents remplacements ou réparations qu'ils sont susceptibles de connaître[2114]. En outre, les propriétaires de ces éléments ne s'intéressent pas à la propriété de l'espace en tant que tel, en tant que lieu et emplacement spécifique. Le propriétaire d'un élément de construction empiétant en surplomb, ne vise pas à

---

qualification de servitude – que l'on comprend administrative – P. Sablière, « La saga des colonnes montantes d'électricité deux ans après la loi ELAN », AJDI 2021, p. 23.

2110 Cette question entraîne notamment des difficultés, les éléments en cause pouvant difficilement caractériser le fonds dominant nécessaire à l'établissement d'une servitude.

2111 Ainsi que de la renonciation de l'action en démolition.

2112 Une hypothèse problématique pourrait résulter de la vente d'une portion de bâtiment sans que ne soit établie une division en volumes, mais un simple état descriptif de division. Le risque est ici de perdre la propriété du bien par la destruction du bâtiment – voire de la seule portion concernée par la cession. Néanmoins et indépendamment de toute possibilité de reconstruction à l'identique, il n'est pas certain que les conséquences de la destruction de l'immeuble soit si radicale dans cette situation. En effet, une telle division doit composer avec la primauté de principe conférée à la loi du 10 juillet 1965. Or, dans l'hypothèse d'une telle cession et en l'absence de tout organe de gestion, il semble bien que cela doive emporter création d'une copropriété. Le maintien de l'espace d'utilisation de la portion de bâtiment devrait donc pouvoir être assuré indépendamment de toute propriété de l'espace. *Infra*., n° 561 et s.

2113 En témoigne notamment la précision à laquelle le B.I.M. aboutit dans sa représentation des différents éléments de l'immeuble, ou encore la reconstitution numérique de la « grotte Chauvet » d'une fidélité parfaite sur laquelle s'est basée la construction du site ouvert aux visites depuis 2015.

2114 Également en ce sens, N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 595, p. 316.

devenir propriétaire d'une portion de globe terrestre, mais bien de s'assurer de la propriété de l'élément en cause, parce qu'il en tire un intérêt spécifique.

469. Multiplication des discordances entre la propriété de l'espace et celle de l'objet. Les micro-volumes sont aussi les premiers révélateurs d'une autre difficulté liée à la multiplication de la géométrisation de la propriété immobilière : la discordance entre la propriété de l'espace et celle de l'objet. Considérer la propriété superficiaire uniquement à travers celle du volume d'espace revient en effet à imposer une concordance parfaite entre les limites de l'espace et celles de l'objet matériel en son sein. Or, une telle concordance parfaite ne peut exister que le temps de l'existence de l'objet en cause, dans l'unique hypothèse où l'on considère que la propriété de ce dernier emporte celle de l'espace qu'il occupe. À partir du moment où la propriété de l'espace est considérée de façon distincte de l'objet, des différences existeront après édification, modification ou simple remplacement. Cette discordance multiplierait les situations d'empiétement, ce que la rigueur de la sanction qui y reste attachée ne rend pas souhaitable. La généralisation de la géométrisation implique, soit la généralisation de servitudes d'empiétement dont nous avons vu la contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation[2115], soit celle des opérations de récolements déjà pratiquées dans les constructions en volumes[2116]. En conséquence, cela induirait un surcoût lié à la réalisation de l'opération, ainsi qu'une obligation pratique de prévoir son recours dès l'origine, en l'absence duquel le propriétaire empiété pourrait toujours s'y opposer.

Paragraphe 2. La persistance de propriétés superficiaires non exclusivement délimitées par leurs contours matériels : l'exemple des biens souterrains

470. Difficulté objective de délimitation. En l'absence de toute prédétermination volumétrique, accepter que l'espace occupé par l'objet superficiaire soit acquis en raison de la propriété portant sur ce dernier impose de considérer la propriété de l'espace relativement au contenu qui l'occupe. Il arrive cependant que l'espace nécessaire à l'appropriation de la chose soit différent de celui de son contenu matériel. Il sera alors impossible de déduire la propriété de l'espace par les contours matériels de la chose. L'exemple le plus frappant en la matière reste celui des biens souterrains. Ce point peut paraître paradoxal dès lors que l'on peut soutenir que ces biens sont justement caractéristiques de la propriété de l'espace pris en tant que tel[2117]. Cette affirmation

2115 *Supra*., n° 144.

2116 *Supra*., n° 150.

2117 En ce sens, A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853, n° 25, p. 51 et 52 : « le propriétaire de la cave au contraire, ne peut l'agrandir, parce qu'il n'a pas une cave, mais sa cave, telle qu'elle est et rien au-delà ; il n'a acquis dans l'immeuble de son voisin que l'espace qu'elle occupe ; vouloir en occuper

n'est cependant pas satisfaisante. Si une cavité, grotte ou autre galerie souterraine est composée en grande partie d'espace, ce n'est pas pour autant que ce dernier constitue l'intégralité du bien en cause. Réduit au seul espace contenu par les limites matérielles, le propriétaire de la grotte n'aurait sur la matière de cette dernière aucun pouvoir de modification, ni même d'entretien[2118] : la moindre action de ponçage constituerait ainsi une extraction de matières ne lui appartenant pas et lui serait donc interdite par principe car constitutive d'un empiétement[2119]. Il résulte de ceci que limiter ainsi l'objet grotte ferait de son propriétaire un simple spectateur de l'évolution et du devenir de son bien. On pourrait toutefois soutenir que son droit de propriété serait alors immanquablement complété par un ensemble de servitudes et/ou de droits réels sur la matière entourant son espace, lui permettant ainsi de l'exercer. Bien que tout à fait en accord avec le principe des volumes immobiliers et son application dans le cadre des constructions en volumes, une telle vision n'en est pas moins insuffisante en la matière. Délimiter ce type de bien par ses seules limites rocheuses ne permet pas de rendre compte de l'objet approprié en tant que tel. Pour nous en convaincre, nous pouvons reprendre l'exemple proposé par Monsieur le Professeur Berlioz qui, à propos de la « grotte Chauvet », remarque que ce n'est pas tant la propriété de l'espace que celle des peintures rupestres qui était visée.

470.1. Une solution potentielle serait de limiter la propriété de la grotte à la fine couche de matière qui en matérialise les limites[2120]. Une telle proposition n'aboutit cependant pas à une solution pleinement satisfaisante en ce qu'elle remplace une insuffisance par une imprécision. Pour s'en convaincre, il suffit d'appliquer cette proposition à la peinture rupestre ou une gravure partiellement recouverte. Dans cette situation, la propriété de l'intégralité de l'œuvre dépendrait alors de la profondeur de l'objet par rapport à la fine couche de matière allouée au bien « grotte ». Enfin, nous pouvons également remarquer qu'au-delà des seules peintures ou gravures, une cavité

davantage serait une usurpation ».

2118 D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015, n° 341, p. 390.

2119 La Cour de cassation retenant sans difficulté la qualification d'empiétement pour les extractions de matière d'un tréfonds appartenant à un tiers. Voir dernièrement et nonobstant le bien fondé de la solution retenue à la situation d'espèce, Cass. civ., 3ème, 21 janvier 2021, n° 20-13.492.

2120 Pour une approche similaire, *Recueil des usages locaux du département d'Indre et Loire*, Chambre d'Agriculture d'Indre et Loire, 1980, n° 60 à 62. Ces usages prévoient que le propriétaire superficiaire d'un bien souterrain reste propriétaire du volume de celui-ci ainsi que des parois le délimitant. Est également précisé que son propriétaire n'est titulaire d'aucun droit à l'agrandissement de la cavité et ne peut en aucun cas extraire les matériaux. Il bénéficie toutefois de l'autorisation d'effectuer tout aménagement et installation au sein de celle-ci.

peut également présenter une forme d'unité de lieu, qui peut être recherchée par l'appropriation de la grotte[2121].

471. Prise en compte jurisprudentielle de l'unité de l'objet souterrain par le juge. Commencer à raisonner en matière de lieu, c'est encore une fois mettre au premier plan davantage la matière entourant l'espace que l'espace en lui-même. C'est également se poser la question de l'importance de l'unité que peut constituer un bien souterrain par rapport à la description géométrique, parfois contraire, qui peut en être faite dans les titres. Ainsi s'est notamment posée la question de la propriété de cavités s'étendant sous la forme de galeries dans le tréfonds de plusieurs parcelles. En l'absence de délimitation précise, il est classiquement soutenu que par l'application de l'article 552 du Code civil leur propriété va suivre celle des limites parcellaires se prolongeant en tréfonds, fractionnant ainsi la propriété des galeries en autant de parcelles et pouvant de ce fait, poser des problèmes liés à l'exercice du droit de propriété[2122]. L'application de ce principe, pour le moins géométrique, a cependant pu connaître des atténuations en jurisprudence, même s'il ne s'agit que de remises en cause partielles.

471.1. Ainsi, une critique de ce principe au bénéfice du maintien de l'unité de la propriété de l'entièreté d'un ensemble de galeries souterraines a été soutenue en vertu de la théorie de l'accessoire à l'occasion d'un litige portant sur la propriété de la grotte Chauvet[2123]. Dans cette affaire, les demandeurs revendiquaient la propriété d'une cavité qui constituait, selon eux l'entrée de cette grotte. Ils ajoutaient ensuite que cette cavité étant l'entrée de la grotte Chauvet, ils devaient être déclarés par suite propriétaire de l'intégralité de cette dernière. Afin de justifier leur prétention, ils invoquaient le fait que la règle de l'accessoire prévue par l'article 546 du Code civil devait s'appliquer et faire obstacle à la présomption de propriété issue de l'article 552 du Code civil. En d'autres termes, la grotte aurait dû être, selon les demandeurs, comprise dans son unité – les prolongements souterrains n'étant que des accessoires de l'entrée – ce qui suffirait à écarter le principe de l'article 552 étendant la propriété du sol au tréfonds et morcelant ainsi par principe la propriété de la grotte en autant de parcelles traversées. L'argument fut rejeté, tant par la cour d'appel que la Cour de cassation. Il faut néanmoins préciser que si les arguments déployés par la cour d'appel ne répondent pas à la question de la pertinence de l'application de la théorie de

2121 En témoigne notamment l'actuelle reconstitution du site de la grotte Chauvet dont l'objet est de permettre la tenue de visites tout en préservant l'intérêt historique de l'original, dont la valeur inestimable et la fragilité du milieu et des éléments s'y trouvant incitent à en restreindre drastiquement l'accès.

2122 En ce sens, G. Cord, *De la propriété spéléologique*, thèse, Paris, Rousseau éditeur, 1899, p. 19 et s. ; F. Troupel, thèse, *op. cit.*, p. 186 et s. Ces deux auteurs relèvent par ailleurs les nombreuses difficultés dans l'exercice de la propriété de ces galeries qu'emporte une telle solution.

2123 Cass. civ., 3ème, 15 juin 2010, n° 09-67.358.

l'accessoire à l'espèce, la Cour de cassation semble centrer ses arguments en réponse à la pertinence d'une telle application. En effet, là où la cour d'appel s'appuie surtout sur l'absence de preuve de la propriété de la cavité litigieuse et de la pertinence de son rattachement à la grotte Chauvet pour rejeter la prétention des demandeurs, la Cour de cassation, quant à elle, s'attarde plus spécifiquement sur celle de la grotte Chauvet. Ainsi, elle fonde le rejet du pourvoi en ces termes : « Attendu qu'ayant constaté que la cavité et les développements souterrains constituant la grotte Chauvet s'étendaient dans le tréfonds des parcelles situées sur le plateau et visées dans les titres de propriété des consorts […] que l'assimilation entre la grotte dénommée « Bergerie D » [la cavité litigieuse] et l'entrée de la grotte Chauvet n'était qu'une hypothèse qui n'avait jamais été vérifiée scientifiquement, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifiée sa décision ». Par ces précisions, la Cour de cassation s'attache donc à désamorcer toute application potentielle de la théorie de l'accessoire[2124]. Elle le fait en rappelant que les prolongements de la grotte Chauvet s'étendent sous plusieurs parcelles et sont visés par les titres de propriété en cause. Par un raisonnement *a contrario*, cela pourrait signifier qu'en l'absence de précisions dans les titres de propriété des parcelles concernées, la présomption issue de l'article 552 du Code civil aurait pu être rejetée par la seule constatation d'une unité de chose entre l'entrée de la grotte et ses prolongements[2125]. Reste qu'une telle analyse doit néanmoins être relativisée, celle-ci étant issue, d'une part d'une décision inédite et d'autre part, d'un raisonnement *a contrario* dont la portée est toujours sujette à réserves.

471.2. Il est également possible de citer un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 novembre 1977[2126] dans lequel elle rejette la revendication du propriétaire d'un fonds portant sur le surplus de surface d'une cave située dans son tréfonds mais appartenant au propriétaire de la parcelle voisine. Il n'était pas contesté que la cave appartenait au propriétaire de la parcelle voisine en raison du titre de propriété qui la mentionnait expressément. Seulement, le titre apportait une précision dans sa délimitation en lui attachant une surface précise. La base du raisonnement du demandeur se fondait donc sur l'application de l'article 552 du Code civil afin de faire obstacle à l'appropriation du surplus de surface de la cave non prévue par titre du propriétaire de cette dernière. La Cour de cassation rejeta la demande au motif laconique que les juges du fond avaient pu souverainement

2124 La deuxième partie de la solution ne confirme pas directement cette hypothèse, mais lui reste compatible. Celle-ci s'attache à écarter tout lien entre la cavité litigieuse et la grotte Chauvet en rappelant le caractère de simple hypothèse d'un tel rattachement. Cette affirmation confirme donc que le demandeur n'avait aucun droit de propriété sur quelconque partie de la grotte Chauvet et de ce fait sur les indemnités issues de l'expropriation.

2125 *Contra*., D. Richard, thèse, *op. cit*., n° 340, p. 388, spéc., p. 389, note 879, qui semble justifier l'absence de propriété de la grotte Chauvet du seul refus de la propriété de la cavité litigieuse et considère que « l'argumentaire des demandeurs était des plus fondés ».

2126 Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, n° 76-11.365.

apprécier que le titre suffisait à détruire la présomption posée par l'article 552 sans prendre en compte la différence de surface entre le titre et la réalité. Si l'intérêt principal de la solution est de rappeler la nature mixte de la présomption posée par l'article 552 du Code civil et le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation du titre propre à renverser la présomption de l'article 552 du Code civil, il n'en reste pas moins qu'est validée ici, une approche dans laquelle la cavité est prise dans sa réalité matérielle plus que dans ses cotes abstraites. La même idée sous-jacente est issue de certains usages locaux attribuant l'intégralité des développements d'une cavité troglodyte au propriétaire de son entrée, usage dont les juges du fond ont pu accepter la capacité à écarter l'application de l'article 552 du Code civil[2127]. Malgré tout, en raison de leur portée limitée, ces différentes décisions ne semblent pas remettre en question de façon générale le principe posé par l'article 552 du Code civil[2128], ce point étant renforcé par l'existence de décisions en sens contraire[2129]. Quoi qu'il en soit, ces exemples nous ont montré qu'outre les difficultés inhérentes à l'établissement de leurs frontières, les biens souterrains ne suivront pas toujours la délimitation géométrique présente dans les actes : il leur arrive d'être compris en tant que tel, indépendamment de leur délimitation géométrique précise[2130].

472. Conclusion de section. L'éventuelle redéfinition de la propriété superficiaire par le volume d'espace supposerait que la première emporte immanquablement celle de l'espace occupé par son objet, ce qui reste mis à mal par la diversité des choses que la propriété superficiaire est à même de saisir. La généralisation de la propriété de l'espace à titre de propriété superficiaire impliquerait de pouvoir généraliser sa représentation par le biais de cotes géométriques, ce qui semble impossible au regard des nombreux biens dont la délimitation précise s'avère inexistante, voire impossible. Il faut alors convenir que le volume immobilier est incapable de représenter par principe la diversité de l'appropriation issue de la division de l'immeuble. Certains biens y sont irréductibles, quand d'autres ne le seront jamais pour des questions d'opportunité. Un critère

2127 Orléans, 6 janvier 2014, n° 12/03513. Une telle affirmation ne résout cependant pas le problème des galeries possédant de multiples ouvertures et les termes employés (« la propriété d'un local troglodyte est présumée attribuée au propriétaire de son entrée ») invitent à penser qu'il avait surtout vocation à résoudre les conflits sur des cavités d'étendue modeste.

2128 Pour le rejet de l'appropriation de l'entièreté des développements de la grotte au propriétaire de l'entrée : G. Cord, thèse, *op. cit*., p. 37 et s.

2129 Par exemple, Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, n° 90-22.145. La Cour de cassation sanctionne ici les juges du fonds qui avaient décidé d'attribuer l'intégralité de la cave au propriétaire de son entrée en raison de l'absence de titre ou de prescription acquisitive propre à renverser la présomption posée par l'article 552 du Code civil. Dans le même sens, Cass. civ., 3ème, 21 janvier 2021, *op. cit.* Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve une cour d'appel ayant débouté les demandeurs de leur revendication d'une portion de cave située sous la parcelle d'un tiers, au motif que le titre de propriété dont il se prévalait ne faisait apparaître aucune dépendance située sous le fonds d'autrui.

2130 Voir arrêts anciens à propos de la propriété d'une grotte (Cass. Req., 7 novembre 1906, S. 1909, I, 125) ou d'une cave (Cass. Req., 24 novembre 1869, S. 1870, I, 32 ; D.P. 1870, I, 274, concl. P. Fabre).

fondant la propriété superficiaire sur l'unique géométrisation de la propriété semble donc difficilement envisageable. Il faut en déduire que ces propriétés superficiaires, dépourvues d'empreinte géométrique, ne semblent en conséquence pas pouvoir entraîner par elles-mêmes appropriation de l'espace qu'elles occupent. En toute logique, les biens ne pouvant donner lieu à une représentation géométrique ne pourront entraîner l'appropriation de l'espace qu'ils occupent lors de leur existence, celui-ci étant indéterminable, voire évolutif et mouvant. Or, même si cela est rare, rien n'empêche que ces biens – la plupart du temps, végétaux – soient objet d'une propriété superficiaire. Il en sera de même lorsque les biens en cause ne pourront être déterminés par leur contenu, dont l'exemple le plus marquant est caractérisé par les biens souterrains.

Section 3. Les réserves à la propriété de l'espace résultant du droit positif

473. Propriété superficiaire et servitudes. Généraliser le schéma du volume superficiaire implique d'adopter une compréhension volumétrique pour l'ensemble des divisions superficiaires. Or, dans le prolongement d'une lecture radicale de la propriété de l'espace que sa généralisation pourrait engendrer, il serait envisageable d'effectuer un rapprochement entre la technique des servitudes et la division en volumes, confirmant notamment l'inadaptation de la première à expliquer la présence d'une propriété superficiaire traditionnelle. En ce sens, on a pu faire remarquer avec justesse la proximité des deux techniques lorsque la servitude se matérialise par l'existence d'une propriété superficiaire sur le fonds grevé, dès lors que l'on raisonne sur ce qui est expurgé de la propriété du fonds servant[2131]. À travers ce prisme, le vendeur d'un volume d'espace comme le propriétaire d'un fonds servant grevé d'une servitude impliquant une propriété superficiaire se retrouvent privés, de façon perpétuelle, de la jouissance d'une portion d'espace. La distinction entre les deux techniques explique traditionnellement la prohibition des servitudes d'empiétement.

474. Plan. Nous verrons pourtant que les servitudes administratives permettent assez largement l'établissement de propriétés superficiaires dont l'emprise sur le fonds servant revient à supprimer la maîtrise d'une portion d'espace tridimensionnel de façon perpétuelle (Paragraphe 1). Si la portée d'une telle faculté doit certainement être relativisée en raison de l'opportunité pour l'administration de pouvoir procéder ainsi sans recourir à la procédure d'expropriation, il n'en est pas de même lorsque les servitudes relèvent du pur droit privé. Or, ici encore, la jurisprudence judiciaire semble s'opposer à ce que la propriété superficiaire emporte celle de l'espace occupé par son objet, en

2131 En ce sens, W. Dross, « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? », note sous Cass. civ., 3ème, 1er juin 2019, RTD Civ 2019, p. 905.

refusant de traduire la consolidation d'un empiétement aérien par l'acquisition d'un volume d'espace (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'exclusion intéressée de la propriété de l'espace : les propriétés superficiaires issues de servitudes administratives

474.1. Lorsqu'il est question de servitudes administratives, la proximité avec la propriété de l'espace est parfois indéniable (A). Pourtant, la généralisation de celle-ci ne semble pas correspondre à l'état du droit positif. Certes, ce modèle ne pourrait également s'avérer inopportun au regard de la multiplicité des propriétés superficiaires pouvant s'établir par cette voie, mais surtout, la propriété de l'espace semble indifférente des critères pris en compte par le juge constitutionnel à l'occasion de son contrôle relatif à la perte de la propriété (B).

A. Les différences résiduelles des servitudes administratives de l'expropriation de l'espace

475. Expropriation et servitudes administratives. Si la présence d'équipement établi sur le fonds servant nécessaire à l'exercice de la servitude n'emporte pas par principe l'établissement d'une propriété superficiaire au bénéfice du propriétaire du fonds servant[2132], cela n'ôte pas cette possibilité pour autant. Cette faculté a été reconnue récemment à l'administration, lorsqu'elle a été autorisée à pouvoir effectuer des travaux emportant la propriété d'équipements permettant le transport d'énergie ou de personnes par le biais d'une servitude administrative[2133]. Nonobstant le bien fondé de leur qualification de servitude au regard de son sens civiliste[2134], il est indéniable que vient ici se créer une propriété superficiaire. La propriété des éléments dont l'élévation est autorisée

---

2132 En ce sens, W. Dross, « Servitudes et ouvrages nécessaire à leur exercice : quelles relations ? », note sous Cass. civ., 1re, 5 octobre 2017, RTD Civ. 2018, p. 172.

2133 Voir pour un exemple récent, les servitudes de transport par câbles en milieu urbain (articles L.1251-3 et suivants du Code des transports créés par l'ordonnance n° 2015-1495 du 18 novembre 2015 relatives à l'instauration de servitudes d'utilité publique pour le transport par câbles en milieu urbain) ou encore les servitudes de transport en tréfonds (articles L.2113-1 et suivants du Code des transports, créés par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte).

2134 En faveur d'une telle qualification, E. Meiller, *La notion de servitude*, thèse, LGDJ 2012. L'auteur ne justifie sa position qu'en raison d'une redéfinition générale de la notion de servitude la traduisant comme une affectation imposée à un fonds, l'expurgeant ainsi de l'exigence d'un fonds dominant (n° 325, p. 567, spéc. p. 568).

La majorité de la doctrine se limite quant à elle au constat selon lequel une servitude administrative n'est pas réellement une servitude de droit privé. Voir ainsi, Monsieur le Professeur Dross, qui considère que les servitudes administratives « ne le sont que dans l'acception générique du terme, pour désigner la restriction aux pouvoirs du propriétaire que permet l'article 544 et qu'exige la conciliation de son intérêt particulier avec celui de la collectivité » (W. Dross, « Les servitudes administratives sont-elles d'intérêt privé ? », note sous Cass. civ., 3ème, 24 mars 2015, n° 14-14.296, RTD Civ. 2015, p. 656).Certains auteurs envisagent de les requalifier de droit réel d'utilité publique à l'aune d'une réforme législative (B. Schmaltz, « La délicate incorporation des colonnes montantes aux concessions électriques », AJDA 2017, p. 332).

par la servitude administrative ne revient pas au propriétaire du fonds, si bien qu'il perd la maîtrise de l'espace occupé. Procédant d'une analyse de même nature qu'en matière de servitude de surplomb, certains auteurs considèrent qu'une telle situation aboutit en réalité à une expropriation en volume d'espace[2135]. Pour justifier cette assimilation, il est tout d'abord possible de faire valoir, qu'une telle solution a pu être reconnue par le passé[2136]. Surtout on pourra également relever que ces servitudes ont été mises en place dans le seul but de proposer une alternative à l'expropriation en raison des limites de cette procédure au regard de l'ampleur du développement des réseaux de transport tel le Grand Paris Express[2137], pour un résultat similaire[2138].

475.1. Sur le fond, il convient en outre de préciser que de telles servitudes, parce qu'elles connaissent une condition propre à leur éloignement de la surface du fonds, aboutissent à traiter différemment deux situations pourtant de nature identique. Ainsi, la servitude de transport aérien peut s'établir à compter de dix mètres au-dessus des « propriétés survolées »[2139], quand celle de tréfonds impose une distance de quinze mètres au-dessous du point le plus bas du sol naturel[2140]. Conséquence de l'existence de ces seuils altimétriques, le sur-sol situé en aval de cette hauteur ou le tréfonds situé en amont de cette profondeur devra impérativement faire l'objet d'une procédure d'expropriation afin de pouvoir justifier l'établissement des propriétés superficiaires envisagées. Ainsi, pour un même montage il pourra être nécessaire d'exproprier les portions de tréfonds contenant les couloirs souterrains d'accès à la voie de métro, qui elle, constituera une simple propriété superficiaire établie par voie de servitude administrative n'entraînant alors aucune expropriation du volume d'espace concerné.

2135 En ce sens, D. Richard, « Les nouvelles servitudes du Code des transports ou la distinction entre sujétion et propriété revisitée par le concept de volume immobilier », Construction – Urbanisme, n° 1, janvier 2017, étude 1.

2136 En ce sens, pour une expropriation en volume permettant l'installation souterraine d'un réseau RER par la SNCF sous un volume déjà exproprié par la RATP : Cass. civ., 3ème, 20 novembre 1996, n° 95-70.092, AJDI 1997, p. 189, concl. J.-F. Weber ; p. 215, obs. G. Deville. Le litige ici rappelé ne portait que sur le montant de l'indemnisation attribuée au propriétaire exproprié et n'intéressait pas le débat portant sur la possibilité de procéder à la même opération par le seul moyen des servitudes administratives. Il n'en reste pas moins qu'il démontre de l'usage courant de l'expropriation en volumes pour l'établissement des infrastructures souterraines de transport.

2137 À propos de la servitude de transport en tréfonds, N. Boukheloua, « Une nouvelle servitude d'utilité publique : la servitude en tréfonds », AJDA 2016, p. 661 ; R. Hostiou, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 20-10.878, RDI 2021, p. 269. À propos des servitudes de transport par câble, voir le communiqué officiel des ministres en date du 3 février 2016, qui expose que ces servitudes ont pour objet de faciliter la réalisation de tels projets dans les villes souhaitant les mettre en place.

2138 D. Richard, *op. cit.*

2139 Alinéa 2 de l'article L. 1251-3 du Code des transports. La rédaction de l'article, qui prévoit comme point de départ du calcul de la hauteur non pas le sol naturel mais les « propriétés survolées », indique que cette distance doit prendre en compte le bâti existant et ne pourra justifier leur démolition.

2140 Alinéa 3 de l'article L. 2113-1 du Code des transports.

475.2. L'appropriation de l'espace tel qu'il est perçu sous ce prisme n'est donc pas la conséquence d'une quelconque atteinte causée par la perte de maîtrise de l'espace issue de la propriété superficiaire, ni même son ampleur. Elle est simplement évincée *a priori* par la fixation arbitraire d'une frontière qui n'a pour autre objectif que de permettre une meilleure mise en œuvre des projets pour lesquels les servitudes ont été imaginées, tout en s'assurant pour le mieux de la constitutionnalité du montage envisagé[2141]. Ainsi, concernant la servitude de transport en tréfonds, l'étude d'impact du projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte ayant abouti à la loi n° 2015-992 du 17 août 2015, justifie le choix d'une profondeur de quinze mètres. Ce choix est fait non seulement au regard de la profondeur des lignes de transport déjà envisagées, mais également afin de ne causer « qu'une gêne supportable » aux propriétaires des fonds concernés, synonyme de constitutionnalité de la mesure[2142].

476. Perte de la maîtrise de l'espace *versus* réalité de cette maîtrise par le propriétaire superficiaire. Un des critères envisageables à la démarcation entre servitude administrative et expropriation pourrait être de distinguer la propriété superficiaire de l'espace qu'elle occupe en confrontant l'étendue de la maîtrise sur ce dernier de chacun des propriétaires concernés. Sous ce prisme, l'assimilation de ces servitudes à des expropriations de volume d'espace pourrait tenir de la confusion entre l'assiette d'exercice de la servitude et la propriété de l'espace. En effet, le propriétaire superficiaire ne semble pas bénéficier de la propriété de l'espace en cause, dès lors que l'occupation de celui-ci est directement conditionnée par la finalité poursuivie par la servitude. Ainsi, si ces servitudes de transport permettent expressément l'occupation d'un volume d'espace

---

2141 Ces dispositions n'ayant pas été soumises au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, il conviendra néanmoins d'attendre la décision rendue à l'occasion d'une éventuelle question prioritaire de constitutionnalité portant sur ces servitudes pour en avoir l'assurance.

2142 Étude d'impact, Projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, rendu le 29 juillet 2014, Article 14 : *Favoriser des modes de transport à moindre émission polluante* : « Il est envisagé de créer une servitude en tréfonds pour la réalisation du tunnel du métro. L'institution de la servitude serait circonscrite à partir de quinze mètres en dessous du sol naturel afin de s'assurer qu'il s'agirait tout au plus d'une « gêne supportable », les constructions en surface et la constructibilité des terrains n'étant, dans la très grande majorité des cas, pas touchées. Cette profondeur à partir de quinze mètres permet d'inclure une grande majorité des emprises du tunnel du réseau de transport public du Grand Paris ».

S'agissant de la servitude de transport par câble aérien, cette même étude d'impact précise dans le même article : « La loi actuellement en vigueur, datant de 1941, ne prévoit pas le cas d'un transport à câbles à moins de 50 mètres au-dessus du sol et n'est clairement pas adaptée aux enjeux urbains. La promotion de ce mode de transport écologique, qui s'inscrit dans les enjeux de la transition énergétique, nécessite la rénovation de ce cadre juridique et la simplification des procédures à la disposition des porteurs de projets. L'instauration d'une servitude d'utilité publique pour le survol des terrains favorisera le développement de ce mode de transport en évitant des expropriations lorsque les contraintes réelles ne le justifient pas ».

Afin d'asseoir la constitutionnalité de ces servitudes, les dispositions législatives prévoient en outre l'octroi d'une indemnisation « couvrant l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain » qui en résulte (article L. 1251-6 et L. 2113-3 du Code des transports).

par le propriétaire des équipements qui y sont affectés[2143], elles ne devraient pas lui octroyer la possibilité d'en modifier l'affectation selon sa volonté. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une perte de la propriété, mais d'une simple « mise en sommeil » commandée par l'intérêt général[2144].

476.1. Pourtant, la situation n'est pas si différente en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Il faut bien admettre que la finalité de l'opération est peu ou prou la même et que les conséquences directes pour le propriétaire du fonds servant sont sensiblement identiques, d'autant plus qu'une servitude administrative n'a pas vocation à s'éteindre par non usage trentenaire[2145]. Au surplus, la liberté du propriétaire public sera, comme en matière de servitude, encadrée par l'affectation envisagée justifiant l'expropriation. Ainsi, afin de protéger les propriétaires privés face aux potentielles expropriations abusives fondées sur des causes d'utilités publiques fictives[2146], le législateur impose que la destination particulière commandée par la cause d'utilité publique perdure une fois la propriété acquise en l'absence de quoi, l'ancien propriétaire pourrait faire valoir son droit de rétrocession[2147]. Il persiste cependant des différences qui s'expliquent directement par la propriété qui résulte de l'expropriation. D'une part, il ne sera pas possible de demander une modification de la localisation du volume en fonction de l'usage normal du droit du propriétaire exproprié comme il peut le faire lorsque son fonds est simplement grevé d'une servitude[2148]. D'autre part, la restriction attachée à la destination du volume exproprié a

2143 Article L. 1251-4 du Code des transports concernant la servitude de transport par câble en milieu urbain : « La servitude de libre survol confère à son bénéficiaire le droit d'occuper le volume aérien nécessaire à l'exploitation, l'entretien et la sécurité de l'ouvrage ». Alinéa 2 de l'article L. 2113-1 de ce même Code concernant la servitude de transport en tréfonds : « La servitude en tréfonds confère à son bénéficiaire le droit d'occuper le volume en sous-sol nécessaire à l'établissement, à l'aménagement, à l'exploitation et à l'entretien de l'infrastructure souterraine de transport ».

2144 En ce sens, G. Liet-Veaux, J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Théorie générale*, Fasc. 390, n° 11.

2145 Cass. civ., 3ème, 18 décembre 2002, n° 00-14.176. À noter qu'il en est de même des servitudes légales, dont seule l'assiette d'exercice a vocation à s'étendre par non-usage trentenaire : Cass. civ., 3ème, 11 février 1975, n° 73-13.974).

2146 Voir ainsi, Cons .Cons., 15 février 2013, n° 2012-292 QPC.

2147 Article L. 421-1 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique : « Si les immeubles expropriés n'ont pas reçu, dans le délai de cinq ans à compter de l'ordonnance d'expropriation, la destination prévue ou ont cessé de recevoir cette destination, les anciens propriétaires ou leurs ayants droit à titre universel peuvent en demander la rétrocession pendant un délai de trente ans à compter de l'ordonnance d'expropriation, à moins que ne soit requise une nouvelle déclaration d'utilité publique ».

Sur l'efficacité réelle de ce droit de rétrocession, M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, thèse, Nice, 2015, n° 153, p. 107. L'auteure rappelle à ce propos que « le droit de rétrocession s'apparente plus à une soupape de sécurité qu'à une réelle garantie pour le propriétaire. Le droit de rétrocession permet d'effectuer un suivi de la préemption, et de contrôler le préempteur. Mais, pour la plupart des propriétaires, il n'y aura aucun intérêt, voire même [*sic*] une impossibilité financière à racheter le bien, puisqu'ils auront remployé l'indemnité issue de la préemption ».

2148 Sur cette question, *supra*., n° 145. À noter cependant que pour les servitudes administratives de transport, aucune faculté de cette nature ne semble prévue. Cette absence couplée à l'importance potentielle des infrastructures – l'assiette de passage d'une ligne téléphérique tout comme le creusement d'un tunnel paraissent bien définitifs une fois ceux-ci effectués au regard du seul déplacement d'un pylône électrique – suppose qu'une telle modification de l'assiette ne soit

vocation à s'éteindre par prescription trentenaire, si bien que, passé ce délai, son propriétaire bénéficiera d'une pleine maîtrise de l'espace en cause. En d'autres termes, la propriété issue de l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est rien d'autre qu'une forme de propriété sous condition résolutoire d'affectation conforme à la cause d'utilité publique, condition qui a vocation à s'éteindre par délai trentenaire. À l'inverse de cette hypothèse, le propriétaire superficiaire d'un ouvrage en vertu d'une servitude administrative ne verra pas cette exigence de respect de l'affectation disparaître par l'écoulement du temps.

476.2. Sans doute, la frontière est poreuse et les analyses précédentes invitent à se prononcer en faveur d'une véritable expropriation de l'espace à propos des servitudes administratives de transport par câbles aériens ou de tréfonds. Le raisonnement fondé sur l'absence de maîtrise réelle de l'espace par le propriétaire superficiaire apparaît bien fragile lorsqu'il est mis en rapport avec la perte correspondante que subit le propriétaire du fonds servant, dès lors que l'importance des infrastructures et la durée de leur exploitation va le priver de façon perpétuelle d'une fraction conséquente de son bien. En outre, l'argument distinguant propriété de l'espace de sa seule occupation par l'existence d'une véritable liberté attachée au propriétaire sur le contenu du volume d'espace est également à relativiser. En effet, il faut remarquer qu'en pratique, les volumes d'espace n'entraînent pas pour leur propriétaire une totale liberté, ceux-ci faisant le plus souvent partie d'un programme immobilier supposant la réalisation précise d'une portion d'édifice au sein de chaque volume et les affectant parfois a destination d'une affectation particulière par le biais de servitudes.

477. Diversité des propriétés superficiaires autorisées par voie de servitudes administratives. Si l'exemple récent des servitudes administratives de transport est certainement celui pour lequel la frontière avec l'expropriation d'un volume d'espace semble la plus ténue, il en existe de nombreux autres pour lesquels une assimilation à une expropriation ne paraît pas des plus pertinentes. C'est pourtant vers cette qualification qu'il faudrait aller si la perte de maîtrise totale du propriétaire du fonds servant de l'espace occupé est immanquablement analysée comme une expropriation en volume. Ainsi, et sans que l'énumération n'ait vocation à l'exhaustivité, nous pouvons citer : les servitudes permettant l'implantation de remontées mécaniques destinées à assurer la desserte d'une zone touristique de montagne[2149] ; les servitudes administratives d'ancrage ou de support pour les appareils d'éclairage public, de signalisation[2150] ou de balisage

pas envisageable. Cette impossibilité rapproche d'évidence ces servitudes administratives d'une expropriation en volume qui ne dit pas son nom.

2149 Articles L. 342-20 à L. 342-26 du Code du tourisme.

2150 Articles L. 171-2 à L. 171-11 du Code de la voirie routière.

d'obstacles dangereux pour la navigation aérienne[2151] ; les servitudes permettant l'installation des réseaux de communication sur les propriétés privées[2152] ; les servitudes permettant l'établissement de canalisation publique d'eau et d'assainissement ou d'irrigation[2153] ; ou encore, les diverses servitudes permettant l'implantation d'équipement permettant le transport d'énergie ou de matières dangereuses[2154]. Généraliser la propriété de l'espace comme résultat de toute propriété superficiaire impliquerait alors de raisonner ici en matière d'expropriation du volume occupé par les propriétés créées par la servitude et, en conséquence, appliquer un régime moins attractif, notamment par sa lenteur.

478. Difficultés inhérentes à une éventuelle conception volumétrique. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que raisonner par principe en matière de propriété de l'espace se révélerait inadapté à nombre de ces situations. Pour prendre l'exemple le plus significatif, il arrive qu'une propriété superficiaire issue d'une servitude administrative ne consiste qu'en une portion d'un câble tendu au-dessus d'un fonds de terre, son ancrage au sol ne s'effectuant que sur des parcelles voisines. Raisonner sur le fondement de la propriété de l'espace supposerait d'isoler à titre de propriété l'espace occupé par ces câbles, ce qui peut sembler particulièrement excessif[2155]. C'est ici retrouver les difficultés inhérentes à la géométrisation des éléments en cause. Un auteur propose alors de procéder à une répartition selon la « dimension volumique » des infrastructures en cause[2156]. Si l'on peut encore adhérer à cette présentation au regard des récentes servitudes de transport eu égard à la dimension des infrastructures, les incertitudes ne manqueront pas d'émerger. Ainsi, face aux difficultés que peut présenter la géométrisation d'un câble électrique, ou encore, d'éléments d'équipements ancrés au sein de bâtiments ou de fonds de terre privés qui s'avèrent de faible dimension et/ou de faible durée de vie, vient poindre le risque d'une appréciation casuistique pouvant aboutir à une qualification différente d'une situation pourtant de nature similaire. C'est notamment ce à quoi aboutit Monsieur Richard, lorsqu'il propose une distinction de qualification selon l'importance ou l'encombrement des infrastructures concernées[2157]. C'est finalement remplacer un critère casuistique – l'appréciation de l'atteinte causée par la propriété superficiaire

2151 Article L. 6351-8 du Code des transports.

2152 Article L. 48 du Code des postes et des communications électroniques.

2153 Respectivement, articles L. 152-1 et L. 152-3 du Code rural et de la pêche maritime.

2154 Respectivement prévues par le Code de l'énergie (L. 323-3 et suivants pour le transport d'électricité, L. 433-5 et suivants pour le transport de gaz, L. 521-7 et suivant pour le transport d'énergie hydraulique, L. 721-1 et suivants pour le transport d'énergie thermique) et de l'environnement (L. 555-1 et suivants pour le transport de matières dangereuses).

2155 En ce sens, F. Vern, « précisions jurisprudentielles sur la qualification des droits réels », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, n° 355x2, p. 19.

2156 D. Richard, *op. cit*., n° 15 et s.

2157 D. Richard, *op. cit.*, n° 17, n° 24.

issue de la servitude au fonds de terre pris dans son ensemble[2158] – par un autre – celui de la dimension volumique de la propriété superficiaire.

478.1. En réalité, dans toutes ces situations, la servitude administrative permettra l'établissement de propriétés superficiaires, sans que ne soit *a priori* exproprié le volume d'espace qu'elle occupe. On pourrait alors opérer une distinction en fonction de la capacité de modification de l'assiette volumétrique de ces éléments[2159], ou encore de la capacité pour le propriétaire du fonds de bénéficier de l'ouvrage ainsi édifié – ce dernier conservant ainsi une maîtrise sur l'espace occupé par l'objet superficiaire. Une telle solution exigerait cependant que soit sanctionné d'une requalification en expropriation l'ensemble des servitudes administratives ne répondant pas à ces critères. Il ne semble pas que cela soit envisageable au regard des solutions émanant du Conseil Constitutionnel. Ainsi, ce qui est un principe théorique largement acceptable – la perte de la maîtrise perpétuelle d'une portion d'espace par le propriétaire doit s'analyser comme une perte d'une fraction de propriété – doit néanmoins pouvoir se généraliser à l'ensemble des situations dans lesquelles il se produit. Or, il arrive fréquemment que la portion en cause, soit ne fasse l'objet que d'une maîtrise très relative de la part de son propriétaire[2160], soit n'emporte qu'une atteinte moindre à la propriété du fonds pris dans son ensemble. Dans ces situations, le droit positif semble réticent à accueillir la perte de la propriété de l'espace du propriétaire subissant l'atteinte.

2158 *Infra*., n° 480.

2159 *Supra*., n° 145.

2160 C'est par ailleurs ce qui a conduit la réforme du livre III du Code civil Belge portant sur les biens, à modifier la définition de l'étendue verticale de la propriété. L'article 3.63 de la loi du 4 février 2020 portant le livre III « les biens » du Code civil (Moniteur belge du 17 mars 2020, p. 15753) dont l'entrée en vigueur est prévue le 1er septembre 2021 dispose en effet que « le droit de propriété sur le fonds s'étend uniquement à une hauteur au-dessus ou une profondeur en dessous du fonds qui peut être utile à l'exercice des prérogatives du propriétaire. Ce dernier ne peut dès lors pas s'opposer à un usage par un tiers à une hauteur ou une profondeur à laquelle il ne pourrait raisonnablement exercer sa prérogative d'usage, vu la destination et la situation du fonds ».

Cette nouvelle définition de l'étendue verticale de la propriété du fonds, bien moins absolue que celle dont nous gratifie l'article 552 de notre Code civil, est emprunte d'un réalisme bienvenu lorsqu'il s'agit d'apprécier les pertes de maîtrise d'une partie de l'étendue verticale d'un fonds dont le propriétaire n'a qu'un accès très relatif (Voir notamment, pour une lecture identique de l'article 552 en droit français : M.-L. Mathieu, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 3e éd., 2013, n° 229 et s., p. 86 et s.).

Ainsi, cela permet d'expliquer l'absence de mesure d'expropriation – ou même de servitude administrative – justifiant l'implantation dans l'étendue verticale d'un fonds à une distance que son propriétaire ne peut atteindre par son usage normal. Ainsi en sera-t-il pour le survol du fonds par un pont ou des nacelles de transport à plusieurs dizaines de mètres du sol, ou encore de tunnels permettant le passage de personnes ou de matières situées en dessous d'un premier volume existant distinctement approprié, voire situé à des profondeurs inaccessibles pour le propriétaire de la surface, tel un tunnel creusé à la base d'une montagne, en tréfonds d'une parcelle dont la surface se situe à plusieurs centaines de mètres.

Une telle définition pourrait néanmoins souffrir d'abus, en ce qu'elle définit la notion d'« usage raisonnable » au regard, notamment, de la destination du fonds. En conséquence, il est possible d'imaginer qu'une règle urbanistique vienne réduire drastiquement les usages potentiels du fonds – par exemple, en lui ôtant sa constructibilité – influant ainsi sur sa destination, ce qui permettrait par la suite, de justifier une implantation dans son étendue verticale devenue inutile aux utilités restantes sans procéder à une quelconque expropriation ou servitude administrative indemnisée.

B. Le juge constitutionnel, indifférent à l'approche volumique de la propriété superficiaire

479. Contrôle constitutionnel des servitudes administratives. La rectitude juridique de l'étendue de la propriété immobilière est venue se confronter à la nécessité d'accepter des atteintes portées à la propriété d'un fonds, sans que ne soit effectuée une distinction entre la privation d'un espace ou d'une utilité. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel semble se prononcer, lorsqu'il adopte une approche plus générale centrée sur l'atteinte portée au fonds pris dans son ensemble, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des servitudes administratives. Ce contrôle tend à déterminer si la servitude en cause consiste en une simple atteinte au droit de propriété – qui peut émaner d'une servitude administrative – ou bien en une réelle privation du droit de propriété – qui ne peut se justifier que par une expropriation pour cause d'utilité publique[2161] sous peine de porter atteinte aux articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen[2162]. À cette occasion, le Conseil Constitutionnel a pu rappeler à propos d'une servitude administrative permettant l'établissement d'une propriété superficiaire pour cause d'utilité publique, que celle-ci ne causait qu'une « gêne supportable [et] ne constitue pas une privation de la propriété » tout en rappelant « qu'il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété »[2163]. Cette motivation a été peu ou prou reprise trente ans plus tard, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des servitudes administratives de transport d'énergie électrique. Le Conseil Constitutionnel a alors considéré que les articles L. 323-3 à L. 323-9 du Code de l'énergie permettant d'assurer les servitudes permettant le passage d'électricité sur le fonds grevé par la mise en place de structures diverses n'entraînent pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, mais une limitation apportée à l'exercice du droit de propriété »[2164].

480. Une appréciation basée sur l'atteinte subie par le fonds pris dans son ensemble. On pourrait opposer que dans toutes ces situations, la maîtrise de l'espace occupé par les propriétés superficiaires en cause n'est pas totalement perdue par le propriétaire du fonds grevé, celui-ci

---

2161 Article 545 du Code civil.

2162 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, article 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

2163 Cons. Cons., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC, considérant n° 9. Décision rendue à propos de la constitutionnalité de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.

2164 Cons. Cons., 2 février 2016, n° 2015-518 QPC, Constitution 2016, note J.-F. Giacuzzo.

pouvant toujours demander la modification de l'assiette de la servitude afin d'exercer son droit de propriété sur l'espace en cause[2165]. Ce serait néanmoins occulter le fait que le Conseil Constitutionnel a pu dénier la qualification de « privation » de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen aux dispositions relatives aux plans d'alignement[2166]. Celles-ci, prévues aux articles L.112-1 et suivants du Code de la voirie routière permettent de procéder à des transferts de propriétés non-bâties qualifiés de « mineurs » afin de rectifier le tracé des voies de circulation[2167]. En considérant comme de simples atteintes au droit de propriété ces transferts forcés de propriété[2168], le Conseil constitutionnel adopte donc une analyse basée sur les conséquences de la disposition contrôlée au regard de la totalité du fonds de terre grevé. En conséquence, le contrôle effectué ne semble pas tant centré sur la perte de maîtrise de l'espace en cause par le propriétaire du fonds grevé, mais plutôt sur l'atteinte que la servitude va causer à l'exercice de sa propriété sur l'ensemble de celui-ci[2169]. En d'autres termes, il semble bien que la protection constitutionnelle du droit de propriété se désintéresse du volume d'espace occupé en tant que tel, permettant ainsi à des servitudes administratives d'établir des propriétés superficiaires sans que celui-ci ne soit pris en compte à titre autonome[2170]. Cette brève présentation de la pratique des servitudes administratives a pu montrer que le droit positif se refuse de raisonner strictement en matière de géométrisation de l'espace pour adopter une réponse emprunte de pragmatisme et d'opportunisme. Un constat similaire a pu émerger en matière de servitude de droit privé.

2165 *Supra*., n° 145.

2166 Cons. Cons., 2 décembre 2011, n° 2011-201 QPC.

2167 Il faut préciser que si la portion de parcelle visée par le plan d'alignement est bâtie, l'article L. 112-6 du Code de la voirie routière prévoit l'établissement d'une servitude de reculement empêchant tous travaux confortatifs sur le bâtiment en cause, empêchant ainsi la prolongation de son existence et condamnant son propriétaire à observer sa dégradation progressive. Tout comme le transfert de propriété imposé par les plans d'alignement, les servitudes de reculement ont été considérées comme de simples limitations à l'exercice du droit de propriété et non pas comme une privation de celui-ci.

2168 Également en ce sens, C. Manson, « Les servitudes administratives et les atteintes à la propriété privée », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 31, 2017, p. 37, spéc., p. 45.

2169 On peut remarquer par ailleurs que cette appréciation est régulièrement défavorable à la propriété privée dès lors que la notion d'atteinte à la propriété est appréciée très largement à la différence de celle de privation du droit de propriété. En ce sens, C. Manson, *op. cit*., spéc., p. 43 et s.

2170 Le volume d'espace pourrait néanmoins constituer l'assiette sur laquelle porte le contrôle du Conseil Constitutionnel dans le cas où celui-ci est distinctement approprié et que la servitude administrative en cause à vocation à s'appliquer en son sein.

Paragraphe 2. Le recours jurisprudentiel aux servitudes dans la consolidation de l'empiétement, indice des réserves quant à l'acquisition de l'espace occupé par la propriété superficiaire

481. Plan. Les solutions jurisprudentielles qui préfèrent la servitude de surplomb à l'usucapion de l'assiette volumique de l'empiétement, aboutissent encore à une hypothèse dans laquelle la propriété d'une chose immobilière n'en attribue pas pour autant la propriété de l'espace qu'elle occupe. Plus précisément, l'étude des servitudes de surplomb nous montre qu'il s'agit avant tout pour la Cour de cassation de permettre la consolidation d'un empiétement (A) sans passer par l'acquisition par son auteur du volume d'espace occupé par l'élément litigieux. À l'appui de cette analyse, il faut relever que le régime de cette consolidation s'avère proche de celui obtenu par voie d'acquisition de l'assiette, malgré la présence de quelques différences résiduelles (B). Cette proximité de résultat couplée avec la différence de fondement pourrait indiquer la volonté de la Cour de cassation de prévoir un palliatif idéal à la propriété du volume d'espace, qui semble ainsi écartée de façon circonstanciée par celle-ci (C).

A. La servitude de surplomb au service de la consolidation de l'empiétement aérien

482. Rappel sur les servitudes de surplomb. L'analyse des décisions de la Cour de cassation portant sur la reconnaissance des servitudes de surplomb vient poser un indice fort dans son rejet de la propriété du volume abstrait. Après plusieurs décisions anciennes qui en approuvent la validité[2171], la Cour de cassation a pu faire douter de la persistance d'une telle solution au début des années 2000, par l'énoncé d'un principe très général selon lequel une servitude ne peut d'aucune manière avoir pour conséquence d'interdire au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété[2172]. L'application de ce principe aux servitudes de surplomb aurait logiquement été effectuée à l'occasion d'un arrêt du 27 juin 2001[2173], qui modifia par ailleurs quelque peu le fondement de la prohibition. Plutôt que d'interdire les servitudes interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de son bien, l'arrêt du 27 juin 2001 fonde sa décision au motif « qu'une

2171 Cass. civ., 1re, 19 décembre 1960, n° 59-10.648, Bull. Civ. 1960, I, n° 553 (arrêt qui admet la servitude de surplomb d'un tuyau de descente des eaux pluviales) ; Cass. civ., 1re, 9 octobre 1963, Bull. Civ. 1963, I, n° 425 (arrêt qui accueille le principe d'une servitude permettant le surplomb d'un débord de toiture sans utiliser le terme servitude de surplomb) ; Cass. civ., 3ème, 29 novembre 1989, n° 88-12.687, pour la reconnaissance d'une servitude de surplomb de débord de toiture.

2172 Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, n° 97-22.255, RDI 2000, p. 316, obs. J.-L. Bergel ; D. 2001, p. 151, note R. Libchaber ; Defrénois 2000, 1170, obs. Ch. Atias ; Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, JurisData n° 2001-010354, JCP G 2003, II, 10141, note J.-L. Elhoueiss ; Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, n° 01-14.371 ; Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2007, n° 06-18.288, RDI 2008, p. 268, obs. E. Gavin-Milan-Oosterlynck.

2173 Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n° 98-15.216.

servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui »[2174]. Malgré tout, les servitudes de surplomb furent de nouveau validées par une décision de la Cour de cassation de mars 2008[2175] dans laquelle elle valide l'acquisition de ladite servitude par prescription acquisitive au profit du propriétaire d'un immeuble dont une corniche causait un empiétement aérien sur le fonds voisin. D'une portée incertaine en raison des particularités architecturales de l'immeuble d'espèce[2176], la solution a été ensuite confirmée dans des arrêts d'octobre 2011[2177] et de mars 2013[2178] et possède largement les faveurs des juges du fond[2179]. Pourtant, cette validation des servitudes de surplomb porte atteinte au principe toujours soutenu par la Cour de cassation selon lequel une servitude ne peut causer un empiétement et priver le propriétaire du fonds servant de la jouissance de tout ou partie de son bien. Par ces décisions, la Cour de cassation porte donc atteinte à un principe qu'elle a elle-même posé et qu'elle continue d'affirmer avec force[2180].

483. Solution de consolidation d'un empiétement de surface : usucapion de l'assiette. Pour bien comprendre la relation entre la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'empiétement et ses réticences face à la propriété de l'espace, la question de la consolidation de la propriété des empiétements doit être précisée. Certains auteurs ont nié cette possibilité en arguant que

2174 Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, *op. cit.*

2175 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164, JCP G, 2008, II, 10161, note P. Dechenaud ; D. 2008, p. 919, obs. G. Forest ; p. 1224, note A.-C. Monge ; AJDI 2008, p. 795, note S. Prigent ; RDI 2008, p. 202, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2009, p. 142, note Th. Revet.

2176 Remarquons tout de même que la Cour de cassation approuve la qualification retenue par les juges du fond, qui ont, selon elle « exactement déduit » [souligné par nous] des éléments de fait, l'acquisition de la servitude de surplomb par prescription trentenaire (Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.*). En ce sens, M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. Méthodes de Droit, 9e éd., 2018, p. 127 et s.

2177 Cass. civ., 3ème, 12 octobre 2011, n° 10-20.952.

2178 Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377, RTD Civ. 2013, p. 414, note W. Dross. Comme pour l'arrêt du 12 mars 2008, la Cour de cassation marque son approbation de la solution retenue par les juges du fond en rappelant qu'ils ont « exactement déduit » de la prescription d'une servitude de surplomb qu'il n'y avait pas lieu de condamner l'auteur de l'empiétement à la démolition de cette portion.

Il aurait été possible de voir un rejet de la servitude de surplomb par la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 15 septembre 2010 (Cass. civ., 3ème, 15 septembre 2010, n° 09-16.823) dans lequel la haute juridiction judiciaire approuve des juges du fond n'ayant pas retenu l'existence d'une servitude de surplomb par l'empiétement trentenaire d'un balcon. La solution fait néanmoins apparaître que ce rejet ne provient que de l'absence d'allégation ou de preuve de l'existence d'une telle servitude, sans que sa validité de principe ne soit remise en cause.

2179 Pour un exemple non exhaustif des décisions les plus récentes acceptant le principe de la servitude de surplomb : Nîmes, 19 mai 2016, n° 12/05037 ; Metz, 9 mai 2017, n° 14/00532 ; Caen, 23 mai 2017, n° 15/02678 ; Limoge, 23 novembre 2017, n° 16/01020 ; Bourges, 21 décembre 2017, n° 17/00200 ; Nîmes, 15 mars 2018, n° 17/00409 ; Rennes, 15 mai 2018, n° 16/07550 ; Aix-en-Provence, 24 mai 2018, n° 16/22184 ; Aix-en-Provence, 31 mai 2018, n° 16/22098 ; Reims, 18 septembre 2018, n° 17/02594 ; Bordeaux, 22 novembre 2018, n° 16/00317 ; Amiens, 18 décembre 2018, n° 17/01846 ; Versailles, 26 mars 2019, n° 17/04820 ; Pau, 7 mai 2019, n° 16/01952 ; Toulouse, 20 mai 2019, n° 16/02371 ; Angers, 31 août 2020, n° 17/02438 ; Dijon, 26 novembre 2019, n° 18/00083 ; Rennes, 3 décembre 2019, n° 18/04470 ; Bourges, 9 janvier 2020, n° 19/00104 ; Toulouse, 25 mai 2020, n° 17/05667 ; Grenoble, 15 septembre 2020, n° 18/03268 ; Bordeaux 5 novembre 2020, n° 18/00232, Grenoble, 17 novembre 2020, n° 17/04628.

2180 *Supra*., n° 144.

l'empiétement ne pouvait être consolidé malgré l'inaction trentenaire des propriétaires victimes[2181]. Si quelques arrêts ont pu aller en ce sens en autorisant l'action en revendication de la propriété par les empiétés malgré une possession trentenaire des empiéteurs[2182], la jurisprudence a pu accepter ensuite que la propriété de l'empiétement soit consolidée par le jeu de la prescription acquisitive. Ainsi en témoignent les arrêts précités consacrant la servitude de surplomb d'un empiétement aérien[2183], dont l'objectif pour la Cour de cassation n'était autre qu'empêcher la destruction de l'empiétement rendue possible en cas de succès de l'action en revendication des propriétaires victimes. Ce qui est valable pour la protection des empiétements aériens l'est également pour ceux de surface, comme le montre notamment l'analyse *a contrario* d'un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2011[2184] dans lequel elle approuve une cour d'appel ayant accueilli la demande en démolition d'un empiétement au motif que le propriétaire de ce denier ne pouvait se prévaloir ni d'un juste titre, ni d'une possession utile trentenaire[2185]. La justification juridique avancée par la Cour de cassation fut cependant différente, celle-ci n'ayant pas recours à une quelconque servitude mais bien – semble-t-il – à la prescription acquisitive de la propriété de l'assiette de l'empiétement.

483.1. Jusqu'à récemment on pouvait remarquer avec Madame Gavin-Millan-Oosterlynck qu'une telle reconnaissance reste timide[2186], la Cour de cassation n'ayant jamais affirmé de façon expresse l'acquisition de l'assiette de l'empiétement. C'est pourtant bien ce qui ressortait déjà en filigrane des solutions en la matière. Ainsi, la Cour de cassation a pu permettre au possesseur utile – par l'existence d'un empiétement – d'une superficie de dix-neuf mètres carrés d'en acquérir la propriété par usucapion[2187], ou encore d'accueillir la demande de reconnaissance de la prescription acquisitive de l'« emprise » de la construction empiétante[2188].

483.2. Surtout, la tendance n'est semble-t-il plus à l'hésitation. La Cour de cassation a énoncé récemment « que seule l'assiette de la construction empiétante est susceptible de faire l'objet d'une prescription trentenaire »[2189]. Certes, nous ne pouvons manquer de remarquer que la Cour de

2181 S. Hennion-Moreau, « L'empiétement », RDI 1987, 303.

2182 Cass civ., 3ème, 21 mars 1972, n° , Bull. civ. III, n° 207, p. 146.

2183 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, *op. cit.*

2184 E. Gavin Millan-Oosterlynck, « L'empiètement, évolution, révolution ou soubresaut ? », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 647, spéc., p. 654.

2185 Cass civ., 3ème, 4 mai 2011, n° 09-71.382.

2186 E. Gavin Millan-Oosterlynck, *loc. cit.* ; « La multitude des arguments inopérants dans la jurisprudence de l'empiètement », obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-20.521, RDI 2018, p. 215, spéc. p. 218.

2187 Cass. civ., 3ème, 15 juin 2010, n° 09-16.190.

2188 Cass. civ., 3ème, 8 avril 2009, n° 04-18.764.

2189 Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, *op. cit.*

cassation ne précise pas quel sera le droit acquis par le biais de la prescription trentenaire. Toutefois, cela confirme que la propriété de l'excroissance du bâtiment qui empiète n'est jamais discutée mais simplement précaire, ce que l'on comprend dès lors que la mise en œuvre du mécanisme de l'accession est exclue en la matière[2190] et que seule l'assiette de l'empiétement est susceptible de bénéficier du mécanisme de prescription acquisitive[2191]. En effet, bien que l'excroissance soit – tout comme le bâtiment dont elle émane – objet de propriété de l'empiéteur, sa persistance reste soumise à l'absence d'action en revendication intentée par le propriétaire victime. Or, la défense de l'atteinte au droit de propriété étant imprescriptible[2192], il faut bien que l'empiétement cesse pour justifier la consolidation, ce qui se produit dès lors que la portion dans laquelle il s'inscrit devient la propriété de l'empiéteur. En d'autres termes, la jurisprudence considère que la possession utile de l'empiétement litigieux permet, par l'écoulement du temps, l'acquisition de la propriété de son assiette par le propriétaire empiéteur, ce qui entraîne la fin de l'insécurité de sa situation par la cessation de l'atteinte causée initialement à la victime.

484. Consolidation des empiétements aériens et de surface : finalité identique, solution différente. Ce qui est valable pour les empiétements de surface ou de tréfonds doit également l'être à propos des empiétements en surplomb. La reconnaissance du volume d'espace pourrait ici s'avérer fort utile en permettant à l'empiétement aérien d'avoir une assiette juridiquement reconnue en tant qu'objet de propriété. La consolidation des empiétements aériens se ferait donc par la seule acquisition de son assiette représenté par le volume d'espace dans lequel il prend place[2193]. Ce n'est pourtant apparemment pas la voie suivie par la jurisprudence. L'étude des solutions rendues en matière de consolidation de la propriété de l'empiétement montre ainsi une différence fondamentale selon qu'ils impliquent une assiette, tangible ou non. Là où les premiers se résolvent par l'acquisition de la propriété de leur assiette, les seconds, n'ont, à notre connaissance, jamais

2190 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2001, n° 99-10.788. Sur la question, H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 19 février 2014, n° 13-12.107, JCP N 2014, 1187, n° 2.

2191 En ne précisant pas le droit obtenu par le jeu de la prescription trentenaire, il est impossible d'affirmer que l'arrêt entende revenir sur son acceptation des servitudes de surplomb, quand bien même la Cour de cassation ne reconnaît pas son existence et affirme en l'espèce « qu'une servitude de vue ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui » (Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, *op. cit.*). D'un certain point de vue, il serait même envisageable d'en déduire la reconnaissance implicite de telles servitudes, dès lors que la Cour de cassation se contente de viser spécifiquement les servitudes de vue. Dès lors que l'on remarque qu'elle aurait pu s'épargner facilement cette précision en rappelant simplement les décisions dans lesquelles elle refuse à toute servitude la possibilité d'empiéter sur la propriété d'autrui (*supra*., n° 144), on peut imaginer a *contrario*, qu'elle entend signifier qu'une servitude appropriée pourrait permettre de justifier le maintien d'un empiétement.

2192 Pour une affirmation récente, voir Cass. civ., 3ème, 21 février 2019, n° 17-25.733, D. 2019, 1801, obs. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RTD Civ. 2019, p. 372, note W. Dross.

2193 *Supra*., n° 231.

entraîné une telle acquisition, la jurisprudence préférant l'acquisition d'une servitude de surplomb sur le volume d'espace occupé à sa propriété.

484.1. D'emblée, nous pouvons remarquer que, dans les deux cas, l'objectif de consolidation est rempli. L'empiétement ne risque pas la destruction, ce qui pérennise le droit de propriété sur ce dernier. Ce point est d'autant plus important que la précarité du droit de propriété sur l'empiétement peut se transmettre à l'ensemble de la construction à laquelle il appartient, s'il ne peut être détruit indépendamment[2194]. Plus encore, les deux solutions permettent la reconstruction de la partie qui empiète en cas de destruction. Dans le cas de l'acquisition de l'assiette de l'empiétement, la reconstruction est possible, car la partie de terrain en cause est devenue par voie de prescription acquisitive la propriété de l'empiéteur. La reconstruction est également possible dans le cas d'une servitude de surplomb, car la destruction ne devrait entraîner son extinction définitive qu'au bout d'un délai de trente ans[2195]. Ce dernier point nécessite quelques précisions. Les servitudes, malgré leur perpétuité annoncée par la jurisprudence, ne sont pas imprescriptibles : elles peuvent donc s'éteindre, ce que prévoit le Code civil aux articles 703 et suivants. Parmi les causes d'extinction des servitudes se trouvent l'impossibilité d'usage[2196], la réunion des fonds entre les mains du même propriétaire[2197] et enfin, la prescription extinctive pour non usage trentenaire[2198]. En cas de destruction de l'empiétement, il n'est pas question de confusion des fonds entre les mains d'un même propriétaire et une lecture stricte du Code civil nous suggère qu'il n'est pas non plus question d'impossibilité d'usage tant qu'une reconstruction des éléments détruits est envisageable. En conséquence, seule la prescription extinctive prévue expressément à l'article 706 du Code civil semble susceptible d'éteindre la servitude de surplomb. Ce délai de prescription implique le

---

2194 Il convient effectivement de rappeler que la sanction de l'empiétement porte uniquement sur la destruction de la partie spécifique de la construction qui empiète (sur ce point, Cass. civ., 3ème, 26 novembre 1975, n° 74-12.036 ; Cass. civ., 3ème, 4 juin 2013, n° 12-15.640 ; Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-25.113), mais cela indifféremment de la destruction potentielle de l'édifice dans sa totalité.

À noter cependant que selon certains auteurs, un assouplissement de la jurisprudence judiciaire sur ce point pourrait venir par l'introduction du contrôle de proportionnalité en la matière. Cet assouplissement aurait été amorcé par une solution rendue en matière d'empiétement, non pas sur le terrain d'autrui, mais sur l'assiette d'une servitude de passage d'un terrain appartenant à l'empiéteur (Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, n° 18-25.113, Droit rural 2020, n° 483, comm. 92, note E. Meiller ; D. 2020. 1092, note R. Boffa, RDI 2020. 142, obs. J.-L. Bergel, RTD Civ. 2020, p. 416, note W. Dross). En ce sens, P.-L. Niel, « Empiétement et construction sur la propriété d'autrui : bilan et perspective du contrôle de proportionnalité », AJDI 2020, p. 255 ; *contra.*,W. Dross, note sous Cass civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit*.). Pour un rejet de cette interprétation des solutions rendues par la Cour de cassation, *Supra*., n° 148 et s.

2195 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 366-4, p. 679, spéc., p. 680 ; S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiétements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc., p. 181.

2196 Articles 703 et 704 du Code civil.

2197 Article 705 du Code civil.

2198 Articles 706 et 707 du Code civil.

maintien trentenaire de l'assiette de la servitude[2199] – qui correspond à l'espace utilisé par l'empiétement – et permettra en conséquence au propriétaire du fonds bénéficiaire de l'utiliser à nouveau afin de reconstruire dans les mêmes conditions d'encombrement du fonds voisin[2200].

484.2. La servitude de surplomb permet donc d'aboutir à l'uniformisation de la consolidation des empiétements par la possession utile tout en écartant l'appropriation d'un volume d'espace. Néanmoins, la différence de nature du droit qui en résulte entraîne des conséquences qui, si elles ne se retrouvent qu'à la marge, découlent directement de l'absence de propriété du volume d'espace.

B. Les différences résiduelles de la consolidation de l'empiétement par voie de servitude

485. Une résilience au temps amoindrie. Puisqu'il s'agit de l'acquisition d'une servitude et non pas de celle de la propriété d'un volume d'espace, certaines conséquences liées à la nature du droit acquis par prescription sont perceptibles. La première, déjà évoquée[2201], tient au refus de la jurisprudence de permettre l'acquisition d'une servitude par la prescription abrégée de dix ans au possesseur de bonne foi titulaire d'un juste titre[2202]. Il sera donc impossible pour l'empiéteur d'obtenir une servitude de surplomb par le délai abrégé de dix ans quand bien même il remplirait les conditions prévues au second alinéa de l'article 2272 du Code civil. La seconde consiste à remarquer que la survie du droit après destruction de l'objet ne suit pas exactement le même régime. Outre la distinction liée à la présence d'une prescription extinctive trentenaire à la défaveur de la servitude, une solution récente[2203] a pu faire douter de la persistance de la servitude de surplomb en cas de destruction de l'empiétement à son origine par une lecture extensive de l'extinction pour impossibilité d'usage. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a débouté le propriétaire du fonds bénéficiaire de sa demande de démolition d'une construction – édifiée par le propriétaire

2199 Article 701 du Code civil disposant à son alinéa 2 que le propriétaire du fonds servant « ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée ».

2200 Sauf à ce que la servitude en question soit temporaire (pour la validité de telles servitudes : J.-F. Barbièri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, thèse, Toulouse, 1977, p. 347 et s. Position confirmée par la jurisprudence : Cass. civ., 3ème, 22 mars 1989, n° 87-17.454, RDI 1989, p. 447, note J.-L. Bergel) et conclue que pour la durée de vie de l'édifice en cause, ce que ne précise pas le juge dans les arrêts précités (Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, *op. cit.*).

2201 *Supra.*, n° 230 et 231.

2202 Voir notamment, Cass. civ., 3ème, 21 mai 1979, n° 77-14.873. La Cour de cassation justifie sa solution par une lecture stricte de l'article 690 du Code civil, qui dispose que : « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans ». Elle considère que ce texte n'ouvre l'acquisition des servitudes continues et apparentes par voie de prescription acquisitive qu'à la seule réalisation du délai trentenaire, quand bien même les conditions de réalisation de la prescription décennale seraient réunies.

2203 Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, n° 17-12.593, RTD Civ. 2018, p. 696, note W. Dross.

du fonds servant – qui occupait l'assiette de la servitude de surplomb[2204].Dans cet arrêt, la Cour de cassation a débouté le propriétaire du fonds bénéficiaire de sa demande de démolition d'une construction – édifiée par le propriétaire du fonds servant – qui occupait l'assiette de la servitude de surplomb[2205]. Au motif de son refus, la Cour de cassation affirme que l'exercice de la servitude de surplomb « était deven[u] impossible du fait de la démolition complète de l'entrepôt » duquel émanaient les éléments causant l'empiétement. En réalité, deux arguments s'opposent à une compréhension radicale de cet arrêt qui aboutirait à éteindre définitivement la servitude, entraînant la destruction de l'empiétement résultant d'une éventuelle reconstruction de l'édifice.

485.1. Le premier est de remarquer que, pour la Cour de cassation, ce qui entraîne l'extinction de la servitude n'est pas la destruction de l'empiétement, mais « la démolition complète » du bâtiment. Dès lors, ce n'est pas tant la destruction de la partie qui empiète mais bien celle de la construction dans son ensemble qui met un terme à l'existence de la servitude de surplomb. Ce point se comprend parfaitement lorsque l'on se réfère au fondement de l'extinction soulevée en l'espèce, à savoir l'impossibilité d'usage de la servitude prévue à l'article 703 du Code civil. Cet article dispose que « les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user ». Or, la notion d'impossibilité d'usage est appréciée souverainement par la jurisprudence et il semble cohérent d'imaginer ici que la Cour de cassation effectue une distinction entre la destruction de la seule partie empiétant et celle de la totalité du bâtiment. En effet, avec la seule destruction de la portion qui empiète, la persistance de l'existence du bâtiment auquel étaient raccordés ces éléments permet simplement d'en user à nouveau en procédant à de simples réparations. À l'inverse, dès lors que le bâtiment en lui-même est détruit, il ne suffit plus de simplement réparer, mais bien de reconstruire l'intégralité d'un édifice. Cet argument n'est cependant pas sans faille, dès lors qu'il peut aboutir à apprécier l'impossibilité d'usage à l'aune de l'importance structurelle de la destruction.

485.2. Surtout, le second argument tient à ce qu'une telle interprétation repose sur une lecture incomplète du Code civil. En effet, si l'article 703 entraîne l'extinction des servitudes pour cause d'impossibilité d'usage, l'article 704 prévoit de son côté qu'elles « revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user ; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude ». Or, la Cour de cassation se contente de constater l'extinction de la servitude de surplomb par la seule destruction du bâtiment, sans dénier la possibilité pour cette dernière de renaître en cas de reconstruction. Toutefois, la Cour n'avait pas

2204 Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, *op. cit.*

2205 *Ibid.*

l'occasion de se prononcer sur ce point, la reconstruction n'étant pas envisagée dans les faits d'espèce. Il en résulte que si la servitude s'est éteinte par la destruction du bâtiment, elle renaîtra sur la même assiette dès lors que l'usage en sera de nouveau possible en raison de l'action positive du propriétaire du fonds dominant, c'est-à-dire, dès que le bâtiment sera reconstruit – ou en reconstruction – dans le délai trentenaire ouvert par l'article 706 du Code civil[2206]. Malgré la survivance de la servitude de surplomb à la démolition des éléments causant l'empiétement, il faut tout de même pointer une différence fondamentale avec les conséquences de l'acquisition de l'assiette des empiétements de surface : si la reconstruction est possible dans les deux cas, elle sera enfermée dans des délais dans le cadre de la servitude de surplomb et totalement libre dans le cas de l'usucapion de l'assiette par le propriétaire empiéteur. La consolidation de l'empiétement aérien n'aura donc pas la même résilience aux conséquences de l'écoulement du temps en cas de destruction que celle de l'empiétement de surface. Bien que résiduelle, cette différence de régime nous donne un indice relatif au rejet de la propriété de l'espace par la Cour de cassation à partir du moment où elle met en place une différence de protection de l'empiétement une fois celui-ci consolidé, différence de traitement résultant directement de l'absence de la propriété du volume d'espace.

486. Différence de protection de l'empiétement détruit mais consolidé. La différence de protection se poursuit également lorsque l'on raisonne à l'aune de la survie du droit au-delà de la construction. La première différence porte sur la prescription extinctive de la servitude de surplomb, qui peut intervenir en cas d'inaction du propriétaire du fonds bénéficiaire pendant une durée de trente ans, chose que la propriété du volume d'espace n'est pas amenée à connaître, la propriété étant un droit imprescriptible par essence[2207]. La seconde sur les conséquences de l'édification, par le propriétaire empiété, d'une construction sur l'assiette de l'empiétement après destruction de ce dernier. La démolition de cette construction suivrait à son tour la politique jurisprudentielle de l'empiétement sur le terrain d'autrui en cas de propriété du volume d'espace. À l'inverse, s'il n'est question que d'une servitude de surplomb, nous savons grâce à l'articulation des articles 703 et 704 du Code civil que propose l'arrêt du 5 avril 2018 précité, que le propriétaire du fonds dominant doit justifier d'une reconstruction effective afin de pouvoir légitimement demander la destruction de la partie empiétant sur l'assiette de la servitude[2208]. Précisons également que, dans cette situation, il

2206 En ce sens, W. Dross, « L'extinction des servitudes de surplomb et de passage : entre impossibilité d'usage, défaut d'usage et changement de destination », note sous Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, RTD Civ 2018, p. 696 ; « De l'extinction et de la défense des servitudes », note sous Cass. civ., 3ème, 14 novembre 2019, RTD Civ. 2020, p. 420.

2207 Cass. Req., 12 juillet 1905, D. 1907, I, 141, concl. Feuilloley ; S. 1907, I, 273, concl. Feuilloley, note A. Wahl.

2208 W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, *op. cit.*

n'est absolument pas certain que la destruction soit acceptée par la Cour de cassation. Cette dernière a récemment introduit le contrôle de proportionnalité en matière d'empiétement de l'assiette des servitudes[2209], rendant la démolition impossible dès lors qu'elle est disproportionnée par rapport au droit au respect du domicile, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Encore une fois, nous ne pouvons que remarquer que les distinctions observées se produisent uniquement à la marge et n'entravent finalement que très peu l'objectif de consolidation initial recherché par la jurisprudence. Il en résulte que la servitude de surplomb est un palliatif idéal à la propriété du volume d'espace.

C. La servitude de surplomb, palliatif à l'acquisition du volume d'espace occupé par l'empiétement

487. Recherche d'une justification plausible à la différence de traitements des empiétements. À l'issue de cette brève étude sur la consolidation des empiétements aériens et de surface, les données sont les suivantes : la Cour de cassation s'attache à permettre leur consolidation par le jeu de la prescription acquisitive, aboutissant soit à l'acquisition de l'assiette de l'empiétement ou seulement de la servitude de surplomb. La différence de consolidation se trouve dans la nature des empiétements : ceux de tréfonds et de surface aboutissent obligatoirement à l'acquisition de leur assiette foncière, représentée par la bande de terrain empiété, là ou les empiétements aériens semblent permettre de se limiter à la seule acquisition d'une servitude de surplomb. Malgré une différence résiduelle dans la protection de l'empiétement aérien et de surface une fois ceux-ci consolidés, force est d'admettre que l'objectif de consolidation est réalisé dans les deux cas. Néanmoins, une différence fondamentale persiste : l'acquisition de l'assiette de l'empiétement aboutit à celle d'une portion du fonds voisin pour le bénéficiaire de l'usucapion, là où le propriétaire du fonds bénéficiaire d'une servitude de surplomb n'a acquis aucun droit de propriété sur le volume occupé par l'empiétement et donc *a fortiori*, aucune portion du fonds voisin. Cette dernière solution heurte profondément le principe posé par la Cour de cassation rejetant la possibilité pour une servitude de conférer à titre principal le droit à empiéter sur le terrain d'autrui, étant donné que faire le choix de la servitude comme mode de consolidation de la propriété de la portion empiétante maintient son existence. En d'autres termes, le recours à la servitude de surplomb aux fins de justification des empiétements par la Cour de cassation démontre d'un abandon circonstancié de la prohibition qu'elle a elle-même établie – par l'absence d'acquisition de l'assiette volumétrique de l'empiétement, celui-ci persiste – et semble se justifier par la volonté d'écarter l'usucapion d'un volume d'espace.

2209 Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, *op. cit.*

488. Plan. Encore faut-il que la servitude de surplomb puisse valablement exister. Or, un arrêt récent a pu faire douter de la persistance de cette solution et par voie de conséquence, des réticences de la Cour de cassation face à l'appropriation de l'espace par son contenu. En réalité, la validation de la servitude de surplomb reste de droit positif (1), bien que largement circonstancié. Cette différence de traitements doit pouvoir se justifier et pourrait traduire une réticence de la Cour de cassation de généraliser la propriété du volume d'espace (2).

1. Le maintien de la validité des servitudes de surplomb

489. Doute sur la validité positive de la solution. La validité de la servitude de surplomb fait débat en doctrine et l'incertitude qui peut émaner des solutions vraisemblablement en sens contraire ne sera pas plus éclairée par l'analyse de la pratique. Celle-ci, consciente des fragilités théoriques de la servitude de surplomb, entend d'un côté, limiter le recours à ces servitudes dans le cadre de l'édification d'ensemble immobilier en raison de l'incertitude attachée à leur validité. D'un autre, elle continue cependant d'y avoir régulièrement recours afin de régulariser les débords en surplomb causés par des éléments du bâti. Un coup de boutoir à sa validité pourrait venir d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 juin 2019, dans lequel la Haute juridiction judiciaire refuse ce type de montage à propos d'une portion de bâtiment qui, à la suite d'une vente, surplombait le fonds voisin[2210]. Déduire de cet arrêt, publié au bulletin[2211], un abandon de la validité des servitudes de surplomb[2212] pourrait emporter, par voie de conséquence, les prémisses de l'uniformisation de la consolidation de l'ensemble des empiétements par l'acquisition de leur assiette volumique. Une telle conclusion semble néanmoins excessive, dès lors que la Cour de cassation ne parait pas avoir réellement abandonné la possible validité de la servitude en cause.

490. Indices en faveur du maintien de la validité des servitudes de surplomb et des réticences à l'usucapion de la propriété de l'espace. Le premier point en faveur du maintien de la validité des servitudes de surplomb consiste à remarquer que l'articulation de l'enchevêtrement de l'acceptation des servitudes de surplomb avec la prohibition des servitudes d'empiétement paraît

---

2210 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°s 18-14.547 et 18-15.386, D. 2019, p. 1684, avis B. Sturlèse ; p. 1689, note J. Dubarry ; p. 1801, chron. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RDI 2019, p. 510, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross ; JCP G 2019, p. 729, note F. Danos ; Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30, note J. Laurent ; Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19, note F. Vern ; RLDC 2018, n° 174, p. 34, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *Adde*., Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, note S. Benilsi.

2211 Remarquons encore que la Cour de cassation approuve l'appréciation des juges en rappelant qu'ils ont « à bon droit » prononcé la nullité de la servitude justifiant l'empiétement sur le fonds d'autrui (Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*).

2212 Pour l'adoption d'une telle lecture, W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°s 18-14.547 et 18-15.386, RTD Civ. 2019, p. 622.

procéder soit d'une hésitation jurisprudentielle non résolue, soit de l'acceptation d'une véritable cohabitation dont les conditions restent encore à déterminer.

490.1. Afin d'illustrer ces propos, nous pouvons revenir sur les décisions de la Cour de cassation encadrant temporellement celle du 6 juin 2019. La Cour de cassation semble en effet avoir, peu de temps avant ce dernier arrêt, laissé la porte ouverte à la servitude de surplomb et maintenue son rejet de l'usucapion automatique de l'assiette d'un empiétement aérien. À l'occasion d'un arrêt en date du 23 novembre 2017[2213], dans lequel il était question de la consolidation d'un empiétement causé par un toit-terrasse, la Cour d'appel avait rejeté la suppression de l'empiétement au motif de la prescription trentenaire de la servitude de vue et de la construction du toit-terrasse. La Cour de cassation est venue casser l'arrêt en rappelant que « seule l'assiette de la construction empiétante est susceptible de faire l'objet d'une prescription trentenaire ». À première vue, la Cour se contente de rappeler un principe fondamental en matière d'empiétement, selon lequel sa consolidation ne semble pouvoir s'opérer que par usucapion de son assiette. Il en ressort que la cassation de la solution de la cour d'appel est sur ce point, tout à fait logique, celle-ci s'étant contenté de relever la prescription trentenaire de la seule construction du toit-terrasse. En conséquence, la solution de la Cour de cassation ne ferait rien d'autre que de rappeler, d'une part que l'auteur de l'empiétement est par principe propriétaire de l'élément empiéteur bien que celle-ci soit précaire et d'autre part, que sa consolidation est possible par l'acquisition de son assiette. Il faut néanmoins remarquer que la Haute juridiction judiciaire poursuit la justification de sa cassation en énonçant « qu'une servitude de vue ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui », toujours en réponse à la cour d'appel ayant justifié l'absence de démolition par l'usucapion d'une servitude de vue. À adopter une lecture stricte de la décision de la Cour de cassation, cela peut, *a contrario*, laisser penser que l'empiétement sur le fonds servant est une conséquence envisageable à propos d'autres types de servitudes[2214]. Cette analyse pourrait d'autant plus se justifier que la Cour ne prend pas la peine de rappeler ici le principe qu'elle a pu poser et affirmer de nombreuses fois, selon lequel une servitude ne peut priver le propriétaire du fonds servant de la jouissance de tout ou partie de son fonds[2215]. Même s'il faut rester particulièrement réservé quant à la portée potentielle

2213 Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-20.521, RDI 2018, p. 160, note J.-L. Bergel ; p. 215, obs. E. Gavin Millan-Oosterliynck ; D. 2018, p. 1772, chron., L. Neyret, N. Reboul-Maupin. Voir également, même s'il faut rappeler que la question de la validité de la servitude de surplomb n'était pas en cause : Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, n° 17-12.593, arrêt dans lequel était discuté l'extinction d'une servitude de surplomb. La Cour de cassation justifie l'extinction de la servitude alors qu'elle aurait pu en invalider le principe par substitution de motif si telle était sa volonté.

2214 Ce qui se produit immanquablement dès que la servitude a pour objet de permettre le passage d'un élément sur le fonds servant.

2215 *Supra*., n° 142 et s. ; n° 482.

de cette décision qui, en plus d'être légèrement antérieure à l'affaire qui nous occupe, ne bénéficie pas des faveurs de la publication au bulletin et dont l'analyse procède d'un raisonnement *a contrario*, il n'en reste pas moins que la solution peut amener à penser que la consolidation aurait pu être validée si elle s'était fondée sur l'acquisition d'une servitude de surplomb.

490.2. Surtout, la Cour de cassation vient récemment de valider à nouveau l'usucapion d'une servitude de surplomb par l'empiétement trentenaire d'un coude de gouttière dans un arrêt du 28 janvier 2021[2216]. Certes, tout comme son prédécesseur de 2017, cet arrêt ne bénéficiera pas des faveurs de la publication au bulletin et à cela, s'ajoute que le moyen au pourvoi ne contestait pas la qualification en elle-même, mais la seule réalisation du délai trentenaire. Pour autant, en reconnaissant l'usucapion trentenaire d'une servitude de surplomb, elle vient immanquablement en valider l'existence de principe par la même occasion. En conséquence, la Cour de cassation semble bien maintenir la validité des servitudes de surplomb de façon circonstanciée, marquant ainsi avec certitude la persistance de ses réticences à la généralisation de l'usucapion de la propriété de l'espace.

2. Une solution justifiée par les réticences à la généralisation du volume d'espace

491. Rejet d'une justification par les considérations pratiques. Une telle différence de qualification, si elle peut sembler anodine, ne peut être le résultat d'une simple concession faite par la Cour de cassation envers la pratique notariale, bien plus encline à créer une servitude de surplomb qu'une division en volumes[2217]. Cette dernière nécessite impérativement la mise en œuvre d'un état descriptif de division, impliquant le recours à un géomètre expert. Elle est donc bien plus contraignante et coûteuse[2218], à tel point que l'on peut considérer pragmatique l'autorisation de telles servitudes aux fins de consolider une situation d'empiétement aérien de faible étendue. Cela aurait pour mérite d'expliquer en partie la différence de traitement entre les empiétements aériens et de surface, les seconds ne justifiant pas une entorse à la théorie juridique au motif que la cession d'une bande de terrain reste une opération à peine plus complexe – mais tout de même plus coûteuse – que l'établissement d'une servitude[2219]. Seulement, l'explication peine à convaincre. D'une part, il semble excessif de justifier l'atteinte à la rectitude juridique au profit

2216 Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2021, n° 20-10.871.

2217 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, RTD Civ. 2013, p. 414.

2218 E. Meiller, F. Collard, B. Travely, « Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale », JCP N 2015, 1169, n° 8.

2219 En ce sens, Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 439.

d'un simple allègement administratif sur une question aussi sensible pour la Cour de cassation que le droit de propriété et pour lequel une solution – la division en volumes – existe et est bien connue des praticiens. D'autre part, il ne serait pas justifiable qu'une telle volonté de simplification à destination des praticiens aboutisse à généraliser la baisse de protection constatée pour les propriétaires concernés, même à la marge.

492. Rejet d'une justification par la prétention du demandeur. On pourrait considérer que cette différence de traitement ne résulte que du pourvoi lui-même, les demandeurs ayant à chaque fois limité leur revendication à la seule reconnaissance d'une servitude de surplomb. En ce sens, la question de la reconnaissance du volume d'espace et celle de la servitude de surplomb seraient indépendantes et la reconnaissance de la seconde n'aurait aucun impact sur celle du premier.

492.1. Cette approche semble tout à fait envisageable dans le cadre de la reconnaissance d'un droit par voie de prescription acquisitive. Celle-ci nécessite en effet la démonstration de l'existence d'une possession utile pendant une durée dépendante de la bonne ou mauvaise foi du revendicateur. Pour qu'elle puisse produire un effet acquisitif, la possession doit donc d'une part, être existante et d'autre part, considérée comme utile. Ce dernier point consiste à démontrer la présence des critères prévus par l'article 2261 du Code civil et ne nous retiendra pas ici dès lors qu'il s'applique indifféremment du droit possédé[2220]. Il n'en sera pas de même concernant la démonstration de l'existence de la possession. Cette dernière est définie comme « le fait pour une personne d'exercer sur une chose des actes matériels qui manifestent habituellement l'exercice d'un droit réel, droit que cette personne prétend détenir »[2221]. Afin de caractériser son existence, il est traditionnellement demandé la présence cumulative de deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. Puisqu'une fois épurée, la

---

2220 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 ».

2221 Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006, n° 188, p. 269. Également en ce sens, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 153, p. 157 : « Elle [la possession] est un rapport de fait entre une chose et une personne, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir, sur cette chose, […] des actes qui, dans leur manifestation extérieure, correspondent à l'exercice d'un droit » ; Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 482, p. 165 : « La possession est l'exercice de fait d'un droit, qu'on en soit ou non titulaire » ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 2255 à 2257. Prescription acquisitive – Possession*, Fasc. unique, n° 1. Pour une présentation distinguant clairement possession et propriété sans toutefois rappeler l'indifférence de la correspondance du droit avec le fait : F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Economica, Recherches juridiques, 2007, n° 79, p. 89 : « La propriété en tant que telle n'est qu'une faculté d'action, une aptitude à agir sur une chose tandis que la possession correspond à la réalisation concrète et effective de cette action sur la chose. La possession se définit, par conséquent comme l'exercice effectif des prérogatives attachées à la chose ».

Il ne sera pas nécessaire ici de détailler les débats portant sur le caractère matériel des actes. Pour une exposition des tenants et aboutissants de ce débat, W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 2255 à 2257, op. cit.,* n° 22 et s. ; *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 236 et s., p. 442 et s.

définition de la possession peut être résumée à l'exercice d'un droit[2222], le *corpus* consiste à démontrer l'existence d'actes révélateurs de l'exercice de ce dernier sur la chose[2223]. L'*animus* représente quant à lui, l'élément psychologique de la possession, celui qui justifie les effets juridiques de la possession envers son auteur[2224]. L'*animus* correspond donc à « l'intention de se comporter comme le véritable titulaire du droit »[2225] et est caractérisé par la correspondance de cette volonté avec les actes relevant du corpus. L'*animus* fait donc apparaître la volonté du possesseur de mauvaise foi[2226], qui est « de devenir titulaire du droit qui correspond aux actes […] exercés sur la chose et qui constituent le *corpus* de la possession »[2227]. C'est donc tout à fait logiquement que le Code civil permet la prescription acquisitive des servitudes à son article 690, dès lors que celles-ci sont continues et apparentes. En conséquence, dès lors que les demandeurs revendiquaient l'usucapion d'une servitude de surplomb[2228], ils excluaient par la même occasion toute idée d'appropriation de l'espace de leur part. La différence de traitement se justifierait alors par la seule volonté du revendicateur : il n'entend pas devenir propriétaire de l'espace, mais simplement d'une servitude sur le fonds d'autrui lui permettant de maintenir l'élément empiéteur. Cette seule constatation pourrait justifier l'indifférence totale de ces décisions vis-à-vis de l'existence du volume d'espace.

492.2. Une telle approche nous semble néanmoins discutable, à partir du moment où la qualification retenue par la Cour de cassation vient contredire des principes qu'elle a elle-même dégagés dans une situation pourtant similaire – la consolidation d'un empiétement de surface ou de tréfonds. En d'autres termes, la seule revendication des parties n'explique pas pourquoi la Cour de cassation accepte de valider ici une qualification en parfaite contradiction avec sa propre jurisprudence en matière de servitude. La revendication de la servitude de surplomb par les parties aurait dû logiquement aboutir au rejet de la demande par la Cour de cassation. La voie choisie par la Haute juridiction judiciaire est pourtant toute autre, celle-ci ayant rejeté, les pourvois des

2222 J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », RTD Civ. 1962, p. 20, spéc., p. 32 : « La possession se définit, en droit moderne, par l'exercice en fait des facultés constitutives d'un droit, d'un droit quelconque, propriété ou autre » ; W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 234, p. 440.

2223 W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit.*, n° 236, p. 442 ; F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 157, p. 160. Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *op. cit.*, n° 488, p. 169. Dans le même sens, mais davantage centré sur le caractère matériel de l'acte, Y. Strickler, *op. cit*., n° 190, p. 271.

2224 Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *op. cit.*, n° 492, p. 171.

2225 F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 156, p. 161.

2226 Lorsque celui-ci est de bonne foi, il n'entend pas exactement « devenir » titulaire du droit étant donné qu'il pense déjà l'être. Seule l'intention de se comporter comme le titulaire du droit en cause est donc présente.

2227 En ce sens, Y. Strickler, *op. cit*., n° 190, p. 272.

2228 Point qui ne présente pas de difficulté particulière outre la question liée à l'empiétement qu'elle entraîne, dès lors qu'une telle servitude s'avère tant continue qu'apparente et respecte donc les conditions restrictives prévues par l'article 690 du Code civil.

demandeurs qui soulevaient précisément cette contradiction afin d'obtenir la cassation de l'arrêt des cours d'appel ayant retenu l'acquisition par prescription trentenaire d'une servitude de surplomb[2229].

493. Rejet d'une justification soumise au critère de l'utilité de l'empiétement. En partant du principe que l'empiétement existe mais que la Cour de cassation refuse d'y voir une atteinte à son principe voulant qu'une servitude ne puisse servir à titre principal à justifier un empiétement, il serait envisageable de rechercher une justification à celui-ci en raison de l'utilité apportée par la portion empiétante. En d'autres termes, il s'agirait de s'accommoder de l'intensité de la charge pesant sur le fonds servant dès lors que celle-ci procède d'une véritable utilité objective apportée au fonds dominant. Ainsi, l'existence d'une servitude de surplomb serait soumise à la démonstration de son utilité pour le fonds dominant, dont fait partie l'édifice que l'empiétement prolonge de façon litigieuse. La servitude se trouverait ainsi justifiée dans le respect des principes posés par la Cour de cassation, celle-ci ne prohibant pas les empiétements causés par l'octroi d'une utilité particulière à titre de servitude. À accepter une telle lecture, le recours aux servitudes de surplomb consisterait bien en l'apport d'une utilité particulière issue du fonds servant au fonds dominant et pourrait donc paraître relativement indifférent à la question de l'appropriation de l'espace.

493.1. Malgré la souplesse évidente que cela permet de conférer aux nombreuses situations impliquant, par exemple, un surplomb de toiture, l'argument n'est pas dénué de fragilité. Une telle approche semble à ce titre discutable, tant du point de vue de la sécurité juridique que de son fondement théorique. Si l'on accepte une conception extensive de la notion d'utilité – nonobstant l'artificialité du procédé[2230] – en considérant qu'une servitude de surplomb puisse avoir pour utilité la justification de l'empiétement en lui-même au titre du maintien de l'intégrité de l'édifice auquel il est attaché[2231], les conséquences en seraient certainement excessives. En effet, le champ

2229 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* La première branche du moyen soutient « qu'une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui ; qu'en décidant que les époux X… bénéficient d'une servitude de surplomb acquise par prescription sur le fonds voisin appartenant à la société Clairsienne du fait de la corniche intégrée à leur immeuble, tout en constatant que la corniche surplombe le fonds voisin, la cour a violé les articles 544 et 637 du code civil ».

Voir également, Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, *op. cit.* La première branche du deuxième moyen affirme ainsi « qu'une servitude ne confère pas le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui ; que dès lors en se fondant sur l'existence d'une servitude de surplomb pour rejeter la demande de M. X.… tendant à faire cesser l'empiétement commis par M. Y.… sur sa parcelle, la cour d'appel a violé les articles 544, 545, 552 et 637 du code civil ».

2230 *Supra*., n° 144.

2231 Pour des juges du fond ayant considéré l'utilité au regard de la préservation du bâtiment sans qu'il ne soit fait référence à un quelconque intérêt architectural particulier : Bourges, 21 décembre 2017, n° 17/00200 : « La jurisprudence admet, nonobstant l'empiétement sur le fonds voisin, que puisse constituer une servitude de surplomb un débord de toiture affecté à l'usage et à l'utilité d'un autre fonds […] Or, il ne saurait être contesté que ce débord de toit avait pour utilité, dès la construction du bâtiment, d'empêcher les eaux pluviales de ruisseler directement le long du mur ou de faciliter l'implantation d'une gouttière […] et que la permanence de cet état à ce jour présente le même intérêt au

d'appréciation potentiel serait si large que tout empiétement pourrait potentiellement être considéré comme apportant, *a minima*, la préservation de l'intégrité de l'ensemble. Cette vision n'est donc pas celle retenue par la Cour de cassation[2232], car si tel était le cas, rien n'explique pourquoi il ne pourrait pas en être de même dans l'arrêt du 6 juin 2019[2233]. En outre, cela ne ferait que renforcer la distinction avec les empiétements de tréfonds et de surface, eux aussi nécessaires à l'intégrité de l'édifice, dont la consolidation ne peut passer que par l'acquisition de la bande de terrain constituant leur assiette.

493.2. Il faudrait alors resserrer la notion d'utilité pour la caractériser par l'apport particulier qu'elle octroie à l'édifice dont elle est l'excroissance. Ainsi, il serait possible d'imaginer une servitude de surplomb pour un débord de toiture en raison de la protection du bâti ou de la facilité d'écoulement des eaux qu'elle apporte, voire, en raison de l'unité architecturale qu'elle permet de préserver. Participant clairement de cette idée, plusieurs juges du fonds ont pu justifier l'acquisition trentenaire d'une servitude de surplomb en raison de son utilité pour l'édifice dont l'empiétement en cause est l'excroissance[2234]. C'est par ailleurs en ce sens que se prononce expressément la Cour de cassation dans son arrêt du 12 mars 2008[2235]. La solution peut apparaître séduisante, mais achoppe sur plusieurs points théoriques. En premier lieu, il nous semble que retenir une telle exigence ne permet pas de correspondre à la définition des servitudes. Celles-ci consistent en l'octroi ou la suppression d'une utilité particulière du fonds servant au bénéfice du fonds dominant. Une fois ce point rappelé, il suffit de remarquer que si la protection des façades ou l'écoulement des eaux

---

regard de la sauvegarde du bâtiment ».

2232 Voir ainsi, Cass. civ., 22 mars 1972, n° 71-10.167. Les juges approuvent une Cour d'appel ayant relevé que « le dépassement de limite du toit des consorts […] ne présentant aucun avantage pour l'usage, l'utilité ou l'agrément de leur fonds, ils ne pouvaient se fonder sur une servitude acquise par prescription ».

2233 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*

2234 Pour une justification générale : Nîmes, 15 mars 2018, n° 17/00409 : « Si en effet une servitude ne confère pas le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui, le débord d'une toiture et d'une poutre en hauteur qui constitue une charge réelle sur le fonds d'autrui par son caractère apparent et continu, peut s'acquérir par la possession de trente ans comme il est dit à l'article 690 du Code civil, dans les conditions fixées par l'article 2261 du même Code, une servitude de surplomb étant sans incidence sur les limites de propriété ».

Pour une qualification plus précise de l'utilité apportée : Bourges, 9 janvier 2020, n° 19/00104 : « La toiture dont il s'agit fait donc partie d'un ensemble architectural ancien, de caractère, qui ne présente aucune rupture d'harmonie dans ses lignes comme dans ses proportions ou dans les matériaux utilisés pour sa construction. Cette toiture présente donc un avantage pour l'usage, l'utilité et l'agrément du fonds […] en ce qu'elle est une partie intégrante de l'architecture même de leur immeuble ». Voir dans le même sens, Bourges, 21 décembre 2017, *op. cit.* ; Toulouse, 20 mai 2019, n° 16/02371 ; Pau, 7 mai 2019, n° 16/01952, arrêts dans lesquels l'utilité du débord de toiture ou gouttière est constaté en raison de l'utilité apportée au bâtiment.

2235 Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, *op. cit.* Elle considère ainsi qu'une cour d'appel ayant considéré que *«* la corniche avait été édifiée il y a plus de trente ans avec l'immeuble, lequel, 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 » a pu souverainement retenir que la corniche litigieuse « présentait un avantage pour l'usage et l'utilité du fonds des époux X…, en ce qu'elle faisait partie de l'architecture même de leur immeuble ».

constituent bien des utilités pour la construction, elles n'émanent pas du fonds servant – qui se contente de fournir un emplacement – mais bien du fonds dominant lui-même. Le caractère artificiel d'un tel dévoiement a pu être souligné, en remarquant que la simple construction de l'édifice en retrait aurait suffi à résoudre la question, faisant ainsi apparaître une distinction franche avec les nombreuses servitudes permettant le passage d'éléments sur le fonds servant dont le but est de mettre fin à l'isolement du fonds dominant et d'en permettre ainsi une meilleure exploitation[2236]. En second lieu, elle ne semble pas en accord avec l'idée selon laquelle un empiétement issu d'une servitude doit pouvoir trouver une contrepartie dans la possibilité pour le propriétaire du fonds servant de demander une modification de son assiette, ceci afin de justifier l'absence de privation totale de la jouissance sur le fonds servant qui reste prohibée par la Cour de cassation[2237].

494. Rejet d'une justification par le caractère modeste de l'atteinte. On pourrait être tenté de retenir comme critère la dimension de l'empiétement en remarquant que la validité de ces servitudes n'a été reconnue qu'à l'occasion d'empiétements de taille très réduite[2238], causant par conséquent une atteinte objectivement faible au propriétaire victime[2239]. Ce serait pourtant oublier que ce critère est totalement inopérant lorsque l'empiétement se situe en surface ou tréfonds. En définitive, même à considérer que l'utilité particulière de l'élément empiéteur ou l'importance de celui-ci – voire les deux critères pris cumulativement – soient effectivement pris en compte par la Cour de cassation afin de déterminer s'il peut s'agir ou non d'une servitude de surplomb, le cadre spécifique dans lequel ces fragilités théoriques sont permises invite à penser que la circonstance justifiant la reconnaissance d'une telle servitude est bien circonstanciée à la nature aérienne de l'empiétement.

495. Justification par l'opportunité de la solution. Relativement à la problématique de l'usucapion des empiétements aériens, on comprend parfaitement cette position, qui permet d'éviter l'inutile complexification des frontières verticales de l'immeuble. Cet objectif se retrouve par

---

2236 En ce sens, W. Dross, « L'extinction des servitudes de surplomb et de passage : entre impossibilité d'usage, défaut d'usage et changement de destination », note sous Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, RTD Civ. 2018, p. 696.

2237 *Supra*., n° 144. On pourrait néanmoins opposer à cet argument que si le principe de modification de l'assiette reste admis en vertu de l'article 701 du Code civil, son impossibilité d'exercice n'est que le corollaire de la situation d'espèce : une modification de l'assiette impliquerait une incommodité flagrante pour le propriétaire du fonds servant du fait de la destruction de l'édifice en retrait de la ligne divisoire de propriété. Même à rejeter le critère de l'incommodité, il suffira de relever que le fait que la charge de la destruction, puis reconstruction, de l'édifice se fasse au frais du propriétaire du fonds servant suffise à priver cette hypothèse d'effectivité réelle, le montant s'avérant alors particulièrement dissuasif.

2238 Les empiétements de surplomb plus conséquents ayant donné lieu pour leur part au refus d'une telle qualification. Voir en ce sens, Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n° 98-15.216 ; Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*

2239 L'atteinte subjective pouvant être très importante dans l'hypothèse où la portion empiétée s'avère nécessaire à l'usage effectif du fonds par son propriétaire.

ailleurs lors de la consolidation des empiétements de tréfonds et de surface, dans lesquels ce n'est pas le seul volume géométrique occupé par l'empiétement qui est acquis, mais bien une portion de la bande de terrain à l'intérieur duquel l'empiétement prend place entraînant ainsi une modification des limites parcellaires des fonds voisins[2240]. La solution retenue par la Cour de cassation, permet donc de maintenir cet objectif tout en assurant la consolidation de propriété superficiaire, ce qui amène des questions relatives à l'appréhension de la propriété de l'espace par la jurisprudence.

496. Rejet d'une justification par le refus de toute propriété de l'espace. Une première conclusion pourrait être de déduire de la reconnaissance de la servitude de surplomb par la Haute juridiction judiciaire ses réticences au regard de la propriété de l'espace en elle-même. Ce point serait renforcé par l'inefficacité de l'argument selon lequel une telle servitude viendrait en contradiction avec sa propre jurisprudence prohibant les servitudes justifiant un empiétement sur le fonds d'autrui[2241]. Dit autrement, il n'y aurait pas d'empiétement car pas de propriété de l'espace à proprement parler.

496.1. Reste qu'aucun élément nous semble justifier un tel refus[2242] et que cela viendrait se positionner en contradiction avec sa jurisprudence constante prohibant le principe des empiétements aériens[2243]. Plus encore, en validant la servitude de surplomb, la Cour de cassation confirme finalement l'existence d'une forme de propriété de l'espace. D'une part, car le principe de la propriété de l'espace n'est pas remis en question par la notion de servitude et d'un certain point de vue, bien au contraire. On peut en effet aisément soutenir que la seule existence des servitudes suffit presque à démontrer l'existence de la propriété de l'espace : pris au sens large, une servitude implique *a minima* l'existence d'un fonds servant[2244] et on conçoit alors que lorsqu'une servitude permet l'établissement d'éléments au-dessus d'une parcelle, ces derniers ne se contentent pas de survoler la propriété, mais la traversent[2245].

2240 Il est possible de penser que si ce choix n'est pas fait en matière d'empiétement de surplomb, c'est en raison du potentiel d'utilité attaché à la propriété de la portion de sol surplombé. L'empiétement de surface et de tréfonds réduisent en effet drastiquement les utilités potentielles du terrain. C'est par ailleurs ce qui peut expliquer l'appropriation de cette portion de terrain lorsque l'empiétement, bien qu'aérien, suppose la possession de celle-ci. Sur cette question, Orléans, 26 mars 2018, n° 16/03969.

2241 En ce sens, Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, *op. cit.*

2242 *Supra*., n° 417.1 et s.

2243 Cass. civ., 3ème, 22 mars 1972, n° 71-10.167 ; Cass. civ., 3ème, 15 juin 2011, n° 10-20.337 ; Cass. civ., 3ème 10 novembre 2016, n° 15-19.561 ; Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 15-17.278.

2244 Les servitudes administratives sont en effet la plupart du temps dépourvues de fonds dominant.

2245 En ce sens, N. le Rudulier, thèse, *op. cit*., n° 99, p. 51. Si une telle présentation est discutable lorsque le passage se situe à des niveaux inaccessibles, elle n'en conserve pas moins sa pertinence lorsqu'il s'agit de hauteurs plus modestes. Ainsi, quelle que soit l'étendue que l'on confère à la propriété de l'étendue verticale de la propriété du fonds de terre (absolue, simplement indéterminée ou encore, limitée aux utilités concrètes ou potentielles du propriétaire du fonds), l'affirmation conserve sa pertinence.

497. Justification par le rejet circonstancié de l'appropriation de l'espace. S'il ne s'agit pas de la négation de toute propriété de l'espace, il se pourrait bien que la Cour de cassation entende simplement ici écarter l'hypothèse de l'acquisition d'un volume d'espace détaché du fonds dans lequel il s'inscrit. Cette conclusion ne semble cependant pas en accord avec son acceptation plus générale de la division en volumes[2246]. Il semble donc qu'il s'agisse surtout d'un rejet conditionné de l'acquisition d'un volume d'espace. Ainsi, elle se contente de justifier l'atteinte subie par le propriétaire victime – l'occupation de l'espace d'une portion de son fonds – par la propriété superficiaire ainsi consolidée. C'est-à-dire qu'en cette situation, la propriété superficiaire autorisée par la servitude, si elle prive incontestablement le propriétaire du fonds servant de l'exercice de son droit sur la portion occupée, n'emporte pas nécessairement propriété de cet espace qui resterait la propriété du propriétaire du fonds servant[2247]. Une telle approche implique d'écarter une éventuelle acquisition de la propriété de l'espace en raison de celle de l'objet qui l'occupe pour déduire immanquablement la propriété du premier par celle du second. En d'autres termes, la validité de la servitude de surplomb dans certaines affaires implique – comme en matière de propriété superficiaire consolidée – que la propriété d'une chose peut exister indépendamment de celle de l'espace qu'elle occupe. Si l'on comprend parfaitement cette situation avant la consolidation de la propriété superficiaire en cause – l'absence de propriété de l'espace justifie l'action des propriétaires victimes de l'empiétement – elle est également confirmée après consolidation par la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, qui préfère parfois l'acquisition d'une servitude à celle du volume d'espace occupé. Cette dernière solution serait pourtant celle à laquelle aboutirait un principe selon lequel la propriété superficiaire se doit d'emporter celle de l'espace occupé par son objet : les propriétaires – précaires – des éléments empiéteurs se considérant pleinement propriétaires de ces derniers, l'*animus* attachée à leur possession devrait immanquablement contenir l'espace occupé et, dès lors, entraîner l'acquisition de celui-ci.

2246 *Supra.*, n° 212 et s.

2247 Pour une approche relativement similaire en matière d'empiétement : W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 554 à 555. Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, Fasc. Unique, n° 37 et s. L'auteur remarque que les solutions rendues en matière d'empiétement justifiant la destruction de ces derniers devraient bien plus se fonder sur l'article 544 du Code civil que sur son article 545. Afin de justifier sa position, il rappelle qu'aucune expropriation ne se produit par la situation d'empiétement, celle-ci ne causant qu'une simple atteinte à la propriété de la victime en raison de l'absence d'accession attachée à cette situation. Il résulte d'une telle présentation l'existence d'une propriété superficiaire précaire distincte de la propriété de l'espace qu'elle occupe, ce qui cause bien une atteinte au droit de propriété de la victime.

La reconnaissance des servitudes de surplomb en matière d'empiétement aérien nous indique que cette atteinte peut se trouver consolidée par le biais de servitude, ce qui reste – en l'état actuel du droit positif – impossible pour les empiétements de tréfonds ou de surface pour lesquels seule une suppression de l'atteinte est envisageable par l'acquisition de l'assiette de l'empiétement.

497.1. Ainsi, par la reconnaissance de la validité de la servitude de surplomb, qui se pose pourtant en contradiction de sa propre jurisprudence privilégiant l'acquisition de la propriété de l'assiette, la Cour de cassation participe finalement à caractériser l'absence d'une systématisation de la propriété de l'espace tridimensionnel par les biens immobiliers en refusant d'accepter que ce découpage du fonds se produise dans les mêmes conditions que son découpage bidimensionnel.

498. Conclusion de section. La réalité du droit positif ne correspond pas à une éventuelle généralisation du volume superficiaire. Ainsi, la pratique des servitudes administratives démontre l'existence de nombreux objets superficiaires, indépendants de toute propriété de l'espace. En outre, lorsque la frontière pourrait sembler ténue avec une véritable expropriation en volumes, le contrôle du Conseil Constitutionnel semble apprécier la perte de la propriété davantage au regard de l'atteinte au fonds pris dans son ensemble que sur le constat d'une perte de maîtrise perpétuelle sur l'espace occupé. Ce constat est également celui qui apparaît au niveau des juridictions judiciaires, celles-ci préférant consolider une situation d'empiétement par l'octroi d'une servitude de surplomb plutôt que par l'acquisition du volume d'espace occupé.

Conclusion de Chapitre

499. Conséquence de la généralisation du volume superficiaire : le principe d'acquisition de l'espace occupé par l'objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier. Le volume immobilier, dans sa plus pure réduction, consiste à ne retenir que la propriété de l'espace à l'indifférence de son contenu. Cette conception invite à retenir un principe selon lequel la propriété superficiaire se doit d'emporter celle de l'espace occupé par son objet. Autrement dit, parce que l'espace serait la plus pure réduction de la propriété superficiaire, cette dernière emporterait immanquablement la propriété de l'espace qui contient la chose, même lorsqu'aucun volume d'espace n'aurait été spécifiquement créé.

500. Réserve à ce principe, justifiée par la diversité des biens superficiaires. Sous l'angle du seul constat, une telle conception implique cependant de pouvoir généraliser la représentation géométrique des biens, ce qui s'avère difficilement envisageable. La propriété superficiaire porte en effet sur des biens pour lesquels toute géométrisation est impossible, comme en témoigne les propriétés superficiaires portant sur des végétaux. L'inopportunité d'une représentation géométrique ressort également de certains éléments distinctement appropriés mais dont le caractère minime – ou précaire – de l'espace occupé ne permet pas une représentation géométrique efficace. Au surplus, une telle représentation peine à saisir les biens souterrains, qui ne correspondent que très imparfaitement à leurs contours matériels. Ainsi, les biens souterrains connaîtront le plus souvent des frontières imprécises, qui ne seront déterminées qu'au gré des litiges ou de la bonne volonté des parties, faisant ressortir toute l'artificialité d'une éventuelle symétrie parfaite entre la propriété superficiaire et celle de l'espace. Le volume d'espace tel qu'il est implémenté dans notre droit ne paraît donc pas pouvoir représenter de façon universelle la réduction de toute propriété superficiaire.

501. Réserve théorique à ce principe, justifiée par son incompatibilité avec le mécanisme de l'accession. Cette constatation se confirme sur le fond du droit. L'acceptation logique de la propriété superficiaire n'implique pas par elle-même une généralisation de la propriété du volume d'espace. L'acquisition de la propriété de l'espace occupé par l'objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier n'apparaît pas conforme au mécanisme de l'accession, qui ne peut justifier l'existence d'une telle acquisition sans contrevenir aux principes qui la commandent. Ainsi, le constructeur sur le terrain d'autrui ne bénéficie jamais de la propriété de l'espace malgré son droit de propriété sur l'édifice qu'il a élevé. Lorsque la propriété superficiaire n'est pas encore consolidée

ou est issue d'une autorisation de jouissance sur le fonds d'autrui, la propriété superficiaire reste encore indifférente à toute appropriation de l'espace, ne serait-ce qu'en raison de l'inutilité d'une telle appropriation : la pérennité de la propriété du superficiaire est assurée par l'autorisation de jouissance en elle-même. On retrouve ici une conception dualiste de la propriété superficiaire, à cela près qu'il n'est pas question de considérer le droit sur le fonds d'autrui comme sa condition d'existence, mais simplement son mode de consolidation. Cette conclusion doit également se maintenir lorsque l'édifice superficiaire est à son tour divisé en propriété, que ce soit par lot de copropriété ou de volume. Un exemple peut utilement illustrer le propos. Dans l'hypothèse d'une « construction en volumes » édifiée dans le cadre d'un bail à construction, il arrive parfois que l'assiette du bail soit un volume d'espace ayant vocation à être intégralement occupé par ladite construction. Or, justifier l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par l'objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier risquerait d'aboutir, pour le bailleur, à constater la perte de propriété de l'intégralité de l'assiette de son bail. En réalité, il ne s'agit ici que d'une division en volumes sans appropriation de l'espace en tant que tel.

502. Réserves à l'abstraction de la propriété superficiaire. Indépendamment de cette lecture radicale, force est de constater que la jurisprudence ne démontre pas d'une généralisation de la propriété de l'espace et semble même y présenter quelques réticences. Ainsi, si la propriété d'un volume d'espace ne pose pas de difficultés particulières au regard de la théorie juridique une fois rétablie la propriété incorporelle, présente dès l'origine du Code civil, il n'en est pas de même de sa réception par les juges. Les servitudes administratives permettent l'établissement de propriétés superficiaires qui pourraient parfois être traduites sans difficulté par une expropriation en volume d'espace. Le choix ainsi effectué en faveur de la servitude s'explique le plus souvent par la lenteur procédurale attachée à l'expropriation couplée à la faible indemnisation liée à la localisation de l'infrastructure envisagée. Lorsque l'ampleur de l'infrastructure est minime, aucune expropriation de l'espace ne semble être prise en compte malgré le fait que se réalise une perte de maîtrise de celle-ci à l'encontre du propriétaire du fonds servant. Seulement, dans cette hypothèse, le morcellement de l'espace est écarté en contrepartie d'une appréciation de l'atteinte au regard de l'intégralité du fonds.

503. Rejet judiciaire de l'acquisition de l'espace occupé par la propriété superficiaire. Le juge judiciaire parait lui, directement opposé à permettre l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par un objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier, comme en témoignent les décisions rendues en faveur de l'acquisition de servitude de surplomb au détriment de l'assiette volumétrique de l'empiétement. La portée du rejet reste incertaine, mais nous semble

surtout indiquer l'acceptation d'une véritable souplesse se positionnant en opposition avec la rigueur qu'impliquerait la généralisation du volume superficiaire, imposant en toute situation superficiaire la propriété du volume d'espace qu'il occupe.

503.1. En tout état de cause, la propriété de l'espace n'apparaît pas intrinsèquement liée à celle de la propriété superficiaire qui l'occupe. Tout comme la propriété superficiaire ne tend pas à l'appropriation de l'espace bidimensionnel de la parcelle occupée, elle ne tend pas non plus à l'appropriation de l'espace tridimensionnel du volume occupé. Le volume superficiaire ne semble donc pas pouvoir caractériser un schéma unique des divisions superficiaires.

Chapitre 2. Tentative de délimitation du champ d'application du fonds superficiaire

504. Énoncé de la difficulté et plan. Il semble délicat de considérer que l'ensemble des propriétés superficiaires puisse se désincarner en un volume d'espace qui serait approprié pour lui-même. L'imprécision persistante de la délimitation géographique de nombre de propriétés superficiaires, couplée à l'analyse de la jurisprudence, font apparaître les imperfections au principe selon lequel la propriété superficiaire devrait emporter l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par son objet. Or, un tel principe devrait pourtant s'appliquer dès que l'on entend réduire toute propriété superficiaire à celle d'un volume d'espace. De plus, une telle assimilation n'est pas forcément souhaitable. Ainsi, et pour reprendre des exemples précédemment cités, la propriété superficiaire d'un arbre, d'une boîte aux lettres, d'un compteur ou encore d'un surplomb causé par un débord de construction, ne sont pas adaptés à la propriété de l'espace. Outre les difficultés inhérentes propres aux végétaux ou aux micro-volumes que cela impliquerait, un volume géométrique ne représenterait pas l'objet de propriété visé par son propriétaire. Cette imperfection nécessite de clarifier les conditions d'existence du fonds superficiaire, qui n'est qu'une portion d'espace déterminée détachée du fonds (Section 1). Cette délimitation aboutira à une réduction du champ d'existence du volume d'espace, qui ne devrait exister qu'en présence d'une création consignée formellement dans un état descriptif de division en volumes. Ce recul conceptuel du volume immobilier devrait également se retrouver dans son approche fonctionnelle : la division en volumes de l'immeuble collectif pourrait désormais s'effacer au bénéfice du régime qu'elle a servi à contourner, la copropriété (Section 2).

Section 1. La délimitation des conditions d'existence du fonds superficiaire

504.1. Dès lors que nous avons pu constater l'absence d'un principe général selon lequel la propriété superficiaire emporte l'acquisition de la propriété l'espace occupé par son objet, il convient d'essayer de circonscrire les conditions d'existence de cette dernière afin de pouvoir exposer clairement les situations portant création d'un volume d'espace. Cette recherche nous amènera à revenir une ultime fois sur la question des servitudes de surplomb. La Cour de cassation semble soumettre la validité de celles-ci à des conditions qu'elle n'a pas précisément déterminées. Ces affaires ouvrent néanmoins des pistes de réflexion quant à la portée conférée à l'absence d'acquisition de la propriété de l'espace en raison de celle de l'objet superficiaire (Paragraphe 1). Malgré-tout, force est de constater que les critères envisageables ne sont pas tout à fait satisfaisants,

ce qui abouti à porter atteinte à la cohérence du droit et à la sécurité juridique. Ce constat invite à rechercher une solution différente. Celle-ci pourrait consister à refuser toute acquisition de l'espace occupé par l'objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier (Paragraphe 2). En définitive, la propriété de l'espace ne pouvant initialement qu'être attachée à celle du fonds de terre et restant au surplus indéterminée sans une délimitation précise, il est cohérent que le processus de création du volume immobilier réponde à des exigences particulières (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. La portée de l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet qui l'occupe dans la jurisprudence de la Cour de cassation

505. Intérêt de la portée de la réticence de la jurisprudence vis-à-vis de la propriété de l'espace en matière d'empiétement. En matière d'empiétement, les décisions de la Cour de cassation proposent plusieurs distinctions. La première consiste en l'opposition entre acquisition de l'assiette foncière – la bande de terrain dans laquelle s'incorporent les empiétements de tréfonds et de surface – et acquisition d'une servitude de surplomb – dont l'assiette est le volume occupé par l'élément empiéteur. Cela a pu aboutir à l'observation selon laquelle il existait une véritable distinction entre les empiétements aériens et terrestres[2248]. Or le fondement juridique de cette distinction paraît éminemment discutable en raison de l'existence de la propriété de l'espace imposant une protection uniforme du droit de propriété[2249]. Ce n'est ici pas la seule nuance. Nous avons pu observer que l'acceptation des servitudes de surplomb se trouve dans la volonté de la Cour de cassation de consolider la propriété des empiétements sans constater l'usucapion de la propriété d'un volume d'espace[2250]. Pourtant, il arrive que la Haute juridiction judiciaire rejette la validité d'une servitude de surplomb, comme en témoigne récemment l'affaire du 6 juin 2019[2251]. Ce conditionnement de la réception de la servitude de surplomb marque la seconde distinction, dont la portée doit pouvoir être déterminée.

2248 F. Letellier, « Notion de servitude : le va-et-vient jurisprudentiel », JCP N 2014, 1384, n° 17.

2249 En ce sens, F. Letellier, *loc. cit.* ; W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622.

2250 *Supra*., n° 497.

2251 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, nos 18-14.547 et 18-15.386, D. 2019, p. 1684, avis B. Sturlèse ; p. 1689, note J. Dubarry ; p. 1801, chron. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RDI 2019, p. 510, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross ; JCP G 2019, p. 729, note F. Danos ; Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30, note J. Laurent ; Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19, note F. Vern ; RLDC 2018, n° 174, p. 34, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *Adde*., Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, note S. Benilsi.

Précisons qu'en l'espèce, les juges du fond avaient pris le temps de relever que la propriété du premier étage appartenait non pas à l'auteur de l'empiétement, mais à la victime de celui-ci (Douai, 1er février 2018, n° 16/05836). Ce point n'a pas été contesté devant les juges de la Cour de cassation. Seule était discutée la validité pour une servitude de venir régulariser un empiétement dans cet espace et son éventuelle requalification en droit réel de jouissance spéciale.

505.1. S'il est incontestable que les servitudes de surplomb apportent une véritable souplesse en permettant la consolidation de certains empiétements sans imposer la rigueur et les frais afférents à la réalisation d'une division en volumes, le maintien circonstancié des servitudes de surplomb implique de justifier la différence de traitement de situations caractérisant un empiétement aérien, ce dont on a pu relever l'incohérence de principe[2252]. Cependant, cette incohérence n'existe qu'à partir du moment où il s'agit de traiter différemment des situations de même nature. Pour assurer la cohérence d'une telle disparité de traitement, celle-ci doit être justifiée par une différence objectivée par un critère de distinction suffisamment caractéristique pour ne pas être artificiel et subir les travers d'une imprécision menant à une insécurité juridique.

505.2. Si la Cour de cassation ne mentionne pas les conditions de validité de la servitude de surplomb, l'étude de la casuistique pourrait faire apparaître des pistes de réflexion concernant l'émergence potentielle de critères objectifs. Ces critères pourraient ainsi nous renseigner sur la portée réelle de sa réticence vis-à-vis de l'acquisition de la propriété l'espace occupé par l'objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier et par conséquence, des conditions d'existence du volume d'espace non prédéterminé. L'idée est la suivante : dans l'hypothèse où la propriété des empiétements aériens ne peut être consolidée par une servitude de surplomb que dans les situations où la Cour de cassation entend rejeter la possibilité d'obtenir toute acquisition de la portion d'espace occupée[2253], identifier celles-ci permettrait alors d'entrevoir en creux, leur champ d'application respectif souhaité par la haute juridiction judiciaire. Autrement dit, l'étendue du rejet de l'acquisition d'un volume d'espace occupé par un objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier serait directement conditionnée au champ de validité des servitudes de surplomb. Ainsi, il serait possible de déterminer les éventuelles conditions d'existence du volume d'espace non prédéterminé.

506. Plan. En ce sens, la seule étendue de l'empiétement ne semble pas pouvoir justifier une telle différence[2254]. Deux autres critères sont néanmoins envisageables. Le premier serait relatif au mode de constitution de la servitude (A). Quant au second, il découlerait de la nature du bien en cause (B).

2252 En ce sens, W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622.

2253 La servitude de surplomb étant, nous l'avons vu, un palliatif à cette acquisition. Sur cette question, *supra*., n° 487 et s.

2254 *Ibid.*

A. Les critères du mode d'établissement de la servitude de surplomb

507. La servitude de surplomb, palliatif à la seule usucapion d'un volume d'espace. Une première piste émerge du constat que les juges sont réticents à admettre l'usucapion de la propriété de l'espace et préfèrent y voir une servitude de surplomb. L'idée serait alors de raisonner de façon générale, en se désintéressant de l'empiétement en tant que tel, pour ne s'intéresser qu'au mode d'établissement de la servitude de surplomb. Il faudrait partir du constat selon lequel la Cour de cassation n'a, semble-t-il, accepté les servitudes de surplomb de façon directe que lorsque celles-ci résultaient d'une acquisition par prescription acquisitive[2255]. En outre, la Haute juridiction judiciaire s'est refusé expressément à admettre une telle création par voie conventionnelle[2256] ou à destination du père de famille[2257]. Même si la théorie juridique invite à penser que le juge civil ne devrait pas pouvoir prendre comme critère l'établissement conventionnel – ou son absence – de telles servitudes[2258], l'idée pourrait être alors de considérer qu'il n'entende maintenir la validité de telles servitudes que lorsque celles-ci sont obtenues par voie de prescription acquisitive. Cela ferait des servitudes de surplomb une véritable anomalie juridique[2259] dont l'existence ne serait justifiée que par la volonté d'éviter qu'une portion de construction puisse aboutir à l'acquisition d'un volume d'espace par voie de prescription acquisitive. En conséquence, la seule assiette susceptible d'être acquise par voie d'usucapion serait l'assiette au sol de la construction prise dans sa globalité[2260]. Pour résumer, à partir du moment où l'on a pu établir que la servitude de surplomb était un palliatif à l'acquisition de l'assiette de l'empiétement aérien – c'est-à-dire d'un volume d'espace – limiter sa reconnaissance aux seules situations d'usucapion pourrait signifier que le rejet du volume d'espace se limite à cette seule situation.

2255 Sauf à rappeler qu'elle semble accepter qu'un tel surplomb soit autorisé à la faveur d'une servitude de passage conventionnel. En ce sens, Cass. civ., 3ème, 11 janvier 2006, n° 04-18.146.

2256 Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°s 18-14.547 et 18-15.386, D. 2019, p. 1684, avis B. Sturlèse ; p. 1689, note J. Dubarry ; p. 1801, chron. N. Reboul-Maupin, Y. Strickler ; RDI 2019, p. 510, note J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2019, p. 622, note W. Dross ; JCP G 2019, p. 729, note F. Danos ; Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30, note J. Laurent ; Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19, note F. Vern ; RLDC 2018, n° 174, p. 34, obs. V. Perruchot-Triboulet ; *Adde*., Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, note S. Benilsi.

2257 Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n ° 98-15.216.

2258 En ce sens, S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiétements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc., p. 180. Voir même, pour une approche laissant entendre qu'aucune servitude d'empiétement conventionnelle ne devrait être sanctionnée par la Cour de cassation, E. Meiller, F. Collard, B. Travely, « Quelles possibilités offre la notion de servitudes ? », JCP N 2018, 1332, n° 12.

2259 D'une part, car elle vient contredire la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses effets, mais également, d'autre part, car ce serait alors une servitude qui ne pourrait être établie que par voie judiciaire.

2260 En ce sens, selon une lecture radicale : Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-20.521.

508. Contradiction jurisprudentielle du critère. Une telle hypothèse se heurte néanmoins à plusieurs difficultés, si bien que définir le mode d'établissement de la servitude de surplomb comme condition de sa validité peine à convaincre. La première difficulté consiste à remarquer qu'une telle lecture s'accompagnerait sans doute d'une forte résistance des juges du fond. Ces derniers acceptent l'établissement des servitudes de surplomb par l'ensemble des modes de création existants. Ainsi, on retrouve validé le principe de telles servitudes, qu'elles émanent de la prescription acquisitive[2261], d'une destination de bon père de famille[2262], ou encore d'une convention entre les parties[2263]. En outre, et même s'il faut rester particulièrement prudent concernant la portée de ces arrêts, la Cour de cassation a par ailleurs pu accepter d'abord indirectement[2264] puis directement[2265] l'existence d'une servitude de surplomb conventionnelle. Ce qui pourrait suffire à invalider un éventuel critère fondé sur le mode d'établissement des servitudes. À l'appui de cette observation, il faut préciser que, en matière de lotissement, il est admis que le cahier des charges puisse priver les propriétaires des lots concernés du droit d'imposer l'élagage des branches empiétant sur leur terrain[2266]. Une telle solution revient à consolider l'empiétement aérien du fonds d'autrui, ce qui, en l'absence d'appropriation de l'assiette concernée, peut s'apparenter à une servitude de surplomb conventionnelle[2267].

509. Contradiction théorique du critère. La seconde difficulté est que conditionner la validité de la servitude de surplomb aux seules situations d'usucapion n'est pas sans soucis et plusieurs éléments viennent s'opposer à une telle lecture. Le premier élément est la contradiction que semble impliquer au regard du droit commun de la prescription acquisitive. Ainsi, *a priori*, rien ne justifie une exclusion de principe de la prescription acquisitive du volume d'espace, d'autant plus qu'une

2261 Angers, 31 août 2020, n° 17/02438.

2262 Poitiers, 2 février 2021, n° 18/00377.

2263 Toulouse, 25 mai 2020, n° 17/05667.

2264 Cass. civ., 3ème, 11 janvier 2006, n° 04-18.146, décision rendue à l'occasion d'une affaire portant sur l'empiétement de conduits de cheminée, vraisemblablement autorisé dans le cadre d'une servitude de passage.

La justification du surplomb par l'existence de la servitude de passage semble ici bien contestable, dès lors qu'une servitude de passage a pour objet l'utilisation de l'assiette d'une portion du fonds servant afin de sortir le fonds dominant de son isolement. Il n'est en rien comparable avec celui consistant à l'autorisation de l'occupation exclusive d'une portion du fonds par un élément appartenant à un autre propriétaire.

2265 Cass. civ., 3ème, 12 octobre 2011, n° 10-20.952.

2266 Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, n° 11-18.791, JCP N 2012, 1363, note E. Meiller, Construction – Urbanisme, septembre 2012, n° 9, comm. 134, note P. Cornille.

2267 En ce sens, E. Meiller, note sous Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, JCP N 2012, 1363 ; B. Travely, E. Meiller, F. Collard, « Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale », JCP N 2015, 1169, n° 8. Pour une assimilation plus générale des clauses limitatives de la jouissance des biens présentes dans les chartes collectives (cahier des charges de lotissement ou de division en volumes – aussi intitulé cahier des règles d'usage et d'habitation – ainsi que règlement de copropriété) à des servitudes : J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 588 et s., p. 521 et s.

décision judiciaire reconnaissant la propriété d'une assiette déterminée suppose logiquement l'établissement d'un état descriptif de division – ici en volumes – marquant rétroactivement la nouvelle délimitation entre les deux fonds contigus[2268]. Le second élément consiste à remarquer l'inopportunité et l'incohérence d'une telle solution. Celle-ci imposerait pour les parties souhaitant la régularisation d'une situation d'empiétement de procéder à une division en volumes. Or, le pragmatisme ne semble pas justifier le recours à cette technique pour les empiétements peu étendus – débord de toiture, de gouttière voire encore d'une corniche. Surtout, cela aboutirait à une incohérence majeure dans le traitement de ces empiétements : leur régularisation en amont ne pourrait passer que par l'établissement d'une division en volumes, alors que celle résultant de l'usucapion ne pourrait aboutir qu'à l'acquisition d'une servitude de surplomb.

B. Le critère de l'existence d'une portion d'espace directement utilisable par le possesseur

510. Élément d'appropriation de l'espace en tant que tel. Une autre approche pourrait consister en la recherche de la nature de l'élément empiéteur au regard de l'édifice en cause. Il s'agirait alors de rechercher si l'excroissance causant l'empiétement est un simple élément du bâti – empiétement qui serait amené à se consolider par établissement d'une servitude de surplomb – ou si elle constitue un véritable espace exploitable par son possesseur – empiétement qui ne pourrait pas se régulariser par une servitude de surplomb et imposerait l'acquisition de l'espace concerné[2269]. Il peut sembler difficile d'apporter une justification théorique du critère amenant à l'exclusion ou l'admission de la propriété de l'espace.

510.1. Il serait éventuellement possible d'imaginer que l'existence de la propriété du volume d'espace puisse procéder d'un raffinement de la possession. L'idée consisterait à ne permettre l'acquisition de la propriété de l'espace que par le truchement de la possibilité d'une possession directe de l'espace par la personne. Il y aurait ici une distinction franche avec les empiétements causés par un simple élément de l'édifice pour lesquels la possession se fait certes par la personne, mais de façon indirecte, celle-ci étant uniquement matérialisée par l'occupation de l'espace en cause

2268 Nous verrons que les réticences à l'usucapion de l'espace occupé par une propriété superficiaire ne viennent pas de son incompatibilité de principe avec les règles de l'usucapion et les exigences formelles d'existence du volume d'espace, mais de l'absence de critère fiable de détermination des situations pour lesquelles une telle acquisition est envisageable. *Infra*., n° 515 et s.

2269 *Adde*. Pour une lecture proche des conséquences de l'arrêt du 6 juin 2019, voir S. Benilsi, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65, spéc., p. 66 : « aussi faudrait-il fixer des limites à la notion de servitude de surplomb. Ces limites pourraient être ici suggérées quant à l'objet de l'empiétement aérien (qui devrait être un toit, éventuellement une partie aérienne accessoire à l'ossature du bâtiment, telle un balcon, mais pas une partie de bâtiment abritant des locaux) et quant à la structure du fonds servant (on pourrait, par exemple, surplomber une partie de terrain non construite, mais pas un bâtiment) ».

par la portion litigieuse du bien[2270]. En d'autres termes, les qualités nécessaires à la caractérisation de la possession utile ne suffiraient pas à obtenir la propriété de l'espace mais permettrait de reconnaître une simple servitude de surplomb, sauf à démontrer que la portion en cause pourrait être le siège d'une quelconque activité humaine.

511. Difficultés théoriques. Une telle justification achoppe aux fragilités théoriques de la possession. Si on excepte les dispositions particulières attachées aux servitudes – limitant leur acquisition par voie de prescription trentenaire à celles qui sont apparentes et continues[2271] –, les règles relatives à l'usucapion ont vocation à s'appliquer de façon générale. Or, ses critères constitutifs ne font aucune distinction quant à l'impact de la possession directe ou indirecte par la personne. Pour cette raison, il peut sembler discutable de se tourner vers l'objet dont l'acquisition est discutée – l'espace en tant que tel – afin d'expliquer que seule l'utilisation directe par la personne de l'espace en cause pourrait caractériser un acte de possession sur celui-ci propre à en justifier l'acquisition.

512. Constatation d'une cohérence jurisprudentielle. En dépit des précédents arguments, c'est peut-être cette idée qui a pu motiver les juges de la cour d'appel d'Orléans, lorsqu'ils ont considéré que le surplomb trentenaire d'un auvent avait pu entraîner, non pas l'acquisition d'une simple servitude de surplomb, mais bien de la propriété de la bande de terrain qui était recouverte par celui-ci[2272]. Autrement dit, dans la configuration d'espèce c'était un véritable espace qu'entendaient prescrire les possesseurs.

512.1. Plus généralement, cette proposition semble en accord avec les multiples décisions des juges du fond acceptant la servitude de surplomb pour les seuls débords d'éléments matériels de l'édifice[2273] et permettrait également d'expliquer certaines variations de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière. Ainsi, la distinction pourrait expliquer la solution rendue par la Haute juridiction judiciaire le 27 juin 2001. Celle-ci a refusé la validité d'une servitude de surplomb[2274]

2270 À noter que la question qui se pose ici est extérieure à la seule problématique de la continuité de la possession des servitudes – seules les servitudes continues et apparentes pouvant se prescrire en vertu de l'article 690 du Code civil – étant donné que toute portion de bâtiment occupe un espace de façon continue.

2271 Article 690 du Code civil. Pour un rappel très récent du principe, Cass. civ., 3ème, 17 juin 2021, n° 20-19.968.

2272 Orléans, 26 mars 2018, n° 16/03969. Il faut remarquer que l'auvent litigieux possédait un ancrage au sol par deux poteaux. Ceux-ci sont néanmoins utilisés par la cour d'appel aux fins de déterminer les dimensions de la bande de terrain appropriée et non pas pour justifier le principe de son acquisition. En conséquence, l'acquisition de la bande de terrain aurait pu se produire même en l'absence d'un ancrage au sol, uniquement en raison de l'utilisation potentielle de l'assiette par le propriétaire de l'élément empiéteur, dès lors que celui-ci invitait à une possession directe de l'espace qu'il délimitait par la personne.

2273 Pour un panel non exhaustif des décisions les plus récentes en ce sens, s*upra*., n° 482, note 2179.

2274 Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n° 98-15.216.

dont l'empiétement était constitué par l'existence d'une véranda prolongeant un appartement. Ce critère semble également s'accommoder des décisions acceptant le principe d'une telle servitude. Il en est ainsi pour ses arrêts du 30 avril 2002[2275] et du 11 janvier 2006[2276] dans lesquels la Cour accepte le principe d'une servitude de surplomb pour des débords issus respectivement de la clôture et de la couverture d'un balcon-passerelle et d'un conduit de cheminée. La distinction semble donc cohérente avec les solutions rendues par la Cour de cassation, bien qu'il faille relativiser la portée d'une telle constatation en raison du faible nombre d'arrêts.

513. Justification par l'absence d'acquisition de l'espace occupé par l'objet superficiaire. Pour autant, l'idée selon laquelle la propriété superficiaire n'a pas vocation à emporter l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par son objet pourrait apporter une justification à cette particularité. Cette idée, qui revient à considérer que la propriété du contenu n'emporte pas forcément celle du contenant impose de démontrer spécifiquement l'appropriation de l'espace en tant que tel et donc, si l'on raisonne en matière de prescription acquisitive, de démontrer l'existence d'une possession utile sur celui-ci. Partant, cela justifie de pouvoir proposer un critère distinctif afin de déterminer ce qui relève de la possession de l'espace pour lui-même, de ce qui n'en relève pas. L'hypothèse serait de considérer que la seule possession d'une portion de construction ne suffit pas à démontrer une possession sur l'espace occupé, à la différence de l'existence d'un local permettant un usage direct par la personne.

514. Limites apportées à ce critère. Reste que, même à justifier l'appropriation de l'espace par son utilisation directe par la personne, toutes les difficultés ne sont pas résolues. La diversité casuistique peut aisément mettre à mal la distinction envisagée et nuire ainsi à la sécurité juridique des parties. Pour s'en convaincre, il suffira d'imaginer un empiétement causé par le débord d'un toit aménagé en terrasse. La situation, bien que simple, ne trouve pas de réponse claire par l'application de ce critère. Dans l'hypothèse où la propriété de l'espace serait retenue par le juge, aucun élément ne permettrait de prévoir la délimitation précise du volume ainsi acquis. Cette difficulté sera commune à toutes les situations dans lesquelles l'espace n'est pas intégralement délimité par la construction. En outre, l'absence d'un élément essentiel du volume d'espace – à savoir sa délimitation précise en trois dimensions – imposerait de refuser son appropriation. Le volume d'espace ne pouvant être assimilé à un fonds de terre, il ne peut bénéficier de son principe d'étendue verticale, attaché à la propriété du sol[2277]. En conséquence, le volume d'espace se doit d'être

2275 Cass. civ., 3ème, 30 avril 2002, n° 00-17.356.

2276 Cass. civ., 3ème, 11 janvier 2006, n° 04-18.146.

2277 *Supra*., n° 323 et s.

précisément délimité afin de pouvoir être dissocié de la propriété de l'étendue du dessus. En l'absence d'une telle délimitation, on retombe sur les critiques apportées par Monsieur le Professeur Goubeaux, qui démontre par l'absurde l'impossibilité de réalisation de la prescription acquisitive limitée à un volume d'espace non prédéterminé[2278]. Ainsi, il faut considérer qu'en l'absence de détermination spécifique, l'espace en cause doit continuer d'être pris dans son ensemble[2279], c'est-à-dire comme l'étendue verticale du fonds de terre dans lequel il prend place.

514.1. Cela pourrait aboutir à réserver l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par un objet superficiaire en raison de la propriété portant sur celui-ci aux seules portions d'espace précisément délimitées par une construction édifiée. Mais ici encore, il resterait à déterminer précisément les éléments matériels pris en compte afin de caractériser les limites du volume[2280]. Or cela renvoie une nouvelle fois aux fragilités théoriques du critère de la possession directe par la personne. La solution n'est en effet pas pleinement satisfaisante, en ce qu'elle aboutirait, soit à limiter le volume d'espace ainsi acquis au seul espace compris à l'intérieur de la construction, soit à intégrer dans ce volume des éléments de construction pourtant exclus de toute appropriation d'un volume d'espace au bénéfice de la servitude de surplomb. Pour résumer, ce critère, bien qu'intéressant, ne constitue pas un critère fiable en toutes circonstances et ne peut fonctionner que par l'acceptation d'une incohérence théorique si bien qu'il semble devoir être écarté. En conséquence, aucun des critères envisageables pour justifier le conditionnement de l'acceptation des servitudes de surplomb ne semble pouvoir être retenu.

515. Intérêt d'une justification alternative. En définitive, l'étude de la jurisprudence relative à la servitude de surplomb nous a amené à comprendre que, dans certains cas, la Cour de cassation ne traite pas en égal les assiettes terrestres et celles d'espace. L'analyse des critères potentiels aboutissant à la validité de la servitude de surplomb permet d'obtenir des informations relatives aux réticences que peut avoir la Cour de cassation vis-à-vis du volume d'espace. Néanmoins, parmi les critères envisagés, aucun n'est pleinement satisfaisant. Sans doute, pouvons-nous relever que l'intégration discutable des servitudes de surplomb questionne la confrontation entre la rigueur théorique du dogme juridique et le pragmatisme d'une solution opportune. En autorisant les servitudes de surplomb, la Cour de cassation ferait indubitablement prévaloir le second au détriment

2278 G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279, spéc., n° 21, p. 291 et 292.

2279 En ce sens, mais raisonnant à propos d'un fonds de terre pris dans son ensemble : N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010, n° 113, p. 57.

2280 La dissociation du local devra reprendre les démarcations utilisées dans le cadre des divisions en volumes, le volume d'espace correspondant étant alors déterminé par ces dernières. Sur cette question, *supra*., n° 94 et s.

de la première[2281]. Autrement dit, cela confinerait aux inévitables contradictions du droit, inhérentes à sa nature de construction intellectuelle, ce qui n'est pas obligatoirement constitutif d'un véritable problème. Ainsi, comme a pu le faire remarquer Monsieur le Professeur Strickler, « le droit reste une science humaine et, en tant que telle, ne peut qu'intégrer dans sa démarche la nécessité d'une marge de souplesse préservée entre l'énonciation théorique d'une règle et son application au cas concret »[2282]. Ainsi, l'acceptation de la servitude de surplomb ne serait pas si choquante, même dans un modèle accueillant pleinement la propriété de l'espace et maintenant la prohibition des servitudes d'empiétement. Reste qu'à partir du moment où l'on remarque que le dogme juridique participe à l'harmonie de la direction générale du droit et sa prévisibilité, s'en écarter peut aboutir à atteindre la sécurité juridique[2283]. Cette dernière s'en trouverait ainsi atteinte par le seul risque de revirement de jurisprudence lié aux fragilités théoriques constatées ou, plus simplement, en raisons des hésitations inhérentes à l'imprévisibilité de la solution en raison de l'absence d'un critère satisfaisant[2284]. Or, sur cette question, l'histoire mouvementée de l'acceptation des servitudes de surplomb – jusqu'au doute le plus récent issu de l'arrêt du 6 juin 2019 – est un bon exemple[2285].

516. Inopportunité de la généralisation de l'acquisition de l'assiette volumétrique. En partant du principe qu'il est nécessaire d'apporter une réponse prévisible fondée sur des critères identifiables, peut-être faut-il revenir à plus de simplicité et à une solution plus englobante. La rigueur juridique attachée au constat de l'existence de la propriété de l'espace semble commander l'acquisition, en toute circonstance, de l'assiette volumétrique de l'empiétement. Or, partir de cette hypothèse imposerait, de modifier la solution de principe retenue pour les empiétements de tréfonds et surface. Il ne s'agirait plus d'obtenir la modification des limites parcellaires selon l'avancée de l'empiétement, mais bien d'acquérir l'assiette volumétrique dans laquelle il prend place, peu importe que celle-ci se situe en tréfonds, surface ou surplomb. Parce que l'acquisition ne portant plus sur une portion d'assiette foncière mais sur un volume d'espace indépendant des limites

2281 En ce sens, W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622.

2282 Y. Strickler, « Nature et culture. Du rôle de la volonté dans la qualification des biens », *in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 525, spéc., p. 526.

2283 Sur cette question, W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s) ? », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117g3, p. 112, spéc., n° 5.

2284 Également en ce sens, X. Guédé, F. Letellier, E. Cevaër, C. Davèze, « Servitudes ou empiétements : une question de sécurité juridique ! », AJDI 2015, p. 188.

2285 *Supra*., n° 482.

parcellaires, le droit de l'urbanisme y sera indifférent[2286]. La conséquence principale est que l'obtention d'autorisations administratives risque de rencontrer des difficultés, en particulier en cas de reconstruction sur la portion concernée[2287]. De plus, la simplicité de la solution entraîne une véritable complexification des limites de la propriété dont on peut douter qu'elle soit souhaitable. Enfin, on peut se poser la question de savoir s'il est bien nécessaire d'inscrire dans l'éternité – à l'échelle de notre régime de propriété – de si complexes limites. Tous ces éléments participent certainement de la décision de la Cour de cassation de reconnaître des servitudes de surplomb plutôt que l'acquisition de l'assiette volumétrique de l'empiétement[2288]. Ils invitent à rechercher une autre solution.

Paragraphe 2. Pour une indépendance totale de la propriété superficiaire à son assiette volumétrique

517. Distinction franche de la propriété superficiaire du fonds superficiaire et plan. L'idée serait de procéder à l'inverse de la généralisation de la propriété de l'espace et de maintenir le rattachement de celle-ci à son fonds de terre, nonobstant l'existence d'une ou plusieurs propriétés superficiaires. En somme, cela reviendrait à rejeter toute acquisition de la propriété de l'espace occupé par un objet superficiaire en raison de la propriété portant sur celui-ci et ainsi distinguer fondamentalement la propriété superficiaire du fonds superficiaire. La première occuperait un espace dans le fonds d'autrui sans que ce dernier n'échappe au propriétaire du fonds concerné, quand le second consisterait à attribuer à un autre propriétaire que celui de l'entendue du fonds duquel il se trouve, un volume d'espace spécifiquement et précisément déterminé. Un exemple récent pour illustrer cette distinction est apparu à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article L. 113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation[2289]. Cet article prévoit la mise en place d'un « droit de surplomb », qui permet à un propriétaire d'empiéter en surplomb sur le terrain d'autrui afin de permettre l'isolation thermique extérieure d'un bâtiment existant. Strictement

2286 Le droit de l'urbanisme étant un droit attaché à la notion d'unité foncière, caractérisée par une portion de sol. *Supra*., n° 353.1 et s.

2287 X. Guédé, F. Letellier, E. Cevaër, C. Davèze, *op. cit.*

2288 *Supra*., n° 487 et s.

2289 Article issu de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite, loi « climat et résilience »).

encadré[2290], cet article permet donc la création d'une propriété superficiaire, caractérisée par la portion du bâtiment empiétant en surplomb le fonds voisin. Pourtant, il serait excessif d'y voir une cession du volume d'espace occupé[2291], dès lors que la validité de cet empiétement est justifiée par une finalité précise et reste conditionnée à celle-ci. En outre, l'alinéa 3 de cet l'article prévoit que « ce droit s'éteint par la destruction du bâtiment faisant l'objet de l'ouvrage d'isolation ». Imposer une telle extinction montre bien la persistance de la propriété de l'espace occupé dans l'escarcelle du propriétaire du fonds empiété et devrait, par ailleurs, bloquer toute possibilité de reconstruction à l'identique[2292]. Reste qu'il faut réussir à expliquer dans quelle mesure le propriétaire d'un fonds peut être considéré propriétaire de l'espace occupé alors qu'il n'en a plus une maîtrise absolue (A) et d'en apprécier les principales conséquences (B).

A. La justification du rejet du principe selon lequel la propriété superficiaire emporte l'appropriation de l'espace occupé par son objet

518. Caractérisation de l'absence de propriété de l'espace occupé par le bien superficiaire. La perte de maîtrise de l'espace en raison de son occupation par la propriété superficiaire n'est pas totale. Au final, elle justifie que le propriétaire du fonds recouvre la pleine maîtrise de la portion d'espace autrefois occupée par le bien superficiaire une fois celui-ci disparu[2293]. Pour bien

2290 Ainsi, l'article L. 113-5-1 du Code de construction et de l'habitation prévoit qu'un tel empiétement est conditionné à « une indemnité préalable au bénéfice du propriétaire du fonds surplombé », mais également qu'il ne peut s'établir qu'à « deux mètres au moins au-dessus du pied du mur, du pied de l'héberge ou du sol, sauf accord des propriétaires des deux fonds sur une hauteur inférieure ». En outre, cet article prévoit également que l'empiétement réalisé ne pourra dépasser trente-cinq centimètres et reste conditionné au fait qu'« aucune autre solution technique ne permet d'atteindre un niveau d'efficacité énergétique équivalent ou que cette autre solution présente un coût ou une complexité excessifs ».

2291 Voir cependant, H. Périnet-Marquet, « Le droit de surplomb, nouvel instrument au service de la politique énergétique », Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2021, repère 10. L'auteur, réfutant la qualification de servitude, considère que ce droit « est, en réalité, un empiétement en volume sur un fonds voisin » (spéc., p. 2) et que l'indemnité devant être versée au propriétaire empiété se rapproche « de celle due en cas de perte de propriété sur le volume occupé par l'isolation, même si, pour des raisons sans doute constitutionnelles, le texte se garde bien de parler d'expropriation » (*loc*. c*it.*).

2292 En ce sens, C. Greff, « Loi Climat et droit de surplomb », JCP N 2021, 1307, spéc., n° 4.

2293 Pour une solution similaire, voir l'article 1115 du nouveau Code civil du Québec, entré en vigueur le 1er janvier 1994, qui dispose que « la perte totale des constructions, ouvrages ou plantations ne met fin à la propriété superficiaire que si celle-ci résulte de la division de l'objet du droit de propriété ». En substance, cela revient à dire que la propriété superficiaire prend fin avec son objet, sauf lorsque l'objet en cause s'avère être un volume d'espace, celui-ci n'étant pas lié à l'existence de la matière. Une telle rédaction revient également à comprendre que la propriété superficiaire persiste lorsqu'elle résulte « de la cession du droit d'accession ou de la renonciation au bénéfice de l'accession » (hypothèse visée par l'article 1110 du Code civil du Québec). Si nous en approuvons le principe, précisons que la rédaction de la disposition nous semble néanmoins impropre : sauf à considérer qu'une telle cession ou renonciation confine à l'existence d'un droit de propriété sur un volume déterminé, la propriété superficiaire détruite disparaît, faute d'objet sur lequel s'appliquer. En réalité, cet article vise la situation dans laquelle le superficiaire est titulaire d'un droit sur le fonds d'autrui justifiant ainsi la pérennité de sa propriété superficiaire. En cas de destruction de cette dernière, il est simplement possible pour l'ancien propriétaire superficiaire – sa propriété ayant disparu en raison de la destruction de l'objet – de procéder à une nouvelle édification ou plantation, faisant ainsi naître une nouvelle propriété superficiaire qui perdurera jusqu'à son éventuelle destruction, sans toutefois pouvoir dépasser la durée de son droit sur le fonds

comprendre cette idée, une première piste serait de raisonner à la fois négativement – c'est-à-dire sur ce que perd le propriétaire du fonds de terre – et positivement – c'est-à-dire le bénéfice obtenu par le propriétaire superficiaire. Ainsi, serait-il possible de revenir à la distinction très générale faite par le doyen Carbonnier à propos du droit de propriété et de la figure du démembrement. Il rappelle dans son analyse de l'article 544 du Code civil que l'emploi de l'adjectif « absolu » emporte comme conséquence qu' « un propriétaire peut tout faire, sauf ce qui lui est interdit [à l'inverse du] titulaire de n'importe quel autre droit réel [qui] ne peut faire que ce qui lui est spécialement accordé »[2294]. Or, si aucun doute n'existe concernant la propriété superficiaire, il n'en est pas de même concernant l'espace occupé. Ainsi, lorsqu'existe une propriété superficiaire consolidée portant sur un élément tangible spécifique, il est indéniable que son propriétaire bénéficie d'une maîtrise absolue sur le bien. Par miroir, il est incontestable que le propriétaire du fonds empiété va perdre la maîtrise de l'espace occupé par le bien. Pour autant, le propriétaire superficiaire ne va pas en acquérir une maîtrise absolue, celle-ci ne persistant que par l'existence du bien en lui-même, voire du droit qui en a permis l'établissement ou en autorise le maintien. En conséquence et relativement à l'espace occupé par la propriété superficiaire en cause, le propriétaire superficiaire ne bénéficie donc pas d'une liberté de principe expurgée de quelques restrictions, mais bien d'une occupation spécifique de celui-ci[2295].

518.1. À titre d'exemple, et nonobstant les conséquences de la destruction du bien, le propriétaire superficiaire d'un droit de superficie caractérisé par un arbre sur le fonds d'autrui ne devrait pas pouvoir remplacer l'arbre par un poteau de quelque nature que ce soit, quand bien même ce dernier resterait dans les limites de l'assiette volumétrique du bien précédent[2296]. Comme il ne bénéficie pas d'une maîtrise absolue et générale sur l'espace occupé, il est tout à fait envisageable de ne pas le considérer comme son propriétaire. À l'inverse, la victime de l'empiétement ne bénéficiera plus d'une maîtrise absolue de l'espace occupé. Toutefois, dans l'hypothèse où le

---

d'autrui.

2294 J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations,* PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 730, p. 1640, spéc., p. 1642.

2295 *Contra*., S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiétements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc., p. 188. L'auteure semble suggérer l'appropriation de l'espace par l'existence de la propriété superficiaire : « Toutefois, cette solution [la création d'une propriété superficiaire] emporte un transfert de la totalité des utilités liées à la propriété de l'espace occupé par le fonds voisin au profit de ce dernier. L'espace restera la propriété de son titulaire même si le débord de toiture, le balcon, la marquise devaient être démolis et la marquise du siècle dernier pourra toujours être remplacée par un débord de toiture dès lors que ce dernier ne dépassera pas les limites de la propriété nouvellement déterminée ».

2296 Pour rappel, l'assiette volumétrique d'un arbre reste particulièrement complexe à déterminer, si ce n'est à cause du mouvement – on pourrait ainsi raisonner en fonction de l'encombrement global qu'il peut causer – au moins en raison de l'accroissement du bien.

propriétaire superficiaire entend s'évincer de la finalité de son occupation consolidée, le fait que le propriétaire du fonds puisse agir afin d'être remis en pleine possession de l'espace occupé sur le fondement de l'abus de jouissance pourrait suffire à justifier qu'il en conserve la propriété[2297].

518.2. Cette présentation des choses aura cependant des difficultés à rendre compte de la diversité des propriétés superficiaires envisageables. Ainsi, ce qui peut sembler évident pour un arbre l'est déjà beaucoup moins lorsque la propriété superficiaire en cause porte sur un bâtiment ou une portion de tréfonds. Le propriétaire superficiaire d'une cave ou d'un local devrait pouvoir en modifier la destination, la substance, et certainement quelque peu les contours extérieurs. Sans doute pouvons-nous considérer que le propriétaire superficiaire d'une construction puisse poser des panneaux solaires sur la toiture ou encore que celui d'une cave puisse intégrer à celle-ci des éléments nécessitant un ancrage dans l'épaisseur du tréfonds qui n'est pas censé lui appartenir. L'explication justifiant la différence de solution pourrait cependant se trouver aisément. D'une part, le remplacement d'un bien superficiaire suppose au préalable sa destruction – et donc la perte de la propriété. D'autre part, il consiste en un changement de nature de l'objet superficiaire, ce que n'implique pas le changement de destination d'un local.

518.3. Il reste cependant à cette présentation une difficulté potentiellement dirimante. Celle-ci est révélée par la confrontation du maintien de la propriété de l'espace du propriétaire du fonds de terre à la persistance de l'objet qui l'occupe. Il est logiquement exposé en la matière que la propriété superficiaire, perpétuelle par nature, persistera tant que l'objet sur lequel elle porte existera[2298]. Cette conséquence tout à fait déductive issue de l'absence de la propriété de l'espace par le propriétaire superficiaire pourra néanmoins être mise à l'épreuve par le moment de bascule entre la destruction partielle – permettant la réparation de l'objet superficiaire – et la destruction totale – aboutissant à la perte de la propriété superficiaire. On peut aisément concevoir la destruction totale d'un bâtiment, malgré la persistance de ses fondations, dès lors que la perte des éléments de

2297 On retrouve une approche similaire chez Monsieur Poux, lorsqu'il étudie les potentielles restrictions attachées à un droit réel de jouissance spéciale perpétuel permettant de le distinguer de la propriété. Sur ce point, V. Poux, *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, thèse, Lyon III, 2019, n° 573 et s., p. 547 et s.

2298 Pour un rappel historique de la constance de cette solution, R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie : des glossateurs aux premiers commentateurs du Code civil de 1804 (XIIe – XIXe siècle)*, thèse, Paris II, 2018, p. 479 et s. Il ressort de cette étude que l'ensemble des auteurs acceptant la propriété superficiaire concluent à son extinction totale (perte de la propriété par la destruction de l'objet et impossibilité de reconstruire ou replanter) lorsqu'elle porte sur un objet précis et que celui-ci est détruit. La possibilité de reconstruire est ensuite affirmée, soit lorsque la propriété superficiaire résulte d'un bail sur le sol, où lorsque la division superficiaire porte sur l'intégralité du sol. En ce sens, Ch. Wolff, *Institution du droit de la nature et des gens*, Traduite du latin *Institutiones juris naturae et gentium*, tome IV, 1772, p. 173 et s. qui voit dans toute propriété superficiaire un droit d'occuper une portion du fonds d'autrui avec un édifice construit à ses frais. Voir également J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, *et de superficie*, tome VIII, Dijon – V. Lagier, 1825, p. 551 et s.

gros œuvre est constatée. L'appréciation sera plus délicate en matière de bien souterrain, dès lors que la caractérisation de l'objet en lui-même peut s'avérer particulièrement délicate[2299]. Signe de la persistance de la maîtrise de l'espace par le propriétaire du fonds, la vocation – même lointaine – à recouvrer la propriété de l'espace occupé, pourrait alors être partiellement mise à mal. Peut-être est-il alors nécessaire d'aller plus loin et de relativiser le principe d'une propriété de l'espace immédiate attachée au propriétaire du fonds de terre.

519. Hypothèse de l'indétermination de l'étendue verticale de la propriété du fonds de terre. Il serait alors tentant de revenir vers une lecture moins ambitieuse de l'article 552 du Code civil afin de le purger de toute appropriation de l'espace. Cette conception aboutit généralement à limiter l'étendue verticale de la propriété du fonds de terre aux utilités concrètes de la chose, réduisant la propriété du dessus et du dessous aux seuls éléments tangibles y prenant place et refusant toute propriété de l'espace[2300]. L'objection s'avère spécieuse : elle entend limiter la portée de l'article en rappelant qu'il avait été initialement pensé dans un contexte où la propriété de l'espace n'avait pas été conceptualisée. Cette seule constatation ne doit pas permettre d'écarter à elle seule la propriété de l'espace : ce n'est pas parce qu'elle n'avait pas été conceptualisée qu'elle doit être exclue d'un système pouvant parfaitement l'accueillir. Il nous semble que réduire l'article 552 aux seuls éléments tangibles ne se justifierait qu'en raison d'un rejet plus général de la propriété de l'intangible, dont nous avons rappelé l'inexactitude[2301]. En tout état de cause, dès lors que le principe de la propriété de l'espace est accepté, l'application de la théorie ramenant l'étendue de la propriété du fonds de terre à ses utilités concrètes n'empêche pas, en soit, la création de volumes d'espace. Dans cette situation, céder une portion d'espace revient indubitablement à mettre en œuvre l'une des utilités du fonds de terre en disposant d'un bien spécifique. Ce courant doctrinal peine cependant à justifier l'existence d'une véritable protection de la propriété de l'étendue verticale du fonds de terre.

519.1. Ainsi, peut-être pouvons-nous nous inspirer de l'indétermination de principe de l'étendue verticale de la propriété du fonds de terre. L'hypothèse soutenue récemment par Monsieur le Professeur Trémorin part du principe selon lequel les frontières verticales de la propriété du fonds de terre ne devraient pas être fixées *a priori* afin de rendre compte du « caractère flexible du

2299 Sur cette dernière question, *supra*., n° 241 et s. ; 470 et s.

2300 *Supra.*, n° 255.1 et s.

2301 *Supra*., n° 417.1 et s.

dedans »[2302] et de sa capacité d'« ouverture vers le dehors »[2303]. Ces caractéristiques sont pensées par l'auteur comme « le potentiel d'utilité du fonds »[2304]. Ne pas fixer de limite *a priori* ne doit pas empêcher de le faire *a posteriori* sous peine d'exclure cette verticalité du champ de l'appropriation. L'auteur entrevoit très logiquement ce point et propose d'adopter la solution suivante : il s'agirait de considérer les limites supérieure et inférieure du fonds de terre comme existantes mais indéterminées par principe. Leur fixation précise est étudiée au cas par cas, lorsque le problème se pose[2305].

519.2. Si la théorie proposée par l'auteur prend place dans un raisonnement refusant la propriété de l'espace, c'est surtout l'universalisation de son existence à titre de réduction la plus pure de toute propriété immobilière qui est critiquée, bien plus que sa faculté d'existence à titre exceptionnel. En définitive, questionner la pertinence de la propriété de l'espace située à une hauteur ou profondeur inaccessible au propriétaire de la parcelle et refuser le principe de la propriété d'un volume d'espace dont l'objet sera d'assurer la pérennité de la propriété d'une portion d'espace spécifiquement déterminé, ce sont deux choses différentes[2306]. Il est également différent de critiquer la généralisation de la propriété de l'espace et d'accepter la possibilité de créer des volumes d'espace à titre d'objet de propriété spécifique. En réalité, l'indétermination de principe des frontières verticales du fonds de terre n'empêche aucunement d'accepter le volume d'espace à titre d'objet de propriété, dès lors que seule son appropriation automatique de principe est refusée mais que l'on constate son existence[2307] et la possibilité d'appropriation des biens incorporels[2308]. Il s'agit alors de considérer que l'article 552 du Code civil attribue au propriétaire du fonds de terre, non pas la propriété infinie de son étendue verticale, mais une simple faculté d'appropriation de celle-ci. Cela pourrait pareillement justifier la protection du propriétaire du fonds de terre face aux atteintes portées sur l'étendue verticale de ce dernier. Seulement, il ne sera pas question d'une atteinte envers

2302 Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 436 et s.

2303 Sur ce point, Y. Trémorin, *op. cit.*, spéc., p. 441 et s.

2304 Y. Trémorin, *op. cit.*, spéc., p. 440.

2305 Y. Trémorin, *op. cit.*, spéc., p. 437.

2306 La théorie des volumes pourrait ainsi s'accommoder sans difficulté d'une restriction de l'étendue verticale de la propriété du sol. Ainsi, l'article 3.63 de la loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « les biens » du Code civil belge (Moniteur belge, 17 mars 2020, p. 15753) dispose que « le droit de propriété sur le fonds s'étend uniquement à une hauteur au-dessus ou une profondeur en dessous du fonds qui peut être utile à l'exercice des prérogatives du propriétaire » tout en autorisant la création de volumes immobiliers à l'article 3.1777 de cette même loi. Ceci est parfaitement logique : la création, par le propriétaire du fonds de terre, d'un volume spécifique à une fin déterminée démontre, en soi, de l'utilité de la portion d'espace qui le constitue.

2307 *Supra*., n° 252 et s.

2308 *Supra*., n° 414.1 et s.

la propriété de l'espace en tant que telle, mais envers sa faculté d'appropriation par le propriétaire du fonds. En outre, cela permettrait de recentrer les propriétés superficiaires par rapport à leur objet. Enfin, la création de volumes d'espace ne poserait aucune difficulté, celui-ci ne caractérisant que l'expression de cette faculté d'appropriation. Plus encore, cela ne ferait que renforcer l'importance de la volonté dans le processus de création du volume d'espace.

519.3. Pour résumer, cette proposition permet d'expliquer que la propriété du volume d'espace ne procède pas directement de celle des superficies et qu'elle ne peut résulter d'une quelconque prescription acquisitive par la possession prolongée d'une propriété superficiaire restée jusqu'alors précaire. Cette théorie accepte néanmoins le principe de l'appropriation de l'espace, mais suppose que le volume d'espace ne puisse naître que d'un choix émanant de celui qui à la possibilité de se l'approprier, c'est-à-dire le seul propriétaire du fonds de terre[2309]. En définitive, si l'existence de l'espace parmi les choses du réel est indéniable, son appropriation spécifique nécessite la création d'un volume présentant ses délimitations précises par le propriétaire du fonds[2310], celle-ci ne pouvant se déduire par la seule présence d'un contenu l'occupant. En outre, cette présentation s'accommode davantage à la persistance des propriétés superficiaires en limitant les frictions causées par l'occupation prolongée d'une portion d'espace du fonds d'autrui par celle-ci.

B. Les conséquences de la distinction entre propriété superficiaire et fonds superficiaire

520. Plan. Dès lors que l'on écarte toute possibilité d'acquisition de la propriété de l'espace non prédéterminé dans un volume spécifique, il faut pouvoir trouver une explication au mécanisme à l'œuvre en matière de consolidation des propriétés superficiaires. Celle-ci nécessiterait finalement un retour vers la théorie dualiste de la propriété, tout en ouvrant potentiellement une faculté de consolidation plus perenne (1). La question des empiétements présenterait de son côté des originalités plus prononcées (2).

1. Les propriétés superficiaires et la nécessité d'un lien avec le propriétaire du fonds

521. Propriété superficiaire conventionnelle. Concernant la constitution volontaire de propriétés superficiaires indépendantes établies sur le fonds d'autrui, constater l'absence

2309 Pour une approche similaire : F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 318, p. 441 : « un volume ne pourrait pas être établi sur autre chose qu'une entité délimitée par ses références géographiques – une parcelle –, ce qui exclut l'utilisation de cette technique par tout autre que le propriétaire du sol ». Cette idée exclut cependant que le propriétaire d'un volume d'espace souhaitant le diviser à son tour puisse le faire, ce qui est pourtant tout à fait envisageable.

2310 *Infra*., n° 537 et s.

d'acquisition de la propriété de l'espace occupée par l'objet superficiaire ne semble pas emporter un grand bouleversement du droit positif, celui-ci s'accommodant depuis longtemps de cette compréhension des choses. Cela suppose néanmoins de prendre acte de l'absence de propriété de l'espace en tant que tel. Ce qui implique que le droit de propriété superficiaire soit strictement limité à l'existence de l'objet matériel en cause. En outre, une telle présentation des choses suppose que la propriété superficiaire procède de l'absence de mise en œuvre de l'accession, donc de l'obtention d'une autorisation de jouissance de la part du propriétaire du fonds dans lequel la propriété superficiaire prend place[2311]. Dans l'hypothèse où aucune limite temporelle à cette autorisation n'est souhaitée[2312], il sera alors nécessaire de prévoir la possibilité que celle-ci couvre la durée potentielle d'existence de la propriété superficiaire afin de s'assurer de la pérennité de celle-ci. Parmi les solutions envisageables, nous avons pu observer que celles-ci relèvent, soit de l'établissement d'un droit réel de jouissance sur le fonds d'autrui, soit d'une ou plusieurs servitudes[2313].

522. Cas particulier des biens souterrains. Nous pouvons déjà observer une distinction fondamentale selon la nature de la propriété superficiaire. Dans le cas où celle-ci se situe dans le tréfonds d'autrui, il semble que la question puisse être solutionnée en totalité par l'application jurisprudentielle de la servitude de passage en cas d'enclave aux propriétés superficiaires souterraines depuis un arrêt du 8 mai 1961[2314]. À partir du moment où l'accès perpétuel – voire ici imprescriptible en raison du caractère légal de cette servitude[2315] – au bien superficiaire est assuré,

---

2311 Sur cette question, *supra*., n° 412.

2312 Ce qui en pratique, concerne une minorité de situations.

2313 À noter qu'un système juridique relativement proche du nôtre, le droit québécois, a entendu régler cette situation à l'occasion de son nouveau Code civil, entré vigueur le 1er janvier 1994. Ainsi, l'article 1111 du Code civil du Québec dispose que « le droit du propriétaire superficiaire à l'usage du tréfonds est réglé par la convention. À défaut, le tréfonds est grevé des servitudes nécessaires à l'exercice de ce droit ; elles s'éteignent lorsqu'il prend fin ». Il n'est cependant pas certains qu'une telle solution soit transposable sans difficulté en droit français, notamment au regard des exigences résultant de notre conception de la notion de servitude.

2314 En ce sens, Cass. civ., 1re, 8 mai 1961, n° 57-12.853, Bull. Civ. 1961, n° 228 ; Cass. civ., 1re, 22 mai 1962, n° 60-11.412, Bull. Civ. 1962, n° 259 ; Cass. civ., 1re, 3 décembre 1962, n° 60-12.116, Bull. Civ. 1962, n° 515 ; Cass. civ., 3ème, 7 mai 1986, n° 84-16.957 ; Cass. civ., 3ème, 17 juillet 1991, n° 89-21.804.

Plus encore, elle semble également accepter l'état d'enclave d'appartement pris isolément : Cass. civ., 3ème, 27 octobre 2004, n° 03-15.151, voire d'une propriété superficiaire : Cass. civ., 3ème, 9 avril 2013, n° 12-14.419 (la cour de cassation rejette ici non pas l'état d'enclave mais le fondement de la demande. Parce que cet état provenait de la vente du rez-de-chaussée, le vendeur ne pouvait se prévaloir que de l'article 684 du Code civil et non pas de l'article 682. En conséquence, la servitude de passage pour enclave ne pouvait s'exercer que sur une assiette prise à l'intérieur de la portion vendue) ; Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2018, n° 16-20.563 (précisons tout de même que la formulation de la Cour de cassation est malheureuse en ce qu'elle précise qu'une servitude de passage au profit d'un appartement au premier étage devra être institué sur le rez-de-chaussé de l'immeuble, tout en affirmant que le fonds – prenant en compte la parcelle indépendamment de l'existence d'une pluralité de propriété sur celle-ci – n'est pas enclavé).

2315 Cass. civ., 3ème, 11 février 1975, n° 73-13.974. Sur cette question, Th. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », RTD Civ. 2004, p. 403, spéc., n° 11.

il ne reste plus qu'à s'assurer de l'articulation entre les deux droits de propriété concurrents au sein du même fonds. En l'absence de division en volumes – qui en la matière, nous semble préférable – la délimitation précise du bien n'est pas assurée. Pour autant, il est possible de s'inspirer des règles coutumières caractérisée par certains usages locaux, qui connaissaient ce type de problématique bien avant l'avènement du volume immobilier. Ainsi, les usages locaux d'Indre et Loire[2316] prévoient que le propriétaire superficiaire d'un bien souterrain reste propriétaire du volume de celui-ci ainsi que des parois le délimitant. Ils précisent également que son propriétaire ne pourra bénéficier d'aucun droit à l'agrandissement de la cavité et ne peut en aucun cas extraire les matériaux. Il bénéficie toutefois de l'autorisation d'effectuer tout aménagement et installation au sein de celle-ci, ce qui pourrait s'apparenter à la reconnaissance de l'existence d'une servitude d'ancrage au bénéfice du bien souterrain dans le cas où celui-ci dépasserait les limites des parois qui lui sont attribuées en propriété. Ces usages peuvent sans doute paraître un peu frustes, mais ils permettent néanmoins d'assurer la pérennité de la propriété superficiaire souterraine sans passer par la réalisation d'une division en volume lorsque celle-ci s'avère impossible, ou simplement inexistante[2317].

523. Propriété superficiaire pouvant constituer un fonds. Dans l'hypothèse des propriétés superficiaires de surface où serait envisagée une véritable perpétuité – c'est-à-dire une persistance du droit au-delà de l'existence de la construction – la cession d'un volume superficiaire portant sur la portion d'espace utile semble davantage adaptée. La situation visée ici serait la seule consolidation du droit de propriété superficiaire pour la durée de celui-ci. Conséquence de l'absence de division du fonds de terre et de l'espace, l'octroi de plusieurs autorisations de jouissance en vue de bâtir sur un même terrain à des personnes différentes pourrait s'avérer constitutif d'un lotissement, ce dernier étant constitué dès lors qu'existe une division en jouissance de l'assiette foncière en vue de bâtir[2318].

523.1. Concernant l'articulation de la propriété superficiaire avec la propriété du fonds de terre, l'application des servitudes devrait pouvoir être envisagée, mais cela impliquerait que l'objet superficiaire en lui-même puisse être assimilé à un fonds indépendant dominant, ce qui peut générer quelques réticences. Pourtant, d'un certain point de vue et à considérer la partie privative d'un lot de

2316 *Recueil des usages locaux du département d'Indre et Loire*, Chambre d'Agriculture d'Indre et Loire, 1980, n° 60 à 62.

2317 Sur cette question, *supra*., n° 238 et s.

2318 Sur cette question, *supra*., n° 359 et s. Pour une conclusion similaire, hésitant sur le point de savoir s'il s'agit d'une division de l'assiette foncière en propriété ou en jouissance, J.-L. Bergel, « Les divisions : droits de superficie et volumes ? », RLCT, mai 2012, n° 79.

copropriété comme une propriété superficiaire[2319], ce modèle trouve au moins une acceptation en ce sens en droit positif en raison de la validité des servitudes à cette situation[2320]. Plus encore, la servitude de passage en cas d'enclave semble pouvoir trouver à s'appliquer en la matière[2321], si bien que l'accès au bien s'avère assuré. On pourrait considérer que le recours aux servitudes pourra s'avérer difficilement justifiable lorsqu'il s'agit de justifier l'autorisation perpétuelle d'implantation sur le fonds de terre, la servitude servant ainsi à justifier l'existence du fonds[2322]. Néanmoins, à partir du moment où nous avons pu observer les limites relatives à l'appropriation de l'espace en tant que tel, il est bien plus justifiable de concevoir la propriété superficiaire comme un objet de propriété indépendant. Partant, il ne nous semble pas nécessaire de devoir justifier une telle implantation, l'existence du droit de propriété sur la chose suffisant à la justifier. En conséquence, il n'est pas exclu de considérer que la portion du fonds effectivement utilisée par le propriétaire superficiaire relève d'une servitude grevant le fonds de terre.

524. Propriété superficiaire ne pouvant constituer un fonds. Reste que la qualification de fonds dominant s'avère éminemment discutable à propos de propriétés superficiaires portant sur de simples éléments immobiliers dénués de tout espace utilisable – un arbre ou encore, un élément d'équipement spécifique. Sans doute conviendrait-il alors d'accepter que la relation avec le fonds de terre soit issue d'un droit réel sur celui-ci, qui pourrait être utilement limité à la durée d'existence de la propriété superficiaire en cause. La formule ne semble pas si choquante au regard de la souplesse de plus en plus prononcée de la jurisprudence concernant la durée des droits réels sur la chose d'autrui. Certes, si l'on excepte un arrêt rendu dans le contexte particulier de la copropriété[2323], la Cour de cassation continue de refuser qu'un droit réel sur la chose d'autrui puisse être perpétuel[2324]. Elle semble néanmoins accepter qu'un tel droit puisse avoir un terme fortement

2319 En ce sens, L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 131 et s. Accueillir la nature superficiaire de la partie privative à travers le prisme de la distinction entre propriété superficiaire et fonds superficiaire suppose de considérer cette partie privative comme une propriété superficiaire caractérisée par l'appropriation d'une portion d'espace du bâtiment, indépendante de la propriété de l'espace du fonds en lui-même. *Infra*., n° 543 et s.

2320 Arrêt fondateur de cette possibilité, Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, n° 03-11.562. Plus généralement sur ce point, A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2020, n° 370 et s., p. 317 et s.

2321 Cass. civ., 3ème, 9 avril 2013, *op. cit*. ; Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2018, *op. cit*.

2322 Voir sur ce point, En ce sens, G. Goubeaux, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 1984, JCP G 1985, II, 20411 ; W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, article 543. Biens. – Droit dont les biens peuvent être l'objet*, Fasc. unique, n° 25. *Supra*., n° 417 et s.

2323 Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, n° 17-17.240, JCP G 2018, p. 892, note L. Jariel ; JCP G 2018, 893, note H. Périnet-Marquet ; Loyers et copro., juillet 2018, n° 7-8, comm. 182, note Ch. Coutant-Lapalus ; RLDC 2018, n° 164, novembre 2018, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet ; RTD Civ. 2018, p. 712, note W. Dross ; RDC 2018, n° 115n4, p. 454, note F. Danos ; Droit et Pat. 2019, n° 287, janvier 2019, p. 41, spéc., p. 49, obs. J.-B. Seube.

2324 Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 14-10.013, D. 2015, p. 599, obs. B. Mallet-Bricout ; RDI 2015, p. 175, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2015, p. 413, note W. Dross ; JCP G 2015, 148, p. 244, obs. S. Milleville ; p. 413, rapport M.-Th.

éloigné, à tel point qu'il peut être consenti pour la durée de vie d'une fondation[2325]. Partant, il ne semble pas fondamentalement impossible de considérer qu'il puisse porter sur la durée de vie d'une construction[2326], si durable soit-elle. Dans cette situation, le droit réel sur la chose d'autrui serait bien assorti d'un terme conditionnant son existence. Dit autrement, le droit réel sur la chose d'autrui serait assorti d'un terme conditionné à la réalisation d'un but déterminé : celui d'assurer la pérennité du droit de propriété sur la propriété superficiaire et son bon exercice. Une fois la propriété superficiaire disparue le droit aurait réalisé son objectif, ce qui entraînerait son extinction[2327]. Deux points pourraient s'opposer à une telle conception.

524.1. Premièrement, on pourrait opposer que dans toutes ces décisions acceptant une véritable souplesse relative à la durée du droit réel sur la chose d'autrui, il n'était question que de droits réels de jouissance spéciale[2328], ce qui pourrait laisser un doute dans la solution appliquée à des formes

Feydeau ; p. 415, avis B. Sturlèse ; p. 417, note Th. Revet JCP N 2015, p. 1083, note M. Julienne, J. Dubarry.

2325 Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953, D. 2016, p. 2237, chron. A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp ; D. 2017, p. 134, note L. d'Avout, B. Mallet-Bricout ; p. 375, obs. M. Mekki ; p. 1789, obs. L. Neyret, N. Reboul-Maupin ; RDI 2016, p. 598, obs. J.-L. Bergel ; RTD Civ. 2016. 894, note W. Dross ; JCP G 2016, 978, p. 1692, obs. S. Milleville ; p. 2021, note J. Laurent ; p. 2054, obs. H. Périnet-Marquet ; JCP N 2016, p. 27, note J. Dubarry, V. Streiff ; RDC 2017, p. 60, note R. Boffa ; p. 123, note F. Danos ; *Adde*., RLDC 2016, n° 142, p. 28, note V. Perruchot-Triboulet.

Un auteur (V. Perruchot-Triboulet, note sous Cass. civ., 3ème, 8 sept. 2016, RLDC 2016, n° 142, p. 28) a ainsi pu faire remarquer que la faculté de renouvellement de cette dernière aboutissait à permettre que le terme soit « éternellement et unilatéralement repoussé par ses membres de façon purement potestative » (spéc., p. 29), ce qui justifierait selon lui d'assimiler la durée du droit en cause à la perpétuité (*loc. cit*.).

2326 Encadrer la durée de vie d'un droit sur celui de son objet pourrait être assimilé à la reconnaissance de sa perpétuité. Cela reste néanmoins discutable. Ce rapprochement ne tient que si l'on confond le droit de propriété dans la chose. À partir du moment où la distinction entre les deux est faite, on comprend que l'existence de la chose n'est qu'une condition d'existence de la propriété : elle ne peut exister qu'en raison de l'existence d'une chose sur laquelle s'appliquer. La notion de perpétuité est donc étrangère : la perpétuité d'un droit n'est caractérisée que par l'absence de terme et la possibilité d'être transmissible.

2327 En ce sens V. Poux, thèse, *op. cit*., n° 585 et s., p. 557 et s.

2328 À titre d'exemple, on pourrait se demander à propos de l'affaire « Maison de Poésie » (Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 8 sept. 2016, *op. cit.*) dans quelle mesure la Fondation avait une véritable liberté de jouissance de la portion d'immeuble qui lui était octroyée. Ainsi, il nous semble qu'en visant spécifiquement l'usage des locaux par la Fondation elle-même toute utilisation détournée de sa part outrepasserait le droit qui lui a été conféré. En d'autres termes, dans cette hypothèse, la Fondation commettrait un abus de jouissance qui ouvrirait une action au propriétaire de l'immeuble pouvant tendre à l'extinction du droit en cause (en ce sens, V. Poux, *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, thèse, Lyon III, 2019, n° 573 et s., p. 547 et s.). En conséquence, si le propriétaire de l'immeuble perd la maîtrise absolue de la portion en cause, il ne perd pas l'intégralité de celle-ci, empêchant de qualifier le droit en cause de droit de propriété.

Sur l'étendue du droit conféré à la Fondation Maison de Poésie, voir Paris, 7 mai 2021, n° 19/07600, RTD Civ. 2021, p. 675, note W. Dross. La Fondation Maison de Poésie ayant finalement eu le droit de rester dans la portion d'immeuble litigieuse, le propriétaire de ce dernier a alors mis en place de nombreuses restrictions à son accès, notamment caractérisées par des contraintes horaires et un nombre limité d'occupants acceptés. La Fondation assigna en justice le propriétaire, considérant que ces mesures portaient atteinte à son droit de jouissance et entravaient la possibilité de mettre en location le local. De son côté, le propriétaire du bâtiment rétorqua que, selon les termes de la convention (elle prévoyait : « la jouissance ou l'occupation par La Maison de Poésie et par elle seule des locaux où elle est installée »), toute mise en location du local devrait lui être interdite. La cour d'appel de Paris interpréta la convention en distinguant l'occupation personnelle du local par la Fondation, de sa jouissance. Elle poursuivit en soulevant que la jouissance d'une chose permettant d'en capter ses fruits, la Fondation caractérisait bien une jouissance personnelle du local en le

plus générales de jouissance : un droit de jouissance général sur un bien s'apparente à la propriété dès lors qu'il est perpétuel. En d'autres termes, la spécialité de la jouissance pourrait être une condition impérative de la souplesse de la solution concernant sa durée[2329], un droit réel de jouissance spéciale ne pouvant logiquement pas servir à écarter les dispositions impératives attachées aux droits réels nommés[2330]. On pourrait soutenir que le droit réel sur la chose d'autrui attaché à la propriété superficiaire constitue précisément un droit réel de jouissance spéciale. Il faut néanmoins pouvoir constater qu'une réelle spécialité de la jouissance existe. Or, sur ce point, faire supporter à un fonds de terre la présence d'une propriété superficiaire pourrait être assimilé à l'un des nombreux « camouflages de droits de jouissance générale »[2331] dès lors que ce dernier se doit d'être apprécié négativement, c'est-à-dire à l'aune de ce qui reste au propriétaire du bien sur lequel il porte[2332]. En effet, le propriétaire du fonds de terre perd sur la portion concernée par l'autorisation de jouissance tout droit d'en faire un usage normal[2333] – celle-ci pouvant au demeurant s'avérer plus large que la surface occupée par la construction.

---

mettant en location, cette action ne visant qu'à la captation de fruits civils. Dès lors où la cour d'appel justifie la jouissance personnelle de la Fondation par la captation d'une contrepartie financière – voire d'une contrepartie financière à sa cession – elle rappelle implicitement qu'aucune mise à disposition gratuite du local litigieux ne devait être possible (également en ce sens, W. Dross, « L'affaire *Maison de Poésie*, nouvel épisode : la série s'essouffle-t-elle ? », note sous Paris, 7 mai 2021, *op. cit*., RTD Civ. 2021, p. 675). Il en résulte que la jouissance de la Fondation n'apparaît pas parée d'une totale liberté, si bien que la solution de la cour d'appel de Paris semble indirectement et timidement approuver l'analyse menée tendant à constater l'existence de limites à la jouissance de la chose par la Fondation.

En outre, il est également envisageable de voir dans cette décision une lecture excessivement souple de la jouissance personnelle prévue par le contrat au regard de la durée qui lui a été octroyée par la Cour de cassation. Ainsi, l'acceptation par la Cour de cassation d'un terme aussi lointain que l'existence de la Fondation pourrait constituer une atteinte trop importante à l'essence même de la propriété, à partir du moment où le raisonnement mené par la cour d'appel aboutit à autoriser, sous réserve d'une contrepartie financière, la location – voire la cession du droit en cause, qui aurait vocation à s'éteindre à la disparition de la Fondation (en ce sens, W. Dross, *loc. cit.*).

2329 Ainsi, en faveur de la reconnaissance d'une perpétuité limitée au droit réel de jouissance spéciale : V. Poux, thèse, *op. cit*., n° 547 et s., p. 523 et s. ; W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s)? », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117g3, p. 112, n° 19 ; J.-L. Bergel, « L'extinction d'un droit réel de jouissance spéciale ? », obs. sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, RDI 2021, p. 281.

2330 En ce sens, H. Périnet-Marquet, « La liberté dans la création et l'aménagement de droits réels en matière immobilière », RDC, décembre 2020, n° 117f9, p. 119. Pour une approche sensiblement similaire, C. Kuhn, « La liberté de créer des droits réels sui generis », JCP N 2014, 1327, n° 22 et s.

2331 En ce sens, J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », D. 2019, p. 1660, spéc., n° 18. Également en ce sens, W. Dross, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : encore un coup dans l'eau ! », note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, RTD Civ. 2021, p. 441.

2332 En ce sens, J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », *op. cit*., n° 22. Ainsi compris, un droit de jouissance spéciale devrait permettre au propriétaire du bien grevé de continuer « d'en faire un usage conforme à sa destination » (J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », *op. cit*., n° 28). *Adde*., N. Kilgus, « Le droit réel *sui generis* : plaidoyer pour une utilisation décomplexée...et raisonnée », RTD Civ. 2022, p. 515.

2333 J. François, *op. cit*., spéc. n° 22. *Contra*., N. Reboul-Maupin, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », D. 2020, p. 1689, n° 9 et s. L'auteure considère que les droits de jouissance exclusif sur les parties communes relèvent de la qualification de droit réel de jouissance spéciale (n° 12) – en ce qu'il est spécialement prévu pour être l'accessoire d'un lot déterminé (n° 9) – par opposition au droit réel de jouissance générale. Or, la jouissance octroyée au propriétaire du lot sur la partie commune en cause étant exclusive, aucune autre personne que le propriétaire du lot concerné ne peut prétendre en jouir (n° 9).

524.2. Néanmoins, il faut préciser qu'à considérer l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui conclu pour la durée d'existence de la propriété superficiaire, le droit est justement pourvu d'un terme, ce qui devrait l'écarter de toute perpétuité. Il est certes potentiellement très éloigné, à tel point qu'un auteur a pu parler de perpétuité de fait[2334], mais cela reste a priori un terme valable au regard des critères mis en place par la Cour de cassation. Une position plus radicale encore est envisageable. Elle consiste à remarquer que même à retenir la perpétuité du droit, il n'est pas certain que ce soit si dirimant dès lors que l'on distingue clairement cette perpétuité de l'imprescriptibilité inhérente au droit de propriété. À imaginer l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui perpétuel, celui-ci n'en resterait pas moins prescriptible par trente ans, ce qui marque, comme en matière de servitude, une distinction franche avec le droit de propriété. Ce dernier est le seul à pouvoir bénéficier de la véritable perpétuité : l'imprescriptibilité. Or, à partir du moment où l'imprescriptibilité est réservée au seul droit de propriété, on pourrait considérer que le propriétaire de la chose conserve la vocation à recouvrer la totalité des utilités de son bien, si éloignée soit-elle. En d'autres termes, tant que le droit réel sur la chose d'autrui n'est pas pourvu de l'imprescriptibilité, son éventuelle perpétuité ne devrait pas remettre en cause le pouvoir absolu du propriétaire de la chose sur celle-ci[2335]. Dans le cas d'une propriété superficiaire, le non-usage trentenaire des droits réels attachés à l'usage de la chose aboutirait à une solution curieuse : la propriété superficiaire – imprescriptible – subirait directement les conséquences de la prescriptibilité du droit réel permettant son utilisation. Mais ce n'est pas à dire que cela fait de la première une propriété prescriptible. Si elle est amenée à disparaître par la disparition du droit en permettant l'utilisation, ce n'est qu'en raison de la mise en œuvre du mécanisme de l'accession, celui-ci se déclenchant par la naissance d'un conflit de propriété à résoudre entre la propriété du fonds de terre et celle de l'objet superficiaire[2336].

524.3. Quoi qu'il en soit, remarquons que la Cour de cassation a pu adopter un tel modèle perpétuel lorsqu'elle le considérait nécessaire et cela, en dehors de toute spécialité de jouissance.

2334 En ce sens, V. Poux, thèse, *op. cit*., n° 588, p. 560. L'auteur, a pu considérer à propos de l'affaire « Maison de Poésie » (Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 ; Cass. civ., 3ème, 8 sept. 2016, *op. cit*.) que la faculté de renouvellement de la Fondation revenait à mettre en place une perpétuité de fait, en ce que le terme était incertain (V. Poux, *loc. cit*., note 1785. Voir également, dans un sens similaire : V. Perruchot-Triboulet, note sous Cass. civ., 3ème, 8 sept. 2016, RLDC 2016, n° 142, p. 28). On pourrait opérer la même remarque à propos des propriétés superficiaires souterraines, pour lesquelles la possibilité de destruction est d'une appréciation particulièrement délicate.

2335 V. Poux, thèse, *op. cit*., n° 569, p. 544 ; W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s)? », *op. cit.*, n° 19.

2336 W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000, n° 160, p. 161, note 114 : « le droit de propriété sur les édifices, en tant que tel, est perpétuel dans son principe, mais est en pratique exposé à la destruction de son objet ou au jeu de l'accession qui deviendra possible dès que le droit concédé sur le sol prendra fin ».

Ainsi, la Haute juridiction judiciaire accepte depuis presque trente ans la mise en place d'un droit de jouissance exclusif perpétuel sur les parties communes[2337]. Si on a pu expliquer cette autorisation au regard de la particularité de la division en copropriété faisant du titulaire du droit réel en cause le propriétaire indivis de l'assiette de son exercice[2338], la coexistence de deux objets de propriété superposés et le lien inévitable entre le propriétaire superficiaire et celui du fonds de terre pourrait encourager à retenir la même solution. La solution en matière de propriété superficiaire apparaîtrait en outre potentiellement moins impactante, le droit réel ainsi concédé ayant vocation à s'éteindre avec la chose sans que celle-ci ne puisse être reconstruite en l'absence d'autorisation expresse. Plus encore, la Cour de cassation a pu octroyer à un droit réel d'exploitation de bois « crû et à croître » une véritable imprescriptibilité[2339] tout en laissant planer le doute de sa qualification de propriété[2340]. Si nous ne pouvons approuver l'extension radicale qu'une telle décision implique au regard du régime des droits réels sur la chose d'autrui, cela démontre néanmoins la plasticité de la Cour de cassation en matière de durée des droits réels sur la chose d'autrui lorsqu'ils sont attachés – selon elle – à la propriété d'un objet superficiaire[2341]. Enfin, il n'est pas impossible de voir dans le droit de surplomb introduit récemment par la loi dite « Climat et résilience »[2342] la consécration

2337 Cass. civ., 3ème, 4 mars 1992, n° 90-13.145, D. 1992, p. 386, note Ch. Atias ; RDI 1992, p. 240, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; Defrénois 1992, 1140, note H. Souleau ; RTD Civ. 1993, p. 162, note F. Zenati ; Cass. civ., 3ème, 17 juin 1997, n° 96-10.506 ; Cass. civ., 3ème, 24 octobre 2007, n° 06-19.260, RTD Civ. 2008, p. 693, note Th. Revet ; Cass. civ., 3ème, 2 décembre 2009, n° 08-20.310.

2338 Pour un sens similaire, V. Perruchot-Triboulet, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, RLDC 2018, n° 164, novembre 2018, p. 28. L'auteur considère ainsi qu'« au risque d'extrapoler un peu, il semble qu'il faille nécessairement être copropriétaire au sein de la même copropriété pour pouvoir prétendre bénéficier d'un droit de jouissance spéciale durable sur un autre lot. La perpétuité du droit réel de jouissance ne se conçoit bien en effet que dans le cadre organisé, contraint et durable d'une copropriété » (spéc., p. 30).

2339 Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202, D. 2012, p. 1934, note L. d'Avout ; p. 2128, obs. B. Mallet-Bricout ; RTD Civ. 2012, p. 553, note Th. Revet ; JCP G 2012, 930, note W. Dross ; Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067, note F. Danos ; RLDC 2012, n° 97, chron., p. 63, spéc., p. 69, obs. V. Perruchot-Triboulet. La Cour de cassation approuve dans cette espèce la cour d'appel qui avait considéré que « la prérogative […] concédée sur la parcelle litigieuse [un droit de bois « crû et à croître »] était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire ».

2340 *Supra.*, n° 391.2, note 1725.

2341 Même si nous n'adhérons pas à la nécessité de bénéficier de la propriété superficiaire sur les bois en cause afin de pouvoir exercer l'exploitation envisagée par le droit de bois « crû et à croître » (*supra*., n° 411.1), l'imprescriptibilité de ce dernier, énoncée par la Cour de cassation nous semble avant tout motivée par la certitude de l'existence d'une telle propriété.

2342 Article L. 113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation, créé par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021.

légale d'un droit réel de jouissance sur le fonds d'autrui permettant d'assurer la consolidation d'une propriété superficiaire pendant la durée de son existence[2343].

525. Propriété superficiaire par voie de prescription acquisitive. Concernant l'acquisition de telles propriétés par voie d'usucapion, elles devraient pareillement se limiter à l'obtention de la propriété de l'objet matériel sur lequel la possession utile porte. Une telle configuration apparaît rarement, l'acquisition d'un immeuble se produisant très rarement de façon dissociée du sol[2344]. À titre très résiduel, elle pourra se produire lorsque le possesseur de l'objet superficiaire tient son titre d'une personne qui n'en était pas propriétaire. Elle se produira également dans quelques cas spécifiques, la plupart du temps lorsque l'accès à l'objet en cause se fera directement par un fonds voisin. Il s'agira le plus souvent, soit de biens souterrains dont l'acquisition par voie d'usucapion pourra être complexe en raison du risque de clandestinité de celle-ci, soit d'une portion d'un bâtiment contigu de celui par lequel l'accès se fait. Concernant ce dernier point, il semble que l'acquisition d'une portion de bâtiment fasse de celui-ci un bâtiment collectif, caractère qui pourrait justifier – depuis l'amélioration de la polyvalence de la loi du 10 juillet 1965 – qu'il soit soumis au régime de la copropriété en raison de l'absence d'organisation différente[2345]. L'impact pourrait être plus important concernant l'usucapion des empiétements.

2. La conséquence du retrait de la propriété de l'espace dans la consolidation des empiétements

526. Plan. La possession utile en la matière aboutirait alors à la seule consolidation de la propriété superficiaire déjà existante par prescription de l'action en démolition (a). Pour séduisante qu'elle soit, cette solution peut paraître insuffisante au regard de la moindre résilience de la propriété superficiaire à la destruction. Elle pourrait être complétée : en poursuivant l'idée selon laquelle la propriété superficiaire ne peut justifier l'appropriation de l'espace occupé par son objet, la prohibition des servitudes d'empiétement pourrait être relativisée. La consolidation de la propriété superficiaire par la possession utile d'un empiétement serait alors complétée par

2343 Dans un sens similaire, J.-L. Bergel, « Le droit de surplomb instauré par la « loi climat » du 22 août 2021 », RDI 2021, p. 599. L'auteur considère qu'un tel droit pourrait s'apparenter à un droit réel légal de jouissance spéciale, tout en refusant la qualification de droit de superficie. Il nous semble cependant qu'il existe bien une propriété superficiaire, caractérisée par les ouvrages d'isolation causant l'empiétement, mais que celle-ci s'avère légalement consolidée par ce qui pourrait s'apparenter à un droit réel de jouissance sur le fonds d'autrui. On pourrait également se demander si un tel droit n'est pas en réalité constitutif d'une servitude légale qui ne dit pas son nom, dès lors que le fonds dominant pourrait être caractérisé par le bâtiment à isoler (J.-L. Bergel, *op. cit*.).

2344 Pour un constat similaire, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 954, p. 849 ; B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie.*

2345 Sur cette question, *infra*., n° 561.

l'usucapion d'une servitude permettant l'occupation d'une portion de l'espace du fonds servant, ce qui apporterait une véritable consolidation à la propriété superficiaire litigieuse (b).

a. L'hypothèse de la consolidation de l'empiétement par la possession utile

527. Solution alternative : usucapion de la propriété superficiaire. La nécessité d'apporter une solution permettant de consolider les empiétements aériens, couplée aux fragilités attachées aux servitudes d'empiétement, a amené certains auteurs à proposer de consolider l'empiétement par l'acquisition d'une propriété superficiaire au bénéfice de l'empiéteur[2346]. Celle-ci supposerait une identification du bien dans un état descriptif de division, sans que cela n'implique création d'un volume[2347], la propriété superficiaire n'imposant pas en elle-même, celle de l'espace[2348]. Partant de ce principe, il n'y aurait aucune raison que cette propriété superficiaire ne puisse être obtenue par voie de prescription acquisitive résultant de la possession utile[2349]. Cette approche écarte toute propriété portant sur le volume d'espace occupé par l'empiétement et détache la propriété d'éléments construits en surplomb du terrain d'autrui de la nécessité de celle de l'espace où ils existent. Ce n'est finalement rien d'autre que la Cour de cassation fait lorsqu'elle accepte de reconnaître l'usucapion d'une terrasse et de sa rambarde : il n'est question ici, ni de l'acquisition de l'assiette de l'empiétement, ni de celle d'un volume d'espace.

528. Impact de la propriété superficiaire sur celle de l'espace. Une première remarque consiste à relever qu'une telle approche entend davantage évincer le rôle de la servitude en la matière qu'introduire une solution pleinement originale. À partir du moment où la servitude de surplomb ne consiste qu'à ouvrir la possibilité d'un empiétement sur le fonds d'autrui par la portion d'un édifice venant du fonds voisin, la nature du bien consolidé ne change pas : il s'agit toujours d'une propriété superficiaire, enclavée au sein d'un fonds de terre appartenant à un autre propriétaire. C'est donc le mode de consolidation de cette propriété qui est discuté. Or, sur cette question, il est généralement considéré qu'une telle propriété implique immanquablement celle du volume occupé[2350], ce qui revient à admettre l'acquisition de son assiette volumétrique.

2346 S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30, n° 40 et s ; H. Périnet-Marquet, « La Cour de cassation ne déconstruit pas sa jurisprudence sur la démolition », Defrénois, mars 2017, n° 126c9, p. 359.

2347 *Supra*., n° 238.

2348 *Supra*., n° 445 et s.

2349 S. Laporte-Leconte, *op. cit.*, n° 44.

2350 En ce sens, S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiétements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173, spéc., p. 188. L'auteure, qui explore cette possibilité à titre de solution conventionnelle, considère que la propriété superficiaire emportera ici une véritable appropriation de l'espace occupé par l'objet en

Néanmoins, il est envisageable d'imaginer qu'en la matière, aucune appropriation de l'espace ne se produise par principe. Ainsi, la seule propriété superficiaire causant l'empiétement n'entraînerait pas morcellement de la propriété de l'espace du fonds empiété, l'intégralité de celui-ci restant la propriété de la victime.

529. Conséquence de l'absence d'acquisition de l'espace occupé par l'empiétement. Dès lors que l'on entend se limiter à la seule propriété de l'élément empiéteur, se prononcer en faveur de l'acquisition d'une propriété superficiaire achoppe au principe même de l'acquisition supposée se produire. La création d'une propriété superficiaire par voie d'usucapion implique l'acquisition originaire de la propriété d'une chose auparavant distinctement appropriée. Or, à partir du moment où il est de jurisprudence constante qu'une situation d'empiétement n'enclenche pas le mécanisme de l'accession[2351], il faut convenir que les éléments empiéteurs appartiennent à son auteur. Seulement, cette propriété reste par principe empreinte d'une grande précarité en raison de l'atteinte qu'elle cause au propriétaire victime, celui-ci pouvant alors toujours agir en revendication afin d'aboutir à la démolition des éléments litigieux[2352].

---

cause. De ce fait, elle propose en réalité la création d'un fonds superficiaire dont l'objet est l'espace occupé par l'élément empiéteur.

2351 Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2001, *op. cit.*

2352 Par ailleurs, cette observation renvoie aux critiques portées sur le fondement retenu par la jurisprudence afin de justifier ses solutions en matière d'empiétement. Plus qu'une application de l'article 545 prohibant les expropriations qui ne relèvent pas d'une cause d'utilité publique accompagnée d'une « juste et préalable indemnité », il faudrait préférer une application de l'article 544 du Code civil. Sur cette question, W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 404-1, p. 740 et 741. Pour une remise en question de la réalité de l'expropriation par l'empiétement, voir : R. Libchaber, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, D. 2001, p. 151 : « Ce qui frappe lorsque l'on examine les réactions du droit français à l'égard de l'empiétement, c'est que, par une sorte d'immédiate ascension aux extrêmes, il le traite sous l'angle de l'expropriation, exactement comme si, faute de réaction judiciaire, le propriétaire subissant l'anticipation devait *ipso facto* cesser d'être propriétaire de la parcelle anticipée. Ce qui n'est certainement pas le cas puisque ce propriétaire ne perd pas un instant son statut, encore qu'il se trouve évincé de tout ou partie de sa possession par une construction »).

En effet, la victime d'un empiétement ne subit jamais par ce seul fait une expropriation. Elle reste propriétaire de la portion empiétée de son fonds, au moins jusqu'à une éventuelle acquisition de l'assiette de l'empiétement au bénéfice de l'empiéteur par le jeu de la prescription acquisitive – solution qui résulte du droit positif consolidant l'empiétement par l'acquisition de l'assiette de celui-ci. Partant, un empiétement ne constitue jamais une expropriation : soit il n'est pas consolidé et il ne se produit alors qu'une atteinte dans l'exercice du droit de propriété de la victime, soit il est consolidé et la question de l'acquisition de l'assiette ne consiste qu'en une application de la prescription acquisitive en matière immobilière (la Cour de cassation ayant par ailleurs déjà pu rappeler qu'en la matière, aucune expropriation ne se produisait. En ce sens Cass. civ., 3ème, 17 juin 2011, n° 11-40.014, RDI 2011, p. 500, obs. J.-L. Bergel ; AJDI 2011, p. 813, note N. le Rudulier ; RTD Civ. 2011, p. 562, note Th. Revet. Dans cette affaire, il était question pour la Cour de cassation d'apprécier le caractère réel et sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'usucapion aux articles 2 et 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 afin de décider ou non de sa transmission au Conseil Constitutionnel. Elle affirme alors que : « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait […] »).

En conséquence, parce qu'un empiétement non consolidé n'entraîne que la nécessité de faire cesser l'atteinte à la jouissance de la propriété, il convient de faire cesser cette atteinte sur le fondement du caractère absolu de son droit, celui-ci étant assuré par l'article 544 du Code civil.

530. Réception de l'effet consolidateur de la propriété superficiaire précaire par la possession utile. En conséquence, consolider un empiétement par le truchement d'une telle propriété superficiaire sans recourir à l'acquisition de l'assiette s'apparente bien plus à une prescription extinctive de l'action en démolition du propriétaire victime que de l'acquisition de la propriété par l'auteur de l'empiétement[2353]. Or, parce que la démolition est, dans cette situation, la seule façon pour la victime d'être à nouveau mise en possession de son bien dans le cadre d'une action en revendication, on pourrait être tenté de considérer qu'une telle solution reviendrait finalement à la prescription de cette dernière. Pour autant, l'existence d'un rôle consolidateur de la possession par la mise en place de délai de prescription de l'action visant à la faire cesser n'est pas totalement inédit[2354] et trouve appui dans certaines propositions doctrinales qui arguent en ce sens[2355]. Surtout, prescrire la possibilité d'obtenir la démolition n'implique pas forcément prescription de l'action en revendication mais simplement que celle-ci ne pourra aboutir en raison

---

Précisons dès à présent que la remarque serait identique si l'on considère que la propriété superficiaire causant l'empiétement devrait être consolidée par une autre voie, servitude ou droit réel sur la chose d'autrui : dans tous les cas, il n'est pas question de perte de propriété de l'assiette de l'empiétement.

En outre, peut-être que la mise en lumière d'un tel fondement pourrait faciliter l'assouplissement de la sanction des empiétements minimes par la Cour de cassation, assouplissement demandé par une partie de la doctrine (*supra*., n° 147). Dès lors que l'on accepte le principe selon lequel l'empiétement ne cause pas une perte de propriété, mais une simple atteinte au droit de jouissance du propriétaire, un glissement s'opère sur l'intensité de l'atteinte causée à la victime. L'empiétement passe alors d'un fait entraînant une privation de propriété à celui d'une atteinte à l'exercice de son droit de propriété. La radicalité de la privation de propriété effacée, cela pourrait permettre de justifier plus aisément la mise en place de la réception de la théorie de l'abus de droit, d'un contrôle de proportionnalité ou encore de l'acceptation de la prescription de l'action en démolition afin de pouvoir éviter les conséquences potentiellement très lourdes de la remise en l'état.

2353 Cela n'empêche cependant pas la propriété superficiaire de s'établir sans difficulté par voie d'usucapion. La différence fondamentale reste que, dans cette situation, le possesseur n'est pas propriétaire des éléments litigieux à l'origine. Là où la propriété superficiaire est simplement établie par voie d'acquisition des éléments possédés lorsqu'aucun empiétement existe, il n'en est pas de même dans la situation inverse. La propriété de l'élément empiéteur revient bien dès l'origine à l'auteur de l'empiétement, mais elle est d'une grande précarité en raison de l'atteinte qu'elle porte à la propriété d'autrui. En conséquence, la prescription ne porte pas sur l'acquisition de la propriété mais bien sur sa consolidation.

2354 Voir sur cette question le rôle consolidateur de la possession d'état en matière de filiation, qui permet, lorsqu'elle vient compléter un titre de filiation, de réduire l'ouverture de l'action en contestation, tant concernant les personnes concernées que le délai d'action. En ce sens, l'article 333 du Code civil dispose que « lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté ». En l'absence de possession d'état de la filiation conforme au titre, la combinaison des articles 334 et 321 du Code civil prévoit que l'action en contestation est ouverte pour dix ans à tout intéressé.

2355 Voir en ce sens, l'article 539 de l'avant-projet de réforme du droit des biens (Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, version finale du 15 mai 2009), qui prévoit une prescription de l'action en démolition lorsque l'empiétement est non intentionnel et inférieur à 0,30 mètres. Celle-ci serait alors enfermée dans un délai de 2 ans à compter de la connaissance de l'empiétement tout en précisant que toute action devient impossible au-delà des 10 ans de l'achèvement des travaux litigieux.

Voir également, la deuxième proposition faite en 2016 par la première commission du 112e Congrès des notaires de France, qui avait pour objet de limiter les sanctions de démolition des empiétements minimes sur le fonds d'autrui lorsque certaines conditions étaient remplies (bonne foi de l'auteur de l'empiétement, prescription de l'action par cinq ans et possibilité de demander au juge de procéder au transfert de l'assiette foncière de l'empiétement au propriétaire de l'empiétement moyennant indemnité).

de la consolidation de la propriété superficiaire. En effet, cette hypothèse suppose de considérer que l'espace occupé par la propriété superficiaire reste toujours attaché au fonds du propriétaire victime. Il en résulte que l'action en démolition ne se fondera pas sur une contestation des limites de propriété des fonds respectifs. En outre et à s'en tenir à cette consolidation, il sera possible pour le propriétaire victime de l'empiétement d'obtenir la démolition d'une éventuelle reconstruction de l'élément empiéteur après disparition de la propriété superficiaire initialement consolidée.

530.1. Cette solution pourrait par ailleurs ne pas être limitée aux seules situations dans lesquelles l'acquisition de l'assiette de l'empiétement par la possession s'avère délicate. Ainsi et nonobstant les difficultés liées au risque de clandestinité de la possession[2356], il nous semble préférable de considérer qu'un empiétement de tréfonds causé par une portion de fondation ne puisse amener qu'à une telle consolidation plutôt que l'acquisition de son assiette, qui serait caractérisée par l'acquisition soit du volume d'espace occupé par l'élément litigieux, soit de la bande de terrain surplombant le tréfonds de laquelle elle prend place. La première amène à pérenniser et complexifier durablement les frontières verticales des fonds. La seconde reste incohérente au regard des règles de la possession, la surface au sol qui n'est pas directement concernée par l'empiétement de tréfonds[2357] restant – sauf preuve contraire – la possession du propriétaire du fonds empiété.

530.2. En tout état de cause, la possibilité d'acquérir l'assiette foncière d'un empiétement par voie de prescription n'est aucunement remise en cause. Elle restera soumise à la demande expresse de l'empiéteur et la démonstration du délai de prescription. Ainsi, une telle acquisition pourra perdurer lorsqu'existera un empiétement de surface, empiétement pour lequel la solution classique – l'attribution de l'assiette de celui-ci constitué par la bande de terrain empiété – peut en outre sembler une solution opportune : il ne s'agira au final que de modifier les limites des parcelles respectives par l'établissement d'un document d'arpentage.

b. L'éventualité d'un retour de la consolidation de l'empiétement par acquisition d'une servitude

531. Risque d'une consolidation peu résiliente. Retenir l'hypothèse d'une consolidation de la propriété superficiaire limitée aux seuls éléments matériels risque d'entraîner une consolidation bien moins opportune pour son bénéficiaire, celle-ci risquant de présenter une résilience inférieure à

2356 Celui-ci faisant obstacle à la caractérisation de la possession utile qui, en vertu de l'article 2261 du Code civil, se doit d'être publique.

2357 Cette surface sera néanmoins privée de certaines utilités en raison de la présence dans son tréfonds des éléments litigieux.

la destruction. En limitant la propriété superficiaire au seul élément empiéteur et en évinçant toute propriété de l'espace occupé par celui-ci, la persistance du droit de propriété à la destruction semble amoindrie et devient sur ce point, inférieure à celle résultant de l'usucapion de l'espace et même de la servitude d'empiétement[2358]. En effet, si la propriété superficiaire disparaît avec son contenu, cela ne remet pas toujours en cause la possibilité d'en établir une nouvelle lorsque le droit sur le fonds de terre au sein duquel elle prend place persiste à la destruction[2359]. Dans le cas où aucun droit de ce type n'existe, il faut convenir que la propriété superficiaire est amenée à disparaître avec son objet[2360]. Or, si la possession en matière d'empiétement n'aboutit qu'à la consolidation de la propriété superficiaire que ce dernier constitue, aucun droit ne permet d'assurer sa reconstruction en cas de destruction. Il serait tentant de considérer la destruction au regard de l'intégralité de l'immeuble envisagé. Ainsi, la destruction ciblée d'un débord de toiture, d'une corniche ou encore un coude de gouttière n'emporterait pas la fin de la propriété superficiaire en raison de la persistance du bâtiment auquel elle était rattachée. Cette vision des choses n'est pas sans difficulté, car elle implique d'accepter la persistance de la propriété superficiaire pourtant limitée à son objet. On pourrait envisager de considérer que ce prolongement n'est que celui du fonds d'autrui[2361], mais ce serait alors dénier la qualité superficiaire de la portion en cause et cela reviendrait finalement à accepter l'acquisition du volume d'espace occupé par l'empiétement. Convenir de la disparition de la possibilité d'empiéter avec celle de l'objet nous semble particulièrement convenir à l'idée selon laquelle l'empiétement n'emporte pas la perte totale de maîtrise de l'espace occupé pour le propriétaire du fonds de terre.

532. Rétablissement délicat d'une consolidation efficace par l'apport des servitudes. Il n'est cependant pas certain que la radicalité de la perte de la propriété superficiaire soit inévitable. Cette dernière pourrait éventuellement bénéficier d'un retour à la notion de servitude. Ainsi, lorsque la propriété superficiaire acquise par usucapion repose sur un bien appartenant au propriétaire voisin, celui-ci ne devrait pas pouvoir se prévaloir sa disparition en détruisant lui-même la portion de son bien qui fait office de support. Dans cette situation, on a pu soutenir que la consolidation de la propriété superficiaire en cause a pu faire naître par la même occasion l'usucapion de servitudes d'appui[2362], voire d'ancrage – celles-ci étant par essence continues et apparentes. Il en résulterait

2358 Celle-ci permettant la reconstruction sur la même assiette pendant une durée de trente ans. *Supra.*, n° 484.1.

2359 Ce sera notamment le cas lorsque la propriété superficiaire est établie dans le cadre d'un bail réel.

2360 Sur ce point, R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie : des glossateurs aux premiers commentateurs du Code civil de 1804 (XIIe – XIXe siècle)*, thèse, Paris II, 2018, p. 479 et s.

2361 F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008, n° 142, p. 218.

2362 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 366-4, p. 679 et 680.

l'obligation, pour le propriétaire du fonds servant, de ne pas s'opposer à son exercice et imposerait que celui-ci maintienne la possibilité de l'appui ou de l'ancrage ainsi acquise. Il faut cependant noter que le raisonnement suivi par Monsieur le Professeur Dross se fait en référence à l'usucapion d'un volume d'espace : l'appui est alors une utilité conférée par le fonds servant au bénéfice du fonds dominant – le volume d'espace obtenu par usucapion. Transposer une telle solution à la situation de la seule consolidation d'une propriété superficiaire suppose d'élargir considérablement la notion de fonds attachée à l'existence d'une servitude afin qu'elle puisse porter sur de simples éléments du bâti. Surtout, cela impliquerait d'accepter que l'existence de cette propriété superficiaire soit la condition d'existence de la servitude[2363].

532.1. Afin de dépasser les réserves attachées à cette exigence, on pourrait être tenté de tirer les conséquences de l'absence d'acquisition de la propriété de l'espace occupé par le bien superficiaire. En partant de l'idée que la pluralité de fonds demandée par l'article 637 du Code civil pourrait être remplie dès lors que, sur un même bien, une portion n'est pas appropriée de façon exclusive[2364] ; on pourrait envisager que la propriété superficiaire constitue, sur le volume d'espace occupé, l'absence d'exclusivité conditionnant la réception potentielle des servitudes. Cependant et même à retenir une telle possibilité, deux points s'opposent à une application dans le cas d'espèce. Non seulement la condition préalable n'est pas respectée – selon cette conception le volume d'espace, bien qu'occupé, resterait approprié de façon exclusive – mais l'absence de fonds dominant d'un tel modèle suffirait également à en disqualifier la validité. Aucun des deux fonds alors identifiés – le fonds de terre dans son ensemble et le volume d'espace occupé – ne pourrait recevoir la qualification de fonds dominant.

532.2. Pour permettre aux servitudes de venir au soutien des empiétements en assurant la possibilité pour le propriétaire superficiaire la possibilité de reconstruction de son bien en cas de destruction, il faudrait considérer que le fonds dominant est caractérisé par le fonds de terre dont la construction empiète sur le fonds voisin et que l'utilité conférée est celle de l'occupation d'une fraction de ce dernier. Partant de ce principe, la consolidation de la propriété superficiaire s'accompagnerait de l'usucapion d'une servitude d'implantation sur le fonds servant dont l'assiette serait caractérisée par le volume d'espace occupé. Une telle proposition revient finalement à la réhabilitation, voire la généralisation, de la servitude d'empiétement[2365] – pourtant théoriquement

2363 Pour un rappel des réserves doctrinales sur cette éventualité, *Supra*., n° 417 et s.

2364 En ce sens, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 871, p. 777 ; A. Ferracci, thèse, *op. cit.*, n° 335, p. 285, n° 384 et s., p. 328 et s.

2365 En ce sens, W. Dross, « De quoi la servitude prive-t-elle le propriétaire du fonds servant ? », note sous, Cass. civ., 3ème, 20 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 905.

prohibée. Cette prohibition reste justifiée dès lors qu'on assimile ce dont est privé le propriétaire du fonds servant[2366] – qui se retrouve dépourvu de toute jouissance sur une portion de son fonds – à une perte de la propriété et de ce qui est octroyé à celui du fonds dominant – la pleine occupation d'une fraction du fonds servant.

533. Réflexions autours des servitudes d'ancrage. Pour autant, le principe d'interdiction des servitudes d'empiétement pourrait ne pas être absolu, même au-delà des servitudes de surplomb. Ainsi, la pratique de la construction d'immeubles en volumes implique d'accepter la validité des servitudes d'ancrage. Celles-ci consistent à permettre à un volume d'espace d'empiéter sur un autre afin d'assurer la fixité des constructions qui vont s'y établir. Or, ces dernières pourraient finalement relever de l'acceptation du modèle de la servitude d'empiétement. D'abord, même l'ancrage fait dans la matière occupe une portion d'espace dont la maîtrise échappe totalement au propriétaire du fonds servant, ce qui constitue un empiétement[2367]. En outre, les servitudes d'ancrage impliquent bien souvent l'existence d'une assiette non modifiable, contrairement au principe que nous avons pu exposer[2368]. Enfin et surtout, la justification fondée sur le caractère objectif de l'utilité – qui distingue la servitude d'empiétement prohibée des empiétements consécutifs aux servitudes, qui sont autorisées[2369] – peut paraître bien artificielle. Certes, le caractère réciproque et collectif de ces servitudes semble justifier qu'aucune remise en cause de leur validité ne soit envisagé. Il n'en reste pas moins qu'identifier précisément l'utilité pourrait apporter un potentiel éclaircissement relatif à la servitude d'empiétement. On pourrait faire valoir qu'il y a une différence fondamentale avec ces dernières : l'ancrage est nécessaire à l'existence même de la construction, or l'existence de l'empiétement n'est pas ainsi conditionnée. Autrement dit, l'utilité ajoutée au volume bénéficiaire d'une servitude d'ancrage ne serait rien d'autre que la possibilité de construire en son sein, ce qui ne pourrait passer que par l'ancrage dans le fonds voisin. La situation est effectivement fondamentalement différente en matière d'empiétement : la construction dans le fonds dominant peut, *a priori*, se faire sans empiéter sur le fonds voisin, celle-ci ne résulte que d'un débordement indépendant de la possibilité d'y construire. Néanmoins, cette justification achoppe à l'identification de l'utilité conférée, celle-ci ne pouvant se transformer selon le fonds auquel on se réfère. Or, il est impossible de considérer que l'utilité transférée soit la possibilité de construire dans

2366 Pour l'identification de ce critère, J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », D. 2019, p. 1660, spéc., n° 22 ; W. Dross, « La perpétuité du droit réel de jouissance spéciale : encore un coup dans l'eau ! », note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, RTD Civ. 2021, p. 441.

2367 Et cela, quel que soit le propriétaire des éléments d'ancrage.

2368 *Supra*., n° 145.

2369 *Supra*., n° 144.

le volume dominant, tout simplement parce que le volume servant n'est pas titulaire d'une telle utilité. L'utilité octroyée est donc bien celle dont la servitude porte le nom : permettre au fonds dominant de trouver un point de fixation au sein du fonds servant. De là, deux solutions émergent : soit on conserve une acception stricte de l'utilité en considérant qu'il ne peut s'agir que de faire bénéficier le fonds dominant d'une emprise dans la matière du fonds servant afin de le solidifier ; soit on accepte d'en avoir une interprétation plus figurative en considérant que l'utilité conférée consiste avant tout à permettre la mise en place d'une implantation pérenne attachée au fonds dominant au sein du fonds servant, ce qui la rapprocherait fondamentalement d'une servitude d'empiétement. Serait-il alors possible d'envisager une validité plus générale des servitudes d'empiétement ? Une telle extension peut s'avérer excessive. Néanmoins, à constater l'absence d'acquisition de la propriété de l'espace occupé par l'objet superficiaire, une telle position pourrait éventuellement être soutenue.

534. Remise en cause de l'interdiction des servitudes d'empiétement par le refus de constater l'acquisition de l'espace occupé par l'empiétement. L'impossibilité pour la propriété superficiaire de justifier l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par son objet pourrait permettre de relativiser les limites attachées à la prohibition des servitudes d'empiétement. Cette idée apporterait des éléments propres à distinguer le champ d'application respectif des propriétés superficiaires et de la propriété de l'espace. Ainsi, étant donné que la consolidation d'une propriété superficiaire par voie d'usucapion n'impliquerait pas une division en propriété de l'espace, la restriction établie par la Cour de cassation voulant qu'une servitude ne puisse aboutir à l'empiétement du fonds d'autrui – à titre principal – peinerait à se justifier[2370]. La prohibition se justifie traditionnellement par la distinction entre la répartition d'une fraction de propriété – ce que ne permet pas la servitude – et la répartition des utilités du bien – ce que permet la servitude[2371]. S'il faut adhérer à cette répartition des rôles issue de la nature des servitudes, la servitude d'empiétement ne parait plus fondamentalement contraire à la restriction établie, dès lors que la propriété de l'espace empiété – ou la faculté d'appropriation de celle-ci – reste dans le patrimoine

2370 Remarquons tout de même que lorsqu'elle fait référence à cette prohibition, la Cour de cassation fait avant tout référence au fait qu'une servitude ne puisse aboutir à priver le propriétaire de la jouissance de sa propriété ou d'une partie de celle-ci (*Supra*., n° 142 et s.). En réalité et à considérer l'idée selon laquelle la perte de jouissance durable impliquerait immanquablement pour la Haute juridiction judiciaire l'existence d'une perte de propriété (ce qui semble être le cas au regard du visa fondant la démolition de l'empiétement : l'article 545 du Code civil) il se produirait une assimilation complète entre l'occupation du bien en cause et la perte de la propriété de l'espace occupé par celui-ci, ce que semble précisément contredire le refus que la propriété de l'espace soit acquise en raison de celle de l'objet superficiaire. En réalité, il nous semble que le propriétaire du fonds servant ne perd pas la propriété de l'espace occupé, il conserve la possibilité de le revendiquer même une fois la consolidation effectuée au cas où son affectation évolue.

2371 Sur cette question, W. Dross, « Droit réel de jouissance spéciale ou servitude : est-il toujours utile de choisir ? », note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, *op. cit.*

de la victime. En outre et à poursuivre cette idée, la servitude d'empiétement ne serait pas qualifiée de condition d'existence de la propriété superficiaire elle-même – celle-ci étant déjà existante et pouvant se maintenir indépendamment de cette servitude. Elle se présenterait simplement comme la condition de sa consolidation en conservant la possibilité de reconstruction de l'élément en cause en cas de destruction. Ainsi, elle permettrait seulement la persistance d'une assiette destinée à recevoir la superficie en cause. Nous pourrions ainsi proposer l'extension de la validité des servitudes d'empiétement au-delà des seuls surplombs toutes les fois où aucune acquisition de l'assiette de l'empiétement n'est directement envisagée. La solution, proposée par certains auteurs[2372] n'est pas dénuée d'intérêt. D'abord, elle permettrait de sécuriser la pratique notariale ayant toujours recours à l'établissement de servitudes d'empiétement conventionnelles afin de les consolider. Ensuite, elle s'avère moins coûteuse que l'établissement d'un état descriptif de division. Enfin, elle aboutit à un compromis bienvenu entre pérennité de la propriété de l'empiéteur et protection du droit du propriétaire victime. Au surplus, sous réserve que cela ne cause aucune aggravation de la servitude[2373] et dans l'hypothèse d'une destruction de la propriété superficiaire, la reconstruction serait envisageable sur une assiette légèrement différente de la première. Ceci permettrait d'éviter la création de nouveaux empiétements en raison de l'absence de concordance exacte entre le volume d'espace précédemment approprié et la nouvelle construction.

535. Recul de l'intérêt du volume d'espace et distinction avec la propriété superficiaire traditionnelle. Le fait que la propriété non prédéterminée de l'espace reste indépendante de la propriété superficiaire qui l'occupe aboutit à une distinction franche entre le volume et la propriété superficiaire[2374], pourtant de même nature. En définitive, ils procèdent tous deux d'une division non parcellaire de l'immeuble qui aboutit à l'appropriation d'un bien immeuble enclavé au sein d'un fonds de terre. Seul l'objet de la propriété diffère : là où le volume d'espace consiste à

2372 Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427, spéc., p. 439. Pour le même raisonnement apparaissant en filigrane, les auteurs appelant à la libération des servitudes de leur carcan restrictif : E. Meiller, F. Collard, B. Travely, « Quelles possibilités offre la notion de servitudes ? », JCP N 2018, 1332, n° 22.

2373 Voir sur cette question les articles 701 et 702 du Code civil.

2374 En ce sens, F. Vern, thèse, *op. cit.*, n° 134, p. 171, spéc., p. 174. L'auteure semble dans ses développements rapprocher la division en volumes davantage de la division parcellaire que de la propriété superficiaire : « on perçoit d'autant mieux la différence entre les volumes, qui sont de purs objets de publicité foncière, et les superficies qui épousent une fraction du monde matériel ». Voir également : « le fait que la superficie et le volume soient tous deux rendus possibles par les articles 552 et 553 du Code civil, qui permettent la dissociation de l'immeuble, ne signifie pas qu'il y ait un lien quelconque entre les deux techniques » (n° 133, p. 170, spéc., p. 171). Elle concède néanmoins que la propriété superficiaire comme le volume procèdent de la même idée de division de l'étendue verticale de l'immeuble : « La volumétrie permet, de même que la superficie, de faire coexister plusieurs objets juridiques diversement appropriés sur la même assiette matérielle » (n° 133, p. 170). Également en ce sens, M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020, n° 787 et s, p. 322 et 323.

s'approprier une portion précisément délimitée d'espace, la propriété superficiaire ne vise par principe rien d'autre que l'appropriation d'un bien immobilier tangible et reste limité à celui-ci[2375]. Au-delà des limites du champ d'existence de la propriété de l'espace, une telle présentation entraîne une véritable diminution de la nécessité de recourir aux volumes superficiaires, ceux-ci devenant extérieurs aux propriétés superficiaires s'appliquant à un objet particulier. En conséquence, le volume d'espace restera également indifférent en matière d'empiétement sur le fonds d'autrui et cette indifférence ne sera pas plus problématique. En effet, l'apport spécifique du volume d'espace en la matière est issu de sa persistance après destruction de son contenu. Or, cet avantage pourrait se trouver compensé par l'acquisition d'une servitude d'empiétement entraînant création d'une assiette sur le fonds servant propre à recevoir l'élément empiéteur.

Paragraphe 3. Les exigences formelles attachées à la création du fonds superficiaire

536. Plan. La distinction entre propriété et volume superficiaire nous conduit à questionner les conditions d'existence de ce dernier. En substance, le fonds superficiaire consiste en la propriété d'un volume d'espace. Si la propriété de l'espace est indéniablement liée à celle du fonds de terre, le volume d'espace détaché de ce dernier répond à des conditions d'existence qui restent encore à déterminer. En raison de son caractère impalpable, son existence ne peut passer que par des conditions formelles spécifiques propre à assurer l'identification du bien (A). Conséquence de ces conditions, il faut écarter l'idée d'une quelconque appropriation de l'espace du fonds par la partie privative d'une copropriété (B).

A. Les exigences formelles propres à assurer l'identification du bien

537. Processus créatif du volume d'espace. Comme il s'agit de la propriété d'une figure géométrique tridimensionnelle indépendante de tout contenu dont la localisation est le principal intérêt, l'identification précise du volume par des cotes uniformes semble indispensable et devrait même conditionner son existence[2376]. Ainsi, le volume d'espace est caractérisé par l'opération de division, qui permet de l'individualiser en procédant à son identification précise par sa délimitation issue du système Lambert pour la planimétrie et N.G.F. pour l'altimétrie. Nous avons pu voir dans

2375 En ce sens F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 128, p. 159, spéc., p. 160 : « la superficie […] ne porte que sur des choses directement envisagées dans leur matérialité » ou encore « la superficie n'est pas un droit, c'est un objet juridique […] très particulier qui est intimement lié à la réalité naturelle qui le définit » (n° 131, p. 166).

2376 Également en ce sens, S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*, n° 17 : « avant toute construction, elle [la représentation géographique et géométrique du volume dans l'espace] en est la modalité d'existence ».

les développements précédents que l'existence de biens immobiliers non précisément délimités n'étaient pas impossibles, même s'ils causent des frictions avec le principe d'individualisation de la chose au cœur de notre système de propriété[2377]. Cette situation s'avère envisageable, car une délimitation imparfaite n'empêche pas en soi l'exercice de la propriété dès lors que le bien en cause reste individualisable pour sa grande majorité[2378]. Dès qu'apparaît un litige propre à certaines limites du bien, il reste possible de résoudre la difficulté par le biais de l'action en revendication. Le problème se pose de façon différente pour le volume d'espace, puisque celui-ci ne peut être individualisé sans l'établissement de cotes géométriques précises. Selon cette hypothèse, le volume d'espace n'existe donc pas par principe et nécessite une action positive qui consiste à le créer par un processus d'identification uniforme et autonome. On peut trouver une approche similaire à cette vision à l'article 562 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil, dont l'alinéa second semble soumettre la création du volume à l'établissement d'un état descriptif de division en volumes[2379].

538. Nature de l'état descriptif de division. En tout état de cause, une telle hypothèse interroge la place de l'état descriptif de division dans le processus créatif du volume d'espace et donc, en premier lieu, sa nature. À la suite d'une série de décisions approuvant sa nature conventionnelle[2380], la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et depuis rejette de façon constante une telle nature à l'état descriptif de division[2381]. Elle rappelle qu'il n'est qu'un document dressé pour les seuls besoins des services de publicité foncière[2382]. En conséquence, un

2377 *Supra.*, n° 238 et s.

2378 Voir ainsi l'exemple des biens souterrains. *Supra*., n° 236 et s. ; 470 et s.

2379 Alinéa 2 de l'article 562 de l'avant-projet de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens : « Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes ».

2380 Cass. civ., 3ème, 15 mai 1973, n° 72-11.473 Bull. Civ. III, n° 341 : « Attendu que l'état descriptif de division d'un immeuble en copropriété est une convention entre les copropriétaires » ; Cass. civ., 3ème, 17 mars 1976, JCP G 1977, II, 18542 ; Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, D. 1980, I.R., 234, obs. C. Giverdon (Précisons que selon Claude Giverdon, la lecture du moyen au pourvoi de ce dernier arrêt permettait de comprendre que la Cour de cassation répondait ici en réalité à une question de modification du règlement de copropriété – auquel avait été annexé l'état descriptif de division – dont la nature contractuelle n'est pas contestée, ce qui expliquerait, d'après lui, la « formule malheureuse » de la Haute juridiction) ; Cass. civ., 3ème, 12 janvier 1982, n° 80-13.507.

2381 Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, n° 90-11.578, RDI 1992, p. 364, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; AJDI 1993, p. 713, note J.-M. Gélinet, JCP N 1993, 101431, note J.-M. Goëtghebeur ; Cass. civ., 3ème, 18 novembre 1992, n° 91-16.078 ; Cass. civ., 3ème, 30 mai 1995, n° 93-16.021, RDI 1995, p. 582, obs. P. Capoulade, C. Giverdon ; Cass. civ., 3ème, 3 juin 1998, n° 96-20.142 ; Cass. civ., 3ème, 14 décembre 1999, n° 96-12.963 ; Cass. civ., 3ème, 2 février 2005, n° 03-17.850 ; Cass. civ., 3ème, 9 septembre 2008, n° 07-16.881 ; Cass. civ., 3ème, 8 avril 2014, n° 13-11.633 ; Cass. civ., 3ème, 7 septembre 2017, n° 16-18.331, Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, comm. 220, note A. Lebatteux.

2382 Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 30 mai 1995, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 14 décembre 1999, *op. cit.* ; Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, *op. cit.*

tel document ne constitue pas un juste titre[2383] et ne pourrait entraîner par lui-même création d'un droit de propriété. Malgré le caractère technique de ce document ainsi que la constance de l'affirmation en jurisprudence, suivie par une partie de la doctrine[2384], le refus de la nature contractuelle de l'état descriptif de division tend à être relativisé. D'une part, ces solutions jurisprudentielles ont toutes été rendues dans le cadre spécifique du statut de la copropriété prévue par la loi du 10 juillet 1965. L'état descriptif de division est le plus souvent inclus ou annexé au règlement de copropriété et comporte l'indication de l'affectation de la partie privative. En conséquence, on a pu soulever qu'une qualification contractuelle de l'état descriptif de division risquerait de soumettre tout changement d'affectation de la partie privative au vote de l'unanimité des copropriétaires, quand bien même celle-ci ne serait pas contraire à la destination de l'immeuble[2385]. D'autre part, l'étude de la jurisprudence la plus récente démontre que la Cour de cassation ne ferme plus absolument la porte à une telle qualification. Ainsi, elle a pu accepter la nature contractuelle de l'état descriptif de division en l'absence d'un règlement de copropriété[2386] ou lorsque ce dernier lui confère expressément une telle nature[2387]. De façon plus générale, la Cour de cassation a pu censurer des juges du fond ayant refusé de reconnaître la nature contractuelle d'un état descriptif de division lorsque celui-ci est annexé à un acte de vente[2388]. Si le principal apport retenu par la doctrine concernant cet arrêt reste le moment de la naissance de la copropriété[2389], il n'ouvre néanmoins rien d'autre que la possibilité de conférer une nature contractuelle à un état

2383 Cass. civ., 3ème, 30 avril 2002, n° 00-17.356, JCP N 2002, 1666, obs., H. Périnet-Marquet.

2384 Voir notamment, N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, AJDI 2012, p. 232 ; D. Richard, *De la propriété du sol en volume, thèse, Paris II, 2015*, n° 715, p. 749.

2385 S. Olivier, « Pour en finir avec le débat sur la valeur de l'état descriptif de division », LPA, 17 juin 2016, n° 121, p. 7. L'auteur précise qu'une telle disposition inscrite dans le règlement de copropriété serait sans doute réputée non écrite, car contraire à la liberté d'usage des parties privatives par les copropriétaires issues de l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965.

2386 Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2008, n° 07-19.313, D. 2008, p. 2840, note Ch. Atias ; Loyers et copro., n° 2, février 2009, comm. 44, note G. Vigneron.

2387 Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 16-16.849, Droit et Pat. 2018, n° 276, janvier 2018, p. 60, obs. J.-B. Seube ; JCP G 2017, 1142, obs. H. Périnet-Marquet ; Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, comm. 219, note A. Lebatteux ; LPA 2018, n° 6, p. 11, note P.-L. Niel.

2388 Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, n° 09-13.822. Nous pouvons également mentionner un arrêt de la cour d'appel de d'Aix-en-Provence (Aix-en-Provence, 5 décembre 2013, n° 12/24074) dans lequel les juges accueillent le principe de l'action en nullité de l'état descriptif de division (sans la retenir, il est vrai, au motif que ce dernier correspondait « très exactement aux parties de l'immeuble » acquises par l'une des parties). Monsieur Lamiaux remarquera sur ce point qu'accepter la nullité d'un tel document interroge sa nature, une telle sanction étant limitée aux seuls actes juridiques, c'est-à-dire des actes « créant, modifiant ou éteignant une situation juridique » (S. Lamiaux, « L'état descriptif de division *forcé* », JCP N 2015, 1062, n° 48).

2389 G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, Loyers et copro, n° 3, mars 2011, comm. 88 ; D. Tomasin, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, D. 2012, p. 2412.

descriptif de division lorsque celui-ci est pleinement intégré aux stipulations d'un document lui-même contractuel[2390].

538.1. Ce dernier point nous intéresse tout particulièrement car, en matière de cession de volumes d'espace, l'acte de vente fait impérativement référence à l'état descriptif de division afin d'individualiser et délimiter les différents volumes d'espace ainsi créés[2391]. Certes, on trouvera une décision du 18 janvier 2012 dans laquelle la Cour de cassation semble nier toute nature contractuelle à un état descriptif de division en volumes[2392]. Il n'est cependant pas certain que cette affaire emporte un refus d'une portée si générale. Dans cette affaire, la haute juridiction judiciaire approuve une Cour d'appel ayant retenu « à bon droit » que l'état descriptif de division en volumes de l'espèce « en ce qu'il divisait l'immeuble en considération de deux régimes de propriété qui s'y appliquent, se bornait à constater une situation juridique existante pour la transposer, avec exactitude, sur un support juridique publiable à la conservation des hypothèques »[2393]. En d'autres termes, si la Cour de cassation approuve les juges de la Cour d'appel, c'est avant tout parce qu'ils constatent que ceux-ci n'ont fait qu'homologuer un état descriptif de division en volumes qui en l'espèce, se contentait de constater une situation juridique – la superposition de la propriété – déjà existante. S'il nous semble nécessaire d'émettre des réserves quant à l'affirmation de ce seul caractère déclaratif[2394], l'affirmation n'exclut pas la possibilité de créer des volumes d'espace par un état descriptif de division, si cela correspond à la volonté des parties. Nous pouvons alors en déduire qu'il est possible de lui conférer une nature contractuelle, soit en vertu d'un accord exprès

2390 En ce sens, A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, *op. cit.* Il faut également préciser que l'intégration de l'état descriptif de division au règlement de copropriété ne se produit pas par principe, l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 distinguant – malgré quelques imprécisions rédactionnelles – très clairement le rôle des deux documents.

2391 Pour une approche similaire, Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, AJDI 2012, p. 276, note Ch. Atias.

2392 Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, n° 10-27.396, AJDI 2012, p. 232, note N. le Rudulier ; p. 276, note Ch. Atias.

2393 Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, *op. cit.*

2394 En l'espèce, un couple avait reçu par voie successorale la propriété d'un immeuble situé sur une parcelle dont une partie était constituée d'un porche en indivision servant à la desserte des fonds voisins. Deux biens distinctement appropriés prenaient donc place sur cette parcelle : d'une part, un porche en indivision et, d'autre part, la portion d'un bâtiment de quatre étages située au-dessus ainsi qu'une cave située en dessous qui appartenaient au couple, propriétaires de ladite parcelle. Afin de pérenniser les droits de chacune des parties, les parties décident de faire établir un état descriptif de division en volumes afin de le publier aux services de la publicité foncière. Une fois celui-ci réalisé par le géomètre expert, certains des propriétaires indivis refusèrent de le signer en considérant que la modalité de division prévue – une division en pleine propriété indivise du porche – venait restreindre leur droit sur cette portion en ne leur reconnaissant qu'implicitement un droit de passage sur cette dernière. Les réticences des demandeurs portaient justement sur la crainte de voir restreindre leur droit sur la partie indivise, ce qu'est justement en mesure d'assurer une telle division. Il n'est pas certain qu'en l'espèce, l'état descriptif de division en volumes se soit contenté d'être déclaratif, dès lors qu'il impliquait appropriation de l'espace occupé par la construction, ce qui ne semble pas pouvoir résulter de la répartition préexistante à son établissement.

des parties[2395], soit par une intégration du document dans un acte à valeur contractuelle[2396]. Ainsi, l'état descriptif de division est un support matériel pouvant voir sa portée modifiée selon son contenu et la volonté des parties l'établissant[2397]. Le fait qu'il soit utilisé à titre technique dans le cadre de la publicité foncière où il ne fait que constater une division préexistante sous une forme publiable n'empêche pas les parties de lui conférer une portée supérieure, et de l'utiliser afin de réaliser ou préparer la division de l'immeuble[2398]. Ainsi, lorsque la division en volumes est effectuée en l'absence de toute construction, l'état descriptif de division reste l'unique document permettant d'individualiser les volumes envisagés et constitue donc, par le truchement de l'acte de vente auquel il est attaché, le document fondateur de la naissance de ces derniers en tant qu'objet de propriété[2399].

539. Rôle de l'état descriptif de division en volumes. La nécessité d'identification des volumes par des coordonnées planimétriques et altimétriques interroge la capacité du volume d'espace à être créé en l'absence d'un tel document. Si cette dépendance ne fait aucun doute lorsqu'aucun édifice n'existe puisqu'il est alors le seul moyen d'identification et d'individualisation d'un tel objet, la question se pose avec une tout autre acuité en présence d'un ou de plusieurs édifices. Lorsqu'il s'agira de diviser une construction existante, la pratique a parfois recours à un état descriptif de division en volumes faisant référence aux seuls éléments de construction, les coordonnées précises sous forme de volumes d'espace n'étant utilisées que de façon à situer de façon globale l'édifice[2400]. Cette imprécision est dommageable, tant en pratique[2401] qu'en théorie. En effet, on a déjà remarqué que la propriété d'une portion du bâti n'emportait pas par elle-même celle de l'espace qu'elle occupe. Il conviendrait alors de préciser dans l'état descriptif de division en

2395 Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, *op. cit.*

2396 En ce sens, H. Périnet-Marquet, obs sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, JCP G 2017, 1142.

2397 Sur ce point, Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 30 octobre 2012, Defrénois 2012, n° DEF40627, p. 1003 : « Le document [l'état descriptif de division] et sa présentation matérielle – l'*instrumentum* – ne peuvent être confondus avec l'opération et l'acte juridique dont il est porteur – le *negotium* ». Voir également, F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 141, p. 181, spéc., p. 182 : « L'état descriptif de division de l'immeuble est le simple constat d'une situation de fait relative à un immeuble, dont la publication est parfaitement indépendante du *negotium*. Si les deux éléments ne se confondent pas, le fait juridique (division de l'immeuble) et l'acte juridique (*negotium*) ont un support unique, puisqu'ils sont matérialisés dans le même *instrumentum*, dont la publication permet d'informer les tiers tant de la situation de fait que de l'acte juridique ».

2398 En ce sens, J.-M. Goëtghebeur, note sous Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, JCP N 1993, 101431.

2399 Il en sera de même en matière de vente en l'état futur d'achèvement, dont l'acte fait référence à l'état descriptif de division et sur la base duquel s'apprécie l'obligation de délivrance conforme du constructeur (en ce sens, Cass. civ., 3ème, 16 juillet 1986, n° 84-12.093, arrêt qui condamne le constructeur à modifier les éléments construits afin de les faire correspondre à l'état descriptif de division). Sur cette question, voir S. Olivier, *op. cit*., n° 10.

2400 Sur ce point, J.-Ch. Chaput, « Construction en volumes », *in Droit de la construction*, coll. Dalloz Action, Dalloz, 7 éd., 2018/2019, dossier 550, spéc., n° 550-103, p. 2077.

2401 Conséquence de cette imprécision, l'identification précise des volumes est impossible en cas de destruction. Sur ce point, J.-Ch. Chaput, *op. cit.*

volumes que la division porte spécifiquement sur des volumes d'espace en procédant tout de même à une identification précise de chacun d'entre eux par ces systèmes de coordonnées. En l'absence de tout état descriptif de division, il nous semble plus difficile d'admettre l'existence de la propriété d'un volume d'espace car, en l'absence de détermination géographique précise, la propriété de l'espace ne peut être individualisée[2402].

540. Impact de la publicité foncière. Enfin, remarquons que la pérennité des volumes d'espace n'aurait pas été assurée en l'absence d'une prise en compte efficace par la publicité foncière. En permettant la publication d'état descriptif de division en volumes[2403], celle-ci contribue fortement à l'existence juridique autonome du volume – c'est-à-dire détachée de tout acte servant d'intermédiaire – en assurant l'opposabilité de la division aux tiers. Madame Vern rappelle ainsi qu'en matière de division de l'immeuble, la publicité foncière « permet surtout l'établissement d'objets abstraits, délimités par leurs coordonnées géographiques »[2404]. En ce sens, la précision demandée par la publicité foncière dans l'identification des biens permet d'assurer l'existence juridique des volumes d'espace alors même qu'aucune disposition spécifique n'existe à leur égard. Ce n'est pas à dire que la publicité foncière[2405] comme l'état descriptif de division soient, de façon

---

2402 Concernant la question de l'usucapion d'un volume d'espace, *supra*., n° 505 et s. ; *infra*., n° 542.

2403 *Supra*., n° 348 et s.

2404 F. Vern, thèse, *op. cit*., n° 141, p. 181, spéc., p. 182.

2405 Il est affirmé de façon constante que la publicité foncière n'est pas constitutive de droit (Voir dernièrement, J. Dubarry, « L'ambivalence de la publicité foncière française s'accommode-t-elle d'une affirmation péremptoire sur la responsabilité du service qui en modifie les mentions ? », note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, D. 2018, p. 2468, spéc., n° 8 ; A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, Loyers et copro., n° 12, décembre 2018, comm. 259 ; H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, JCP N 2019, 1280, spéc., n° 2), n'a vocation qu'à produire un effet confortatif (en ce sens, Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, *Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018, spéc., p. 49) et à assurer l'opposabilité des actes juridiques ainsi publiés (F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020, n° 140 et 141, p. 179 et s.).

Il est tout de même possible de soulever quelques réserves à cette affirmation générale, notamment en raison du rôle que la publicité foncière prend lorsque se produit la vente consécutive d'un même immeuble par le même auteur. Dans cette situation, on a pu faire remarquer que la règle – aujourd'hui présente à l'article 1198 du Code civil –, selon laquelle l'acquéreur de bonne foi – condition de bonne foi ajoutée par ce nouvel article 1198 – publiant le premier son droit au registre de la publicité foncière devait être considéré comme le propriétaire du bien, ne pouvait s'expliquer qu'en raison de la capacité créatrice de droit (W. Dross, « La propriété foncière peut-elle être infidèle ? », note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, RTD Civ. 2019, p. 132) ou translative de droit (Voir notamment, F. Danos, « Les formalités de publicité foncière ne sont pas constitutives de droit (mais n'ont-elles pas un effet translatif ?) », note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, RDC 2019, n° 115x5, p. 138) de la publicité foncière. Selon la première hypothèse, le transfert de propriété s'est déjà réalisé au bénéfice du premier acquéreur par l'effet du contrat de vente. Il en résulte que le second acquéreur ne peut être titulaire que d'un juste titre, incapable de lui octroyer la propriété du bien en cause. En conséquence, dans l'hypothèse où il publie son titre en premier, il ne pourra être qualifié de propriétaire de la chose qu'en raison de cette publication, ce qui confère à la publicité foncière un rôle créateur de droit. Selon la seconde hypothèse, il faut partir du constat qu'un droit de propriété ne pourrait pas être réellement considéré comme tel lorsqu'il n'est pas opposable aux tiers. En conséquence, le cédant resterait propriétaire du bien à l'égard des tiers tant que la formalité de publicité foncière imposée n'a pas été réalisée. Il en résulte que le second acquéreur est titulaire d'un titre valable qui ne nécessite pour être réellement translatif de propriété que la réalisation de la formalité de publicité foncière (F. Danos, *op. cit*.).

générale, constitutifs de droit. Dans cette situation, la première ne fait que permettre l'opposabilité et la création de l'objet, que réalise effectivement le second.

541. Acquisition de principe d'un volume d'espace non prédéterminé par voie d'usucapion. D'un point de vue très général, admettre l'acquisition de la propriété de l'espace par celle d'une propriété superficiaire portant sur un élément spécifique ne semble pas particulièrement problématique au regard des conditions formelles attachées à l'existence d'un volume d'espace. Lorsqu'aucun élément tangible n'existe, il semble particulièrement difficile – si ce n'est impossible – de justifier de la possession utile d'un volume d'espace lorsque celui-ci n'a pas déjà été créé spécifiquement. La possession d'un volume d'espace non antérieurement délimité et dénué de tout élément tangible semble impossible, que ce soit en raison de l'absence d'identification de l'objet ou que ce soit en raison de celle d'actes matériels et juridiques pouvant la fonder[2406]. À l'inverse, en présence d'un élément matériel pouvant le délimiter, la problématique de l'identification du volume d'espace s'avère résolue : il suffit, en ce cas, de relever les contours de l'objet par les systèmes de repérage altimétrique et planimétrique. En outre, le juge prononçant l'acquisition du volume d'espace par voie d'usucapion devra ordonner l'établissement d'un état descriptif de division en volumes. Ce dernier sera alors réputé existant à la date d'entrée en possession – l'acquisition de la propriété par usucapion étant elle-même rétroactive à cette date[2407]. Ainsi, l'état descriptif de division sera considéré comme existant à la date d'entrée en possession, respectant ainsi – sans doute quelque peu artificiellement – l'exigence formelle de son existence.

542. Réserve induite par l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace et plan. À s'en tenir aux observations précédentes, il existe en droit positif une véritable indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet superficiaire qui l'occupe, dès lors où nombre de propriétés superficiaires sont dépourvues de l'appropriation de l'espace pour lui-même[2408]. Ce constat semble compliquer la caractérisation d'une possession utile de l'espace en tant que telle, à partir du moment où la seule possession à titre de propriétaire de l'élément matériel n'induit pas qu'il en soit de même de l'espace occupé. L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'empiétement peut alors s'avérer utile, dès lors que celle-ci aboutit traditionnellement à permettre l'acquisition de son assiette. Or, nous avons pu constater en la

2406 Sur la question des conditions propres à l'existence d'une possession utile, *supra*., n° 492.1. Il ne s'agit pas ici de nier la possibilité de posséder un bien intangible – la possession d'un volume d'espace établi par un état descriptif de division en volumes reste possible – mais de constater qu'en l'absence de délimitation et de création spécifique, il nous semble impossible de constater des actes permettant de justifier l'existence d'une telle possession.

2407 Cass. civ., 3ème, 10 juillet 1996, n° 94-21.168 ; Cass. civ., 3ème, 26 janvier 2017, n° 15-24.190, RTD Civ. 2017, p. 427, note W. Dross.

2408 *Supra*., n° 445 et s.

matière que la réticence à l'acquisition du volume d'espace par l'étendue matérielle de l'empiétement ne pouvait faire l'objet d'une application conditionnée sous peine de s'avérer imprévisible[2409]. Plus encore, l'étude d'un critère potentiel a pu démontrer les limites de l'usucapion par la propriété d'une portion de bâtiment propre à recevoir une possession directe par son propriétaire[2410]. À l'aune de ces difficultés, sans doute est-il préférable de limiter l'effet de la possession utile d'une portion de bâtiment à l'usucapion de cette seule portion. Cette solution pourrait se justifier d'autant plus facilement que les évolutions de la loi du 10 juillet 1965 pourraient aboutir à imposer l'existence d'une copropriété lorsqu'un bâtiment se retrouve approprié entre plusieurs personnes sans qu'aucune organisation de répartition de propriétés, ni régime alternatif n'aient été prévus[2411]. Ainsi, la question relative à la pérennité du droit de propriété de la portion de bâtiment acquise par usucapion serait résolue par cette qualification.

B. L'impact sur la nature de la partie privative du lot de copropriété

543. Impact sur l'analyse structurelle de la copropriété. Parmi les analyses juridiques de la copropriété, certaines s'attachent à démontrer que sa structure est avant tout composée d'une démarcation franche entre les parties communes et privatives[2412]. Cette analyse de la copropriété,

2409 *Supra*., n° 515.

2410 *Supra*., n° 514 et s.

2411 Sur cette question, *infra*., n° 561.

2412 La doctrine propose d'autres modèles, plus unitaires, permettant d'expliquer le régime offert par la copropriété et le contenu exact du lot de copropriété. Certains y voient une indivision totale et perpétuelle dans laquelle les copropriétaires se voient octroyer autant de droits de jouissance exclusifs (W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 214 et s., p. 404 et s. ; A. Tardif, « L'indivision perpétuelle », LPA, 20 juillet 2020, n° 144, p. 9, spéc., n° 9). D'autres considèrent le lot de copropriété lui-même comme un bien complexe objet d'un droit de propriété exclusif. (C. Lombois, « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », D. 1966, II, lég., p. 93, spéc., n° 18, p. 95 ; F. Zenati, « Notion de servitude », note sous Cass. civ., 3ème, 19 juillet 1995, Bull. civ. III, n° 201, RTD Civ. 1998, p. 145 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, M. Julienne, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019, n° 718, p. 269 et 270. ; F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003, spéc. n° 110 et s., p. 124 et s. ; note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, AJDI 2005, p. 193). L'intérêt principal de cette dernière théorie serait qu'elle permette d'accepter les servitudes entre une partie privative et des parties communes dès lors qu'elles sont comprises dans des lots différents. En ce sens, A. Cayol, « Servitude et copropriété des immeubles bâtis », AJDI 2018, p. 340.

Plus récemment :Y. Paquet, *Le lot de copropriété, entre complexité et illusion : analyse de la nature juridique du lot de copropriété*, thèse, Grenoble, 2016. Après avoir constaté l'insuffisance des théories dualistes et unitaires en raison de leur convergence issue du caractère unitaire des théories dualistes – tiré du lien indissociable des parties communes et privatives – et le caractère dualiste des théories unitaires – tiré de la distinction entre propriété et usage – (p. 109), l'auteur propose une analyse renouvelée du lot de copropriété. Il s'agirait d'analyser ce dernier comme un objet complexe de propriétés plurielles qui serait constitué d'un élément central – la quote-part de parties communes – autour de laquelle vient graviter l'ensemble des droits afférents aux lots qui constituent cette « propriété plurielle » (p. 116 et s.). L'originalité de la proposition tient surtout à la qualification de la répartition entre parties communes et privatives qu'il assimile à un usufruit d'un genre particulier (p. 141 et s.). Notamment, celui-ci serait perpétuel par le fait que le propriétaire exclusif de la partie privative – objet de l'usufruit selon sa proposition – est également propriétaire de la quote-part de parties communes – la nue propriété selon sa proposition – qui sert de support matériel à l'usufruit (p. 142).

dite dualiste, connaît elle-même différents degrés selon l'importance conférée à cette distinction[2413]. Pour l'essentiel, il s'agit d'analyser la distinction légale entre les parties privatives et communes comme une véritable division structurelle de l'immeuble, imposant alors l'existence de deux droits distincts, l'un exclusif et l'autre indivis[2414], nécessairement liés[2415] en raison de la structure collective de l'ensemble[2416]. Pour ce qui nous intéresse spécifiquement, la théorie dualiste de la propriété distingue donc, d'une part, les parties communes, objets d'une propriété indivise et, d'autre part, des parties privatives, objets d'une appropriation individuelle[2417]. Or, lorsque l'on adhère à la théorie dualiste de la copropriété – qui semble rester la vision légale et celle retenue par la jurisprudence[2418] – la partie privative d'un bien en copropriété semble principalement composée d'un espace immatériel[2419], autrement dit, d'un volume d'espace.

2413 Pour un rappel des subtilités attachées aux théories dualistes de la copropriété : A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2020, n° 354 et s., p. 302 et s.

2414 Certains conçoivent l'existence d'un troisième droit, issu de l'existence d'une personne morale – le syndicat des copropriétaires – attachée à la gestion de la copropriété et dont est membre l'ensemble des copropriétaires d'une copropriété donnée. En ce sens, Ch. Atias, « Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1980, I, 2971, n° 11.

2415 Article 1-I de la loi du 10 juillet 1965 depuis sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 : « Le lot de copropriété comporte obligatoirement une partie privative et une quote-part de parties communes, lesquelles sont indissociables ». Voir également, Article 6 de la loi du 10 juillet 1965 : « Les parties communes et les droits qui leur sont accessoires ne peuvent faire l'objet, séparément des parties privatives, d'une action en partage ni d'une licitation forcée ».

2416 W. Dross, *Droit civil. Les choses, op. cit.*, n° 210-3, p. 399, spéc., p. 400 ; A. Ferracci, thèse, *op. cit.*, n° 356, p. 304. Précisons que des débats existent quant à une éventuelle hiérarchisation de ces deux droits distincts, la majorité considérant comme principale la partie privative (F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 619, p. 522), certains étant plus réservés et appellent à une véritable juxtaposition non hiérarchisée : A. Ferracci, thèse, *op. cit.*, n° 356, p. 304, spéc., p. 305. Pour le développement de cette idée de juxtaposition non hiérarchisée des droits en copropriété : n° 368, p. 315 ; n° 377 et s., p. 323 et s. (Voir déjà, pour le rejet d'un rapport d'accessoire à principal : M. Azoulay, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse, Paris, 1956, n° 146, p. 164, spéc., p. 165).

2417 J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations,* PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004, n° 838, p. 1796 ; F. Terré, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 624 et s., p. 526 et s. ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019, n° 569, p. 665. Déjà en ce sens, à propos de la copropriété par étage de l'article 664 ancien du Code civil et de la copropriété par appartement, issue de la loi du 28 juin 1938 : M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 319, p. 314 : « Il y a donc superposition de propriétés distinctes et séparées, compliquée de l'existence d'une copropriété portant sur les parties nécessairement communes ou affectées à l'usage commun des différents propriétaires ».

2418 Voir déjà, Cass. civ., 1re, 21 novembre 1955, JCP G 1955, II, 9004. Plus récemment, Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, n° 03-11.562, l'analyse dualiste faite par la jurisprudence étant ici utilisée afin de justifier le bien fondé des servitudes entre parties privatives.

2419 M. Azoulay, thèse, *op. cit*., n° 102 et s., p. 116 et s. ; R. Nerson, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 707, spéc., p. 718 ; R. Savatier, note sous Cass. civ., 3ème, 16 mai 1977, D. 1978, juris., p. 161, spéc., n° 4, p. 163 ; G. Daublon, « État descriptif de division et volumes : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, art. 37168, p. 558 ; Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose ? », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 679, spéc., p. 683 et s. ; Y. Paquet, thèse, *op. cit*., p. 109 et p. 137.

543.1. On pourrait, certes, être tentés d'objecter que la partie privative est en réalité composée des revêtements recouvrant les parties communes[2420], ou encore des éléments de clos détachables et d'équipements. Le premier problème d'une telle conception reste qu'elle pourrait avoir pour conséquence d'exclure tout recours aux servitudes, ces dernières ne semblant pas pouvoir porter sur des immeubles soumis à une existence éphémère[2421]. Surtout, il ne semble pas que ces simples éléments puissent suffire à définir la consistance de la partie privative. Si le législateur ne définit pas la partie privative d'un lot de copropriété comme un espace[2422], une telle idée n'est pas contredite par les dispositions légales. Au contraire, l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965[2423] impose au vendeur d'un lot de copropriété d'informer l'acquéreur de la surface précise de la partie privative du lot en cause, sous peine de nullité de la vente. La sanction de l'irrespect de cette disposition invite à saisir l'importance que peut avoir cette information dans le processus décisionnel de l'acquéreur[2424]. Or, le calcul de cette surface – précisé par le décret n° 97-532 du 23 mai 1997 – ne prend en compte que la surface dont la hauteur sous plafond dépasse 180 centimètres. Il en ressort que seule la surface pouvant bénéficier d'une occupation effective, établie par la contenance suffisante de la partie privative, est prise en compte par le législateur. C'est donc avant tout un espace qui est visé lorsque l'on fait référence à la partie privative d'un lot de copropriété, ce qui n'empêche bien évidemment pas le règlement de copropriété d'énumérer très précisément les différents éléments d'équipement compris dans cette partie privative.

2420 Voir F. Givord, « Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements », *in Mélanges Offert à Monsieur le Professeur Pierre Voirin,* LGDJ, 1967, p. 262, spéc., n° 10, p. 270 et 271. La proposition est rapidement rejetée par l'auteur, qui considère de tels éléments comme insuffisants à la caractérisation de la partie privative (*Ibid.*).

2421 Voir en ce sens, F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018, n° 869, p. 776 ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019., n° 323, p. 373. Les auteurs interprètent le refus de la Cour de cassation de qualifier de servitude l'interdiction faite de ne pas abattre certains arbres, comme l'exigence pour le bien en cause de pouvoir prétendre à une forme d'éternité. En ce sens, Cass. Req., 6 avril 1841, D.P. 1841, I, 214.

2422 Voir l'alinéa 1er de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1965 disposant que « sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé ».

2423 Créé par la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996.

2424 Il faut néanmoins remarquer qu'aux termes de ce même article, une simple différence de mesure – impliquant une diminution d'au moins un vingtième de la surface annoncé – ne peut aboutir qu'à une diminution proportionnelle du prix.

Si cela semble amoindrir l'impact que peut avoir l'espace dans la constitution de la partie privative, il ne faut cependant pas surestimer l'impact d'une telle disposition. D'une part, une telle solution était nécessaire dans l'esprit du législateur pour la pérennité des ventes de lots de copropriété (F. Blaizot, *Rapport de la proposition de loi améliorant la protection des acquéreurs de logement ancien*, rapport législatif du Sénat, 1996, n° 473). En effet, la condition d'une diminution d'au moins un vingtième de la surface n'étant pas une différence particulièrement significative, elle pouvait relever d'une erreur de bonne foi. Ce point est d'autant plus important que le recours à un professionnel n'est pas obligatoire, le législateur ayant souhaité que les particuliers puissent procéder aux mesures par eux-mêmes (F. Blaizot, *ibid*.). D'autre part, il faut remarquer que cette réparation étant permise dès qu'une faible différence est constatée, cela ne fait que ressortir davantage l'importance de l'espace protégé.

544. La partie privative assimilable à la propriété d'un volume d'espace. Face à cette analyse et à la constatation de l'inconsistance matérielle de la partie privative, certains auteurs ont pu opposer l'impossible appropriation individuelle de la partie privative[2425]. Répondant à ces critiques, le volume immobilier a été convoqué afin d'expliquer la structure de la division de l'immeuble en copropriété. Ainsi, la partie privative du lot de copropriété ne serait rien d'autre qu'une propriété superficiaire[2426] portant nécessairement sur l'espace occupé par l'appartement[2427]. L'étude du volume immobilier nous montre qu'une telle présentation reste tout à fait envisageable, ce dernier n'étant pas, en soi, limité aux seules constructions en volumes[2428].

545. Absence d'appropriation de l'espace en tant que tel. À maintenir une analyse dualiste de la copropriété, cette reconnaissance de la propriété de l'impalpable ne résout pas l'ensemble des objections. Ainsi, nous avons pu observer qu'un volume d'espace doit avoir été créé de façon autonome dans un état descriptif de division en volumes afin de pouvoir exister. Or, si la plupart du temps, la copropriété est bien pourvue d'un état descriptif de division[2429], celui-ci ne tend pas à faire apparaître la création de volumes d'espace. Comme a pu le remarquer Monsieur le Professeur Dross, la division qu'elle opère relève d'une « conception plus fruste des choses »[2430] s'intéressant exclusivement à l'attribution des différentes fractions du bâtiment concerné. Les conséquences de la

---

2425 En ce sens, C. Lombois, « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », D. 1966, II, lég., p. 93. L'auteur, qui par ailleurs, regrette que la copropriété n'ait pas été intégralement fondée sur l'indivision de l'immeuble (n° 96, p. 110), considère l'analyse dualiste illogique dès lors que cela implique d'accepter la propriété d'un cube d'air, ce qu'il considère contraire à notre droit. Il résumera son propos selon la célèbre formule : « ce n'est pas en la proclamant exclusive qu'on donnera plus à saisir à la propriété du vent » (n° 15, p. 95). Voir également : A. Piedelièvre, « La copropriété par appartements », *in L'immeuble urbain à usage d'habitation*, LGDJ 1963, p. 181, n° 23 ; F. Givord, *op. cit*., spéc., n° 10 et s., p. 271 et s. ; J.-L. Mourey, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, thèse, LGDJ 1970, p. 262 et s., spéc., p. 263 ; G. Daublon, *op. cit.*

2426 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 163 et 164, p. 171 et s., spéc., p. 174.

2427 L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001, p. 131 et s. Après avoir qualifié la partie privative de superficie, il rappelle que celle-ci a pour objet un « appartement dans sa vision dématérialisée, le cube d'air » (p. 136). Également en ce sens, J.-P. Marty, *loc. cit*., Ph. Simler, *op. cit*. Dans un sens proche, E. Kischinewsky-Broquisse, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4e éd., 1989, n° 92, p. 89, spéc., p. 90 : « la propriété privative comprend donc tout ce qui circonscrit un espace particulier ou qui lui est directement affecté ». Également, Y. Paquet, thèse, *op. cit.*, p. 190. Alors qu'il rappelle le principe de la vente à la découpe, il questionne la possibilité de procéder à une telle vente pour le lot de copropriété en lui-même, il soutient que la cession indépendante des éléments privatifs non grevés de servitudes collectives est possible. Cette hypothèse concerne les éléments internes de la partie privative qui, bien qu'immeuble en raison de leur incorporation à l'immeuble, ne font pas partie des parties communes. À la suite de cette affirmation, il constate que « cette analyse renforce l'idée que la partie privative cédée dans le cadre de la cession du lot se réduit à un volume encadré par le gros œuvre des parties communes ».

2428 En ce sens, W. Dross, *Droit civil. Les choses*, *op. cit*., n° 211-2, p. 401 et 402.

2429 Ce n'est cependant pas toujours le cas, la copropriété pouvant exister en l'absence de toute formalité par la seule division d'un bâtiment entre différents propriétaires (Sur cette question, *infra*., n° 561 et s.).

2430 W. Dross, « La sanction de certaines atteintes aux parties communes : une imprescriptibilité de fait ? », note sous Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.024, RTD Civ. 2015, p. 420, spéc., p. 422.

destruction du bâtiment en copropriété invitent à confirmer cette absence de propriété de l'espace[2431]. Les articles 38 et suivants de la loi du 10 juillet 1965 permettent aux copropriétaires de décider de la reconstruction du bâtiment lorsque celui-ci est détruit partiellement ou en totalité. Or, dans le cas où les copropriétaires décident de ne pas reconstruire le bâtiment intégralement détruit, la copropriété s'en trouve privée d'objet. Il en résulte une disparition corrélative du syndicat des copropriétaires et du syndic de copropriété, la licitation du terrain étant alors régie par les articles 815 et suivants, traitant de l'indivision[2432]. Une telle disparition de la copropriété est fondamentalement contraire à l'hypothèse dans laquelle les parties privatives seraient constituées de la propriété de l'espace lui-même. En pareille situation, aucune disparition des parties privatives ne serait constatée et la copropriété ne pourrait être considérée comme privée d'objet. En outre, l'état descriptif de division en copropriété ne prévoit aucune précision quant à la localisation de l'espace spécifique constituant les parties privatives. Ce qui empêche de les considérer indépendamment du bâtiment au sein duquel elles se trouvent. Ainsi, et à conserver une analyse centrée sur la propriété impalpable des parties privatives, il semble impossible de considérer que ces parties privatives relèvent d'une appropriation de l'espace en tant que tel. Il faut donc convenir qu'elles se contentent de rendre compte de l'appropriation de l'espace contenu au sein d'un bâtiment spécifique, mais qu'elles ne consistent pas en l'appropriation spécifique d'un volume d'espace[2433].

546. Conclusion de section. L'énoncé des différentes réserves apportées à l'hypothèse selon laquelle la propriété superficiaire emporterait acquisition de la propriété de l'espace occupé par son objet amène à remarquer une véritable indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet superficiaire qui l'occupe et à relativiser les conditions d'existence du volume d'espace. Face aux difficultés relatives à la distinction entre les propriétés superficiaires pouvant entraîner appropriation de l'espace et celles ne le pouvant pas, une autre approche doit être envisagée. Peut-être que la solution se trouvera dans le constat d'une indépendance totale de la propriété non prédéterminée de l'espace relativement à la propriété superficiaire qui l'occupe. Puisque l'appropriation de l'espace est permise et que l'unité du fonds de terre n'est pas absolue, rien ne s'oppose à ce que son propriétaire procède à la cession de volumes d'espace. Il est néanmoins indispensable de pouvoir identifier et déterminer le bien, ce qui implique la création

2431 *Ibid.*

2432 Sur cette question, J.-N. Beaulieu, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Reconstruction de l'immeuble après sinistre*, Fasc. 97-20, n° 24. L'auteur précise par ailleurs que si les propriétaires sinistrés chargent en pratique le syndic de copropriété de la liquidation de leurs droits, ce dernier ne tire pas ses pouvoirs de l'existence de la copropriété mais d'un mandat de délégation consenti par les propriétaires.

2433 Pour un constat similaire en matière de division en volumes effectuée sur l'assiette d'un bail réel, *supra*., n° 458 et s.

impérative d'un état descriptif de division en volumes. Il en sera logiquement de même pour un propriétaire de volume qui souhaiterait à son tour le diviser. À l'inverse, les propriétés superficiaires s'avèrent strictement limitées aux seuls éléments matériels concernés. Cette conception emporterait un recul important de la place de la propriété de l'espace dans les schémas explicatifs de la division de l'immeuble, le fonds superficiaire étant réduit à sa création expresse. Pour autant, cela n'emporterait pas une baisse de la protection des propriétaires superficiaires. Les empiétements pourraient être consolidés par une renonciation ou prescription de l'action en démolition, voire une servitude d'empiétement dont la validité pourrait émerger à la faveur du constat de l'absence d'appropriation de l'espace. En outre, lorsque la propriété superficiaire obtenue par possession se situe dans un immeuble désormais approprié entre plusieurs personnes, le resserrement potentiel de l'application du régime de la copropriété pourrait venir en soutien de la pérennité du droit ainsi acquis.

Section 2. Vers une réduction légale du recours au volume immobilier comme technique de division de l'immeuble collectif

547. Contradiction à l'intention du législateur. La question du champ d'application de la loi du 10 juillet 1965 et ses conséquences est plus complexe qu'elle peut ne le laisser paraître au premier abord. L'impérativité de ce mode de division comme de son régime s'avère éminemment relatif dès lors que la volonté d'encadrement du législateur, qui transparaît des dernières réformes, ne semble pas pouvoir conditionner efficacement le contrôle attendu sur ce point[2434]. La solution n'est pas satisfaisante, et ce, pour deux raisons. La première résulte du constat que s'il existe actuellement une véritable liberté de choix, celle-ci n'en reste pas moins contraire à l'intention du législateur. La seconde procède des conséquences de cette situation contradictoire, qui peut venir atteindre la sécurité juridique des propriétaires. Ainsi, la possibilité de procéder *ab initio* à la division en volumes d'un bâtiment unique est discutée par les auteurs[2435]. Plus généralement, les praticiens font état des nombreuses hésitations relatives à la liberté de choix du mode de division et d'organisation de l'immeuble collectif[2436]. De plus, l'interprétation plus ou moins stricte de la notion d'ensemble immobilier vient directement commander le nombre de copropriétaires qui

2434 *Supra*., n° 184 et s.

2435 *Supra*., n° 203 et s.

2436 En ce sens, P. Lebatteux, « Comment redéfinir la notion d'ensemble immobilier et l'application du statut ? », Loyers et copro., n° 10, octobre 2015, dossier 2, n° 4.

s'ignorent[2437]. Ces incertitudes, couplées à une intention du législateur invitant à une impérativité renforcée du régime de la copropriété dans certaines situations, pourrait inciter le juge à adopter une position plus restrictive et revenir sur la liberté de choix, qui reste pour le moment le droit positif en matière de division et régime de l'immeuble collectif.

548. Intérêt de cette amélioration et plan. Toute la difficulté liée à la liberté de choix du mode de division de l'immeuble collectif tient donc dans la volonté protectrice de la loi du 10 juillet 1965. En permettant de s'en écarter par la seule volonté des parties, sa substance protectrice s'en trouve atteinte, si bien qu'il peut paraître indispensable d'encadrer précisément la possibilité d'évincer l'application de son régime. Le développement de la division en volumes de l'immeuble collectif a avant tout été porté par l'inadaptation du régime de la copropriété à l'édification et la gestion de grandes opérations immobilières, mais également, des opérations de petites envergures[2438]. Afin de faire en sorte que la copropriété demeure le principe et la volumétrie l'exception[2439], la solution reste donc de réduire fortement les situations pour lesquelles la copropriété n'est pas adaptée. Les réformes récentes tendent à améliorer cette polyvalence (Paragraphe 1), faisant ainsi reculer l'intérêt de la division en volumes de l'ensemble collectif (Paragraphe 2). Fort de l'amélioration de cette polyvalence, la mise en place de critères restrictifs à la mise à l'écart de la loi du 10 juillet 1965 paraissent bien plus opportuns. Quel que soit le choix retenu par le législateur, il nous semble néanmoins nécessaire de reprendre les critères de détermination du champ d'application du régime de la copropriété (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. L'amélioration récente de la polyvalence du régime de la copropriété

549. Prise en compte récente de la nécessité et première amélioration. La loi ELAN, qui est pourvue d'un chapitre V dont l'objectif affiché est « d'améliorer le droit des copropriétés »[2440], proposait déjà des évolutions notables[2441]. Surtout, elle habilitait le gouvernement à procéder par

2437 Dans l'hypothèse où l'on considère que toute division en volumes implique impérativement existence d'un ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 (Sur cette question, *infra*., n° 567 et s.), ces divisions doivent donc remplir les conditions de l'article 1er, II° de cette loi et donc mettre en place « une organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leurs éléments et services communs » sous peine de se voir imposer l'application du régime de la copropriété.

2438 *Supra*., n° 59 et s.

2439 Articulation empruntée à Monsieur Nicolas le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10, n° 93.

2440 Loi n° n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, titre IV « améliorer le cadre de vie », Chapitre V « améliorer le droit des copropriétés ».

2441 Voir notamment, l'allègement des conditions de recours à un syndicat secondaire, ou encore la mise en place d'une facilité de participation et de vote aux assemblées générales.

ordonnance à une réforme concernant le champ d'application et la gestion de l'immeuble en copropriété[2442]. Conséquence de cette habilitation, l'ordonnance du 30 octobre 2019 a pour objectif principal la mise en place d'une véritable amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété. Le premier point d'amélioration se trouve dans la nouvelle rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965, qui diminue de façon générale le champ d'application impératif du régime commun de la copropriété lorsque la copropriété en cause ne possède aucun lot à usage d'habitation[2443]. Malgré des réserves liées à la rédaction approximative du texte concerné[2444] et à sa portée[2445], cette disposition constitue incontestablement une première démonstration de la volonté du législateur, qui cherche à améliorer la polyvalence du régime de la copropriété tout en maintenant son objectif initial de protection du copropriétaire habitant[2446].

550. Plan. Outre cette première amélioration, l'ordonnance du 30 octobre 2019 prévoit une véritable refonte du régime de la copropriété. Poursuivant la direction entreprise par les réformes précédentes, le législateur a surtout tenu à adapter le régime selon la taille de la copropriété. Si cette pratique n'évite pas certains effets négatifs que sont l'arbitraire des limites choisies et l'effet de seuil qu'elles impliquent[2447], il ne faut pas nier l'apport positif de l'ordonnance du 30 octobre 2019 dans l'amélioration de la polyvalence du régime. Il ressort de cette réforme, d'une part, qu'un intérêt tout particulier a été porté sur les petites copropriétés (A) et, d'autre part, que les modifications du régime commun améliorent considérablement sa capacité à s'appliquer efficacement aux grandes copropriétés (B).

A. La refonte en profondeur du régime des petites copropriétés.

551. Pluralité de petites copropriétés. Les premiers aménagements en faveur des petites copropriétés sont issus de la loi ENL, qui a permis de déroger à la double inscription comptable[2448],

2442 Article 215 de la loi ELAN.

2443 *Supra*., n° 180.2 et s.

2444 *Supra*., n° 180.3.

2445 *Ibid.*

2446 Sur l'efficacité limitée de cette volonté au regard de l'absence de réduction du champ d'application de la copropriété effectuée par cette nouvelle rédaction de l'article 1er, *supra*., n° 182 et s.

2447 Voir sur ce point, C. Giverdon, « *Petites copropriété* : mythe ou réalité », AJDI 2004, p. 858 ; G. Chantepie, « Quel avenir pour la copropriété ? », *in L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 163, spéc., 170.

2448 Article 14-3 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version issue de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. L'alinéa 2 de cet article dispose que : « Toutefois, un syndicat comportant moins de dix lots à usage de logements, de bureaux ou de commerces, dont le budget prévisionnel moyen sur une période de trois exercices consécutifs est inférieur à 15 000 Euros, n'est pas tenu à une comptabilité en partie double ; ses engagements peuvent être constatés en fin d'exercice ».

et de la loi ALUR, qui a mis en place des systèmes dérogatoires en matière de fonds de travaux[2449] et de syndicat coopératif[2450]. Considérées insuffisantes, ces mesures ont été complétées par une véritable refonte du régime effectuée par l'ordonnance du 30 octobre 2019. Intégrées au sein de la loi du 10 juillet 1965 au sein d'un nouveau chapitre IV ter intitulé « dispositions particulières à certaines copropriétés », les différentes dispositions en matière de petite copropriété regroupent des mesures d'adaptation du régime de la loi du 10 juillet 1965 ainsi que la création d'un nouveau régime propre aux copropriétés à deux lots et s'inspirant des règles de l'indivision[2451]. Ces mesures distinguent donc deux types de petites copropriétés, ce qui implique de les définir précisément afin de déterminer leur champ d'application respectif. Les premières sont désormais définies par l'article 41-8 de la loi du 10 juillet 1965 comme étant les copropriétés comportant « au plus cinq lots à usage d'habitation, de bureaux ou de commerces, ou lorsque le budget prévisionnel moyen du syndicat des copropriétaires sur une période de trois exercices consécutifs est inférieur à 15 000 euros ». Les secondes sont définies par l'article 41-13 de cette même loi comme les copropriétés « dont le nombre de voix est réparti entre deux copropriétaires ».

552. Aménagement des règles relatives aux petites copropriétés classiques. Dans les grandes lignes, les aménagements apportés à la gestion des petites copropriétés consistent à simplifier l'organisation de la copropriété ainsi que le formalisme attaché aux prises de décisions. Ainsi, l'obligation de constitution du conseil syndical[2452] est abandonnée[2453], et le système

---

2449 Article 14-2 de la loi du 10 juillet 1965 dans sa version issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. Le III° de cet article dispose que « Lorsque l'immeuble comporte moins de dix lots, le syndicat peut décider de ne pas constituer de fonds de travaux par une décision unanime de l'assemblée générale ».

2450 Article 17-1-1 de la loi du 10 juillet 1965, créé par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

2451 Également en ce sens, J. Laurent, « Les dispositions particulières à certaines copropriétés dans l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 877.

2452 Le conseil syndical est un organe qui a compétence dans l'assistance et le contrôle de la gestion du syndic. Bien que dénué de personnalité morale lui interdisant de bénéficier de pouvoirs propres de gestion ou d'agir en justice, il reste un élément essentiel de la gestion d'une copropriété (P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, Dalloz action, 10e éd., 2020, n° 35.09, p. 841 et 842).

2453 La constitution d'un conseil syndical est par principe impérative en vertu de l'alinéa 1er de l'article 21 de la loi du 10 juillet 1965, qui dispose que « dans tout syndicat de copropriétaires, un conseil syndical assiste le syndic et contrôle sa gestion ». À titre dérogatoire, l'alinéa 12 de cet article prévoit néanmoins, en substance, que le syndicat des copropriétaires peut décider à la double majorité de l'article 26 de cette même loi de ne pas constituer de conseil syndical. Le droit commun de la copropriété impose donc par principe la constitution d'un conseil syndical tout en permettant de s'en passer. Cependant, il soumet cette dernière hypothèse à une délibération spéciale dont l'approbation sera plus difficile à obtenir qu'un éventuel retour en arrière en cas d'obtention de la majorité demandée, un vote à la majorité de l'article 25-1 étant suffisant pour permettre la constitution d'un nouveau conseil syndical (P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 351.12, p. 844).

Au regard du manque de candidats à faire partie de ce conseil, de la proximité des différents propriétaires de petites copropriétés et des difficultés inhérentes à celles-ci de réunir la condition de majorité demandée, l'article 41-9 prévoit que dans cette situation, et par dérogation aux articles 21 et 17-1 de la loi, que « le syndicat n'est pas tenu de constituer

dérogatoire de mise en place du syndicat coopératif[2454] prévu initialement par la loi ALUR[2455] est maintenu[2456]. Concernant la gestion de la copropriété, l'allègement comptable issu de la loi ELAN persiste en adaptant son champ d'application à la nouvelle définition des petites copropriétés[2457]. Surtout, il est fait exception à l'obligation de procéder à la réunion d'une assemblée générale afin de prendre des décisions concernant la copropriété, dont la rigueur formelle est souvent invoquée comme un frein au bon fonctionnement des petites copropriétés[2458]. En conséquence, l'article 41-12 de cette même loi prévoit que « les décisions, à l'exclusion de celles relatives au vote du budget prévisionnel et à l'approbation des comptes, peuvent être prises à l'unanimité des voix des copropriétaires à l'occasion d'une consultation écrite, sans qu'il y ait lieu de convoquer une assemblée générale ». En permettant la prise de décision en dehors de la tenue d'une assemblée générale, l'ordonnance du 30 octobre 2019 évite ainsi d'allonger inutilement des prises de décisions unanimement souhaitées par les copropriétaires et permet par ailleurs de les sécuriser. Non seulement la loi impose l'unanimité, ce qui tend à diminuer les risques de contestation relatifs à la prise de décision, mais au surplus, cette nouvelle possibilité devrait permettre de diminuer les risques d'irrégularité attachés à celles-ci. Les petites copropriétés ne choisissant que rarement de recourir au service d'un syndic professionnel, les décisions prises – parfois dans la précipitation – étaient alors régulièrement entachées d'irrégularité en raison de l'ignorance par les copropriétaires

---

un conseil syndical ». Bien que le législateur rappelle qu'il s'agit d'une dérogation faite au régime de la copropriété, la rédaction laisse entendre que l'obligation de constitution du conseil syndical est donc abandonnée au profit d'une seule faculté de constitution laissée à l'appréciation des copropriétaires. Également en ce sens, P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 351.12, p. 844 ; *contra.*, J. Laurent, *op. cit.*, qui considère que l'obligation persiste et nécessite une décision expresse prise en assemblée générale.

2454 La possibilité de constituer un syndicat coopératif avec les membres du syndicat des copropriétaires plutôt que d'avoir recours à un syndic professionnel est prévu à l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965 et impose en contrepartie l'obligation absolue de constituer un conseil syndical en vertu de l'article 17-1 de cette même loi. Ce dernier article prévoit en outre les modalités attachées à la décision de constitution et de composition du syndicat coopératif. Ainsi, il prévoit que le choix doit être pris en assemblée générale dans le respect des conditions prévues par l'article 17-1 de cette même loi, c'est-à-dire à la majorité de l'article 25. À l'inverse de la nomination d'un syndic professionnel, cet article prévoit également que la nomination du syndicat coopératif se fait au suffrage indirect par les membres du conseil syndical.

2455 Article 17-1-1 de la loi du 10 juillet 1965, créé par la loi ALUR.

2456 Par application de l'article 41-8 de la loi du 10 juillet 1965, la constitution d'un syndicat coopératif dans les modalités de l'article 17-1 de cette même loi n'emportera plus obligation de constitution d'un conseil syndical. Afin d'adapter la nomination des membres du syndicat coopératif à cette disposition, l'article 41-11 prévoit que « dans le cas où le syndicat a adopté la forme coopérative et n'a pas institué de conseil syndical, l'assemblée générale, à la majorité des voix de tous les copropriétaires, désigne le syndic parmi ses membres ».

En outre, cet article reprend en substance l'ancien article 17-1-1 de la loi du 10 juillet 1965, créé par la loi ALUR, dont l'objet est de renforcer la sécurité du choix de la formule coopérative du syndicat en permettant la désignation d'un suppléant et imposant celle d'une personne physique ou morale – copropriétaire ou extérieure à celle-ci – chargée d'assurer le contrôle des comptes du syndicat.

2457 Article 41-10 de la loi du 10 juillet 1965.

2458 *Supra*., n° 60.

du formalisme de la loi[2459]. Ces décisions encouraient alors la nullité. Toujours dans l'idée de décharger les petites copropriétés d'un formalisme considéré comme peu attractif, ce même article 41-12 prévoit également que « les copropriétaires peuvent également être consultés au cours d'une réunion ». En d'autres termes, cette disposition permet de valider des décisions prises à l'unanimité, lorsque les voix auront été recueillies, non pas à l'occasion d'une consultation écrite, mais d'une réunion ne pouvant pas prétendre à la qualification d'assemblée générale en raison d'une absence de respect de son formalisme.

552.1. Si l'on peut déplorer l'atteinte conséquente au principe de la copropriété imposant la prise de décision en assemblée générale[2460] et la diminution de la protection assurée par la rigueur du formalisme attaché à la tenue de celle-ci, il faut néanmoins noter que la loi entend contrebalancer ses effets potentiellement délétères par l'exigence de recueillir l'approbation unanime des copropriétaires. Cette exigence, qui porte logiquement sur l'ensemble des copropriétaires[2461] – et non pas des seuls copropriétaires consultés – sous entend une véritable transparence dans la prise de décision[2462] et diminue fortement le risque de contestation[2463]. En outre, l'exigence de la tenue annuelle d'une assemblée générale ne disparaît pas, celle-ci restant indispensable pour l'approbation des comptes et le vote du budget prévisionnel. L'ensemble des décisions ne recueillant pas l'approbation unanime des copropriétaires devra également se plier au formalisme attaché au régime commun de la copropriété et devra se faire dans le cadre d'une telle assemblée.

553. Création d'un régime spécifique aux copropriétés à deux copropriétaires. Outre les petites copropriétés « classiques », un régime spécial inspiré des règles de l'indivision[2464] a été créé pour les copropriétés « dont le nombre de voix est réparti entre deux copropriétaires »[2465].

2459 En ce sens, J. Laurent, *op. cit.*

2460 Ch. Coutant-Lapalus, « Des nouveaux régimes pour les petites copropriétés -.- Les apports de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », Loyers et copro., n° 2, février 2020, dossier 8, n° 9.

2461 Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit.,* n° 9 ; J. Laurent, *op. cit.*

2462 J. Laurent, *op. cit.*

2463 Certainement influencé par l'exigence de l'unanimité et le faible risque de contestation, il faut cependant noter que l'ordonnance du 30 octobre 2019 reste muette sur les modalités de contestation des décisions prises. Sur ce point, Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit*., n° 9.

2464 Pour l'exposé des nombreuses similitudes, J. Laurent, *op. cit.*

2465 Loi du 10 juillet 1965, chapitre IV ter, section 2 : « Dispositions particulières aux syndicats dont le nombre de voix est réparti entre deux copropriétaires », condition reprise à l'article 41-13 de cette même loi. Cette condition de dualité des copropriétaires – et non pas des lots – se comprend aisément, dès lors que l'objectif de la loi est de supprimer les situations de blocage résultant de la réduction des voix lorsqu'il n'existe que deux copropriétaires (Sur cette question, *supra*., n° 60.1). Pour autant, une difficulté persiste, lorsque l'un des deux copropriétaires en question est en réalité composé d'une pluralité de personnes – tel sera par exemple le cas d'une copropriété de deux lots dont l'un est approprié en indivision par une pluralité de propriétaires. Une auteure a pu rappeler que la rigueur juridique devrait

Contenant dix articles au sein de la loi du 10 juillet 1965, ce nouveau régime tente d'apporter une réponse efficace au principal dysfonctionnement de la copropriété à deux : les situations de blocage inhérentes à la réduction des voix du copropriétaire majoritaire en cas de désaccord[2466]. Afin d'y remédier, le nouvel article 41-16 écarte spécifiquement ce mécanisme de réduction et permet au copropriétaire majoritaire de prendre un grand nombre de décisions seul. Si celui-ci possède plus de la moitié des voix, ce sont toutes les décisions nécessitant la majorité des voix exprimées par les copropriétaires présents, représentés ou ayant voté par correspondance, ainsi que la désignation du syndic qui lui sont accessibles unilatéralement[2467]. En conséquence et de façon générale, lui sont ouvertes les décisions concernant l'entretien et la conservation de l'immeuble, l'administration, la gestion et la jouissance des parties communes, la détermination du budget prévisionnel, l'approbation des comptes ainsi que la possibilité de se nommer unilatéralement le syndic ou de choisir le recours à un syndic professionnel. Si le copropriétaire majoritaire possède plus de deux tiers des voix, seules les décisions devant être prises à l'unanimité commanderont l'accord du second copropriétaire. Dans cette situation, l'ensemble des décisions qui, sous le régime standard de la copropriété, relèvent des majorités des articles 24, 24-1 à 8 et 25, 25-1 à 3 lui sont donc accessibles unilatéralement[2468]. Enfin, il est également prévu que « chaque propriétaire peut prendre seul les mesures nécessaires à la conservation de l'immeuble en copropriété, même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence »[2469]. Pour toutes les autres situations – décision relevant des articles 26 et suivants[2470], de l'article 25 alors qu'aucun des deux copropriétaires ne possède

aboutir à considérer chaque indivisaire comme un copropriétaire différent en raison de l'absence de personnalité juridique de l'indivision et de la définition même de l'indivision (Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit*., n° 11). Elle remarque néanmoins qu'une telle rigueur en la matière aboutirait à aller à l'encontre de la réforme en maintenant des situations de blocage là où on souhaitait justement les supprimer (*ibid.*). Dès lors que le calcul du nombre de copropriétaires ne porte plus sur le nombre réel de ces derniers, mais sur celui représentant le nombre d'entre eux pouvant exercer le droit de vote, la difficulté s'efface. On a ainsi fait remarquer qu'en situation d'indivision, l'article 23 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 impose la nomination d'un mandataire, qui sera chargé de représenter les indivisaires lors de l'assemblée générale et sera donc le seul pourvu de la capacité d'exercer le droit de vote au nom de l'ensemble des indivisaires (G. Chantepie, *JurisClasseur Copropriété – Dispositions particulières aux copropriétés dont les voix sont réparties entre deux copropriétaires*, Fasc. 106-50, n° 7 ; V. Zalewski-Sicard, « La copropriété à deux copropriétaires après l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 », Gaz. Pal., 10 décembre 2019, n° 43, p. 58 ; P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 323.81, p. 433). Adopter ici une approche fonctionnelle de la notion de copropriétaire permettrait de s'assurer que la résolution des situations de blocage entreprise par le nouveau régime ne sera pas compromise par la seule présence d'une indivision, qui reste indifférente à cette situation. Cette solution respecterait ainsi parfaitement l'esprit de la loi (En ce sens, G. Chantepie, *op. cit.*, n° 7).

2466 Sur cette question, *supra*., n° 60.1.

2467 Article 41-16, 1° de la loi du 10 juillet 1965.

2468 Article 41-16, 2° de la loi du 10 juillet 1965.

2469 Article 41-16, 3° de la loi du 10 juillet 1965.

2470 Une question se pose néanmoins quant à l'application de la passerelle prévue par l'article 26-1 de la loi du 10 juillet 1965 en cas de refus de l'un des copropriétaires. Cet article prévoit la possibilité d'abaisser la majorité nécessaire à une décision nécessitant les deux tiers des voix de tous les copropriétaires lorsque le refus est constaté, mais que « le projet a recueilli l'approbation de la moitié des membres du syndicat des copropriétaires présents, représentés ou ayant voté par correspondance, représentant au moins le tiers des voix de tous les copropriétaires ». Dans cette situation,

plus de deux tiers des voix, ou encore, de l'unanimité – aucune décision unilatérale n'est possible et les copropriétaires devront donc s'entendre. Ces assouplissements devraient permettre d'améliorer significativement la gestion des copropriétés à deux en supprimant la majeure partie des situations de blocage dans la gestion courante, l'entretien et la conservation de l'immeuble.

553.1. La loi est allée au-delà de la seule résolution des désaccords pour essayer d'apporter des solutions aux situations de crise. En premier lieu, l'article 41-18 de la loi du 10 juillet 1965 ouvre la possibilité pour un copropriétaire seul de procéder seul à la convocation de l'autre propriétaire à l'assemblée générale, afin de pallier l'inaction potentielle de ce dernier ou passer outre de son éventuel désaccord bloquant une prise de décision en réunion[2471]. Le nouveau régime prévoit aussi l'intervention du juge judiciaire afin de résoudre certaines difficultés. Ainsi, l'article 41-21 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit la possibilité pour un copropriétaire de passer outre le refus de l'autre copropriétaire, dès lors ce refus met en péril l'« intérêt commun », qui devrait, *a minima*, être compris comme la préservation de l'ensemble collectif. Toujours en raison de l'intérêt commun, l'article 41-22 de cette même loi permet à l'un des copropriétaires d'obtenir l'autorisation ou la prescription judiciaire de toute mesure urgente. Enfin, l'article 41-23 permet d'obtenir l'autorisation judiciaire de cession d'une partie commune dès lors que le demandeur est propriétaire d'au moins deux tiers des tantièmes[2472].

553.2. Même lorsque les deux copropriétaires s'entendent, le régime de la copropriété était régulièrement critiqué en raison de son formalisme important[2473]. L'ordonnance du 30 décembre

l'article prévoit que l'assemblée générale procédera immédiatement à un nouveau vote et pourra adopter le projet à la majorité des voix de tous les copropriétaires. En d'autres termes, il est effectué ici une passerelle vers la majorité demandée à l'article 25 de cette même loi.

Il nous semble que permettre l'application de cette passerelle aux situations de copropriété à deux copropriétaires irait à l'encontre de l'objectif de la loi, qui a été de circonscrire l'abandon de la réduction de voix aux seules décisions relevant de ses articles 24 et 25. En effet, à appliquer cette passerelle aux copropriétés à deux copropriétaires, il n'y aurait aucun moyen pour le copropriétaire minoritaire de s'opposer à une décision relevant de l'article 26 dès lors que le porteur du projet possède au moins le tiers des voix. Cela aboutirait à vider en partie de sa substance l'énumération faite à l'article 41-16 de cette loi.

2471 Sur cette question, *infra*., n° 553.2. À noter qu'il faudra bien évidemment que le copropriétaire puisse obtenir la majorité demandée pour la décision discutée en assemblée générale, en vertu de l'article 41-16.

Si les règles de convocation ne diffèrent pas du régime général de la copropriété, l'article 41-18, 2° de la loi du 10 juillet 1965 précise en outre que chacun des deux copropriétaires peut « ajouter des points à l'ordre du jour sous réserve d'en informer préalablement l'autre ».

2472 L'article 41-23 de la loi du 10 juillet 1965 précise en outre que cette cession se fait « suivant les conditions et modalités définis à l'article 815-5-1 du Code civil. Ce renvoi aux règles de l'indivision semble indiquer que cette autorisation ne pourra être obtenue que si la vente ne porte pas une atteinte excessive aux droits de l'autre copropriétaire, condition que l'on retrouve à l'alinéa 5 de l'article 815-5-1 du Code civil.

2473 À titre d'exemple, l'argument suivant a été soulevé par une partie souhaitant éviter l'application du régime de la copropriété à la division d'un immeuble entre deux propriétaires. Privilégiant l'établissement d'une division en volumes, celui-ci relève que : « la solution de la copropriété est excessivement compliquée et ne permettrait pas de faciliter la vente de la cave et de l'habitation des consorts B. (la partie opposée) […] cette solution impose la rédaction

2019 tente à nouveau d'apporter des réponses efficaces à cette problématique et vient assouplir – mais de façon plus importante – le régime général de la copropriété sur les mêmes points qu'en matière de petite copropriété « classique ». Tout d'abord et comme nous l'avons déjà vu, le syndic – professionnel ou non professionnel – pourra être nommé unilatéralement par le copropriétaire qui possède la majorité des voix. Tirant les conséquences de l'obligation imposant que le syndic non professionnel soit impérativement choisi parmi les copropriétaires[2474] – ce qui tend à multiplier les risques de copropriétés sans syndic – l'ordonnance du 30 octobre 2019 est venue tenter d'assouplir l'ampleur de la tâche qui incombe à celui-ci. Ainsi, l'article 41-14 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit que le copropriétaire, lorsqu'il est syndic non professionnel, puisse obtenir l'autorisation de l'autre copropriétaire afin de pouvoir déléguer une partie déterminée de sa mission à un tiers. Ensuite et surtout, les décisions relatives à l'immeuble pourront désormais être prises en dehors de la tenue d'une assemblée générale[2475], à l'occasion d'une réunion et ce, dans les mêmes conditions que les majorités requises pour les décisions prises en assemblée générale[2476]. Seuls sont exclus de cette faculté l'approbation des comptes et le vote du budget prévisionnel[2477]. Selon certains auteurs, il semble qu'il en aille de même concernant les décisions relevant de l'article 26 de cette même loi dès lors que celles-ci ne sont pas expressément visées par l'article 41-16[2478]. Prolongeant la remarque de Madame Coutant-Lapalus relevant l'incohérence que constituerait cette exclusion implicite de la part du législateur[2479], nous ne sommes pas convaincus par l'explication qui la justifie. Celle-ci, centrée sur une interprétation littérale de la loi, semble contrevenir à son objectif, si bien que nous pensons que les décisions relevant de l'article 26 pourront en réalité être prises en

d'un règlement de copropriété, la nomination d'un syndic, la tenue d'une assemblée générale annuelle et entraînerait des situations de blocages en cas de désaccord entre copropriétaires » (Lyon, 18 janvier 2007, n° 05/05830).

2474 Article 17-2 de la loi du 10 juillet 1965.

2475 Article 41-17 de la loi du 10 juillet 1965. Afin de protéger le copropriétaire minoritaire, l'exécution de ces décisions sera à la charge du décisionnaire et l'alinéa 2 de cet article précise qu'une notification de celui-ci à destination de l'autre copropriétaire est indispensable sous peine d'inopposabilité.

2476 Article 41-18 de la loi du 10 juillet 1965. Le renvoi aux majorités requises en assemblée générale n'apparaît cependant pas de façon expresse. L'article précise en effet que les décisions prises en réunion doivent se faire « dans les conditions mentionnées à l'article 41-15 ». Ce dernier article n'ayant aucun rapport avec quelconque majorité, les auteurs s'accordent à dire qu'il s'agit d'une coquille, la véritable référence visée par la loi étant l'article 41-16. En ce sens, Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit*., n° 13 ; J. Laurent, *op. cit.*, note 31 ; G. Chantepie, *op. cit.*, n° 14). Ne relevant pas l'erreur, mais considérant que le renvoi effectué fait référence à l'article 41-16 : V. Zalewski-Sicard, *op. cit.*

2477 Article 41-17 de la loi du 10 juillet 1965.

2478 En ce sens, G. Chantepie, *op. cit.*, n° 14 ; V. Zalewski-Sicard, *op. cit.*

2479 Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit*., n° 13. L'auteure a pu relever une incohérence résultant de cette exclusion implicite, à partir du moment où les décisions relevant de l'unanimité – dans le cadre du régime général de la copropriété – peuvent être prises en dehors d'une assemblée générale en vertu de ce même article 41-18. En conséquence, dans une copropriété à deux, les décisions nécessitant l'unanimité ou la majorité de l'article 26 ne pourront être prises qu'à l'unanimité des deux copropriétaires, on ne comprend pas pourquoi la loi accepterait la prise de décisions nécessitant l'unanimité – au sens du régime commun de la copropriété – en dehors d'une assemblée générale tout en la refusant pour celles devant être prise à la majorité de l'article 26.

dehors de toute assemblée générale[2480]. En conséquence, même si comme en matière de petite copropriété « classique », l'obligation de la tenue persiste, il n'en reste pas moins que la majeure partie des décisions inhérentes à la vie d'une copropriété pourront être prises en dehors du cadre formel contraignant d'une assemblée générale.

B. L'évolution implicite de l'adaptation du régime commun aux grandes copropriétés

554. Facilitation de mise en place d'organe intermédiaire de gestion. La recherche d'une meilleure polyvalence du régime de la copropriété se retrouve également en matière de grandes copropriétés, implicitement visées par certaines mesures facilitant la mise en place d'organes de gestion intermédiaires. À la marge, il faut préciser que la loi ALUR avait déjà distingué les copropriétés selon leur taille pour la mise en œuvre de mesures tendant à résoudre les difficultés financières qu'elles peuvent rencontrer. Prenant certainement acte d'un constat de la pratique selon lequel la majorité des copropriétés en difficulté financière sont de grandes copropriétés[2481], l'article 29-1 A de la loi du 10 juillet 1965 adapte la désignation du mandataire *ad hoc* propre à résoudre cette difficulté selon le nombre de lots. Ainsi pour les copropriétés de plus de deux cents lots, cet article prévoit le déclenchement de la nomination du mandataire *ad hoc* lorsqu'il reste 15 % d'impayés à la clôture des comptes, contre 25 % d'impayés en dessous de ce seuil. En dehors de toute situation de crise, l'ordonnance du 30 octobre 2019 propose des aménagements importants propres à faciliter la gestion de ces grandes copropriétés. En premier lieu, l'ordonnance du 30 octobre 2019 a mis en place un assouplissement des conditions de création des syndicats secondaires[2482], devant permettre une meilleure représentation des groupes de copropriétaires spécifiques faisant partie d'une entité homogène et ainsi permettre une gestion plus proche de leurs revendications. En second lieu, la procédure de scission en volumes d'une copropriété a été simplifiée, même s'il faut remarquer que l'évolution ne porte que sur la seule suppression des

2480 Il est possible que l'explication tienne au contexte dans lequel il est fait référence aux « décisions relevant de l'unanimité » par l'article 41-18. L'unanimité en question peut effectivement faire référence à celle demandée dans le cadre de l'application du régime général de la copropriété. Seulement, l'application du régime spécial de copropriété à deux prévoit dans les faits une unanimité élargie, incorporant dans celle-ci les décisions relevant en principe de l'article 26. En conséquence, il est tout à fait envisageable que lorsque le législateur renvoie, dans l'article 41-18, « aux décisions relevant de l'unanimité », il fasse référence non pas à l'unanimité telle que comprise dans le régime général de la copropriété, mais plutôt à celle demandée dans le cadre spécial de la copropriété à deux, incorporant alors les décisions relevant de l'article 26.

2481 En ce sens, G. Delattre, C. Becqué-Deverre, « La gestion de l'immeuble bâti. Regards croisés sur les petites et les grandes copropriétés », AJDI 2007, p. 549, spéc., p. 552.

2482 *Supra*., n° 202.1. Au-delà des conditions structurelles déjà étudiées, précisons que la décision de création d'un syndicat secondaire pourra désormais se faire à l'occasion d'une assemblée spéciale constituée des copropriétaires concernées, à la majorité des voix de l'intégralité de ces derniers.

mesures de contrôle dénuées d'effectivité sans remettre en cause les conditions structurelles, qui restent problématiques[2483].

555. Encouragement de l'implication des copropriétaires. En outre, force est de constater que les réformes les plus récentes tentent d'encourager l'implication des copropriétaires. Même si cela ne vise pas spécifiquement les grandes copropriétés, les répercussions d'un désintérêt des copropriétaires et d'un absentéisme prononcé lors des assemblées générales peuvent s'avérer particulièrement problématiques[2484]. Cause potentielle du désintérêt futur, une assemblée générale composée de nombreux copropriétaires peut entraîner la dilution du débat vers des considérations accessoires, pouvant fortement ralentir voir empêcher la prise de décision[2485]. Sur ce dernier point, l'ordonnance du 30 octobre 2019 n'a pas suivi la proposition de l'avant-projet du GRECCO qui prévoyait la création d'un conseil d'administration en lieu et place du conseil syndical dans les copropriétés à plus de 100 lots[2486]. L'apport principal de ce conseil aurait été de fluidifier la prise de décision en lui octroyant le pouvoir de prendre seul les décisions relevant de la majorité de l'article 24 de la loi du 10 juillet 1965 et, sous réserve d'une délégation de pouvoir spécifique délivrée par l'assemblée générale, des décisions relevant de la majorité de l'article 25 de cette même loi[2487]. Si un tel changement a certainement semblé trop attentatoire à la sécurité des copropriétaires pour le législateur, l'ordonnance du 30 octobre 2019 met en place un mécanisme similaire, bien que moins étendu. L'article 21-1 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit en effet qu'en vertu d'une décision prise en assemblée générale à la majorité de l'article 25 de cette même loi, le syndic pourra déléguer au conseil syndical le pouvoir de prendre tout ou partie des décisions relevant de la majorité de l'article 24[2488]. Afin de tenter d'endiguer l'absentéisme[2489], l'article 211 de la loi Elan porte ainsi la création d'un article 17-1 A à la loi du 10 juillet 1965 et prévoit que les copropriétaires pourront participer à l'assemblée générale « par présence physique, par visioconférence ou par tout autre moyen de communication électronique permettant leur

2483 *Supra*., n° 198.

2484 L'absentéisme prononcé dans les grandes copropriétés cause notamment de grandes difficultés dans l'obtention des majorités requises. *Supra*., n° 47 et s. Également en ce sens, G. Delattre, C. Becqué-Deverre, *op. cit.*

2485 En ce sens, J. Laporte, Loi de 1965 : la réforme est en vue. Simple mise à jours ou bouleversement des fondamentaux ? », Loyers et copro., n° 5, mai 2018, étude 5, n°21.

2486 Articles 47 et suivants de l'avant-projet de réforme de la loi du 10 juillet 1965 issu des travaux du GRECCO.

2487 Article 51, *op. cit.*

2488 L'alinéa 2 de cet article 21-1 exclu néanmoins de cette délégation de pouvoir, l'approbation des comptes, la détermination du budget prévisionnel et les adaptations du règlement de copropriété rendues nécessaires par l'évolution législative ou réglementaire.

2489 Aussi en vue d'adapter la législation aux habitudes d'usages des copropriétaires, majoritairement habitués à l'outil informatique.

identification »[2490]. En outre, l'alinéa deuxième de ce même article met en place la possibilité de voter par formulaire en amont de la tenue de l'assemblée générale[2491].

556. Assouplissement des majorités requises. Enfin, le législateur a entendu lutter contre les difficultés d'obtention de majorité, particulièrement présente dans les grandes copropriétés. Plutôt que de procéder à un abaissement généralisé des majorités requises, l'ordonnance du 30 octobre 2019 a préféré procéder à une extension du mécanisme des passerelles[2492]. Le mécanisme de la passerelle se retrouve d'abord à l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965, qui permet de soumettre au vote à la majorité de l'article 24 une résolution relevant de l'article 25 dès lors que celle-ci a recueilli au moins un tiers des voix de l'ensemble du syndicat des copropriétaires. Ne concernant avant cette réforme qu'une portion des décisions relevant de l'article 25[2493], cette passerelle pourra désormais s'appliquer aux travaux d'amélioration de la copropriété[2494] ou encore à la scission de copropriété. Toujours dans l'idée de lutter efficacement contre les situations de blocage particulièrement présentes dans les grandes copropriétés, l'ordonnance du 30 octobre 2019 vient ajouter un article 26-1 à la loi du 10 juillet 1965. Celui-ci prévoit désormais que toute résolution devant être prise à la majorité de l'article 26, pourra finalement être prise à celle de l'article 25 en cas de refus lors du vote en assemblée générale. Pour bénéficier de cette passerelle, il faudra que la résolution ait recueilli l'approbation de la moitié des copropriétaires présents, représentés ou ayant voté par correspondance, ceux-ci devant également représenter au moins un tiers de l'ensemble des copropriétaires.

2490 Article 17-1 A de la loi du 10 juillet 1965.

2491 La protection des copropriétaires semble avoir été assurée par deux moyens. D'une part, l'alinéa 2 de l'article 17-1 A de la loi du 10 juillet 1965 précise que les formulaires devront respecter un modèle fixé par arrêté (arrêté du 2 juillet 2020 fixant le modèle de formulaire de vote par correspondance aux assemblées générales de copropriétaires). D'autre part, et surtout, ce même alinéa prévoit que « si la résolution objet du vote par correspondance est amendée en cours d'assemblée générale, le votant par correspondance ayant voté favorablement est assimilé à un copropriétaire défaillant pour cette résolution ». Remarquons que le vote par correspondance ne pourra donc être efficace qu'en présence d'une résolution déjà bien définie, dont les conditions d'exécution ne font pas l'objet de débat en assemblée générale.

2492 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, JORF, n° 0254, 31 octobre 2019, texte n° 2, Titre III : dispositions relatives à la prise de décision au sein de la copropriété.

2493 *Supra*., n° 49.

2494 C'est ici une évolution particulièrement importante pour les grandes copropriétés, les difficultés liées à la prise de décision concernant les travaux d'amélioration étant particulièrement problématiques dans cette configuration. *Supra*., n° 49 et s.

Paragraphe 2. Le recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif

557. Plan. Si l'on résume les évolutions récentes du régime de la copropriété, celui-ci semble désormais en mesure de supporter efficacement nombre de configurations pour lesquelles la division en volumes paraissait l'unique solution. Le recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif provient, d'une part, des conséquences de l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété (A) et, d'autre part, d'éléments prospectifs concernant l'évolution du contenu de certaines notions (B).

A. Le recul de l'intérêt de la division en volumes par l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété

558. Recul de l'intérêt de la division en volumes pour les immeubles dénués de local d'habitation. La possibilité d'écarter en totalité ou partiellement le régime commun de la loi du 10 juillet 1965 dès lors que n'existe aucun lot à usage d'habitation[2495] porte un premier coup de boutoir à l'intérêt de la division en volumes, qui pouvait être particulièrement plébiscitée dans cette situation. Néanmoins, cette évolution ne nous semble pas être le principal élément en faveur du recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif en raison des nombreuses configurations dans lesquelles elle sera indifférente. En premier lieu, nombreux sont les programmes immobiliers d'envergure qui prévoient des locaux d'habitation parmi la multitude d'affectations qu'ils proposent. Or, la rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 nous laisse penser qu'il ne sera pas envisageable de procéder à un panachage de régime de copropriété au sein d'une structure unique. En d'autres termes, au sein d'une structure en copropriété, il ne sera pas possible de soumettre au régime impératif les seuls lots à usage d'habitation. La seule solution sera alors de procéder à une division en volumes distinguant clairement les locaux à usage d'habitation des autres. Une fois les volumes créés, rien n'empêchera de les soumettre à la loi du 10 juillet 1965, les premiers appliquant le régime commun impératif et les seconds un régime adapté. L'impact de la nouvelle rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 semble ici particulièrement limité. Non seulement le recours aux volumes reste ici indispensable en tant que mode de division primaire de la propriété – il sert ici à créer des espaces indépendants de copropriété. Surtout, cela implique également la création de règles spécifiques visant à organiser les rapports des volumes entre eux et, notamment, dans leur relation avec la structure collective dans laquelle ils prennent place. En outre, les objectifs de mixité sociale multiplient les opérations immobilières faisant cohabiter propriétaire privé et bailleur social, dont la recherche d'indépendance l'invitera à écarter le régime de la

2495 Article 1er de la loi du 10 juillet 1965 : « I.-La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis à usage total ou partiel d'habitation dont la propriété est répartie par lots entre plusieurs personnes ».

copropriété[2496]. En second lieu, il n'est pas certain que cet assouplissement du régime de la copropriété soit déclaré compatible avec la domanialité publique au regard de la jurisprudence en la matière – même si nous soutenons l'hypothèse de la compatibilité[2497]. En conséquence et malgré l'absence potentielle de local d'habitation, pouvoir choisir un mode alternatif de division de la propriété de l'immeuble collectif semble devoir être préservé.

558.1. À se limiter à ces exemples non exhaustifs, on comprend déjà que le régime de la loi du 10 juillet 1965 reste inadapté à nombre de situations et ne supprime pas la nécessité de pouvoir bénéficier d'un mode de division alternatif à la copropriété. En outre, si cette mesure constitue à n'en pas douter une première étape vers le recul de l'intérêt de la division en volumes, celle-ci consiste finalement à écarter le régime commun de la copropriété pour ne conserver de la copropriété que son mode de répartition de la propriété. En réalité, le recul de l'intérêt de la division en volumes résulte bien davantage de l'amélioration des aménagements légaux du régime de la loi du 10 juillet 1965. Cette baisse d'impérativité du régime de la copropriété se couple donc avec l'augmentation de sa polyvalence, s'attachant à diminuer les situations dans lesquelles il se trouve inadapté. Cette polyvalence induit un recul de l'intérêt de la division en volumes dans les situations où elle était particulièrement utilisée, que ce soit pour les petites ou les grandes copropriétés.

559. Recul de l'intérêt de la division en volumes pour les petites copropriétés. Ainsi la création d'un nouveau régime adapté aux petites copropriétés vient réduire fortement l'intérêt des divisions en volumes pour les immeubles homogènes de petite envergure, ou encore lorsque la pluralité de propriétaires résulte de l'imbrication d'une portion d'un immeuble contigu à un autre[2498]. Certes, l'ordonnance du 30 octobre 2019 n'est pas sans susciter de critique négative sur ce point, notamment en raison de ses imprécisions et ses problèmes rédactionnels[2499]. On a également pu faire remarquer la baisse inhérente de la protection du copropriétaire[2500], ce qui

2496 Sur cette question, M. Audern, *Les outils de divisions et de gestions immobilières pour répondre aux exigences de mixité sociale*, mémoire, esgt, 2013, p. 7 et s.

2497 Pour une étude plus approfondie de cette question, *infra*., n° 571 et s.

2498 Dans cette situation, il faudra néanmoins pouvoir caractériser l'existence d'un véritable lot de copropriété et donc, d'une partie privative, ce qui n'est pas sans difficulté lorsque l'imbrication en cause consiste dans le seul prolongement d'une cave ou d'un grenier – voir même d'une pièce – dans le bâtiment contigu et dont le mode de division est discuté.

2499 Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit.* ; J. Laurent, *op. cit.* ; V. Zalewski-Sicard, *op. cit.*

2500 En ce sens, Ch. Coutant-Lapalus, *op. cit*., n° 9, n° 23 .

Voir aussi, P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 323.91, p. 434, qui font état d'une baisse de la protection du copropriétaire en raison de l'abandon du formaliste en matière de copropriété à deux personnes. Également en ce sens, G. Chantepie, *op. cit.*, n° 16, qui prend pour exemple de ce constat la possibilité ouverte à « chaque copropriétaire [d'] ajouter des points à l'ordre du jour sous réserve d'en informer préalablement l'autre » (article 41-18 de la loi du 10 juillet 1965).

pourrait amener à émettre des réserves quant aux avancées qu'elle met en place. Pour autant, et comme le rappellent d'éminents professeurs en la matière, il s'agit surtout d'apporter du pragmatisme là où le formalisme – ainsi que certaines règles de gestion – issu du régime de droit commun de la copropriété ne pouvait s'appliquer efficacement[2501]. Nous pouvons ajouter que si l'on constate effectivement que les adaptations du régime commun pour les petites copropriétés et le régime spécial des copropriétés à deux entraînent une baisse de la protection des copropriétaires concernés, il faut néanmoins relativiser cette baisse au regard des conséquences de l'inadaptation du régime commun autrefois applicables : multiplication des situations de blocage et volonté de se soustraire au régime par la réalisation d'une division en volumes, dépourvue de tout régime spécifique et donc de protection spécifique.

560. Recul de l'intérêt de la division en volumes pour les grandes copropriétés. À l'inverse des petites copropriétés, aucun nouveau régime spécifique n'a été créé pour les grandes copropriétés. Pour autant, le législateur a répondu à certaines des critiques les plus importantes concernant l'application du régime commun de la copropriété à ces dernières pour le rendre attractif. Parmi ces mesures, l'allègement des conditions de création du syndicat secondaire[2502], la possibilité de délégation de la gestion courante de l'immeuble au conseil syndical ainsi que l'élargissement des mesures bénéficiant de la passerelle de l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965 et la création d'une passerelle à l'article 26-1 de cette même loi mettent fin à des inadaptations autrefois fortement rédhibitoires à l'application du régime de la copropriété[2503]. Sans doute pourra-t-on émettre des réserves quant à la baisse générale de la protection des copropriétaires que les assouplissements des passerelles mis en place par l'ordonnance du 30 octobre 2019 peut entraîner, et se demander s'il n'aurait pas été préférable de fixer un seuil minimal de lots ou copropriétaires total nécessaire à leur application[2504]. Nonobstant ce point, il nous semble qu'en matière de grande copropriété, ces mesures sont à même de pouvoir diminuer efficacement les situations de blocage trop souvent constatées et ainsi, diminuer les velléités de mise à l'écart du régime de la copropriété.

561. Requalification en copropriété des bâtiments subissant une usucapion partielle. Les évolutions concernant les petites copropriétés pourraient également justifier pleinement la mise en

2501 P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, *op. cit*., n° 323.91 et s., p. 434 et s.

2502 *Supra*., n° 201 et s.

2503 Sur celles-ci, *supra*., n° 49 et s. ; 55 et s.

2504 Il s'agirait de procéder à un arbitrage entre le risque de blocage et la baisse de protection des copropriétaires que cette faculté induit. En remarquant que les blocages se retrouvent certes dans toutes les configurations, mais que ceux-ci sont particulièrement présents lorsque le nombre de copropriétaires augmente, il n'aurait pas été incohérent de limiter l'atteinte à la protection de ces derniers à ces seules situations.

copropriété par défaut de l'intégralité des immeubles dont une portion viendrait à être acquise par voie de prescription, dès lors que les obligations de mise à l'écart du régime de la copropriété ne peuvent être remplies par cette voie[2505]. Une telle qualification entraînerait encore un recul du champ de la division en volumes, à laquelle cette situation est parfois assimilée. Il faudra ainsi s'assurer de la possibilité de caractérisation de la partie privative et de déterminer l'étendue des parties communes. La caractérisation de la partie privative ne pose en réalité pas de grande difficulté. La loi du 10 juillet 1965 n'apporte pas de précisions sur les conditions d'existence d'une partie privative si ce n'est qu'elle doit faire l'objet d'un usage exclusif de la part de son propriétaire[2506]. En conséquence, il n'existe aucune objection à caractériser un garage, un grenier, une cave de partie privative. Il en sera de même pour une portion de local, à partir du moment où l'intégralité de celui-ci supporte une utilisation exclusive. On peut ainsi penser à l'hypothèse dans laquelle le propriétaire d'une maison contiguë à une autre profite d'une ouverture entre celles-ci pour prolonger l'une des pièces de son bâtiment par la possession utile d'une portion du bâtiment appartenant à l'autre propriétaire.

561.1. La détermination de l'étendue des parties communes peut s'avérer davantage problématique. L'alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 propose une liste des différents éléments réputés parties communes dans le silence ou la contradiction des titres, présomption qui devrait donc trouver à s'appliquer en présence d'une copropriété créée par usucapion[2507]. D'une façon générale, dans la situation où se produit l'usucapion d'une petite portion du bâtiment, on peut se poser la question de savoir s'il est cohérent de considérer que cette usucapion entraîne *in fine* celle d'une quote-part de l'intégralité de la structure, voire considérer avec un auteur que cela s'avérerait potentiellement contraire à l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)[2508]. En réalité, l'hypothèse d'une telle contrariété nous semble peu probable dans la mesure où l'article 5 de la loi du 10 juillet 1965 répartit la quote-part de parties communes au

2505 *Infra*., n° 567 et s.

2506 Article 2 de la loi du 10 juillet 1965.

2507 Alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 10 juillet 1965 : « Dans le silence ou la contradiction des titres, sont réputées parties communes : − le sol, les cours, les parcs et jardins, les voies d'accès ; − le gros œuvre des bâtiments, les éléments d'équipement commun, y compris les parties de canalisations y afférentes qui traversent des locaux privatifs ; − les coffres, gaines et têtes de cheminées ; − les locaux des services communs ; − les passages et corridors ; − tout élément incorporé dans les parties communes ».

2508 En ce sens S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2020, étude 6, n° 48. L'auteur tempère néanmoins son propos lorsque n'existe aucune organisation conventionnelle (n° 49).

regard de la valeur de la partie privative[2509]. En effet, à considérer qu'il se produit bien une perte de propriété consécutive à l'usucapion d'une portion de bâtiment qui va au-delà de la seule portion possédée – le propriétaire autrefois exclusif du bien devant céder une quote-part du bien désormais placé en indivision – celle-ci restera tout à fait proportionnée à la valeur de la portion usucapée. Dans la mesure ou le principe de l'acquisition par voie de prescription n'a pas été considérée comme contraire au respect dû aux biens protégés par l'article 1er du premier protocole additionnel de la CESDH[2510] et que la requalification en copropriété entraînant la création de parties communes se justifie par l'apport de son régime commun au regard de la gestion de l'immeuble désormais collectif, l'inconventionnalité d'une telle requalification nous semble peu probable.

561.2. Il n'en reste pas moins que la liste de l'article 3 répute notamment parties communes tout élément incorporé à celles-ci ou encore le terrain d'assiette du bâtiment. Or, à reprendre l'exemple précédemment cité, il pourrait être discutable de considérer que le terrain d'assiette devienne une partie commune sous l'impulsion de la seule usucapion d'une portion de bâtiment située à l'étage et sans que le possesseur ne l'ait jamais foulé. Ce point parait d'autant plus contestable que cela viendrait octroyer au possesseur un droit de jouissance indivis sur celui-ci et entraînerait l'impossibilité pour le propriétaire initial de la maison de procéder à son aménagement ou affouillement sans une autorisation obtenue dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965. Il faut alors questionner la portée de la liste faite par cet article 3 en l'absence de toute précision contraire. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la présomption de qualification de partie commune n'a vocation à être écartée qu'en présence d'une expression contraire dans les titres, ou si la situation objective de la portion dont la qualification est discutée doit également être prise en compte.

561.3. La combinaison des articles 2 et 3 de la loi du 10 juillet 1965 semble aller en faveur de la seconde option. La lecture de ces deux articles montre en effet que la distinction entre parties communes et privative résulte d'un critère légal centré sur l'usage exclusif ou non de la portion en cause. Ainsi, l'article 2 dispose à son alinéa 1er que « sont privatives les parties des bâtiments et des terrains réservées à l'usage exclusif d'un copropriétaire déterminé » et l'alinéa 1er de l'article 3 y répond logiquement en précisant que « sont communes les parties des bâtiments et des terrains affectées à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux ». Ce rappel

2509 Article 5 de la loi du 10 juillet 1965 : « Dans le silence ou la contradiction des titres, la quote-part des parties communes, tant générales que spéciales, afférente à chaque lot est proportionnelle à la valeur relative de chaque partie privative par rapport à l'ensemble des valeurs desdites parties, telles que ces valeurs résultent lors de l'établissement de la copropriété, de la consistance, de la superficie et de la situation des lots, sans égard à leur utilisation ».

2510 Voir ainsi, CEDH, 30 août 2007, « J. A. Pye (Oxford) Ltd. c/ Royaume-Uni », n° 44302/02 ; CEDH, 3 mars 2009, « B. et a. c/ Turquie », n° 37639/03.

effectué, la portée de l'énumération faite à la suite de l'alinéa 2 de l'article 3 s'éclaire : elle a pour effet de présumer partie commune une portion de l'immeuble que le critère légal ne permet pas de résoudre en raison d'une potentielle ambiguïté[2511]. Ce point, semble par ailleurs confirmé par la jurisprudence qui procède à une véritable appréciation objective de l'usage des portions litigieuses dont la qualification est discutée[2512]. Ces éléments devraient aboutir à fortement limiter les parties communes d'une copropriété née de l'usucapion d'une portion de bâtiment par son possesseur. Pour reprendre l'exemple de l'usucapion d'une portion d'une maison par le propriétaire d'un bâtiment contigu et dont l'accès se fait exclusivement par ce dernier, les parties communes devraient donc se limiter au seul gros œuvre de l'immeuble sans que le terrain ne soit concerné par cette qualification. Il est par ailleurs tout à fait envisageable de considérer le terrain comme extérieur de la copropriété en considérant que l'assiette de celle-ci se limite au seul bâtiment, la copropriété étant alors constitutive d'une propriété superficiaire établie sur le terrain propre à l'un des copropriétaires[2513].

B. Les éléments prospectifs en faveur du recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif

562. Plan. L'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif pourrait encore reculer en raison de différentes analyses prospectives qui se situent dans le prolongement, soit du droit positif, soit de l'intention du législateur. Ainsi, l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif reculerait encore par l'extension de la portée conférée au rôle protecteur de la notion de destination de l'immeuble en copropriété (1), d'une redéfinition de celle d'ensemble immobilier (2) et enfin, de l'évolution de la protection du domaine public (3).

1. Pour une extension de la portée de la destination de l'immeuble à l'ensemble divisé en volumes

563. Hypothèse de l'extension de la notion. Autre conséquence de l'inadaptation de la copropriété à la gestion de grands immeubles collectifs, la protection de la destination de l'immeuble en copropriété est souvent invoquée comme vecteur de risques de blocages[2514]. Les études les plus récentes peuvent néanmoins laisser penser que le seul fait d'écarter le régime de la copropriété ne soit une véritable solution en raison de l'étendue de l'application du rôle protecteur de cette notion. En effet, la destination de l'immeuble représente sous cette acception et de façon

2511 Déjà en ce sens, P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 7 décembre 1994, n° 92-17.184, RDI 1995, p. 149.

2512 Cass. civ., 3ème, 7 décembre 1994, *op. cit.*

2513 Dans cette situation, étant donné qu'aucun état descriptif de division en volume n'a été établi en amont, la propriété de l'espace occupé par la copropriété devrait rester la propriété exclusive du propriétaire du terrain.

2514 *Supra*., n° 53 et s.

très générale, l'intérêt supérieur de l'immeuble et justifie d'encadrer la liberté d'exercice des propriétaires concernés[2515]. Ainsi, il peut sembler cohérent de considérer que ce n'est pas tant l'application du régime de la copropriété que l'existence d'un immeuble collectif – au moins dans son usage – qui commande son existence. Ce rôle protecteur de la destination de l'immeuble s'imposant aux propriétaires ou utilisateurs de l'immeuble se retrouve par ailleurs bien en dehors de la seule sphère de la copropriété. Christian Atias fait ainsi remarquer que le droit français ne limite pas la destination de l'immeuble à la seule copropriété dès lors que l'on s'intéresse à la substance de la notion[2516]. Il relève ainsi que les articles 815-9 et 1728 du Code civil font respectivement référence au respect de la destination de la chose indivise et louée. Il poursuit en observant que les dispositions en matière d'usufruit imposent la conservation de la substance de la chose et que l'article 637 du Code civil soumet les servitudes à l'amélioration de l'utilité du fonds dominant, tout en rappelant que substance et utilité sont des notions proches de celle de destination[2517]. De façon encore plus générale, nous pouvons également remarquer que l'article 1792 du Code civil protège le propriétaire de tout type d'ouvrage contre les dommages qui « l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination » en lui ouvrant une action en responsabilité contre le constructeur.

564. Indice en faveur de l'extension : le principe de réalité de la destination. Une première confirmation pourrait venir du mode de détermination de la destination de l'immeuble. En effet, la destination de l'immeuble répond à des conditions qui semblent se positionner bien au-delà du seul choix du régime applicable. Ainsi, elle a vocation à être déterminée en référence, non pas au seul règlement de copropriété, mais selon un principe de réalité qui prend avant tout en compte l'environnement et les caractéristiques matérielles de l'immeuble[2518]. Il est vrai que l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 peut semer le doute, dès lors qu'il dispose que la destination de l'immeuble est

2515 On pourrait aussi avoir une approche plus englobante encore du rôle protecteur de la destination de l'immeuble, en considérant que l'équilibre protégé par celle-ci porte sur les intérêts individuels des propriétaires et l'intérêt collectif d'une bonne répartition de la ressource foncière – c'est-à-dire de l'affectation des sols à une finalité particulière. En ce sens, N. Reboul-Maupin, « La destination de l'immeuble et le droit foncier », Droit et villes, 2019/2, n° 88, p. 109, spéc., p. 132 et s.

2516 Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12e éd., 2014, n° 341, p. 259.

2517 *Ibid.* Voir également, pour ce qui est du rapprochement entre substance et destination : G. Leray, *L'immeuble et la protection de la nature*, thèse, LGDJ, 2019, n° 280, p. 205. L'auteur, analysant les propos de Madame Vanuxem, précise alors que « la substance de la chose ne peut s'entendre de sa seule matière ». Il poursuit en rappelant avec Monsieur le Professeur Dockès (E. Dockès, « Essai sur la notion d'usufruit », RTD Civ. 1995, p. 479, n° 11, p. 492 et n° 19, p. 501) que « la substance signifie aussi la destination de la chose. Protéger la chose, ce serait conserver sa matière, mais aussi la destination à laquelle elle est affectée » (n° 280, p. 205). En conséquence, si la substance de la chose n'est pas pleinement assimilable à sa destination – elle prend en compte d'autre facteur, dont la matière de la chose – la destination fait cependant incontestablement partie de la substance.

2518 Sur ce point, Ph. Marin, J.-M. Roux, « La destination de l'immeuble en copropriété », Droit et ville, 2019/2, n° 88, p. 193.

« définie aux actes, par ses caractères ou sa situation ». Deux lectures de cette disposition sont en effet possibles[2519] : la première est de considérer qu'il revient exclusivement aux actes de déterminer les caractères et la situation de l'immeuble et donc, sa destination. La seconde est de faire du règlement de copropriété qu'un élément parmi d'autres dans la détermination de la destination de l'immeuble, celle-ci résultant également de ses caractères et sa situation réelle. La Cour de cassation a clairement adopté la seconde lecture[2520], mettant en retrait la nature contractuelle de la notion au bénéfice de la situation de fait[2521]. La destination de l'immeuble parait donc bien être supérieure au règlement de copropriété et, partant, devrait pouvoir s'imposer à celui-ci[2522]. Sa supériorité au règlement de copropriété pourrait-elle à elle seule sous-tendre son indépendance totale au régime de division de l'immeuble ? Il ne semble pas. D'une part, des auteurs ont pu faire remarquer que le règlement de copropriété avait tout de même un rôle à jouer dans la détermination de la destination de l'immeuble[2523] et, d'autre part, c'est bien en vertu de l'article 8 de la loi du 10 juillet 1965 que cette notion est érigée en principe directeur gardien de l'équilibre entre les intérêts collectifs et individuels.

565. Fondement de l'hypothèse de l'extension : l'objectif poursuivit par la destination de l'immeuble. Pourtant, si l'on en revient à l'origine de la notion de destination de l'immeuble en matière de copropriété, l'émancipation de son application au-delà de ce régime ne paraît pas incohérent. La première occurrence de celle-ci revient – à notre connaissance – à Chevallier qui, à l'occasion du commentaire de la loi du 28 juin 1938 portant sur la copropriété par appartements, l'introduisait de façon très générale comme « la destination de l'immeuble divisé »[2524]. Or, cette loi avait pour vocation de remplacer l'article 664 du Code civil, critiqué en raison de son absence de règle de gestion commune de l'immeuble collectif. Il n'était donc pas question d'établir un lien entre destination de l'immeuble – la notion n'existait pas en tant que telle – et application du régime

2519 Effectuant également un tel constat : Ch. Atias, P. Capoulade, obs sous Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, D. 2011, p. 199 ; F. Jammes, « La destination de l'immeuble mis en copropriété en France », Revue du notariat (Montréal), vol. 114, n° 2, p. 221, spéc., p. 231.

2520 Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, n° 09-14.206, D. 2011, p. 199, obs. Ch. Atias, P. Capoulade. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reproche au juge du fond d'avoir apprécié la destination de l'immeuble au seul regard du règlement de copropriété sans s'être intéressé aux caractères et à la situation réelle de l'immeuble.

2521 En ce sens, F. Jammes, *op. cit.*, spéc., p. 232 ; Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Copropriété des immeubles bâtis : statut et structures*, n° 136 et s.

2522 Sur cette question, R. Boffa, *La destination de la chose*, thèse, coll. Doctorat et notariat, Defrénois, 2008, n° 364, p. 247 ; J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014, n° 607, p. 538.

2523 F. Jammes, *op. cit.,* spéc., p. 234 et s. ; J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *op. cit.*, 2019, n° 616 et s., p. 706 et s. Voir déjà, C. Lombois, « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », D. 1966, II, lég., p. 93, n° 4, p. 93 : « la destination de l'immeuble, rappel de l'un des éléments de la volonté contractuelle d'origine ».

2524 J. Chevallier, « Commentaire de la loi du 28 juin 1938 », D. 1939. L., p. 73, spéc. p. 79 et 85.

de la copropriété. Il s'agissait simplement de mettre en place des mécanismes permettant de trouver un équilibre entre la propriété individuelle et l'aspect collectif de l'immeuble divisé. À l'appui d'une telle observation, on peut remarquer que la Cour de cassation a pu faire référence à des éléments relevant de la destination de l'immeuble alors même qu'aucune consécration légale n'existait. Il en est ainsi d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 1961[2525], dans lequel est approuvé une clause interdisant la vente des caves, greniers et du cinquième étage à d'autres personnes que celles propriétaires d'autres lots de l'immeuble en raison de la protection du caractère luxueux de l'immeuble. Poursuivant cette observation, Madame Lotz remarque que la jurisprudence, sans faire référence expressément à la notion de destination, a pu rendre des décisions qui en reprennent la substance en matière de lotissement[2526]. Ainsi, la Cour de cassation a pu s'intéresser à la qualité de la construction litigieuse au regard des conditions de standing et d'environnement instituées par le cahier des charges de lotissement[2527]. Quelques années plus tard, la Haute juridiction judiciaire a pu faire référence au « calme et [à] la tranquillité permettant une vie paisible et reposante » visée par les créateurs du lotissement, critères pouvant influer sur la « destination spéciale » des biens privatifs[2528]. Enfin, remarquons que la protection conférée par la destination de l'immeuble ne se limite pas à l'immeuble divisé pour intéresser également celui en indivision. Ainsi, la lettre de l'article 815-9 du Code civil impose le respect de la destination du bien indivis par l'ensemble des indivisaires[2529].

565.1. Plus que le strict cadre de la copropriété, c'est donc bien la situation de l'immeuble collectif qui semble commander les restrictions liées à la destination de l'immeuble[2530]. Une telle extension paraît parfaitement logique au regard de la fonction poursuivie par la notion de destination en la matière, qui reste d'assurer l'équilibre entre les intérêts collectifs et individuels des différents propriétaires de l'immeuble. Or, que ce soit en matière d'indivision, de copropriété, de division en volumes ou encore, de lotissement, on retrouvera une inévitable dimension collective de l'ensemble – pris comme une unité – divisé. Cette idée semble par ailleurs s'imposer progressivement en doctrine. Monsieur Aubert sous entendait déjà implicitement une telle extension

2525 Cass. civ., 1re, 1er mars 1961, n° 58-10.724, Bull. civ., I, n° 134.

2526 J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 610, p. 541 et 542.

2527 Cass. civ., 3ème, 28 juin 1972, n° 71-10.313.

2528 Cass. civ., 3ème, 18 février 1976, n° 74-12.939 et 74-12.940.

2529 Article 815-9 du Code civil : « Chaque indivisaire peut user et jouir des biens indivis conformément à leur destination, dans la mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec l'effet des actes régulièrement passés au cours de l'indivision ».

2530 Également en ce sens, F. Jammes, *op. cit.,* spéc., p. 223, note 5. L'auteure précise alors que : « le concept de destination de l'immeuble n'est pas propre à la copropriété des immeubles bâtis. Il constitue dans le droit des biens français l'instrument juridique des conflits de droits qui peuvent naître dans l'utilisation d'un immeuble ».

lorsqu'il concluait ses développements en affirmant que l'absence de la création de la notion par la loi du 10 juillet 1965 aurait certainement abouti à un « cauchemar » nécessitant « de la découvrir entre les lignes de la loi »[2531]. Reprenant peu ou prou la même idée, Madame Lotz justifie quant à elle l'application de la notion de destination de l'immeuble à la division en volumes en raison de « l'induction amplifiante » du principe supérieur de destination de l'immeuble à d'autres modes de division[2532]. En d'autres termes, c'est parce que la notion de destination de l'immeuble est indispensable au bon fonctionnement de l'appropriation collective d'un immeuble qu'il est nécessaire de l'étendre au-delà du cadre spécifique de la copropriété qui l'a vu naître. En définitive, nous adhérons totalement aux propos de Monsieur le Professeur Chantepie, qui, après avoir remarqué la proximité entre la copropriété et la division en volumes qui consistent toutes les deux à répartir un immeuble entre différents propriétaires, soulève que « l'unité de l'immeuble impose à tous, copropriétaires ou propriétaires de volumes, de mettre en place des règles précises visant à en assurer la bonne administration »[2533]. Il faut donc convenir avec lui que si « la notion de destination de l'immeuble est la clé du statut de la copropriété ; elle ne peut être écartée dans la division en volumes. Par où l'on en vient, […] à un trait commun à l'ensemble des propriétés collectives. L'appropriation concurrente d'un immeuble suppose de créer une communauté au sein de laquelle s'estompe le sentiment d'altérité. L'exclusivisme de la propriété subsiste certes, mais dirigé vers l'extérieur, et guidé par une affectation particulière du bien, […] la destination de l'immeuble »[2534].

566. Portée de la destination de l'immeuble. Reste encore à se demander si la portée de cette notion en matière de division en volumes est la même qu'en matière de copropriété. Si l'on admet que la destination de l'immeuble est un principe protecteur propre à tout ensemble collectif, la question se pose concernant l'intensité de la protection qu'elle met en place. En d'autres termes, il faut déterminer si la destination de l'immeuble consiste en la seule existence de mesure de contrainte visant à assurer l'équilibre entre les intérêts individuels et collectifs, où si l'intensité de ces mesures de contrainte telle qu'elles sont présentes dans la loi du 10 juillet 1965 en fait partie intégrante. Lorsque la loi du 10 juillet 1965 s'intéresse à la substance de la protection conférée par

2531 J.-L. Aubert, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », RDI 1995, p. 469.

2532 J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 607 et s., p. 538 et s.

2533 G. Chantepie, « Quel avenir pour la copropriété ? », *in L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 163, spéc., 178 et 179.

2534 *Ibid.*

la destination de l'immeuble[2535], son article 8 rappelle que seule cette notion est à même de justifier des restrictions aux droits des propriétaires[2536]. Ce point est confirmé dès l'article 9, qui assure la liberté d'exercice du droit de propriété de chaque copropriétaire « sous la condition de ne porter atteinte ni aux droits des autres copropriétaires ni à la destination de l'immeuble ». Cela permet aux copropriétairex de faire voter la tenue de travaux sur les parties communes dès lors que la destination de l'immeuble n'est pas atteinte sous réserve de l'obtention de la majorité prévue par un vote en assemblée générale. Ainsi, un copropriétaire pourra être autorisé à effectuer « des travaux affectant les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble » à la majorité de l'article 25[2537], mais la majorité de l'article 24 suffira si les travaux sur les parties communes ne consistent qu'en la mise en place d'un système sécurisé de stationnement de vélo[2538]. Or, ce principe visant les parties communes et étant logiquement complété par un système d'obtention de majorité spécifique à la copropriété, on peut douter qu'il ait vocation à être directement transposé en matière de division en volumes.

566.1. Ce serait néanmoins oublier que ces dispositions intéressent exclusivement le processus décisionnel de travaux sur les parties communes propre à la copropriété et n'ont finalement aucun lien avec la destination de l'immeuble collectif en lui-même. Pris à travers ce prisme, la destination

---

2535 Nous exclurons ici tous les renvois que la loi du 10 juillet 1965 fait à son article 1er, en prévoyant certaines dispositions exceptionnelles aux immeubles à destination totale autre que d'habitation (articles 8-2 ; 14-2 ; 14-2-1 ; 18-1 AA). Ces dispositions ne concernent pas directement la question de la substance de la notion de destination, mais mettent en place un régime de base propre à ces copropriétés concernant quelques points : l'obligation pour le syndic d'effectuer une fiche synthétique de la copropriété regroupant les informations financières et techniques relatives à la copropriété et son bâti pour l'article 8-2 ; l'obligation de constitution d'un fonds de travaux et de l'élaboration d'un projet de plan pluriannuel de travaux respectivement pour les articles 14-2-1 et 14-2 ; la possibilité pour le syndicat des copropriétaires composés exclusivement de personnes morales de définir conventionnellement l'étendue de la mission du syndic, ainsi que ses modalités de désignation et rémunération pour l'article 18-1 AA.

Si l'on peut penser ces précisions superfétatoires, il faut préciser qu'elles sont issues (sauf l'article 14-2-1) de réformes antérieures à l'ordonnance du 30 octobre 2019 et avaient donc vocation à s'appliquer avant que l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 ne prévoit la faculté de prévoir un régime de copropriété sur-mesure. Depuis l'entrée en vigueur de cette faculté, elles ont l'avantage de préciser le régime applicable dans l'hypothèse où le régime choisi par les parties ne prévoit pas de dispositions spécifiques pour les questions concernées par ces articles.

Une réserve doit cependant être énoncée à propos de l'article 18-1 AA, introduit par la loi ALUR et dont la pertinence nous semble désormais discutable. Celui-ci pose une double condition afin de pouvoir évincer les règles énoncées à l'article 18 (celles-ci portant sur la mission du syndic, ses conditions de désignation et sa rémunération) : être dans une copropriété à usage total autre que d'habitation et n'être composé que de copropriétaires personne morale. Or, nous ne voyons pas l'intérêt de conserver cette double restriction dès lors où l'article 1er de cette même loi permet désormais de déroger à l'intégralité du régime commun par la seule absence de locaux à usage d'habitation. En outre, elle n'aura aucun intérêt en l'absence de disposition conventionnelle spécifique sur les points en cause, car cet article 18-1 AA ne consiste justement qu'à énoncer des conditions d'ouverture de l'acceptation d'une organisation conventionnelle dérogeant au droit commun.

2536 Article 8, alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965.

2537 Articles 25, b) et 25-2 de la loi du 10 juillet 1965. Procédant également de la même idée, article 30 et 34 de cette même loi.

2538 Article 24, j) de la loi du 10 juillet 1965.

de l'immeuble se positionne en garde fou et viendra empêcher toute réalisation qui y serait contraire. Ainsi, l'intensité de la destination de l'immeuble apparaît absolue : en cas de contrariété à celle-ci, aucune autorisation ne sera envisageable, quelle que soit la majorité obtenue. Ce caractère absolu de la destination de l'immeuble ressort tout particulièrement de l'article 26 de cette loi du 10 juillet 1965, qui prévoit que la modification de la destination de l'immeuble tout comme la vente de parties communes nécessaires à sa conservation ne peuvent se prendre qu'à l'unanimité de tous les copropriétaires[2539]. Or, conférer une autre portée à cette notion que celle d'un principe absolu nécessitant l'unanimité des propriétaires de l'immeuble collectif afin de pouvoir être modifié viendrait risquer de la vider de sa substance en niant l'unité collective qu'elle représente, si bien que la portée qu'on lui confère en matière de copropriété devrait également trouver à s'appliquer pour l'ensemble des immeubles collectifs. À titre d'exemple, nous pouvons encore une fois nous en remettre aux dispositions encadrant l'indivision, dont la combinaison des articles 815-3 et 815-9 du Code civil amène à comprendre que seule l'unanimité des indivisaires pourrait justifier le changement de destination du bien[2540]. À considérer l'application de la destination de l'immeuble à l'ensemble divisé en volumes, l'avantage issu de son absence d'application tend à disparaître et l'espace de liberté qui pouvait en résulter s'efface, réduisant encore l'attrait de la division en volumes face à la mise en copropriété.

2. Pour un élargissement de la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965

567. Polysémie du terme « commun ». Il est possible que l'utilisation du terme « volume » par l'ordonnance du 30 octobre 2019 soit l'occasion de repenser la notion d'ensemble immobilier au sens de l'article 1er, II, 2°, de la loi du 10 juillet 1965. En effet, en admettant dans sa première partie que l'ensemble immobilier puisse être composé de « volumes » que l'on comprend « communs » à la lecture de la suite de l'article, deux interprétations sont possibles : soit la présence de volumes objets de droit indivis est nécessaire, soit la seule existence de volumes portant sur des éléments d'intérêt collectif est suffisante à caractériser le bien d'ensemble immobilier.

2539 Article 26 de la loi du 10 juillet 1965 : « […] l'assemblée générale ne peut, […] sauf à l'unanimité des voix de tous les copropriétaires, décider l'aliénation des parties communes dont la conservation est nécessaire au respect de la destination de l'immeuble ou la modification des stipulations du règlement de copropriété relatives à la destination de l'immeuble ».

La jurisprudence est logiquement venue confirmer cette exigence, en affirmant que « le règlement de copropriété ne peut être modifié en ses stipulations relatives à la destination de l'immeuble que par une décision de l'assemblée générale des copropriétaires prise à l'unanimité » (Cass. civ., 3ème, 19 octobre 2011, n° 10-20.634, D. 2011, p. 2657, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2012, p. 520, note D. Tomasin).

2540 En ce sens, N. Reboul-Maupin, « La destination de l'immeuble et le droit foncier », *op. cit*., spéc., p. 123.

568. Appréciation critique de la conception stricte. L'interprétation stricte de l'adjectif « commun », qui semble avoir été adoubée par la jurisprudence[2541], renvoie à l'existence d'une indivision de l'élément en cause[2542]. Une telle restriction de la notion d'ensemble immobilier apparaîtrait cependant contre-productive, certainement contraire à l'intention du législateur et assez peu opportune au regard de la pratique[2543]. Cette question est d'autant plus importante qu'une division en volumes se doit de ne pas risquer une requalification en copropriété ou ne serait-ce qu'une application forcée de son régime[2544]. Il est donc préféré, le plus souvent, de supprimer toute situation d'indivision[2545], même lorsque celle-ci ne serait comprise qu'au sein d'un volume unique[2546]. Cette hypothèse se traduit par l'attribution de ces éléments – qui se trouvent dans des volumes spécifiques ou non – à un unique co-volumier.

568.1. Le plus souvent, le co-volumier en question sera l'association syndicale de propriétaires bénéficiant de la personnalité morale, mais il arrive également que ce ne soit pas le cas. Si la première hypothèse n'est pas problématique en ce qu'elle assure la présence d'un organe de gestion par la présence de l'association de propriétaires, il en est autrement dans la seconde. Certes, dans cette dernière situation, la dimension collective de l'élément d'usage collectif pourra se régler par le biais des servitudes[2547]. Cependant et comme vu précédemment, à partir du moment où une telle organisation de la division de l'immeuble ne correspond pas à l'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965, aucune obligation de création d'une personne morale ayant vocation à assurer la gestion des éléments d'équipements communs ne semble s'imposer[2548]. Or, la gestion et la répartition des frais relatifs à cet équipement étant précisées dans le cahier des charges, l'absence d'organe de gestion permettant d'assurer l'effectivité des stipulations prévues peut s'avérer problématique et vecteur de nombreux litiges[2549].

2541 Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, n° 18-16.117, AJDI 2020, p. 837, note Ch.-E. Bucher ; RTD Civ. 2020, p. 659, note W. Dross ; JCP G 2020, 979, note H. Périnet-Marquet.

2542 *Supra*., n° 187 et s.

2543 Également en ce sens, H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP G 2020, doctr. 648, n° 9.

2544 Sur cette question, *supra*., n° 185.1, note 749.

2545 À l'exception de la situation très largement acceptée de mise en place d'une copropriété au sein d'un volume.

2546 Voir néanmoins, Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, n° 10-27.396, JCP G 2012, doctr., 465, obs. H. Périnet-Marquet ; AJDI 2012, p. 237, note N. le Rudulier ; p. 276, note Ch. Atias.

2547 En ce sens, W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, *op. cit*. ; M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, *op. cit.*

2548 *Supra*., n° 193.

2549 *Supra., n°* 195.

569. Présentation de la conception élargie. L'idée d'une telle conception était déjà soulevée par l'avant-projet de réforme du droit des biens proposé par l'association Henri Capitant[2550], qui a proposé d'ajouter plusieurs articles à la loi du 10 juillet 1965 afin de préciser le champ d'application du régime de la copropriété. Parmi ceux-ci, la lecture combinée des articles 1-1 et 1-3 amène à une conception élargie de la notion d'ensemble immobilier. L'article 1-3 définit clairement l'ensemble immobilier comme étant constitué d'un ou plusieurs édifices « implantés sur plusieurs terrains ou réalisés dans plusieurs volumes »[2551], sans qu'une quelconque référence à une hétérogénéité d'appropriation ne soit présente. En conséquence, constituerait un ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 tout immeuble collectif présentant des éléments communs, que ces derniers soient appropriés en indivision ou non. Cette lecture est confirmée par l'article 1-1, qui prévoit le principe d'application de la loi du 10 juillet 1965 « à toute division d'un bâtiment qui comporte, outre les parties attribuées à des propriétaires différents, des éléments communs ou d'utilité commune, notamment de structure, de desserte ou d'équipement »[2552]. Cet article s'attache à redéfinir l'immeuble collectif qui devra se soumettre, par défaut, au régime de la copropriété. Or la définition retenue ne se limite pas à la présence de seuls éléments en indivision, mais intègre celle d'éléments collectifs indépendamment de leur appropriation indivise.

569.1. Si cette seconde interprétation nécessite de questionner les conditions d'existence de l'élément collectif justifiant la qualification d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965[2553], elle ferait tomber sous le coup de l'application des conditions de l'article 1er de cette même loi l'ensemble des immeubles collectifs, contrairement à la situation actuelle porteuse d'insécurité juridique[2554]. C'est en substance ce que proposait déjà l'avant-projet de réforme du droit des biens. Ainsi, l'article 1-3, qu'il envisageait d'ajouter à la loi du 10 juillet 1965, entend permettre à tout immeuble collectif divisé en volumes – qualifié alors immanquablement d'ensemble immobilier – de se soustraire du régime de la copropriété par la mise en place d'une « organisation différente ».

2550 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, version finale du 15 mai 2009, textes déplacés, supprimés ou ajoutés, IV – Textes ajoutés, 3°, article 1-1.

2551 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, article 1-3.

2552 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, article 1-1.

2553 Cela pourrait notamment faire naître, à propos de la qualification d' « ensemble immobilier », des litiges similaires à ceux que l'on peut croiser en matière de copropriété lorsqu'il s'agit de déterminer si un élément d'équipement est suffisamment collectif pour être qualifié de partie commune lorsque rien n'est précisé dans les actes.

2554 *Supra*., n° 192 et s.

570. Conséquence de la conception élargie : recul de l'intérêt de la division en volumes. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019, l'élargissement de la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 ferait peser une contrainte supplémentaire sur les propriétaires souhaitant procéder à la division d'un immeuble collectif en dehors du régime de la copropriété. Ils seraient alors obligés, non seulement de prévoir une convention spécifique à la détermination de la propriété et à la gestion des éléments communs, mais également de prévoir la mise en place d'un organe de gestion spécifique doté de la personnalité morale propre à assurer l'effectivité des règles prévues[2555]. Or, adopter une telle lecture irait totalement dans le sens de cette ordonnance, dont la finalité assumée est d'assurer que la structure collective que représente l'immeuble divisé bénéficiera d'un organe de gestion adapté à ses besoins permettant d'assurer l'effectivité des règles prévues dans le cahier des charges[2556].

570.1. Dès lors que l'on couple cette obligation à l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété et à la supplétivité de son régime issue de l'ordonnance du 30 octobre 2019, le recul de l'intérêt de la construction en volumes est indéniable et la division en copropriété – ainsi que ses régimes – bénéficient d'un véritable caractère incitatif. La division en volumes ne pouvant ignorer l'unité commune que constitue l'ensemble collectif, sa gestion se rapproche de celle de la copropriété et il n'est pas rare de trouver dans le cahier des charges, des inspirations voire des transpositions directes de certaines dispositions issues du régime de la copropriété. Or, l'avantage indéniable de la copropriété reste le régime protecteur des copropriétaires qu'elle met en place, si bien qu'il n'est pas impossible qu'une fois purgé de ses principaux dysfonctionnements, un retour vers ce régime se produise. Certes, en adoptant une vision stricte de la notion d'élément collectif tendant à qualifier comme tel la structure de l'immeuble collectif, cela obligerait de nombreuses divisions en volumes à procéder à la création d'une personne morale capable d'en assurer la gestion sous peine d'être requalifiée en copropriété ou de tomber sous son régime. Pour autant, les avancées en matière de copropriété ne devraient plus être rédhibitoires au placement en copropriété la division en immeuble selon une répartition très déséquilibrée[2557]. En conséquence, il nous semble préférable de retenir la seconde interprétation et considérer que l'exigence de la présence de « volumes communs » prévue par l'ordonnance du 30 octobre 2019 pourrait renvoyer à un volume

2555 Conséquence de la nouvelle rédaction de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965.

2556 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019, *op. cit.*

2557 *Supra*., n° 549 et s.

impliquant un intérêt collectif – quelle que soit la répartition de sa propriété au sein du volume concerné – afin de conférer une pleine effectivité à la règle[2558].

3. Vers un assouplissement de l'incompatibilité du domaine public à la copropriété ?

571. Plan. L'incompatibilité du domaine public au régime de la copropriété résulte d'un arrêt du Conseil d'État en date du 11 février 1994[2559], qui procédait à l'énonciation des différentes incompatibilités. Celles-ci peuvent être catégorisées par deux points : les éléments collectifs et la constitution d'une hypothèque légale. Or, depuis cet arrêt fondateur, la compréhension et le contenu du domaine public a pu évoluer dans un sens qui permet d'envisager l'abandon de cette incompatibilité et, encore une fois, le recul de l'intérêt du recours à la division en volumes. Ainsi, l'impact du collectif (a) comme celui de l'hypothèque légale (b) dans l'incompatibilité du domaine public à la copropriété sont à tempérer.

a. La remise en cause de l'impact du collectif dans l'incompatibilité au domaine public

572. Diminution expresse du contenu du domaine public. À titre liminaire, il faut remarquer que le premier élément concernant l'évolution de l'intérêt de la division en volumes au regard de la notion de domaine public ne relève pas de l'interprétation prospective de la notion mais d'une disposition expresse du CGPPP. À l'occasion de l'entrée en vigueur de ce Code, le législateur est venu définir la notion de domaine public immobilier[2560] et a expressément exclu certaines catégories de biens de celui-ci. Ainsi en est-il des biens immobiliers à usage de bureaux administratifs, qui, en vertu de l'article L. 2211-1 de ce Code, relèvent du domaine privé. Or, en dépit d'une incohérence théorique, la jurisprudence paraît accepter implicitement que les biens relevant du domaine privé soient compatibles avec la copropriété[2561]. En conséquence, si l'on a pu observer que l'exclusion de ces biens du domaine public constituait une facilitation du recours à la division en volumes en raison de l'inutilité des opérations de déclassement au fin d'une cession de ces locaux par la personne publique propriétaire[2562], il nous semble que cela marque également un

---

2558 Également en ce sens, H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP G 2020, doctr. 648, n° 9.

2559 CE, 11 février 1994, n° 109564, « Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière», D. 1994, p. 493, note J.-F. Davignon ; AJDA 1994, p. 548, note J. Dufau ; RDI 1994, p. 426, JCP G 1994, II, 22338, note M.-C. Rouault.

2560 Article L. 2111-1 du CGPPP : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».

2561 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2562 Ph. Yolka, « L'accès des personnes publiques à la copropriété », Droit et Pat., n° 179, mars 2009, p. 80, spéc., p. 81.

recul de son intérêt. En faisant passer une grande proportion des biens urbains appartenant à une personne publique sous le régime du domaine privé, le législateur a ouvert la possibilité de les intégrer à une copropriété et rend ainsi facultatif le recours à la division en volumes dans toutes ces situations. Cette modification du contenu du domaine public constitue donc un véritable recul de l'intérêt de la division en volumes, qui passe de nécessité à simple alternative envisageable.

573. Ouverture d'une compatibilité structurelle entre domaine public et copropriété ? Nous avons pu constater que l'une des raisons principales du développement important de la division en volumes provient de l'incompatibilité entre le domaine public et le régime de la copropriété[2563], incompatibilité affirmée par le Conseil d'État à l'occasion d'un arrêt fondateur du 11 février 1994[2564]. Si une partie de la doctrine continue d'approuver le principe de cette incompatibilité[2565] et que cet arrêt constitue vraisemblablement toujours le droit positif en la matière, l'évolution du contenu du domaine public peut amener à douter de sa réelle pertinence théorique[2566]. En effet, dès lors que l'on constate que le régime de la domanialité publique repose sur la protection de l'affectation[2567], certains auteurs ont pu faire remarquer qu'il ne devrait alors plus exister d'incompatibilité absolue, mais que celle-ci devait être observée à l'aune de l'affectation, et uniquement celle-ci. En d'autres termes, dès lors que l'affectation protégée ne semble pas pouvoir être atteinte par le régime de la copropriété, il n'y aurait alors pas de sens à interdire le placement du bien affecté au sein de celui-ci[2568]. Une telle observation conduit en premier lieu à relativiser l'exigence de la pleine propriété exclusive de la personne publique attachée à l'application du domaine public[2569] et, partant, de l'impact de l'indivision structurelle

2563 *Supra*., n° 66 et s.

2564 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2565 H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse, Orléans, 2012, p. 133 et 213.

2566 Voir déjà, avant même l'entrée en vigueur du CGPPP : Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489, spéc., p. 493 : « Pourquoi cette superposition est-elle possible, alors que la copropriété est bannie ? La seule réponse possible paraît être : parce que c'est ainsi ! Il n'eut sans doute pas été totalement impensable, *de lege ferenda*, que la copropriété fût admise et que la superposition fût bannie. Il se trouve que c'est la solution inverse qui a été acceptée. L'explication est d'ordre politique – au sens noble : politique d'urbanisation, de développement harmonieux des ensembles urbains, dans un souci d'économe d'espace, mais aussi politique de séparation et d'autonomie stricte du domaine public par rapport à l'appropriation privée ». Lorsqu'il se questionne sur l'incompatibilité de la copropriété au domaine public au regard de la compatibilité de la superposition par le biais d'une division en volumes, l'auteur en arrive à la conclusion que cette question procède avant tout d'un choix politique, dès lors que l'axe exclusivement juridique aurait pu mener à inverser la solution retenue.

2567 Ce point justifiant par ailleurs l'acceptation des servitudes consenties sur un bien relevant du domaine public. Sur cette question, *supra.*, n° 160 et s.

2568 Y. Gaudemet, « Copropriété v/ Domaine public », RJEP, avril 2012, Repère, n° 4, p. 1, spéc., p. 2.

2569 Cela pourrait notamment être l'occasion de relativiser l'importance de l'appropriation publique du bien relevant du domaine public. Pour des éléments laissant penser à une possible future indépendance totale entre propriété publique et domanialité publique, Ch. Gijsbers, « La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique », RDA, n°

inhérente à la copropriété dans son incompatibilité au domaine public. Il faut en effet remarquer que le bien protégé en raison de son affectation par le régime de la domanialité publique n'est pas tant le lot de copropriété que la partie privative, si bien que l'indivision, portant sur les parties communes, devrait pouvoir supporter une gestion commune[2570]. Cette observation permet en outre, d'envisager la compatibilité de l'indivision forcée de la copropriété avec le domaine public dans l'hypothèse où se maintient l'exigence d'une pleine propriété de la personne publique. Il suffirait ainsi de considérer que se produit une scission dans l'affectation du lot de copropriété commandant que les parties communes ne relèvent en réalité pas du domaine public, mais plutôt du domaine privé[2571]. Ainsi, la personne publique serait exclusivement propriétaire de la partie privative, seule affectée au domaine public.

573.1. À partir du moment où l'on remarque que la division de l'immeuble en lot de copropriété n'est plus fondamentalement incompatible avec le domaine public, la solution de principe rendue par le Conseil d'État dans son arrêt du 11 février 1994[2572] ne parait plus si absolue. Il reste néanmoins d'autres points d'incompatibilité soulevés par cet arrêt, qui portent non plus sur la structure de la propriété mais sur le régime de la loi du 10 juillet 1965.

574. Réserves liées aux conséquences du régime de la copropriété. Particulièrement, la disposition problématique de cette loi consiste en la possible intrusion, par le syndicat des copropriétaires, dans la gestion de la partie privative. En d'autres termes, la copropriété serait incompatible avec le domaine public en raison des limitations des droits du copropriétaire sur sa partie privative. Ces limitations consécutives à son entrée dans la communauté[2573] seraient contraire au principe d'inaliénabilité du domaine public, aujourd'hui énoncé à l'article L. 3111-1 du CGPPP. Néanmoins, lorsque l'on s'intéresse à la portée de l'inaliénabilité, la solution n'est plus si évidente. Les travaux relatifs à la conceptualisation du domaine public ont amené les auteurs à

8, octobre 2013, p. 44, spéc. p. 53. Déjà en ce sens, C. Lavialle, « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », RFDA 1999, p. 578 ; H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse, Orléans, 2012, p. 226 et s.

2570 H. Maurey, P. Tarrade, Rapport du 109e Congrès des notaires de France, *Propriétés publiques. Quels contrats pour quels projets*, Lyon, 2013, n° 2036, p. 294 et 295 ; article reproduit sous l'intitulé « L'incompatibilité entre copropriété et domanialité publique », BJCP 2013, n° 89, p. 243, spéc. p. 246.

2571 Ph. Yolka, *op. cit*., spéc., p. 82. Une telle scission ne serait en outre pas contraire au principe d'indivisibilité du lot de copropriété, qui ne porte que sur la propriété. Or, à partir du moment où la question de l'affectation reste extérieure de celle de la propriété, l'unicité du lot de copropriété est maintenue.

2572 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2573 H. Maurey, P. Tarrade, « L'incompatibilité entre copropriété et domanialité publique », *op. cit.*, p. 246. Également en ce sens, G. Cagnon, « Droit public et copropriété : duo ou duel ? », RDP 2016, p. 105. L'auteur souligne que si la dissociation de l'affectation du lot entre les domaines public et privé est possible, il ne faudrait pas pour autant passer outre le lien existant entre les parties privées et communes. À ce propos, il relève que « l'indivision sur les parties communes est susceptible de se répercuter indirectement sur les parties privatives ».

comprendre que remarque l'objet de l'inaliénabilité n'est rien d'autre que la protection de « l'affectation donnée au bien domanial »[2574]. En d'autres termes, l'inaliénabilité du domaine public a pour objet d'assurer « la garantie de l'affectation du bien à une utilité publique déterminée »[2575].

574.1. Une première analyse serait de considérer que la consécration légale du domaine public centré sur la protection de son affectation ne parait pas suffisante à justifier une éventuelle compatibilité[2576]. Si la finalité des critères repris par le législateur afin de caractériser le domaine public repose sur la volonté de limiter cette catégorie aux seuls biens indispensables à la réalisation d'une mission de service public, la protection de celle-ci continue d'être primordiale et justifierait le rejet de toute immixtion du collectif dans sa gestion sous peine de porter atteinte à l'affectation protégée. En conséquence, le régime de la copropriété, en instituant notamment un processus d'ordre public de prise de décision en assemblée générale, imposerait une gestion collective des lots incompatible avec la protection de l'affectation des biens du domaine public. Cependant, même à retenir une telle analyse, l'incompatibilité entre la domanialité publique et la copropriété ne devrait plus être absolue. Depuis l'ordonnance du 30 octobre 2019, l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 prévoit en substance la supplétivité du régime commun de la copropriété lorsque l'immeuble ainsi divisé ne possède aucun local d'habitation en son sein, sous réserve de la mise en place d'une organisation dotée de la personnalité morale propre à assurer la gestion des éléments communs[2577]. À considérer que la structure de la copropriété n'est pas un obstacle à l'intégration du domaine public[2578] et, au regard de l'affirmation légale de la compatibilité entre le domaine public et les associations syndicales de propriétaires[2579], il sera alors désormais possible pour le propriétaire public d'adhérer à un règlement de copropriété expurgé des dispositions incompatibles avec l'affectation protégée[2580].

2574 J. Morand-Deviller, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 8e éd., 2014, p. 130.

2575 Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15e éd., 2014, n° 298. Voir également sur ce point R. Capitant, *Composition pour le concours d'agrégation des facultés de droit* 1930, RFDA 2007, 1927 ; note sous CE, 17 février 1932, « Commune de Barran », D. 1933, III, p. 49 ; H. de Gaudemar, *L'inaliénabilité du domaine public*, thèse, Paris II, 2006 ; « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de droit public de 1930 », RFDA 2007, 1927 ; « L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture », Dr. et Pat., mars 2009, p. 74.

Pour la constatation d'une telle évolution en matière de lotissement, voir H. Maurey, P. Tarrade, *op. cit.*, p. 248.

2576 *Supra*., n° 67 et s.

2577 *Supra*., n° 184 et s. ; n° 567.

2578 *Supra*., n° 573.

2579 *Infra*., n° 582.

2580 Également en ce sens, J.-F. Giacuzzo, « Les voies étroites de l'acquisition d'immeubles publics en VEFA », RDI 2021, p. 325.

574.2. En outre, il ne nous semble pas qu'un rejet global de la compatibilité soit justifié, même à se tenir à l'application du régime commun d'ordre public de la copropriété. Dans sa décision du 11 février 1994, le Conseil d'État entend spécifiquement viser sur cette question, « l'interdiction faite aux copropriétaires de s'opposer à l'exécution, même à l'intérieur de leurs parties privatives, de certains travaux décidés par l'assemblée générale des copropriétaires se prononçant à la majorité »[2581]. Or sur ce point, les dispositions de la loi du 10 juillet 1965 ont toujours été pourvues de réserves liées notamment à l'affectation et aux conditions de jouissance de la partie privative devant subir les travaux. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 30 octobre 2019, l'article 9 de la loi du 10 juillet 1965 dispose qu'un copropriétaire « ne peut faire obstacle à l'exécution, même sur ses parties privatives, de travaux d'intérêt collectif régulièrement décidés par l'assemblée générale des copropriétaires, dès lors que l'affectation, la consistance ou la jouissance des parties privatives n'en sont pas altérées de manière durable ». S'il faut reconnaître que le curseur tend à favoriser l'intérêt de la collectivité[2582], l'article n'en reste pas moins protecteur de l'intérêt individuel du copropriétaire. Dès lors que l'on admet que la protection du domaine public relève avant tout de celle de l'affectation du bien en cause, la protection de l'affectation de la partie privative prévue par cet article pourrait assurer au bien relevant domaine public celle de l'affectation protégée.

575. Éventualité d'une compatibilité de régime par comparaison avec le lotissement. Quoi qu'il en soit de ce dernier point, la compatibilité entre le domaine public et la copropriété semble envisageable, au moins lorsque l'on se trouve dans la situation permettant de déroger au caractère d'ordre public de son régime commun[2583]. Cette hypothèse semble renforcée par le constat de la compatibilité dans des situations pourtant proches de la copropriété. Ainsi, la possibilité pour un ou plusieurs biens relevant du domaine public de rentrer dans le cadre d'un lotissement n'a jamais été directement contestée et bénéficie d'une approbation jurisprudentielle[2584]. De la même manière, il faut rappeler que l'incompatibilité entre copropriété et domaine public a été résolue par la création de divisions en volumes. Or dans ces deux cas, il se met pourtant en place une véritable gestion collective. Non seulement la propriété d'un bien qui se trouve dans le périmètre d'une division en

2581 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2582 D. Tomasin, « La structure juridique de l'immeuble en copropriété après l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 847, spéc., p. 850 et 851.

2583 En application de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965, ce sera le cas lorsque la destination de la copropriété en cause exclura l'usage d'habitation.

2584 CAA Nantes, 25 mars 2011, n° 09NT01975. Dans cette affaire, la cour administrative d'appel déboute l'appelant qui soutenait que l'appartenance d'une parcelle relevant du domaine public à un lotissement constituait une « limitation au droit de propriété incompatible avec le régime de la domanialité publique ».

volumes ou d'un lotissement entraîne l'appartenance à une association syndicale de propriétaires[2585] en charge de la gestion des biens de la collectivité ainsi constituée, mais au surplus, l'exercice de la propriété sur le bien est soumise aux règles stipulées dans un cahier des charges. En d'autres termes, écarter la compatibilité de la copropriété et du domaine public en raison de l'impact de la collectivité sur l'exercice du droit de propriété aurait dû contraindre à la même exclusion en matière de lotissement voire, de la division en volumes, dès lors que celle-ci se doit d'être pourvue d'une personne morale et d'une organisation collective dont l'application revient à limiter les droits du propriétaire sur son bien au profit de l'intérêt collectif[2586]. Si le Conseil d'État n'avait jamais remis en cause un tel rattachement avant un arrêt du 23 janvier 2020[2587], la question de la compatibilité se posait tout particulièrement depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er juillet 2004[2588], dont certaines dispositions portant sur le statut des associations syndicales de propriétaires sont le fruit d'une transposition d'une portion du régime de la copropriété pourtant expressément considéré comme incompatible avec le domaine public. Ainsi, l'article 3 de cette ordonnance permet aux associations syndicales de propriétaires de s'opposer à la mutation d'un bien présent dans son périmètre dans les conditions prévues à l'article 20 de la loi du 10 juillet 1965. Surtout, l'article 6 de cette même ordonnance leur confère également un pouvoir de recouvrement des créances de toute nature auprès de leurs membres, impliquant une « hypothèque légale sur les immeubles de ce membre compris dans le périmètre de l'association ». Il n'est cependant pas douteux de maintenir la compatibilité de cette organisation avec le domaine public, au moins car à l'inverse de la copropriété avant l'ordonnance du 30 octobre 2019, les règles de gestion collective comprises dans les lotissements comme les divisions en volumes ne sont pas d'ordre public.

2585 À l'exception de la situation dans laquelle la division en volumes ne constituera pas un ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965.

2586 Raisonnement que l'on retrouve en filigrane chez Monsieur le Professeur Simler : Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489. Également en ce sens, H. Périnet-Marquet, « Les ouvrages immobiliers complexes, synthèse », RDI 1999, p. 565 ; H. Maurey, P. Tarrade, *op. cit.*, p. 247 et s. ; J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 427, p. 382, spéc., p. 383.

2587 CE, 23 janvier 2020, n° 430192 et 430359, « Société JV Immobilier et autres c./ Commune de Bussy-Saint-Georges », JCP A 2020, 2039, note Ph. Yolka ; Contrats et marchés publics, n° 4, avril 2020, comm. 127, note P. Soler-Couteaux ; Loyers et copro., n° 3, mars 2020, comm. 41, note A. Lebatteux ; AJDA 2020, p. 199, obs. J.-M. Pastor.

2588 Ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004, relative aux associations syndicales de propriétaires.

Il serait cependant inexact de considérer que cette ordonnance est à l'origine des incohérences en la matière. Ainsi, l'article L. 322-9 du Code de l'urbanisme prévoit depuis 1973 (depuis lors, modifié par l'ordonnance du 1er juillet 2004 précitée) l'existence d'une telle hypothèque au bénéfice d'une association foncière urbaine, ce qui n'a pas empêché nombres de lotissements et de divisions en volumes comprenant des biens du domaine public de choisir ce type d'association afin d'assurer la gestion du montage effectué.

b. Réflexions autours de l'incompatibilité issue de l'hypothèque légale

576. Limite à la comparaison. L'existence de cette hypothèque légale tant dans le régime de la copropriété que celui des associations syndicales de propriétaires a pu cristalliser l'incohérence de la situation. Parmi les éléments justifiant l'incompatibilité du domaine public avec la copropriété, le Conseil d'État faisait figurer « la garantie des créances du syndicat des copropriétaires à l'encontre d'un copropriétaire par une hypothèque légale sur son lot », qui portait indéniablement atteinte à l'insaisissabilité et l'inaliénabilité du domaine public[2589]. L'incohérence semble alors flagrante, dès lors que l'incompatibilité relevée en matière de copropriété semblait indifférente lorsqu'il s'agissait d'une association syndicale de propriétaires. Si certains auteurs ont pu en déduire que la compatibilité tacite de cette disposition en matière d'association syndicale de propriétaires devait amener à relativiser l'incompatibilité avec la copropriété en ce que l'hypothèque légale ne constituerait pas un obstacle dirimant[2590], ces conclusions doivent être relativisées. Sur un aspect très général, il nous semble discutable de fonder l'abandon d'une incompatibilité juridique qui se justifie sur le fond en relevant qu'une situation similaire est acceptée alors qu'elle souffre des mêmes difficultés. Ce serait avant tout vers la pertinence de la solution trouvée qu'il faudrait se pencher davantage que sur la remise en cause de l'incompatibilité initiale. Or, il apparaît sur ce point que le parallèle effectué ne l'est finalement pas tout à fait dès lors qu'une différence fondamentale existe entre l'hypothèque légale issue du régime de la copropriété, qui est expressément d'ordre public[2591] et celle attachée au cadre des associations syndicales de propriétaires, qui ne l'est pas[2592]. Une association syndicale de propriétaires bénéficie donc de plus de souplesse dans sa faculté à accueillir en son sein des propriétaires public de biens relevant de la domanialité publique, la disposition problématique pouvant donc être écartée. Cette différence a certainement motivé les précisions apportées par la circulaire du 11 juillet 2007, qui indiquait à propos de l'application de l'ordonnance du 1er juillet 2004, que « l'appartenance à une association syndicale de propriétaires étant liée à la propriété et non à la qualité du propriétaire, il n'existe pas de restriction sur la nature du propriétaire […] Une personne publique peut être membre aussi bien au titre d'une propriété relevant de son domaine public que privé »[2593]. La même circulaire prenait

2589 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2590 H. Maurey, P. Tarrade, *op. cit.*, p. 247 et s. ; J. Lotz, thèse, *op. cit.*, n° 428, p. 383, spéc., p. 384.

2591 Article 43 de la loi du 10 juillet 1965.

2592 À cela s'ajoute qu'aucun élément jurisprudentiel ne laisse penser que cela puisse être le cas. Un auteur précise même que le peu de décisions judiciaires s'intéressant aux dispositions régissant les associations syndicales de propriétaires pourrait laisser penser le contraire. Sur ce point, Ph. Yolka, « Hypothèques légales et biens publics : sortir de l'imbroglio ? », JCP A 2020, act. 388.

2593 Circulaire du 11 juillet 2007, NOR : INTB0700081C, relative aux associations syndicales de propriétaires, fiche 1, n°1.4.

par ailleurs le soin d'énoncer que les dispositions relatives à l'hypothèque légale « ne sont pas applicables aux biens du domaine public d'une personne publique car ceux-ci sont insaisissables suivant une jurisprudence constante »[2594], avant de préciser qu'il en est de même concernant les biens relevant du domaine privé.

577. Impact de l'incohérence relative au domaine privé. Plus que sur cette incohérence dont la portée est à relativiser, c'est potentiellement sur le terrain de la comparaison entre les domaines privé et public que l'on pourrait voir émerger un éventuel assouplissement de l'incompatibilité de la copropriété au régime de la domanialité publique. Comme l'ont déjà relevé de nombreux auteurs[2595], l'incompatibilité issue de l'hypothèque légale ne devrait pas se limiter aux biens du domaine public mais s'étendre à toutes les propriétés publiques, insaisissables par nature[2596]. En ne sanctionnant pas les biens relevant du domaine privé de la même incompatibilité, il est possible de questionner la logique de la maintenir pour le domaine public[2597].

577.1. Ici encore, l'incohérence apparente semble néanmoins pouvoir s'expliquer. En partant du principe que l'intensité de la protection des bien affectés au domaine public se doit d'être renforcée, il faut soulever que ce point est désormais assuré par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité prévues par l'article L.3111-1 du CGPPP, propre à ce régime. C'est probablement ici que se trouve la subtilité. Si dans sa décision très générale du 11 février 1994[2598], le Conseil d'État ne précise pas les caractères de la domanialité publique ayant motivé sa décision, il semble que les critères aujourd'hui présents dans le CGPPP aient déjà été au centre de sa réflexion. En d'autres termes, l'incompatibilité de l'hypothèque légale en copropriété au domaine public ne se contente pas de provenir de son insaisissabilité, mais relève de son caractère inaliénable[2599].

578. Confirmation jurisprudentielle de l'incompatibilité par l'inaliénabilité. À l'occasion d'un arrêt du 23 janvier 2020[2600] rendu à propos de la comptabilité du domaine public avec le

---

2594 Circulaire du 11 juillet 2007, *op. cit*., fiche 8, n° 1.3.

2595 Voir dernièrement, Ph. Yolka, note sous CE, 23 janvier 2020, JCP A 2020, 2039 ; Ch. Gijsbers, « La prétendue allergie de la domanialité publique à l'hypothèque légale des associations syndicales de propriétaires », Defrénois, 26 novembre 2020, n° 165v5, p. 33 ; M. Boul, « Asp-ects récents de la propriété publique : l'insaisissabilité hypothéquée ? », Droit et Ville, 2020/2, n° 90, p. 65, spéc., p. 68 ; M. Cornille, « Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », Contrats et marchés publics, n° 3, mars 2021, étude 1.

2596 *Supra*., n° 104, note 476.

2597 Par exemple, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 428, p. 383.

2598 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

2599 Un auteur a pu dire que dans cette situation, l'inaliénabilité absorbe l'insaisissabilité. En ce sens, M. Boul, *op. cit*., p. 78.

2600 CE, 23 janvier 2020, *op. cit.*

régime des associations syndicales de propriétaires depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er juillet 2004, le Conseil d'État a pu affirmer qu'en raison de l'hypothèque légale « le régime des associations foncières urbaines libres est incompatible avec celui de la domanialité publique, notamment avec le principe d'inaliénabilité », position qui sera logiquement confirmée à propos des associations syndicales libres deux mois plus tard, à l'occasion d'un arrêt du 10 mars 2020[2601]. Conséquence directe de ces arrêts, l'éventualité d'une différence de traitement du régime de la domanialité public vis-à-vis de la copropriété et des associations syndicales de propriétaires est clairement abandonnée : le Conseil d'État rappelle qu'un telle hypothèque est par principe incompatible quel que soit le régime de gestion adopté. Outre ce point, il est nécessaire de remarquer que pour ces deux décisions, c'est bien l'inaliénabilité du domaine public qui fait obstacle à l'intégration du bien qui relève de ce régime à une association syndicale de propriétaires. En fixant spécifiquement l'inaliénabilité, la solution semble confirmer l'absence d'incompatibilité des régimes de la copropriété et des associations syndicales de propriétaires pour les biens relevant du domaine privé[2602]. Pour autant, ce n'est pas à dire que l'hypothèque légale pourra se réaliser à ces biens, l'insaisissabilité des biens publics continuant d'y faire obstacle. L'étude de cette question pourra nous amener à mieux comprendre, non seulement le fondement de la solution du conseil d'État, mais également ses ouvertures potentielles. On a pu remarquer que la constitution d'une hypothèque ne suppose en réalité, ni la saisie du bien – contraire au principe d'insaisissabilité – ni l'aliénation du bien – contraire au principe d'inaliénabilité[2603]. Présentée ainsi, la constitution d'une hypothèque ne semble pas contraire aux principes directeurs des biens relevant du domaine public, quand bien même elle porte sur un bien insaisissable[2604] et inaliénable. Seule la réalisation de l'hypothèque l'est. C'est certainement ce point qui a motivé – au moins en partie – les juges du Conseil d'État à prononcer l'incompatibilité de l'hypothèque légale au domaine public[2605]. Puisque celle-ci suppose la cession forcée du bien pour être efficace, elle s'avérerait incontestablement contraire au principe d'inaliénabilité. En outre, l'évolution de la jurisprudence concernant ces deux caractères – insaisissabilité des biens publics et inaliénabilité des bien relevants du domaine public – amène à penser que si l'insaisissabilité est finalement relative, l'inaliénabilité reste absolue tant que le bien fait partie du domaine public.

2601 CE, 10 mars 2020, n° 432555, « Association syndicale des propriétaires de la cité Boigues », JCP N 2020, act. 301, obs. J.-F. Giacuzzo ; Contrats et marchés publics, n° 6, juin 2020, comm. 184, note P. Soler-Couteaux.

2602 Également en ce sens, M. Boul, *op. cit*., p. 72.

2603 Ch. Gijsbers, *op. cit*. ; M. Boul, *op. cit*., p. 80.

2604 Ch. Gijsbers, *op. cit*.

2605 On pourrait également imaginer que le Conseil d'État s'inspirait ici des conséquences de l'article 2397 du Code civil qui dispose que « sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles ». Pour une critique de cet hypothétique fondement : Ch. Gijsbers, *op. cit*.

579. Justification potentielle de l'incompatibilité par inaliénabilité. Ainsi, il est nécessaire de rappeler que l'intérêt des créanciers des propriétaires publics doit pouvoir être protégé de façon effective. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État a mis en place, depuis un arrêt du 18 novembre 2005, une procédure d'exécution administrative qui pourrait se rapprocher de la vente forcée[2606]. Celle-ci consiste à autoriser le préfet, sous le contrôle du juge, à vendre des biens appartenant au propriétaire public dans le but d'opérer le paiement d'une somme d'argent due par ce dernier, dès lors que cette obligation résulte d'une décision juridictionnelle qui en a également fixée le montant. Le principe est logiquement assorti d'une limite, le Conseil d'État précisant que les biens ainsi vendus ne peuvent en aucun cas être « indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge »[2607]. Une fois rappelé le principe et son tempérament, les incertitudes liées à l'articulation entre les hypothèques légales et les biens publics se résorbent quelque peu : l'insaisissabilité de ces derniers n'est pas absolue et reste ouverte par la voie administrative[2608]. Un bien du domaine privé en copropriété ou intégré à une association syndicale de copropriétaires ne sera donc pas soumis à l'hypothèque légale issue de ces régimes, mais pourra être soumise à la procédure administrative de vente forcée. À l'inverse, le tempérament mis en place par le Conseil d'État empêche de retenir une solution identique pour un bien relevant du domaine public, celui-ci restant inaliénable en toute circonstance[2609]. On comprend alors pourquoi le Conseil d'État se laisse tenter à fonder l'incompatibilité de ces hypothèques légales avec le domaine public sur l'inaliénabilité. Faisant écho à sa décision du 18 novembre 2005, La Haute juridiction administrative semble alors rappeler que même par la voie administrative, la cession forcée est fermée pour les biens du domaine public.

580. Remise en cause de l'incompatibilité fondée sur l'hypothèque légale. Cependant, si l'on approuve le principe du rappel, la pertinence de la solution reste discutable : la procédure administrative de vente forcée permet au préfet de choisir le bien qui sera vendu afin de constituer la trésorerie nécessaire au paiement de la somme d'argent demandée. Or, le bien ainsi sélectionné ne sera pas forcément celui intégré dans le champ de la copropriété ou de l'association syndicale de

2606 CE, 18 novembre 2005, n° 271898, « Société fermière de Campoloro », AJDA 2006, p. 137, note C. Landais, F. Lenica ; RFDA 2006, p. 341, note P. Bon.

2607 CE, 18 novembre 2005, *op. cit.*

2608 Également en ce sens, N. Foulquier, R. Léonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires : le calme après la tempête ? », AJDA 2020, p. 1609. Les auteurs remarquent que, depuis cet arrêt de 2005, il est envisageable de penser que le principe d'insaisissabilité n'exclut pas réellement la constitution de sûreté sur le domaine privé, mais « impose seulement que leur réalisation suive la voie administrative » (spéc., p. 1616).

2609 En ce sens, P. Bon, note sous CE, 18 novembre 2005, RFDA 2006, p. 341. L'auteur considère en effet que la réserve rappelée par le Conseil d'État – tendant à exclure des biens susceptibles d'être vendus ceux qui s'avèrent indispensables au bon fonctionnement des services publics – « vise sans aucun doute les biens du domaine public qui, en tout état de cause, sont protégés par le principe d'inaliénabilité sauf désaffectation ».

propriétaires. En conséquence, à partir du moment où le propriétaire public peut apporter des biens relevant du domaine privé en garantie de ses créances auprès du syndicat des copropriétaires ou d'une association syndicale de propriétaires, il ne semble pas indispensable de distinguer le régime domanial du bien intégré à celles-ci sur cette question. Fonder l'incompatibilité des associations syndicales de propriétaires ou des syndicats de copropriétaires avec la domanialité publique en raison de la confrontation entre l'hypothèque légale des premières face à l'inaliénabilité des biens relevants de la seconde n'est donc pas tout à fait pertinent.

580.1. Cette remarque amène à penser qu'un assouplissement est envisageable vis-à-vis de la compatibilité avec le domaine public. Ce point se comprend d'autant plus que la procédure de vente forcée a été dégagée par le Conseil d'État plus de dix ans après l'annonce de l'incompatibilité de la copropriété au domaine public. Si l'on comprend aisément les réticences de l'époque, on ne peut que constater les possibilités d'évolution actuelle : les éléments tirés de l'impact du collectif comme de l'hypothèque légale restent discutables dans le maintien de l'incompatibilité du domaine public avec la copropriété, si bien qu'il n'est pas impossible d'entrevoir une évolution sur cette question en faveur d'une compatibilité future. Cette évolution nous semble par ailleurs indirectement renforcée par une réforme récente prise en réactions aux arrêts des 23 janviers[2610] et 10 mars 2020[2611].

581. Conséquence de l'extension de l'incompatibilité aux associations syndicales de propriétaires. Indépendamment des fragilités théoriques de ces deux décisions, les conséquences pratiques qu'elles impliquent ont suscité une critique unanime de la doctrine[2612]. Rappelant qu'une grande majorité des divisions en volumes contenant un bien du domaine public sont gérées par une association syndicale de propriétaires, des auteurs ont par ailleurs appelé à l'importance d'une réponse du législateur en raison de la fragilité dans laquelle ces montages se trouvent[2613], qu'ils soient existants[2614] ou futurs. Il est vrai que les solutions envisageables n'étaient pas pleinement

2610 CE, 23 janvier 2020, *op. cit.*

2611 CE, 10 mars 2020, *op. cit.*

2612 Voir déjà, les différentes notes des arrêts concernés. Surtout, Ph. Yolka, « Hypothèques légales et biens publics : sortir de l'imbroglio ? », *op. cit.* ; N. Foulquier, P. Soler-Couteaux, Ph. Yolka, M. Raunet, R. Léonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires. La nécessité d'une solution législative », JCP N 2020, act. 885 ; Ch. Gijsbers, *op. cit*. ; M. Boul, *op. cit*. ; M. Cornille, « Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », Contrats et Marchés publics, n° 3, mars 2021, étude 1 ; P.-M. Murgue-Varoclier, « Association syndicales de propriétaires et domaine public : une loi pour briser deux arrêts », JCP A, 2021, 2237.

2613 N. Foulquier, P. Soler-Couteaux, Ph. Yolka, M. Raunet, R. Léonetti, *op. cit.*

2614 En application de la décision du 10 mars 2020, l'incompatibilité concerne les biens du domaine public qui ont été intégrés dans le périmètre d'une association syndicale de propriétaires après l'entrée en vigueur de la loi du 1er juillet 2004 mettant en place l'hypothèque légale.

satisfaisantes. Ainsi et contrairement à ce que semble soutenir Monsieur Lamy-Willing[2615], ce n'est pas à dire qu'il était devenu impossible qu'un bien relevant de la domanialité publique soit intégré dans le périmètre d'une association syndicale de propriétaires. D'une part, l'arrêt du 10 mars 2020 vient préciser que dans l'hypothèse où une telle intégration était antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er juillet 2004, le bien domanial ne sera pas déclassé et ne se produira alors qu'une simple ineffectivité de l'hypothèque légale, cette dernière ne pouvant être résolue[2616]. D'autre part, il faut rappeler que l'hypothèque légale des associations syndicales de propriétaires n'est pas d'ordre public[2617]. Il reste donc tout à fait envisageable de prévoir conventionnellement dans les statuts de ladite association l'exclusion de cette hypothèque pour les biens relevant du domaine public[2618]. C'est cette dernière solution qui avait la faveur de la doctrine[2619], sans qu'elle ne soit présentée comme dénuée de défaut, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation de mise à jour des statuts pour les divisions en volumes déjà existantes et de l'absence d'uniformité et d'approximation que cela peut causer, ou encore pour le déséquilibre que cela entraîne entre les propriétaires privés – soumis à l'hypothèque légale – et le propriétaire public d'un bien relevant du domaine public qui ne le sera pas[2620].

582. Réponse législative. Le législateur, alerté par les auteurs et conscient des difficultés induites par les deux décisions du Conseil d'État est intervenu rapidement et l'urgence de la situation transparaît par le cadre de sa réponse. C'est en effet par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets – sujet bien éloigné de la compatibilité du domaine public à son intégration dans le périmètre d'une association syndicale de propriétaires – qu'il a inclus les dispositions visant à « briser »[2621] les deux arrêts. L'article 220 de cette loi insère ainsi après le premier alinéa de l'article 6 de l'ordonnance du

2615 S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit*., n° 18.

2616 CE, 10 mars 2020, *op. cit.*

2617 *Supra*., n° 575.

2618 Également ce sens, P. Soler-Couteaux, note sous CE, 10 mars 2020, *op. cit.*

2619 Voir notamment, P. Soler-Couteaux, *ibid.* ; Ph. Yolka, « Hypothèques légales et biens publics : sortir de l'imbroglio ? », *op. cit.*

À noter que d'autres propositions ont pu être faites. Messieurs Lamy-Willing (« L'organisation d'un ensemble immobilier », *op. cit*., n° 18) et Cornille (« Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », *op. cit.*, n° 9) proposent de supprimer tout recours à une association syndicale de propriétaires pour ne conserver qu'une « gestion conventionnelle unique » dénuée de personne morale gestionnaire. L'intérêt avancé d'une telle organisation est de ne pas déséquilibrer les relations entre propriétaires privés et publics.

2620 C'est particulièrement cette inégalité a pu motiver la proposition de Maxime Cornille (« Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », *loc. cit.).*

2621 Terme emprunté à P.-M. Murgue-Varoclier, « Association syndicales de propriétaires et domaine public : une loi pour briser deux arrêts », *op. cit.*

1er juillet 2004 l'alinéa suivant : « lorsque des personnes publiques sont membres d'une association syndicale de propriétaires, l'hypothèque légale ne s'applique pas à ceux de leurs immeubles qui appartiennent au domaine public. ». Ce même article 220 précise par ailleurs que cette disposition nouvelle « est applicable aux associations syndicales de propriétaires créées avant l'entrée en vigueur du présent article ». Cette réforme vient donc clairement assurer la compatibilité du domaine public avec les associations syndicales de propriétaires en prévoyant dans le statut même de ces dernières l'inapplicabilité de l'hypothèque légale aux biens relevant du domaine public[2622]. Si l'on peut déplorer avec un auteur le « fort goût d'inachevé »[2623] de la réponse législative en ce qu'elle maintient l'incertitude concernant les biens relevant du domaine privé, force est de constater qu'elle reste néanmoins parfaitement compatible avec l'analyse favorisant en tout état de cause l'exclusion de la réalisation de l'hypothèque au bénéfice de la procédure administrative de vente forcée[2624]. En maintenant la pertinence de cette analyse, cette réforme permet indirectement de confirmer les limites d'une incompatibilité entre domaine public et copropriété fondée sur la présence d'une hypothèque légale[2625]. Les deux grands axes justifiants l'incompatibilité du domaine public avec la copropriété ne semblent donc pas si dirimants qu'ils pouvaient l'être au moment de son annonce par la décision du Conseil d'État[2626]. Une évolution en faveur de la compatibilité du domaine public avec la copropriété amènerait à faire encore reculer l'intérêt pratique de la division en volumes, surtout dans l'hypothèse où l'immeuble en cause ne possède pas de locaux à usage d'habitation et pour laquelle le choix du régime reste parfaitement libre.

Paragraphe 3. Pour une reprise légale des champs d'applications respectifs de la copropriété et de la division en volumes

583. Nécessité d'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété. La décision relative à l'étendue de la liberté de choix du mode de division et du régime applicable à l'appropriation collective d'un immeuble procède avant tout d'un choix politique. Or nous avons pu

2622 Ce choix ne résout cependant pas le problème d'équilibre entre les propriétaires privés et publics soulevés par certains auteurs. Cependant, il n'est pas certain que tendre vers un régime uniforme soit préférable. D'un côté, l'hypothèque légale permet d'assurer une véritable protection aux propriétaires de l'ensemble collectif dans le recouvrement des charges qui y sont afférentes. De l'autre, le régime du domaine public vise à protéger efficacement son affectation par un régime exorbitant de droit commun, ce qui implique de proposer une garantie permettant la continuité du bon fonctionnement de l'affectation protégée. En conséquence, tendre à l'uniformisation du régime de garantie suppose de soustraire les propriétaires privés du bénéfice de l'hypothèque légale en tirant le degré de protection de l'ensemble des propriétaires vers le bas.

2623 P.-M. Murgue-Varoclier, *op. cit*.

2624 *Supra*., n° 579.

2625 *Supra*., n° 580.

2626 CE, 11 février 1994, *op. cit.*

noter dans les développements précédents que la volonté du législateur semblait aller vers la mise en place de conditions restrictives à la mise à l'écart du régime de la copropriété, mais que l'insuffisance des critères retenus a commandé le maintien d'une véritable liberté de choix[2627]. La solution était d'autant plus justifiée que s'y ajoutait l'absence de polyvalence de la copropriété. En effet, si la réponse législative doit passer par un renforcement du caractère impératif de la copropriété, améliorer la polyvalence de son régime semble un prérequis indispensable, afin de le rendre efficace dans des situations où il ne pouvait l'être par le passé.

584. Recul de l'intérêt du recours à la division en volumes. Au regard de l'amélioration de cette polyvalence par les réformes récentes, l'intérêt du recours à la division en volumes de l'immeuble collectif semble bien diminué. À aller au bout du raisonnement et sous réserve de l'entrée en droit positif des éléments prospectifs, il serait envisageable de questionner la pertinence de maintenir sa possibilité, même s'il est sans doute nécessaire de conserver cet espace de liberté, ne serait-ce qu'en raison de l'intérêt de pouvoir établir des espaces géométriques précis de propriété. Quoi qu'il en soit, cette amélioration de la polyvalence doit s'accompagner d'une reprise légale du champ d'application de la loi du 10 juillet 1965 dont l'imprécision actuelle est porteuse d'atteinte à la sécurité juridique. Avec toute la mesure nécessaire à l'exercice, qui s'avère d'une grande complexité au regard des conséquences issues de l'étendue des conséquences induites par l'application du régime de la copropriété, il nous semble que deux voies générales pourraient être envisagées. En conséquence de cette observation et dans l'hypothèse probable du maintien de l'incompatibilité de la copropriété avec le domaine public, deux orientations sont envisageables au regard de l'amélioration de la polyvalence de la copropriété. La première serait de maintenir une véritable liberté de choix tout en élargissant la notion d'ensemble immobilier. À l'inverse, la seconde consisterait à poursuivre la vision du législateur et à étendre le caractère impératif de la copropriété à destination au moins partielle d'habitation.

585. Le maintien de la liberté de choix. Maintenir la liberté de choix du mode de division de l'immeuble collectif et de son régime ne signifie pas pour autant l'absence de tout encadrement. Dans le cas présent, cela consiste à conserver l'application de principe de la loi du 10 juillet 1965 tout en précisant les conditions nécessaires pour s'en écarter. En premier lieu et pour les raisons que nous avons pu évoquer, il nous semble nécessaire d'abandonner le critère structurel prévu comme condition de la scission en volumes par l'article 28, IV de la loi du 10 juillet 1965[2628]. Pour le reste, les conditions relatives à la mise à l'écart de la loi du 10 juillet 1965 reposent sur la notion

2627 *Supra*., n° 178 et s.

2628 *Supra*., n° 199 et s.

d'ensemble immobilier, mais celle-ci s'avère trop restrictive pour être pleinement efficace. Sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur l'intérêt de l'élargissement de cette notion en ce qu'il permettrait de s'assurer qu'aucun immeuble collectif puisse se passer de la mise en place d'un régime conventionnel dont l'effectivité est assurée par une personne morale[2629], il conviendrait de l'inscrire clairement dans la loi. Ainsi, il serait envisageable de réécrire l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 en s'inspirant de l'articulation proposée par l'avant-projet de l'association Henri Capitant. Pourrait ainsi être reprise la rédaction de son article 1-1, prévoyant que « la présente loi s'applique à toute division d'un bâtiment qui comporte, outre les parties attribuées à des propriétaires différents, des éléments communs ou d'utilité commune, notamment de structure, de desserte ou d'équipement »[2630]. Le caractère supplétif de la loi et les exigences qui y sont attachées pourraient alors être précisées en s'inspirant de l'article 1-3 du même avant-projet[2631]. En procédant à l'adjonction d'une définition de l'ensemble immobilier inspiré de cet article 1-3 à l'actuel article 1er de la loi du 10 juillet 1965, le champ d'application du régime de la copropriété serait ainsi défini : « À défaut de convention y dérogeant expressément et mettant en place une organisation dotée de la personnalité morale et suffisamment structurée pour assurer la gestion de leurs éléments et services communs, la présente loi est également applicable aux ensembles immobiliers. Un ensemble immobilier est caractérisé par l'existence d'un ou plusieurs bâtiments implantés sur plusieurs terrains ou réalisés dans plusieurs volumes »[2632]. Ainsi expurgée de l'ambiguïté porté par la référence faite par l'actuel article 1er aux terrains, volumes aménagements et services « communs », la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 bénéficierait d'un champ d'application bien plus vaste.

585.1. Il ne serait alors plus possible de prévoir de division en volumes dénuée d'une organisation structurée et d'un organe de gestion propre à en assurer l'effectivité. À suivre cette hypothèse, l'apport de la polyvalence du régime de la copropriété est tout sauf négligeable. Il permet d'une part, d'assurer la cohérence de la mesure aux immeubles de grande ou petite taille, même lorsqu'ils sont partagés entre deux propriétaires. D'autre part et relativement à la division en

2629 *Supra*., n° 567.

2630 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, version finale du 15 mai 2009, textes déplacés, supprimés ou ajoutés, IV – Textes ajoutés, 3°, article 1-1.

2631 Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, article 1-3 : « la présente loi s'applique également aux ensembles immobiliers implantés sur plusieurs terrains ou réalisés dans plusieurs volumes lorsque la propriété ou la gestion de leurs éléments communs n'a pas fait l'objet d'une organisation différente ».

2632 Proposition constituée de l'adjonction à l'actuel article 1er, II de la loi du 10 juillet 1965 une définition de l'ensemble immobilier inspiré de l'article 1-3 proposé par l'avant-projet de réforme de l'association Henri Capitant (Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *op. cit.*, article 1-3).

volumes, cette cohérence pourrait amener une grande partie des propriétaires concernés à s'en tenir au régime de la copropriété – déjà existant et dont l'application et la mise en œuvre est bien connue – plutôt que de s'atteler à la création d'un régime alternatif et des contraintes administratives qui y sont attachées. L'amélioration de la polyvalence de la loi du 10 juillet 1965 pourrait donc avoir un véritable effet incitatif et diminuer fortement la tentation des propriétaires de s'écarter des régimes qu'elle prévoie.

586. Le renforcement du caractère impératif du régime de la copropriété. À cet élargissement de la notion d'ensemble immobilier pourrait s'ajouter une restriction supplémentaire. Cela consisterait à venir limiter la liberté de choix en renforçant le caractère impératif du régime de la loi du 10 juillet 1965. Les réformes récentes semblent se diriger vers cette solution. Pour en témoigner, il suffit de rappeler les limites relatives à la procédure de scission en volumes mises en place par l'article 28 de cette loi ou encore les dernières modifications de son article 1er. Ce dernier est désormais porteur d'une double volonté : d'une part assurer une meilleure polyvalence au régime consécutif à la division en copropriété de l'immeuble et d'autre part, assurer une protection aux propriétaires qui sont réputés en avoir le plus besoin : ceux pour qui le lot de copropriété constitue un local d'habitation[2633]. Cette dualité aurait pu être l'occasion d'affirmer l'existence d'un secteur réservé de façon exclusive à la copropriété. Néanmoins et malgré certaines analyses en ce sens[2634], la rédaction proposée ne nous semble pas venir modifier la portée du champ d'application impératif du régime de la copropriété[2635]. À poursuivre cette volonté, il nous semble important de pouvoir l'exposer clairement dès le premier article de la loi du 10 juillet 1965, dont l'objet reste la délimitation du champ d'application du régime visé. Il serait alors nécessaire de modifier cet article en reprenant la rédaction de son alinéa 1er, par exemple comme suit : « La présente loi s'applique impérativement aux immeubles à destination au moins partielle d'habitation, qui doivent nécessairement être divisés en lot de copropriété, sauf incompatibilité liée à la présence de biens relevant du domaine public dans celui-ci. Dans cette dernière situation, une division en volumes pourra être créée entre la portion relevant du domaine public et le reste du bâti, qui restera soumis au régime de cette loi ». On comprendrait alors que les ouvertures conditionnées à un régime conventionnel proposées par la suite de l'article ne concernent pas cette première situation,

2633 *Supra*.,n° 181.2.

2634 M. Poumarède, « Présentation générale de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 845 ; M. Poumarède, C. Galy-Cardenac, « Copropriété : le temps de la réforme a sonné ! Aux notaires de s'en saisir », JCP N 2020, act. 674.

2635 *Supra*., n° 182 et s.

qui resterait immanquablement sous l'égide de la loi du 10 juillet 1965 et des différents régimes qu'elle propose.

587. Vers la mise en place d'une technique de division unique par la copropriété ? Sans doute est-il possible d'aller encore plus loin et de venir encadrer encore plus précisément le recours à la division en volumes. Copropriété comme division en volumes consistent chacune à organiser la division de la propriété d'un immeuble collectif entre différentes personnes. La proximité évidente des deux techniques, qui transparaît une fois leur objectif commun dégagé, invite peut être à s'écarter du rapport concurrentiel qui, *a priori*, les opposent. Les développements précédents nous ont permis de comprendre que, dans ce cadre de la division de l'immeuble collectif, la division en volumes était avant tout un mode particulier de répartition de la propriété de celui-ci, dont le seul objectif était d'écarter l'application d'un régime juridique spécifique. À mettre en perspective ce constat avec l'amélioration de la polyvalence de la copropriété, on pourrait déjà imaginer la mise en place d'une véritable relation davantage complémentaire que concurrentielle[2636]. Celle-ci consisterait à limiter le recours aux volumes dans le cas des seules incompatibilités flagrantes. L'ouverture facilitée du recours aux syndicats secondaires pourrait inciter à limiter la situation à la cohabitation du domaine public et de la propriété privée au sein d'un même bâtiment, dans le cas où persisterait l'incompatibilité du premier avec la copropriété.

587.1. Dans l'hypothèse où une telle compatibilité s'avérerait reconnue, on pourrait même questionner l'opportunité de maintenir le volume immobilier dans le champ de la division de l'immeuble collectif. Bien sûr, le régime de la copropriété n'est pas encore tout à fait satisfaisant[2637]. Il faudrait encore améliorer sa polyvalence tout en assurant le même degré de protection des copropriétaires les plus vulnérables. Pourtant, une telle hypothèse n'apparaît pas si choquante dès lors que l'on raisonne au regard de la finalité des deux techniques dans le cadre de la division de l'immeuble collectif. Au-delà de l'opposition de principe quant aux règles de répartition de la propriété qu'elles mettent en place, il existe en réalité une grande proximité issue de l'unité indépassable que constitue l'ensemble collectif, dont toutes les portions – parties privatives de

2636 En ce sens, Y. Trémorin, « Brèves remarques sur la place de la propriété individuelle dans la division des immeubles bâtis », *in Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 67, spéc., p. 80 : « la copropriété et la division en volumes sont sans doute moins concurrentes que complémentaires. À celle-ci le soin de superposer les espaces constructibles dont elle aura affirmé l'autonomie juridique et déterminé la spécialisation. À celle-là la tâche de diviser et de régir tel ou tel de ces espaces érigés en volume, et de le faire avec ses outils propres, en structurant au mieux l'espace qui lui est ainsi dévolu ».

2637 Notamment par son absence de prise en compte de la période de construction problématique lors de l'édification par tranches successives. Il faut cependant remarquer que la division en volumes reste également soumise à un ensemble de règles contraignantes en la matière, qui émanent tant du droit commun des contrats, que du droit de la vente d'immeuble à construire et de sa protection conférée au secteur protégé, voire encore du droit de la consommation. Sur cette question, supra., n° 35 et s., n° 92 et s.

copropriété ou volumes – sont dépendantes. Après avoir noté que la copropriété imposait une harmonisation entre les intérêts individuels et collectifs, François Givord remarquait déjà en 1967 que l'ensemble collectif impliquait immanquablement la prise en compte de l'immeuble en lui-même, à titre d'entité juridique à part entière[2638]. Loin de réserver cette existence à l'immeuble en copropriété, il ajoutait sous forme de question rhétorique ne laissant aucun doute quant à sa réponse : « faut-il ajouter pour conclure que cette symbiose des droits individuels et du droit collectif apparaît comme une nécessité dans le cadre de tout immeuble collectif dont la *propriété* est répartie entre plusieurs, quelle que soit la forme technique d'appropriation choisie ? »[2639]. Par ces termes, l'auteur entendait ainsi rappeler la persistance du caractère collectif de l'immeuble divisé en volumes, à une période ou cette technique favorisait la tenue d'opérations relevant du gigantisme urbain. La reconnaissance d'une telle entité se retrouve également chez Monsieur le Rudulier, lorsqu'il invite à considérer l'immeuble collectif comme le fonds dominant de l'ensemble des servitudes collectives entre volumes intéressant son existence même[2640]. Sous ce jour, l'indépendance des volumes au regard de cette entité – collective, commune – parait bien lointaine et l'on pourrait se prendre à imaginer la mise en place d'un régime primaire unique[2641] de division acceptant pleinement le caractère collectif de l'immeuble divisé.

588. Conclusion de section. Le régime de la copropriété, dont les insuffisances passées ont contribué à justifier le développement de la construction en volumes, bénéficie depuis les réformes récentes de modifications conséquentes améliorant grandement sa polyvalence. Ces améliorations amènent à réduire fortement les inadaptations et pourraient permettre à la loi du 10 juillet 1965 de représenter le droit commun impératif de la division de l'immeuble collectif. La nécessité de recourir à la construction en volumes se réduit d'autant plus que l'évolution possible de certaines notions pourrait presque aboutir à vider de sa substance l'intérêt de recourir à une division en volumes en la matière.

2638 F. Givord, « Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements », *in Mélanges Offert à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1967, p. 262, spéc., n° 20, p. 284.

2639 F. Givord, *op. cit*., spéc., n° 21, p. 284.

2640 N. le Rudulier, « La servitude collective entre volumes : les rapports de droit privé et de droit public », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 31, 2017, p. 77, spéc., p. 82 et s. Également en ce sens, Y. Trémorin, « La propriété foncière entre autonomie et sujétion : observations sur la nature et les fonctions de la servitude civile dans son rapport avec la division de l'immeuble », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, *op. cit.*, p. 113, spéc., p. 152. Pour un raisonnement similaire, J. Lotz, thèse, *op. cit*., n° 9, p. 21.

2641 *Contra*., J. Lotz, thèse, *op. cit., passim*. L'auteure, après s'être attachée à démontrer la très grande proximité des deux techniques de division par l'assimilation *quasi* totale de l'indivision forcée aux servitudes collectives et en regroupant le résultat de ces divisions sous la forme d'un lot, entend tout de même maintenir la coexistence des deux techniques.

Conclusion de Chapitre

589. Les conditions d'existence du volume immobilier. Chercher à délimiter les conditions d'existence du fonds superficiaire implique déjà d'en extraire les éléments indispensables. Puisqu'il s'agit d'un volume portant directement sur la propriété de l'espace, il doit pouvoir être identifié précisément de façon indépendante des éléments matériels qu'il peut contenir. En conséquence, une délimitation précise de celui-ci par un système uniforme de repérage altimétrique et planimétrique est indispensable. Publiée ensuite par les services de la publicité foncière, cette délimitation permet l'individualisation du volume d'espace, qui cesse alors d'être intégré dans l'ensemble de l'étendue verticale du fonds de terre, ce qui conduit à sa création. C'est uniquement après ce processus d'individualisation réalisant son détachement du fonds de terre et donc, indirectement, sa création à titre de bien autonome, qu'il peut ensuite être cédé. Il en sera logiquement de même concernant un volume d'espace déjà créé dont le propriétaire souhaiterait le diviser à son tour.

590. Rejet de l'acquisition d'un volume d'espace par voie de prescription acquisitive. Si les situations précédentes n'emportent pas de grandes difficultés, il en est différemment des questions relatives à l'éventualité de l'acquisition de la propriété de l'espace par voie d'usucapion. D'un point de vue formel, les choses resteraient parfaitement envisageables : l'acquisition de la propriété d'un volume par la possession de l'élément matériel qui l'occupe imposerait la création d'un état descriptif de division en volumes basé sur les limites matérielles des éléments matériels en cause. L'acquisition par voie d'usucapion étant rétroactive à la date d'entrée en possession utile, il en serait de même concernant l'état descriptif de division en volumes qui y est attaché, celui-ci étant alors réputé exister à la date de l'acquisition de la propriété. Il n'est pas certain qu'une telle extension soit envisageable dès lors qu'elle impose une compréhension volumétrique de l'ensemble des propriétés superficiaires dont nous avons pourtant démontré certaines limites. Notamment, la distinction entre les éléments pouvant entraîner appropriation de l'espace et ceux ne le permettant pas s'avère complexe et porteuse d'insécurité juridique, comme le démontrent les variations jurisprudentielles à propos de la validité des servitudes de surplomb.

591. Le recul de la généralisation conceptuelle du volume immobilier : la distinction entre propriété superficiaire et fonds superficiaire. Peut-être est-il alors préférable de limiter l'existence du volume à sa seule création volontaire, en excluant toute idée d'appropriation de l'espace par celle de propriétés superficiaires tangibles. Autrement dit, il s'agirait d'admettre une indépendance totale de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de la propriété de

l'objet superficiaire qui l'occupe. En matière d'empiétement, cela impliquerait de recevoir la fonction consolidatrice de la possession utile. Une position plus radicale consisterait à accueillir plus largement les servitudes d'empiétement. Néanmoins, si la validité d'une telle conception pourrait être soutenue en l'absence de toute appropriation de l'espace, ce serait sans doute excessif. Refuser une telle possibilité d'acquisition de l'espace non prédéterminé pourrait amener à fragiliser la pérennité du droit du possesseur ayant acquis une portion de bâtiment par voie de prescription acquisitive. Néanmoins, le resserrement envisageable des conditions d'application du régime de la copropriété pourrait venir équilibrer la situation.

592. Le recul de l'intérêt pratique des volumes immobiliers dans la division de l'immeuble collectif. La liberté de choix du mode de division et du régime de l'immeuble collectif ne représente que très imparfaitement la volonté du législateur en la matière[2642], mais restait justifiée en raison des nombreuses situations pour lesquelles le régime s'avérait inadapté. Or, à s'en tenir à l'idée que la division en volumes de l'immeuble collectif ne devrait prospérer que là où la copropriété s'avère inadaptée, la division n'apparaît plus nécessaire dans nombres de situations. Certes, nous avions déjà remarqué que, même en s'écartant du régime de la copropriété, les modifications potentielles du projet immobilier pendant la période de construction restent limitées[2643]. C'est néanmoins surtout les réformes les plus récentes qui sont venus faire reculer de façon indéniable l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif. Ainsi, l'évolution du droit positif est venue améliorer la polyvalence du régime de la copropriété sur de nombreux points – adaptation du régime aux petites et grandes copropriétés, liberté totale de régime en l'absence de locaux d'habitation dans l'immeuble – venant ainsi faire reculer l'intérêt du recours aux volumes immobiliers.

592.1. En outre, l'étude prospective de l'évolution de plusieurs notions semble amener à la même conclusion. Ainsi, la destination de l'immeuble parait devoir s'appliquer à l'ensemble des immeubles collectifs et la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 devrait être étendue afin de faire correspondre sa définition à l'intention du législateur. Enfin, l'incompatibilité entre le domaine public et la copropriété devrait être relativisée. Cette succession d'améliorations et d'analyses prospectives fait apparaître un véritable recul de l'intérêt de la division en volumes qui pourrait justifier la mise en place de véritables restrictions à la mise à l'écart du régime de la copropriété. En tout état de cause, il nous semble *a minima* nécessaire de revoir la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965 afin de s'assurer que

2642 *Supra*., n° 180 et s.

2643 *Supra*., n° 36 et s.

toutes divisions d'un immeuble approprié entre différentes personnes bénéficient d'une véritable gestion collective.

Conclusion de Titre

593. La consécration de l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet superficiaire qui l'occupe. La réduction de toute propriété superficiaire à titre de volume d'espace reste contestable en l'état du droit positif. À première vue, la représentation volumétrique de l'ensemble des propriétés superficiaires s'avère complexe. Il n'est pas pour autant envisageable de nier l'existence d'une telle propriété. Néanmoins, une telle vision des choses aboutit nécessairement à accueillir un principe selon lequel la propriété superficiaire emporterait nécessairement l'appropriation de l'espace occupé par son objet, même en l'absence de prédétermination volumétrique. Cette hypothèse semble pourtant particulièrement contestable. Tout d'abord, le simple constat de la diversité des objets superficiaires paraît déjà interdire une telle lecture. Nombre de ces biens immobiliers ne possèdent pas de réelle empreinte géométrique, ou imposent un espace plus important que celui compris dans leurs seules limites matérielles. Plus encore, l'étude du droit positif démontre l'absence de lien direct entre la propriété superficiaire et celle de l'espace occupé par l'objet. Ce point ressort particulièrement des propriétés superficiaires consolidées par un droit réel sur la chose d'autrui ou consécutives à l'exercice d'une servitude : elles sont totalement extérieures à l'appropriation de l'espace en tant que tel. En outre, le mécanisme de l'accession apparaît s'opposer à une telle condition d'acquisition de la propriété de l'espace sous peine de porter atteinte à ses principes fondamentaux. Enfin, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation semble démontrer une véritable réticence à admettre une telle conception, la Cour préférant consolider un empiétement aérien par l'acquisition d'une servitude de surplomb plutôt que par celle de son assiette volumétrique.

594. La nécessaire délimitation des conditions d'existence du volume immobilier. Cette indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe invite à tenter de délimiter les conditions d'existence du volume immobilier, seul à permettre l'appropriation de l'espace en tant que tel. Puisqu'il ne peut être déterminé par les choses qui l'occupent et qu'il doit pouvoir être délimité par un système uniforme assurant la fixité et la précision de sa situation dans l'espace, il semble qu'il ne puisse être créé que par l'établissement d'un état descriptif de division en volumes, publié aux services de la publicité foncière. Cette condition permettrait cependant de se poser la question d'une appropriation d'un espace non prédéterminé dans un volume par voie de prescription acquisitive. Si nous avons vu

qu'aucun principe absolu d'acquisition de la propriété de l'espace en raison de celle de l'objet superficiaire qui l'occupe ne semblait exister, cela ne saurait aller jusqu'à dire qu'il serait totalement impossible de le justifier. Ainsi, à imaginer une telle acquisition par le possesseur d'un bien superficiaire, le juge serait tenu de procéder à un état descriptif de division en volumes et celui-ci serait réputé exister depuis l'entrée en possession utile en raison de l'effet rétroactif de l'usucapion. Pourtant face à l'absence de critères fiables permettant de distinguer les situations dans lesquelles une telle acquisition de la propriété de l'espace trouverait à s'appliquer et celles où cela ne serait pas possible, il nous semble préférable d'écarter toute acquisition de la propriété non prédéterminée de l'espace par voie de possession. De façon générale, il semble donc préférable de considérer que l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe est absolue.

595. Le recul de la généralisation conceptuelle du volume immobilier. Cette conception aboutit à un véritable recul du schéma explicatif conduisant à concevoir toute propriété superficiaire comme celle d'un volume d'espace. Le volume immobilier constituerait alors un fonds superficiaire distinct des propriétés superficiaires. L'absence de propriété de l'espace attachée aux propriétés superficiaires emporte néanmoins le risque d'une résilience amoindrie face à la destruction de la chose. Des pistes peuvent être proposées afin de ne pas atteindre fondamentalement la pérennité de la propriété acquise. Ainsi, concernant l'effet de la prescription acquisitive sur les empiétements, un retour vers la servitude d'empiétement pourrait être envisageable. Concernant l'usucapion d'une portion de construction, les évolutions récentes de la loi du 10 juillet 1965 laissent penser que son application devrait être envisageable, permettant ainsi la création d'une copropriété.

596. Le recul de l'intérêt pratique du volume immobilier dans la division de l'immeuble collectif. En effet, la question de la division en propriétés de l'immeuble collectif devrait également marquer un recul de l'intérêt du volume immobilier. L'amélioration de la polyvalence de la loi du 10 juillet 1965 en matière de grandes comme de petites copropriétés pourrait entraîner une diminution de sa mise à l'écart, le volume d'espace s'effaçant alors au bénéfice du lot de copropriété. L'incitation à rester dans le champ de la copropriété pourrait encore être renforcé par la potentielle évolution des notions d'ensemble immobilier et de destination de l'immeuble. Plus encore, le constat éventuel d'une absence d'incompatibilité entre la loi du 10 juillet 1965 et le régime de la domanialité publique pourrait finir de remettre en cause la nécessité de recourir à la propriété de l'espace afin d'assurer la pérennité de la propriété de portions de construction. Une approche radicale des réformes les plus récentes justifierait l'élargissement de l'application impérative du régime de la copropriété aux immeubles à destination au moins partielle d'habitation.

Quoi qu'il en soit, ces améliorations successives du régime de la copropriété invitent au minimum à constater un recul de l'intérêt pratique du recours aux volumes immobiliers dans la division d'une construction collective.

Conclusion de Partie

597. Le rejet du fonds-volumique. Faire du volume immobilier la plus pure réduction de toute propriété immobilière emporte l'effacement du fonds de terre, auquel le Code civil avait pourtant conféré une dimension fondamentale, toujours présente en droit positif. Mu par la volonté de préserver au maximum un principe d'unité dans la propriété de l'étendue verticale de l'immeuble, le Code civil attache plusieurs conséquences à la propriété du sol-matière qui n'apparaissent pas transposables au volume d'espace. Pourtant artisan de la dématérialisation du fonds de terre au bénéfice de la parcelle, le droit de l'urbanisme se refuse également d'accueillir l'abstraction tridimensionnelle du fonds-volumique, maintenant l'assiette foncière dans son rapport au sol naturel. Il semble dès lors impossible de procéder à une telle réduction sans atteindre les fondements même de notre propriété immobilière. Un tel constat ne consiste cependant pas à priver le volume de toute reconnaissance, mais de rappeler sa nature superficiaire et la dépendance qu'il entretient avec le fonds de terre.

598. Réception du fonds superficiaire. Le volume immobilier ne pourrait donc être que superficiaire. Encore faut-il s'assurer de la réalité d'une telle possibilité. Une fois écartées les théories aboutissant à qualifier toute propriété superficiaire de droit réel sur la chose d'autrui, il importe de déterminer l'impact des relations avec le propriétaire du fonds de terre. Le mécanisme de l'accession permet de comprendre que la propriété superficiaire n'est pas créée par le droit réel sur le fonds de terre appartenant à autrui, mais que ce dernier assure la persistance de la première. Le fonds superficiaire bénéficie alors d'un avantage considérable : il permet de justifier le maintien de son existence en dehors de tout droit sur le sol. Il s'agirait en quelque sorte d'un fonds superficiaire, pas tout à fait assimilable à un fonds de terre mais présentant une autonomie renforcée vis-à-vis de celui-ci. Ainsi, les relations indispensables qu'il conserve avec ce dernier consistent en l'adjonction d'utilités particulières. Puisque le fonds superficiaire bénéficie d'une existence pleinement autonome, il est possible de procéder à l'organisation de ces relations par le truchement des servitudes, celles-ci permettant en outre d'expliquer la perpétuité des utilités ainsi conférées.

599. Le constat de l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet superficiaire qui l'occupe. Cette analyse correspond à la pratique des immeubles collectifs divisés en volumes et il n'est pas certain qu'elle puisse expliquer la totalité des

propriétés superficiaires. Considérer que le volume d'espace représente la plus pure réduction de toute propriété superficiaire aboutirait à justifier l'acquisition de la propriété de l'espace occupé par un objet superficiaire en raison de la propriété portant sur ce dernier. Autrement dit, cela revient à considérer que la propriété de tout objet superficiaire entraînerait par voie de conséquence celle de l'espace qu'il occupe. Une telle conclusion ne semble pas pouvoir s'appliquer pleinement. Ainsi, nombre de propriétés superficiaires ne bénéficient d'aucune empreinte géométrique, quand d'autres nécessitent un espace supérieur à celui de l'objet afin de pouvoir bénéficier d'une véritable maîtrise. Surtout, ce principe semble totalement contraire au mécanisme de l'accession, et l'ensemble des propriétés superficiaires consécutives à une autorisation de jouissance sur le sol ne peuvent justifier l'appropriation – même temporaire – de l'espace en tant que tel. Enfin, il apparaît que la Cour de cassation, en préférant la servitude de surplomb à l'acquisition de l'assiette volumétrique d'un empiétement, entend s'écarter d'un tel principe.

600. Le recul de la généralisation conceptuelle du volume immobilier. Reste encore à délimiter l'étendue de cette indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe. Il s'agit alors de déterminer si une quelconque appropriation de l'espace en lui-même est possible en l'absence de toute prédétermination. Les hésitations jurisprudentielles en matière de servitudes de surplomb ont pu laisser quelques indices, mais il ne semble pas qu'un critère fiable puisse se dégager. En conséquence, sans doute est-il préférable de considérer qu'une propriété superficiaire ne pourra en aucun cas emporter l'appropriation de l'espace occupé par son objet. En conséquence, un volume ne pourra jamais être acquis en l'absence de toute détermination antérieure. Ainsi la propriété de l'espace ne devrait pouvoir exister qu'après l'exercice d'une faculté d'appropriation du propriétaire du fonds de terre qui décide de la céder. Cette faculté ne peut dès lors apparaître que par la rédaction d'un état descriptif de division en volumes, qui aura vocation à être publié ensuite aux services de la publicité foncière afin de rendre l'opération opposable aux tiers. Ce changement de paradigme – ou plutôt, ce retour vers une compréhension matérielle de la propriété superficiaire – marque un véritable recul du volume immobilier à titre de schéma explicatif des montages superficiaires. Cela ne devrait pas emporter de grandes conséquences en droit positif, qui accueille depuis longtemps les propriétés superficiaires. En matière d'empiétement, cela ferait néanmoins apparaître un rôle nouveau à la possession en matière immobilière : la consolidation de la propriété superficiaire. De façon plus radicale, une fois remise en cause l'existence de principe de la propriété de l'espace, il serait envisageable d'accueillir le modèle de la servitude d'empiétement.

601. Le recul de l'intérêt pratique du volume immobilier dans la division de l'immeuble collectif. Au-delà du repli conceptuel du fonds superficiaire, il est possible d'entrevoir également un recul dans son champ d'application pratique. L'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété et l'élargissement potentiel des notions d'ensemble immobilier et de destination de l'immeuble pourraient rendre ce régime davantage attractif que celui de la division en volumes pour bien des propriétaires. Une vision plus radicale pourrait même ne pas se limiter à l'incitatif et procéder à un véritable renforcement du champ d'application impératif de la copropriété. Or, si l'on conçoit que la technique de la division en volumes soit strictement limitée aux situations qui la commande, la remise en cause de l'incompatibilité absolue du domaine public et de la copropriété pourrait questionner l'existence même de cette technique juridique, au moins en tant que régime alternatif et non complémentaire.

Conclusion générale

602. L'ambivalence du volume immobilier. À l'occasion d'une thèse dans laquelle il recherche notamment la nature du volume d'espace, Monsieur Jean-Pierre Marty déduit qu'il ne s'agit rien d'autre que d'un immeuble par anticipation[2644]. Par ailleurs, il était possible de considérer que cette observation était confirmée par la loi, en l'article 2420-3° ancien du Code civil qui autorisait l'hypothèque sur les immeubles à venir[2645]. Malgré une assise théorique selon nous erronée confinant la propriété immobilière aux seules choses corporelles, l'analyse dégagée par l'auteur reste révélatrice des contradictions entourant la relation entre la propriété de l'espace et celle de son contenu. Par cette idée, l'auteur expose toute l'ambivalence du volume immobilier : il a cela de paradoxal qu'il se réduit conceptuellement à la propriété de l'espace, alors que sa finalité se trouve la plupart du temps dans l'appropriation de son contenu – une portion d'espace du bâtiment ainsi édifié – une fois la réalisation de l'ouvrage effectuée. La propriété de l'espace apparaît alors particulièrement accessoire : elle n'existe que dans le but de pérenniser les droits de propriété des acquéreurs d'une portion d'ouvrage, de permettre l'établissement de servitudes[2646], et ses limites seront potentiellement modifiées dès la réalisation de l'édifice. Étrange modèle que ce bien, censé tous les contenir mais subissant une adaptation de ses contours afin de les faire correspondre à la réalité des choses saisissables par les sens.

603. Les avantages indispensables de l'approche fonctionnelle du volume d'espace. Sans doute, l'explication tient aux conditions de son intégration dans notre droit. Partant de l'intuition visionnaire du doyen Savatier, la pratique a surtout entendu résoudre le problème que posait le régime juridique de la copropriété par le recours à une notion dont la conceptualisation n'avait pas

---

2644 J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979, n° 152, p. 162 et 163.

2645 J.-P. Marty, thèse, *op. cit.*, n° 152, spéc., p. 163. Cet article était en toute logique également utilisé afin d'appuyer la théorie dualiste de la propriété, qui procède peu ou prou de la même idée : justifier la propriété superficiaire avant construction en l'absence de propriété de l'espace. Sur ce point, *supra*., n° 403 et s.

La réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance n° 2012-1192 du 15 septembre 2021 est venue supprimer cet article, tout en intégrant un nouvel article 2414 du Code civil disposant de façon générale que : « l'hypothèque peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs ». (Entrée en vigueur à venir pour le 1er janvier 2022).

2646 *Supra*., n° 124 et s.

été achevée[2647]. Dans son application pratique, l'éventualité de pouvoir s'approprier un volume d'espace indépendant est effectivement particulièrement intéressante. Les insuffisances de la loi du 10 juillet 1965 instituant le régime de la copropriété étaient connues dès son origine et le développement du gigantisme urbain n'aura fait qu'exposer celles-ci, justifiant la recherche d'une solution alternative dans l'organisation de la division de la propriété des immeubles collectifs. En assurant des espaces de propriété indépendants avant comme après la construction de l'édifice, le volume permet de s'écarter utilement du régime de la copropriété qui est resté d'une grande rigidité[2648] pendant plus de cinquante années. À ces raisons, s'est ajouté la proximité de plus en plus fréquente et nécessaire du domaine public avec la propriété privée, corollaire des opérations immobilières et d'une urbanisation verticalisée. Privée de toute possibilité de se faire dans le cadre de la copropriété[2649], cette cohabitation aura permis au volume immobilier d'offrir une alternative efficace par l'indépendance des îlots de propriété qu'il permet de mettre en place. Plus encore, il aura pu utilement aider à circonscrire l'étendue du domaine public, afin de pouvoir rendre effectifs les critères de réduction de ce dernier[2650]. L'indépendance du volume permet également d'assurer les relations inévitables entre les différents propriétaires par le biais des servitudes[2651]. Le volume immobilier s'est donc avéré être un outil efficient au service de la mise en place d'un mode alternatif de division de l'immeuble collectif.

604. La tentation de la généralisation. La tentation de la généralisation du volume immobilier s'est ressentie tant dans son approche fonctionnelle que sa conceptualisation. Pour la première, la volonté d'échapper au carcan strict de la loi du 10 juillet 1965 et l'attrait pour la liberté contractuelle a logiquement invité la pratique à questionner la validité du recours à la division en volumes dans des situations où le régime de la copropriété restait adapté. Malgré la volonté du législateur de venir circonscrire la mise à l'écart du régime légal, les critères proposés n'apparaissent pas pouvoir être efficaces[2652]. Pour la seconde – l'approche conceptuelle –, l'impulsion viendra logiquement de la doctrine. Celle-ci, notant la filiation du volume immobilier avec le droit de superficie, en supprimera petit à petit l'ascendance[2653] : le droit de superficie fut, le

2647 Ce qui explique notamment la frilosité des notaires en charge des premiers montages en volumes concernant l'appropriation de l'espace ainsi que la simplicité des premiers états descriptifs de divisions. *Supra*., n° 21 et s.

2648 *Supra*., n° 25 et s.

2649 *Supra*., n° 63 et s.

2650 *Supra*., n° 97 et s.

2651 *Supra*., n° 124 et s.

2652 *Supra*., n° 180 et s.

2653 *Supra*., n° 215 et s.

volume immobilier sera. Progressivement, ce dernier est devenu le schéma explicatif de l'ensemble des superpositions en propriétés se produisant sur un fonds de terre[2654]. En évitant les écueils relatifs à la matérialité traditionnellement attachée au droit de superficie, le volume d'espace permet de résoudre nombre de difficultés. Propriété d'un volume d'espace désincarné, le fonds superficiaire explique ainsi l'existence du droit de propriété avant toute construction et, partant, la perpétuité du droit conféré. Cependant, ce ne serait pas tirer toutes les conséquences de cette consécration. En acceptant que la propriété superficiaire soit une propriété comme les autres et qu'elle puisse porter sur une portion d'espace, ce serait en réalité une redéfinition totale de la propriété immobilière qui serait effectuée[2655]. Une partie de la doctrine invite alors à repenser la propriété foncière dans son ensemble par le prisme du volume immobilier et propose de s'affranchir du fonds de terre. Le fonds de terre verrait son rapport à la matière s'effacer, dit-on, en raison du progrès scientifique permettant une meilleure capacité d'abstraction. Le fonds de terre serait un espace, un fonds-volumique indépendant de toute propriété du sol-matière.

605. Les avantages de la généralisation. La conceptualisation du volume comme essence de la propriété immobilière ne serait pas sans avantages. Déjà, son approche superficiaire permettrait d'entrevoir de nombreuses conséquences positives. La principale, dégagée de longue date, serait d'assurer la pérennité d'une propriété superficiaire au-delà de l'objet matériel[2656]. Cela permettrait également d'assurer le retour de la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'empiétement[2657], tout en proposant une distinction franche entre la propriété immobilière et les droits réels sur la chose d'autrui[2658]. Enfin, cela assurerait une meilleure appréhension des biens, notamment lorsque leur usage ne peut correspondre exactement avec les limites matérielles de la chose appropriée[2659]. Faire du volume immobilier la redéfinition de la propriété foncière irait encore plus loin. Outre que cela inviterait à une redéfinition cadastrale vers la tridimensionnalité, cette idée permettrait de préciser la véritable nature de l'article 552 du Code civil – une présomption simple[2660] – et justifierait un régime uniforme de preuve de la propriété immobilière[2661]. Enfin, une telle redéfinition pourrait avoir vocation à s'appliquer de façon générale et à permettre ainsi

2654 *Supra*., n° 219 et s.
2655 *Supra*., n° 250 et s.
2656 *Supra*., n° 225 et s.
2657 *Supra*., n° 230 et s.
2658 *Supra*., n° 232 et s.
2659 *Supra*., n° 235 et s.
2660 *Supra*., n° 285 et s.
2661 *Supra*., n° 290 et s.

l'assimilation du volume d'espace à la notion d'unité foncière[2662]. Même s'il faudrait en réalité repenser le droit de l'urbanisme en trois dimensions pour faire du volume d'espace le socle d'application des autorisations d'urbanisme[2663]. Une première approche pourrait consister à appliquer le régime des lotissements à toute division en volumes en vue de construire[2664].

606. Rejet du fonds-volumique. Cette conceptualisation du volume immobilier est basée sur l'idée selon laquelle toute propriété immobilière consisterait en réalité en la propriété d'un espace. Cependant, s'il est indéniable que toute chose immobilière occupe un espace, il reste nécessaire de vérifier que son appropriation constitue bien la plus pure réduction de la propriété foncière. Or, s'il faut constater que le fonds de terre est bien un concept qui représente la façon pour le droit de recevoir le sol dans toute son étendue[2665], de nombreuses dispositions démontrent d'un véritable attachement à la matière et paraissent réticentes à son abstraction totale[2666]. Que ce soit la puissance de l'attraction du sol ou de la détermination de celui-ci, le sol naturel et la matière qui le compose restent primordiaux à la détermination du fonds de terre[2667]. En définitive, au regard de notre droit, le fonds de terre ne peut supporter l'abstraction totale du fonds-volumique. Les règles posées par l'article 552 du Code civil ne peuvent trouver à s'appliquer aux volumes[2668]. Celui-ci, véritable règle de fond, démontre par ailleurs d'une réelle primauté du fonds de terre sur le volume d'espace : là où le propriétaire du fonds peut prouver son droit par tous moyens, celui du volume ne pourra le faire que par titre ou usucapion[2669]. La primauté du fonds de terre sur le volume se retrouve également en matière urbanistique, qui contribue pourtant à l'abstraction du sol vers la parcelle. Ainsi, et contrairement à ce que certains auteurs ont pu entrevoir, l'unité foncière ignore totalement le fonds-volumique pour ne s'intéresser qu'au terrain d'assiette de l'opération envisagée[2670]. Le volume immobilier étant ignoré de la totalité des autorisations administratives conditionnant l'usage du fonds de terre[2671], il s'en trouve soumis au propriétaire de ce dernier. Si la pratique a pu régler conventionnellement ces difficultés, il n'en reste pas moins qu'une véritable relation hiérarchique existe entre le fonds de terre et le volume. En définitive, il semble impossible

2662 *Supra*., n° 297 et s.
2663 *Supra*., n° 363 et s.
2664 *Supra*., n° 303 et s.
2665 *Supra*., n° 326 et s.
2666 *Supra*., n° 331 et s.
2667 *Supra*., n° 332 et s.
2668 *Supra*., n° 342 et s.
2669 *Supra*., n° 349 et s.
2670 *Supra*., n° 353.1 et s.
2671 *Supra*., n° 363 et s.

d'accueillir le fonds-volumique sans remettre en cause les fondements de notre propriété immobilière et du droit de l'urbanisme. Ces éléments n'aboutissent cependant pas à dénier toute possibilité d'existence au volume immobilier, mais simplement à constater sa nature superficiaire.

607. Consécration du fonds superficiaire. Une fois écartée la théorie déduisant de la primauté du fonds de terre l'impossibilité de toute division en propriété de son étendue verticale[2672], il faut tout de même réussir à expliquer en quoi consiste la relation qu'entretient la propriété superficiaire avec le fonds de terre. Contrairement à une partie de la doctrine pour qui ces relations conditionnent l'existence même de la propriété superficiaire, le mécanisme de l'accession amène à comprendre qu'il ne s'agit que d'une manière d'assurer la consolidation et l'utilisation de la propriété en cause[2673]. Dans l'hypothèse d'une réduction de toute propriété superficiaire à un volume d'espace, l'analyse ne serait pas tout à fait équivalente et celui-ci pourrait être rapproché d'une sorte de fonds superficiaire. Une fois celui-ci valablement créé, le fonds superficiaire se caractérise par un espace abstrait précisément déterminé. Il constitue alors par lui-même un objet de propriété pleinement indépendant, son utilisation concrète par son propriétaire ne dépendant que de l'étendue des utilités qu'il possède[2674]. Le fonds superficiaire existe déjà lorsqu'il n'est destiné qu'à rester libre de tout contenu, mais il est tout à fait envisageable de lui attribuer d'autres utilités par les relations qu'il peut entretenir avec d'autres fonds – superficiaire ou de terre. Ce schéma explicatif permet d'éclaircir tout à la fois la perpétuité de la propriété conférée[2675], mais aussi le recours aux servitudes – comprises comme l'attribution par un fonds servant d'une utilité spécifique à un fonds dominant qui en est dépourvu – comme seul lien avec les fonds voisins.

608. Le constat de l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace à la propriété superficiaire. Appliquer ce constat à la lecture généralisante du volume immobilier aboutit à réduire toute propriété superficiaire à celle d'un volume d'espace, ce qui invite à justifier l'acquisition de la propriété non prédéterminée de l'espace en raison de la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe. Autrement dit, si le volume d'espace constituait la plus pure réduction de la propriété superficiaire, il faudrait en déduire que cette dernière se traduirait immanquablement par l'acquisition de la propriété de l'espace qu'elle occupe, lorsqu'aucune prédétermination volumétrique n'existe[2676]. Or, c'est ici qu'apparaissent plusieurs points de résistance. En premier

2672 *Supra*., n° 387 et s.
2673 *Supra*., n° 411 et s.
2674 *Supra*., n° 417 et s.
2675 *Supra*., n° 430 et s.
2676 *Supra*., n° 446.

lieu, il est des propriétés superficiaires qui ne sont pas adaptées à la réduction sous forme de volumétrie, soit parce que c'est impossible en raison du caractère mouvant de l'objet en cause, soit parce qu'une telle réduction serait inopportune au regard de la multiplication des micro-volumes qu'elle impliquerait[2677]. En outre, nous pouvons relever que cette conception des choses ne s'adapte que très imparfaitement avec la propriété des biens souterrains, ceux-ci continuant régulièrement d'être délimités sans référence géométrique précise[2678]. Ces observations sont confirmées par l'étude du droit positif. Celui-ci démontre l'inadaptation d'une telle acquisition au mécanisme de l'accession[2679] et l'existence de divisions en volumes sans appropriation de l'espace en tant que tel[2680]. Il présente également des exemples de propriétés superficiaires n'impliquant nullement l'appropriation de l'espace du fonds dans lequel elles sont situées. Plus encore, la Cour de cassation a pu refuser cette idée en préférant que la possession utile d'empiétement aérien emporte l'acquisition d'une servitude de surplomb plutôt que la propriété de son assiette volumique[2681].

609. Le recul de la généralisation conceptuelle du volume immobilier. L'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace à la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe invite à questionner les conditions d'existence du volume immobilier. Puisqu'il consiste avant tout en l'appropriation d'un volume d'espace, et que celui-ci ne peut être déterminé exclusivement par son contenu éventuel, il convient de conditionner son existence à la création d'un état descriptif de division en volumes utilisant un système uniforme d'identification par cotes altimétriques et planimétriques, publié ensuite aux services de la publicité foncière afin de le rendre opposable aux tiers[2682]. Ainsi circonscrit, le volume immobilier n'apparaît que comme un bien particulier attaché à des conditions d'existence exceptionnelles. Cette conclusion pourrait choquer, l'espace étant une chose qui relève du réel et son appropriation par le biais du fonds de terre étant incontestable. Pourtant, l'exigence d'une identification précise, couplée à son impalpabilité, impose de procéder ainsi afin de pouvoir séparer le volume d'espace du fonds auquel il était autrefois attaché. Si une telle exigence n'est pas, par elle-même, contraire à la possibilité d'entrevoir l'acquisition d'une portion d'espace non prédéterminée par voie de possession[2683], les réserves issues de

2677 *Supra*., n° 465 et s.
2678 *Supra*., n° 470 et s.
2679 *Supra*., n° 448 et s.
2680 *Supra*., n° 455 et s.
2681 *Supra*., n° 481 et s.
2682 *Supra*., n° 536 et s.
2683 *Supra*., n° 510 et s.

l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace à la propriété de l'objet superficiaire qui l'occupe et l'absence de critère fiable s'opposent à une telle reconnaissance[2684]. Il en résulte une véritable distinction entre le volume d'espace, sorte de fonds superficiaire, et le reste des propriétés superficiaires, limitées à la portion congrue de leur existence matérielle[2685]. Cette distinction n'est pourtant pas obligatoirement incompatible avec le maintien de la pérennité de la situation superficiaire au-delà de l'existence matérielle de l'objet en cause. L'absence d'appropriation de l'espace des propriétés superficiaires et les assouplissements de la durée des droits réels sur la chose d'autrui pourrait permettre de les consolider efficacement[2686]. Ainsi, en matière d'empiétement et sous réserve d'une analyse radicale sans doute excessive, il ne paraît plus impossible de justifier la reconnaissance générale des servitudes d'empiétement[2687]. En matière d'usucapion d'une portion de construction, les évolutions récentes de la loi du 10 juillet 1965 pourraient commander la création d'une copropriété, écartant ainsi l'existence de tout volume immobilier[2688].

610. Le recul de l'intérêt pratique du volume immobilier dans la division de l'immeuble collectif. À l'issue de cette étude tendant à conceptualiser la notion, il faut déjà observer un net repli du champ d'application du volume immobilier. Il n'est pas impossible que ce recul se constate également dans son approche fonctionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il n'est appréhendé que dans l'objectif d'écarter le régime de la copropriété. L'amélioration de la polyvalence de ce régime[2689] et l'évolution des notions d'ensemble immobilier et de destination de l'immeuble pourraient aboutir à favoriser la division de l'immeuble collectif en lots de copropriété plutôt qu'en volumes d'espace[2690]. En adoptant une vision plus radicale, les améliorations issues des réformes récentes de la copropriété pourraient également justifier un véritable renforcement du champ d'application impératif de la copropriété[2691]. Enfin, la justification de l'incompatibilité de la copropriété avec le domaine public n'a jamais été aussi incertaine[2692], ce qui pourrait parachever la nécessité impérieuse de pouvoir s'écarter de la copropriété et donc de constituer des volumes d'espace dans

2684 *Supra*., n° 514 et s.
2685 *Supra*., n° 517 et s.
2686 *Supra*., n° 521 et s.
2687 *Supra*., n° 531 et s.
2688 *Supra*., n° 561 et s.
2689 *Supra*., n° 549 et s.
2690 *Supra*., n° 557 et s.
2691 *Supra*., n° 583 et s.
2692 *Supra*., n° 571 et s.

le cadre de la division de la construction collective. Ainsi pourrait-être amorcée la mise en œuvre d'un cadre primaire unique concernant la division de l'immeuble collectif[2693].

[2693] *Supra*., n° 587.

Bibliographie

Traités, manuels et cours

E. Acollas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants. Contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, tome I, Paris – Thorin, 1869

Ch. Atias, *Guide de la propriété en volumes immobiliers*, Edilaix, 2012

Ch. Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12e éd., 2014

J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R.Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Coll. Domat, LGDJ, Lextenso édition, 11e éd., 2017

Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Tome II, par Ch. Falcimaigne, M. Gault, 5e éd., 1897

Ch. Aubry, Ch. Rau, *Droit civil français*, tome II, par P. Esmein, Librairies techniques, 7e éd., 1961

G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, par M. Chauveau, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1896

G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil,* tome 1er, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 7e éd., 1899

J.-L. Bergel, *Théorie générale du Droit*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5e éd., 2012

J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique. Fondamentale et appliquée*, coll. Thémis, PUF, 3e éd., 2018

J.-L. Bergel, S. Cimamonti, J.-M. Roux, L. Tranchant, *Traité de droit civil. Les biens*, LGDJ, Lextenso édition, 3e éd., 2019

F. Berriat-Saint-Prix, *Notes élémentaires sur le Code civil*, Tome I, Paris – Videcoq, 1846

V. Bréchignac, L. Michel, *Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en matière de mines*, Paris, 1887

P. Capoulade, D. Tomasin, F. Bayard-Jammes, J.-M. Roux, *La copropriété*, Dalloz action, 9e éd., 2018

J. Carbonnier, *Droit civil*, volume II, *Les biens. Les obligations,* PUF, collection Quadrige, 1ère éd., 2004

C. Chamard-Heim, F. Melleray, R. Noguellou, Ph. Yolka, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3e éd., 2018

G. Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Domat, Montchrétien, 9e éd., 1999

G. Daudré, P. Wallut, *Changements d'usage des locaux d'habitation. Les réformes de l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation*, LexisNexis, 2e éd., 2016

C.-E. Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, tome I, Paris, 1813

A.-M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome II, Paris, 1853

A.-M. Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, tome II, *Traité des personnes et des biens*, Paris – Plon, 1881

Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité de la distinction des biens,* tome IX, *De la propriété ; de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4e éd.,1870

Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *Traité des servitudes et des services fonciers*, tome XI, Paris, 4e éd., 1867

A. Desgodets, M. Goupy, *Les lois des bâtiments suivant la coutume de Paris*, 1748

W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012

G. Dupuis, M.-J. Guedon, P. Chrétien, *Droit administratif*, Sirey, 12e éd., 2011

M. Faure-Abbad, *Droit de la construction*, Gualino, 3e éd., 2016

Y. Gaudemet, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 15e éd., 2014

C. Grimaldi, *Droit des biens*, LGDJ, 2e éd., 2019

J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, collection « corpus », Economica, 2008

M. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, par A. Hauriou, Sirey, 4e éd., 1938

H. Jacquot, F. Priet, **S. Marie**, *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 8e éd., 2019

M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. Méthodes de Droit, 9e éd., 2018

E. Kischinewsky-Broquisse, *La copropriété des immeubles bâtis*, Litec, 4e éd., 1989

J. Lafond, N. Gonzales-Gharbi, S. Lamiaux, F. Roussel, *Guide de la publicité foncière*, LexisNexis, 2020

Ch. Larroumet, B. Mallet-Bricout, *Traité de droit civil*, tome II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 6e éd., 2019

F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VI, Paris – Durand et Pedone Lauriel, 1871

F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VII, Paris – Durand et Pedone Lauriel, 1872

F. Laurent, *Principes de droit civil*, tome VIII, Paris – Durand et Pedone Lauriel, 1873

J.-G. Locré, *La législation civile commerciale et criminelle de la France*, tome VIII, Paris – Treuttel et Würtz, 1827

J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2e éd., 2010

Ph. Malaurie, L. Aynès, **M. Julienne**, *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso édition, 8e éd., 2019

Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, P. Jourdain, O. Tournafond, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 9e éd., 2015

V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome II, Paris – Delamotte, 5e éd., 1866

G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, tome II, *Les biens*, Sirey, 2e éd., 1980

G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 1995

M.-L. Mathieu, *Droit civil. Les biens*, Sirey, 3e éd., 2013

A. Maurin, *Guide pratique du cadastre*, coll. Point de Droit, Edilaix, 2009

H., L., J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, tome II, *Biens : droit de propriété et ses démembrements*, par F. Chabas, Montchrestien, 7e éd., 1989

J. Morand-Deviller, *Droit administratif des biens*, Montchrestien, Lextenso édition, 7e éd., 2012

J. Morand-Deviller, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 8e éd., 2014

P. Ourliac, J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, tome 2, *Les biens*, PUF, 1961

J.-M. Pardessus, *Traité des servitudes ou services fonciers*, tome I, G. Thorel et Guilbert, 8e éd., 1838

A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens,* P.U.F., 1re éd., 1989

S. Pérignon, *Nouveau régime des divisions foncières*, Le Moniteur, 2e éd., 2013

P. Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé* [suisse], Schulthess, édition romandes, 2e éd., 2020

M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, tome III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952

R.-J. Pothier, *Œuvres de Pothier*, *Traité des obligations*, tome 1, Paris-Siffrein, 1821

J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, et de superficie, tome I, Dijon – Douillier, 1823

J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation*, et de superficie, tome VIII, Dijon – V. Lagier, 1825

J.-.B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome I, Dijon – V. Lagier, 1833

J.-.B.-V. Proudhon, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, tome II, Dijon – V. Lagier, 1839

N. Reboul-Maupin, *Droit des biens*, coll. HyperCours, Dalloz, 8e éd., 2020

C. Sabatié, *Copropriété. Statut. Gestion. Personnel. Contentieux*, Delmas, 23e éd., 2019

J.-B. Seube, *Droit des biens*, LexisNexis, 8e éd., 2020

Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7e éd., 2016

Y. Strickler, *Les biens*, PUF, 2006

Y. Strickler, *Droit des biens*, Coll. Cours, LGDJ, Lextenso édition, 2017

F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome I, Dalloz, 12e éd., 2007

F. Terré, Ph. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 10e éd., 2018

Ch.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code civil, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, tome III, Paris – Warée, 1811

A. Valette, *De la propriété et de la distinction des biens. Commentaire des Titres I et II du Livre II du Code civil*, par F. Herold et Ch. Lyon-Caen, A. Marescq éditeur, 1879.

G. Vigneron, *Le syndic de copropriété. Désignation. Mission. Responsabilité*, LexisNexis, 6e éd., 2014

P. Walet, P. Chambelland, *La construction en volumes*, coll. Pratique de l'immobilier, Masson, 1989

F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 3e éd., 2008

Dictionnaires, dictionnaires juridiques et encyclopédies

Ch. Atias, *JurisClasseur Civil Code, articles 713, Mode d'acquisition de la propriété.– Biens sans maître,* Fasc. unique

Ch. Atias, B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Bornage*

Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Copropriété des immeubles bâtis : droits et obligations*

Ch. Atias, N. le Rudulier, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Copropriété des immeubles bâtis : statut et structures*

J.-N. Beaulieu, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, *Reconstruction de l'immeuble après sinistre*, Fasc. 97-20

B. Belloir-Caux, *Dictionnaire de droit de biens*, Ellipses, 2013.

M. Boudot, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Mitoyenneté – Qualification juridique de mitoyenneté*

J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Grandes catégories*, Fasc. 392

C. Chamard-Heim, *JurisClasseur Propriété publique – Sortie du domaine public*, Fasc. 53

C. Chamard-Heim, *JurisClasseur Propriété publique – Domaine public – Indisponibilité. Inaliénabilité. Imprescriptibilité*, Fasc. 61

G. Chantepie, *JurisClasseur Copropriété – Dispositions particulières aux copropriétés dont les voix sont réparties entre deux copropriétaires*, Fasc. 106-50

G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Collection Quadrige, PUF, 10e éd., 2014

X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements – Autorisation*, Fasc. 32-8

X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Réalisation. Gestion des équipements collectifs*, Fasc. 32-10

X. Couton, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Réalisation du lotissement. Vente des lots et délivrance des permis de construire*, Fasc. 80

D. Djoudi, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Possession*

W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, article 543. Biens – Droit dont les biens peuvent être l'objet,* Fasc. unique

W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 551 à 553. Propriété – Acquisition de la propriété par union ou incorporation – Propriété du dessus et du dessous du sol,* Fasc. unique

W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 554 à 555. Propriété. – Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. – Constructions, plantations et ouvrages*, Fasc. unique

W. Dross, *JurisClasseur Civil Code, articles 2255 à 2257. Prescription acquisitive – Possession*, Fasc. unique

G. Eckert, *JurisClasseur Propriétés publiques, Bail emphytéotique administratif*, Fasc. 79-40

M. Faure-Abbad, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Clauses abusives dans les contrats de construction*, Fasc. 900

G. Gil, *JurisClasseur Civil Code, articles 682 à 685-1. Servitude – Servitudes légales – Droit de passage*, Fasc. unique

A. Gouëzel, *JurisClasseur Civil Code, articles 6, Ordre public et bonnes mœurs – Ordre public et bonnes mœurs en droit des contrats,* Fasc. unique

B. Grimonprez, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Superficie*

D. Houtcieff, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Renonciation*

J. Lafond, *JurisClasseur Construction – Urbanisme*, *Copropriété – Programmes immobiliers évolutifs,* Fasc. 90-50

M.-Ch. de Lambertye-Autrand, *JurisClasseur Civil Code, articles 517 à 521, Biens – Classification tripartite des immeubles – Immeuble par nature*, Fasc. unique

S. Lamy-Willing, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Constructibilité.- Majoration. Report. Transfert.- Gestion des droits à bâtir*, Fasc. 8

S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le bornage*, Fasc. 261-45

S. Laporte-Leconte, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Le droit de superficie*, Fasc. 251-30

G. Laval, F. Collard, *JurisClasseur Fiscalité immobilière, Enregistrement et publicité foncière.– Notion d'immeuble*, Fasc. 110

J.-J. Lemouland, G. Piette, J. Hauser, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Ordre public et bonnes mœurs*

D. Lefebvre, *JurisClasseur Civil Code, articles 518 à 521, Biens. – Immeuble par nature*, édition Technique, 1994, Fasc. 30

R. Libchaber, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Biens – Présentation des biens selon le Code civil*

G. Liet-Veaux, J.-Ch. Car, *JurisClasseur Administratif, Servitudes administratives – Théorie générale*, Fasc. 390

F. Magnin, *JurisClasseur Civil Code, articles 1601-1 à 1601-4, Vente d'immeuble à construire. – Régime général*, Fasc. 10

M. Mignot, *JurisClasseur Civil Code, articles 1603 à 1623. Vente – Obligations du vendeur – Délivrance : généralités. Étendue,* Fasc. 10

M. Painchaux, *JurisClasseur Civil Code, synthèse. Généralité sur les servitudes*

S. Piedelièvre, *JurisClasseur Civil Annexes, Publicité foncière. – Formation de la documentation foncière. – Forme et énonciation des actes*, Fasc. 50

S. Pimont, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Division en volumes*

Th. de Ravel d'Esclapon, *JurisClasseur Civil Code, articles 2418 à 2420. Hypothèques conventionnelles.– Spécialité de l'hypothèque quant à l'assiette. Extension de l'hypothèque quant aux améliorations.– Hypothèque des biens à venir,* Fasc. Unique

F. Rouvière, *JurisClasseur Notarial Répertoire, Servitudes – Servitudes du fait de l'homme – Qualification et domaine,* Fasc. 70

J.-M. Roux, E. Meiller, *JurisClasseur Construction – Urbanisme. Propriété foncière – Droit de propriété – Étendue. Restrictions. Modalités,* Fasc. 251-10

N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Nature et principes*, Fasc. 107-10

N. le Rudulier, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes – Construction et gestion*, Fasc. 107-20 (depuis le 23 septembre 2013)

C. Saint-Alary-Houin*, Répertoire Dalloz, Droit civil, Bail à construction*

L. Santoni, Ph. Benoit-Cattin, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Lotissements. – Définition juridique. Champ d'application*, Fasc. 32-4

D. Sizaire, *JurisClasseur Construction – Urbanisme, Division en volumes, application et mise en œuvre*, Fasc. 107-20 (version antérieure à celle du 23 septembre 2013)

D. Sizaire, J.-Ph. Tricoire, *JurisClasseur Notarial Formulaires, Vente d'immeuble à construire*, Fasc. 30

M. Soazic, *JurisClasseur Administratif, Lotissement. – Définition. Champ d'application*, Fasc. 550

M. Thioye, *JurisClasseur Civil Code, articles 1788 à 1794, Louage d'ouvrages et d'industries.- Contrat d'entreprise.- Marché à forfait*, Fasc. 20

J.-L. Tixier, *Répertoire Dalloz, Droit immobilier, Bail emphytéotique*

P. Walet, *Répertoire Dalloz, Droit civil, Construction en volumes*

Ph. Yolka, *JurisClasseur Administratif, Distinction du domaine public et du domaine privé*, Fasc. 405-10

Thèses et monographies

Thèses et mémoires

H. Aberkane, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français*, thèse, LGDJ, 1957

M. Audern, *Les outils de divisions et de gestions immobilières pour répondre aux exigences de mixité sociale*, mémoire, esgt, 2013

M. Azoulay, *Le droit de copropriété par appartements*, thèse, Paris, 1956

V. Balbaa, *La préemption en droit comparé*, thèse, 1938

J.-F. Barbièri, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, thèse, Toulouse, 1977

F. Bayard-Jammes, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, thèse, LGDJ, 2003

S. Becquet, *Le bien industriel*, thèse, LGDJ, 2005

L. Belfanti, *La notion de destination de l'immeuble en droit de la copropriété*, thèse, Montpellier, 1999

P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse, LGDJ, 2007

J.-P. Bertrel, *Le bail à construction. Titre constitutif d'un droit de superficie*, thèse, Tours, 1981

J.-P. Blachier, *Les notions d'immeuble et de propriété à l'épreuve des droits de superficie*, thèse, Paris, 2000

J. Brissé Saint-Macary, *De l'accession artificielle immobilière : essai d'un fondement juridique rationnel*, thèse, Bordeaux, 1929

P. Brouillaud, *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, thèse, Bordeaux, 1926

J.-G. Cardinal, *Le droit de superficie, modalité du droit de superficie. Étude historique et critique du concept juridique et exposé de ses applications*, Montréal, Wilson et Lafleur éditeurs, 1957

C. Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, thèse, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2004

L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, thèse, coll. Bibliothèque de l'entreprise, Litec, 2006

G. Chauveau, *De la superficie en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1886

E. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France, avant et après la Révolution*, thèse, Paris – Larose et Forcel, 1881

M. Chouquet, *Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics*, thèse, LGDJ, 2017

G. Cord, *De la propriété spéléologique*, thèse, Paris, Rousseau éditeur, 1899

M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ 2013

F. Danos, *Propriété, possession et opposabilité*, thèse, Paris, Economica, Recherches juridiques, 2007

G. Delavaquerie, *Pour une théorie de la propriété renouvelée : étude commune des propriétés privée et publique*, thèse, Caen, 2011

L. Depuy, *La superposition des divisions juridiques de l'immeuble*, thèse, La mouette, 2001

M.-G. Desvaux de Marigny, *Le volume immobilier*, thèse, Université de la Réunion, 2020

W. Dross, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse, Nancy II, 2000

F. Dumont, *La nature juridique du droit de superficie*, thèse, Lyon III, 2001

R. Faivre-Faucompré, *Le droit de superficie : des glossateurs aux premiers commentateurs du Code civil de 1804 (XIIe – XIXe siècle)*, thèse, Paris II, 2018

A. Ferracci, *Les combinaisons de droits réels. Indivisions et démembrements en matière immobilière*, thèse, Coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2020

D. Gaborieau, *La nature du droit de superficie*, mémoire, Nantes, 1998

H. de Gaudemar, *L'inaliénabilité du domaine public*, thèse, Paris II, 2006

Sh. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, 1960

C. Giraud, *La chance en droit administratif,* thèse, PUAM, 2019

G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969

Ch. Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, LGDJ, 1983

H. Guibé, *Essai sur la navigation aérienne en droit interne et en droit international*, thèse, Caen, 1912

Ch. Guyot, *Des droits d'emphytéose et de superficie*, thèse, Nancy, 1876

Ch. Ibled, *Le droit de superficie en droit français*, thèse, Sirey, 1931

R. Jammes, *Des actions civiles et pénales qui peuvent naître du fait de la navigation aérienne*, thèse, Toulouse, 1912

M de Juglart, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1937

M. Kornprobst, *Étude sur la notion de servitude en droit privé français contemporain*, thèse, Strasbourg, 1936

S. Lamy-Willing, *La constructibilité des propriétés foncières : entre la règle et le contrat*, thèse, Aix-Marseille, 2016

E. Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, *en droit français et en droit romain*, thèse, Paris, 1894

M. Laroche, *Revendication et propriété. Du droit des procédures collectives au droit des biens*, thèse, coll. Doctorat et Notariat, Defrénois, 2007

J. Laurent, *La propriété des droits*, thèse, LGDJ, 2012

L. Lemonnier, *Du syndicat des copropriétaires d'immeubles divisés par appartements*, thèse, Caen, 1939

G. Leray, *L'immeuble et la protection de la nature*, thèse, LGDJ, 2019

P. Lévie, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, thèse, Louvain, 1951

J. Lotz, *La division de l'immeuble : contribution à une théorie de la propriété*, thèse, Strasbourg, 2014

Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat. Étude de droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.,* thèse, Matot-Braine, 1953

J.-P. Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, thèse, LGDJ, 1979

E. Meiller, *La notion de servitude*, thèse, LGDJ, 2012

H. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, thèse, Paris, 1900

V. Michaud, *Étude et suivi de l'évolution des premières « divisions en volumes » : analyse de l'organisation de la propriété complexe*, mémoire, ESGT, 2014

J.-L. Mourey, *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*, thèse, LGDJ, 1970

J.-Ph. Orlandini, *La dénaturation des critères du domaine public*, thèse, Toulouse, 2018

Y. Paquet, *Le lot de copropriété, entre complexité et illusion : analyse de la nature juridique du lot de copropriété*, thèse, Grenoble, 2016

S. Pavageau, *Le droit de propriété dans les jurisprudences des juridictions suprêmes françaises, européennes et internationales*, thèse, LGDJ, 2003

H. Périnet-Marquet, *Le droit de construire*, thèse, Poitiers, 1979

C. Pourquier, *Propriété et perpétuité*, thèse, Montpellier, 1997

V. Poux, *Usage et propriété. Essai sur l'usage partagé d'un bien*, thèse, Lyon III, 2019

L. Ravanas, *Le droit de superficie*, thèse, Aix-Marseille, 2001

S. Ravenne, *Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, thèse, Paris IX, 2007

D. Richard, *De la propriété du sol en volume*, thèse, Paris II, 2015

D. Richard, *La propriété foncière du Code civil. Un sol surface appelé à devenir un volume*, Edilivre, 2019

M. Rolain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, thèse, Nice, 2015

L. Rozès, *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*, thèse, LGDJ, 1976

N. le Rudulier, *La division en volumes*, thèse, Nantes, 2010

O.-M. Salam, *Le droit de propriété superficiaire*, thèse, Poitiers, 1998

H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : contribution à la théorie générale du domaine public*, thèse, Orléans, 2012

M. Tirel, *L'effet de plein droit*, thèse, Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2018

J.-L. Tixier, *Le bail à construction. De la théorie à la pratique*, thèse, Paris I, 1994

Y. Trémorin, *L'immobilisation par destination*, thèse, Poitiers, 2000

F. Troupel, *La propriété du sous-sol, les eaux souterraines et les grottes*, thèse, Montpellier, Mari-Lavit éditeur, 1933

S. Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, thèse, IRJS Édition, tome 35, 2012

F. Vern, *Les objets juridiques. Recherches en droit des biens*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2020

M. Waline, *Les mutations domaniales. Étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, thèse, éditeur Jouve, 1925

A. Weiss, *Des droits de superficie en droit français et en droit romain*, thèse, Strasbourg, 1853

M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit,* thèse, coll. Fondement de la politique, PUF, 2004

Ph. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, thèse, LGDJ 1997

A. Zabalza, *La terre et le droit. Du droit civil à la philosophie du droit*, thèse, éd. Bière, Bibliothèque de philosophie comparée, 2007

F. Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981

MONOGRAPHIE

R. Capitant, C*omposition pour le concours d'agrégation des facultés de droit* 1930, RFDA 2007, 1927

A. Garlopeau, *Le bornage en France au XIXe siècle*, Publi-Topex, 2009

Ch.-L. Julliot, *De la propriété du domaine aérien* , Extrait de *la revue des idées*, Sirey, 1909

J. Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Chapitre V, « De la propriété », §27, Vrin, 1997, trad. B. Gilson

P.-J. Proudhon, « Qu'est-ce que la propriété ? », *in Œuvres complètes*, Paris, A. Lacroix éditeurs, 1873

D. Richard, *La propriété foncière du Code civil. Un sol surface appelé à devenir un volume*, Edilivre, 2019

S. Vanuxem, *La propriété de la terre*, coll. Le monde qui vient, Wildproject, 2018

Articles

M.-J. Aglaé, « Division en volumes et propriété privée sur le domaine public », RDI 1993, p. 313

P. Allinne, « Domanialité publique et ouvrages complexes », AJDA 1977, p. 523

W. Altide, D. Dutrieux, « *ALUR*, parts de SCI et droit de préemption urbain », JCP N 2014, 1302

Ch. Arnaud, « Domanialité publique globale et théorie de l'accessoire », RDP 2017, n°1, p. 97

Ch. Atias, « La mutabilité des servitudes conventionnelles », RTD Civ. 1979, p. 249

Ch. Atias, « Propriété et communauté dans la copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1980, I, 2971

Ch. Atias, « Naissance d'un principe : des servitudes en copropriété immobilière », D. 1987, p. 285

Ch. Atias, « Les trois pièges de la copropriété réduite à deux lots », Inf. Rap. Copr., n° 477, juin 2002, p. 20

Ch. Atias, « L'enracinement du droit des biens dans la nouvelle ère du droit civil français », D. 2009, p. 1165

J.-L. Aubert, « Quelques mots à propos des servitudes en copropriété », JCP G 1993, doctr., 3726

J.-L. Aubert, « Essai de synthèse sur la destination de l'immeuble », RDI 1995, p. 469

F. Aubry, « Bail à construction et copropriété », Defrénois 2014, n° 116k4, p. 619

J. Aulagnier, « Le démembrement de propriété, 20 ans d'évolution », Dr. et pat., février 2008, n° 167, p. 46

L. Aynès, « Publicité foncière : vers une modernisation ? », D. 2019, p. 192

M. Azoulai, « La réforme de la copropriété des immeubles bâtis », Defrénois 1968, art. n° 29027, p. 41

Ch. Ballandras-Rozet, « L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public », AJDA 2007, p. 571

J.-F. Barbièri, « De l'incorporation à l'attache à perpétuelle demeure et inversement : réflexions sur la distinction meuble – immeuble et sur les mécanismes d'affectation », *in Mélanges à la mémoire du Professeur Roger Saint-Alary*, Éditions législatives, 2006, p. 111

H. Batiffol, « Problèmes contemporains de la notion de bien », *in Les biens et les choses*, Arch. Phil. Droit, tome 24, Sirey, 1979, p. 9

P. Baudouin, J.-R. Bouyeure, « Les syndicats secondaires de copropriété », AJPI 1981, p. 717

J.-L. Bergel, « Divisibilité du tréfonds et droit de superficie », RDI 1998, p. 65

J.-L. Bergel, « Les divisions : droits de superficie et volumes ? », RLCT, mai 2012, n° 79

J.-L. Bergel, « Le droit de surplomb instauré par la « loi climat » du 22 août 2021 », RDI 2021, p. 599

J.-P. Bertrel, « L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie », RTD Civ. 1994, p. 737.

J.-P. Bertrel, « Les ensembles immobiliers complexes », Dr. et Pat., novembre 1994, p.44

P. de Besombes-Singla, « Droit de superficie et construction en volumes », *in* 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 539

R. Boffa, « L'ordre public des biens du XXIe siècle : rapport de synthèse », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 277

M.-S. Bondon, « L'empiétement, pour la fin d'une approche moniste », D. 2020, p. 1964

J.-Ph. Borel, « Les pathologies de la copropriété à deux lots », Rev. Loyers n° 979, juillet 2017, p. 317

C. Bosgiraud, « Volumes et copropriété : le choix n'est pas toujours permis », Bull. Cridon, Paris, mai 1988, p. 72

N. Boukheloua, « Une nouvelle servitude d'utilité publique : la servitude en tréfonds », AJDA 2016, p. 661

M. Boul, « Asp-ects récents de la propriété publique : l'insaisissabilité hypothéquée ? », Droit et Ville, 2020/2, n° 90, p. 65

J.-R. Bouyeure, « La création de syndicats secondaires de copropriété », AJPI, septembre 1968, p. 765

F. Bouyssou, « La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude ? », RDI 1996, p. 329

F. Bouyssou, « La préemption, l'urbanisme et le droit des gens », RDI 2015, p. 278

F. Brochu, « La représentation sur le cadastre des immeubles dans toutes leurs dimensions », *in Mélanges offerts au Professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, PUL, 2006, p. 445

F. Brochu, « La copropriété divise et la propriété superficiaire en droit civil québécois », Dr. et ville 2011, n° 72, p. 5

G. Cagnon, « Droit public et copropriété : duo ou duel ? », RDP 2016, p. 105

J. Calais-Auloy, L. Bihl, « Les clauses abusives en 1983 », Gaz. Pal. 1984, 3, doctr. p. 461

M. Canedo-Paris, « Feu le critère de l'aménagement « indispensable » ? », ADJA 2008, p. 1145

P. Capoulade, « Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Administrer, n° 274, janvier 1996, p. 11

P. Capoulade, C. Giverdon, « Propos sur les ensembles immobiliers », RDI 1997, p. 161

J. Carbonnier, « Exorde »*, in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 1

E. Carpentier, J. Trémeau, « Le contrôle urbanistique des divisions foncières et le nouveau lotissement », RFDA 2012, p. 876

E. Carpentier, « La définition du lotissement. Version 1.3.12 », JCP N 2012, n° 1128

A. Caston, M. Poumarède, « L'obligation de démolir l'immeuble », RDI 2020, p. 647

G. Casu, « Faut-il encore enseigner Roubier ? », RTD Civ. 2019, p. 785

P. Catala, « Exposé de synthèse », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 181

P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le Droit civil moderne », RTD Civ. 1966, p. 185

A. Cayol, « Servitude et copropriété des immeubles bâtis », AJDI 2018, p. 340

N. Cayrol, « Qu'est-ce qu'un sorite ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Rossetto*, LGDJ 2016, p. 241

M. Chaguet, « Publicité foncière : la désignation des immeubles », Defrénois, février 2020, n° 154m0, p. 19

P. Chambelland, A. Gingras, A. Haloche, « Les ensembles immobiliers complexes », Defrénois, 1975, I, p. 1217

P. Chambelland, Y. Rousseau, A. Haloche, « La construction en volumes. Aspects juridiques et techniques posés par les ensembles immobiliers complexes », AJPI, 10 octobre 1981, étude, p. 688

G. Chantepie, « Quel avenir pour la copropriété ? », *in L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 163.

J.-Ch. Chaput, « Construction en volumes », *in Droit de la construction*, coll. Dalloz Action, Dalloz, 7 éd., 2018/2019

J.-Ch. Chaput, S. Rochegude, M.-H . Louvel, Deuxième commission, « L'organisation conventionnelle de l'espace », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 337

R. Chardonnal, « Désignation des immeubles. Ensemble immobilier formé de *volumes* distincts. Baux ordinaires de longue durée. Désignation des volumes par référence à un état descriptif de division couvrant la totalité de la parcelle servant de support à l'ensemble des volumes. Production d'un document d'arpentage inutile », JCP N 1985, 9425

H. Charles, « L'unité foncière dans le droit de l'urbanisme », RFDA 1996, p. 575

J.-P. Chazal, « La propriété, : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », RTD Civ. 2014, p. 763

J.-P. Chazal, « Le propriétaire souverain : archéologie d'une idole doctrinale », RTD Civ. 2020

J. Chevallier, « Commentaire de la loi du 28 juin 1938 », D. 1939. L., p. 73

Ch. Combe, « Les droits réels sur le domaine public. Ambiguïtés et limites », Droit administratif, décembre 2001, n° 12, chron. 22

M. Cornille, « Propriété et domanialité : deux régimes qui se regardent en chiens de faïence ? », Contrats et Marchés publics, n° 3, mars 2021, étude 1

P. Cornille, « Construire la ville de demain : plaidoyer pour le lotissement vertical micro-volumétrique », Actes pratiques et ingénierie immobilière, LexisNexis, avril-mail-juin 2012

Ch. Coutant-Lapalus, « L'organisation de la copropriété après la loi Elan », Loyers et copro., n° 2, février 2019, dossier 6

Ch. Coutant-Lapalus, « Des nouveaux régimes pour les petites copropriétés -.- Les apports de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », Loyers et copro., n° 2, février 2020, dossier 8

J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », RTD Civ. 1962, p. 20

M. Dagot, « La clause d'habitation bourgeoise (étude de jurisprudence) », JCP G 1967, I, 2108.

J.-F. Dalbin, « Copropriété par phases. Lot transitoire », Dr. et ville 2011, n° 72, p. 259

J.-F. Dalbin, « Prise en compte de la volumétrie dans l'application du droit des sols », Construction – Urbanisme, n° 12, décembre 2013, étude 15

G. Daublon, « État descriptif de division et *volumes* : désignation des lots, éléments rédactionnels », Defrénois 2000, art. 37168, p. 558

A. Delas, « De l'inadaptation du régime juridique de la copropriété aux copropriétés horizontales à deux lots », LPA, n° 127, juin 2017, p. 5

G. Delattre, C. Becqué-Deverre, Quatrième commission, « La vie de l'immeuble divisé », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p.751

G. Delattre, C. Becqué-Deverre, « La gestion de l'immeuble bâti. Regards croisés sur les petites et les grandes copropriétés », AJDI 2007, p. 549

Th. Delesalle, « La copropriété n'est plus une fatalité (ou comment se soustraire d'un statut préexistant) », JCP N 2014, 1244.

P. Delvolvé, « Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence », RDI 2010, p. 584

M. Douence, « L'inaliénabilité du domaine public », AJDA 2006, p. 238

C. Dreveau, « La propriété foncière à l'épreuve de la protection du patrimoine culturel, historique et archéologique », *in Liber amicorum*, *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017

J.-H. Driard, « Unité foncière et détermination des droits à bâtir », JCP N 1998, p. 1450

W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », RTD Civ 2012, p. 419

W. Dross, « Que l'article 544 du Code civil nous dit-il de la propriété ? », RTD Civ. 2015, p. 27

W. Dross, « Liberté contractuelle et qualification des biens », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 249

W. Dross, « Création et aménagement des droits réels : question(s) de principe(s)? », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117g3, p. 112

W. Dross, B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens : premier regard critique », D. 2009, chron., p. 508

P.-E. Durand, « La divisibilité des ouvrages et des ensembles immobiliers en droit de l'urbanisme », Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2006, étude 3

D. Dutrieux, « Parts de SCI et droit de préemption urbain. Une exception strictement définie », JCP N 2006, 1351

D. Dutrieux, « Une nouvelle définition de la division primaire ? », JCP N 2012, act. 925

D. Dutrieux, « La pratique notariale et le « nouveau » lotissement », JCP N 2012, 1131

E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », AJDA 2006, p. 1087

E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier général sept ans après le CGPPP », AJDA 2013, p. 965

E. Fatôme, P. Terneyre, « Droits réels sur le domaine public de l'État : clarification ou multiplication des interrogations ? », AJDA 1995, p. 905

P. Fauchille, « Le domaine aérien des États et le régime juridique des aérostats », Rev. Gen. de Dr. Int. Public, 1901, p. 414

M. Faure-Abbad, « La propriété d'un volume », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 199

B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », *in 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 473

N. Foulquier, « Les servitudes sur le domaine public », Dr. et pat., mars 2009, n° 179

N. Foulquier, R. Léonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires : le calme après la tempête ? », AJDA 2020, p. 1609

N. Foulquier, P. Soler-Couteaux, Ph. Yolka, M. Raunet, R. Léonetti, « Domaine public et associations syndicales de propriétaires. La nécessité d'une solution législative », JCP N 2020, act. 885

A. Fournier, « Division en volumes et copropriété : un lot de copropriété ne peut pas être divisé en volumes », JCP N 1999, p. 422

A. Fournier, « Division en volumes : solutions particulières relatives aux modalités d'établissement des états descriptifs de division », JCP N 2002, 1538

A. Fournier, « Division en volumes et publicité foncière, *Volume sur volume ne vaut*, principe et adaptations », JCP N 2006, 1330

A. Fournier, « Division en volumes : histoire d'un partenariat exemplaire entre conservateurs des hypothèques et notaires », JCP N 2019, act. 231

A. Fournier, A. Renault-Fournier, « Les principes fondamentaux de la division en volumes dans la nouvelle recommandation n° 5 de la commission relative à la propriété », JCP N 2008, 1304

A. Fournier, D. Sizaire, « L'organisation des ensembles immobiliers complexes. Observations complémentaires sur la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1999 », JCP N, 2000, 1311

J. François, « Qu'est-ce qu'un droit réel de jouissance spéciale ? », D. 2019, p. 1660

J.-M. Galabert, M. Gentot, « Existence et conditions d'exercice d'une servitude sur une dépendance du domaine public » , AJDA, juin 1961, Chron., p. 328

H. de Gaudemar, « L'inaliénabilité du domaine public, une nouvelle lecture », Dr. et pat., n° 179, mars 2009, p. 74

H. de Gaudemar, « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation de droit public de 1930 », RFDA 2007, 1927

Y. Gaudemet, « La superposition des propriétés privées et du domaine public », D. 1978, chron., p. 293

Y. Gaudemet, « Les constructions en volume sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p.135

Y. Gaudemet, « L'occupant privatif du domaine public à l'épreuve de la loi », *in L'État de droit, Mélanges en l'honneur de G. Braibant,* Dalloz, 1996, p. 309

Y. Gaudemet, « Ouvrage complexe et domanialité publique », RDI 1999, p. 507

Y. Gaudemet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit public », RDI 2009, p. 8

Y. Gaudemet, « Copropriété v/ Domaine public », RJEP, avril 2012, Repère, n° 4, p. 1

E. Gavin Millan-Oosterlynck, « L'empiétement, évolution, révolution ou soubresaut ? », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 647

A. Gence, E. Meiller, Ch. le Guyader, M.-L. Treffot, « La copropriété et les nouvelles énergies », Loyers et copro., n° 4, avril 2018, étude 4

Th. Genicon, « L'ordre public des biens et les servitudes : réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale », *in Liberté contractuelle et droits réels,* sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 109

J.-F. Giacuzzo, « Le particularisme de la propriété publique », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 101

J.-F. Giacuzzo, « Les voies étroites de l'acquisition d'immeubles publics en VEFA », RDI 2021, p. 325

J.-F. Giacuzzo, B. Schmaltz, « La propriété des personnes publiques », *in* AFDA, *Les controverses en droit administratif*, Dalloz, 2017, p. 105

Ch. Gijsbers, « La distinction de la propriété publique et de la domanialité publique », RDA, n° 8, octobre 2013, p. 44

Ch. Gijsbers, « L'incidence des règles relatives à la nullité, la caducité et aux restrictions », RDI 2016, p. 342

Ch. Gijsbers, « La prétendue allergie de la domanialité publique à l'hypothèque légale des associations syndicales de propriétaires », Defrénois, 26 novembre 2020, n° 165v5, p. 33

Sh. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD Civ. 1962, p. 573

Ch. Giovannangeli, « La preuve de la propriété immobilière en droit français », *in La preuve de la propriété immobilière*, sous la direction de C. Saint-Didier, Mare et Martin, 2017, p. 85

C. Giverdon, « Les *lots transitoires* sont de véritables lots de copropriété », Loyers et copro., n°1, janvier 1992, p. 1

C. Giverdon, J.-R. Bouyeure, « Les lots transitoires de copropriété », Administrer, décembre 1981, 7, n°119

F. Givord, « Essai sur la nature juridique de la copropriété par appartements », *in Mélanges Offert à Monsieur le Professeur Pierre Voirin,* LGDJ, 1967, p. 262

G. Godfrin, « Droit des biens : réécriture ou réforme ? », Construction – Urbanisme, février 2009, n° 2, alerte 8.

G. Goubeaux, « Abstraction et réalisme dans la détermination de l'objet de la propriété immobilière (à propos du découpage de l'espace en volumes cessibles) », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p.279

G. Goubeaux, « La construction édifiée pour partie sur un terrain propre et pour partie sur un terrain commun », Defrénois 1993, p. 1233

C. Greff, « Loi Climat et droit de surplomb », JCP N 2021, 1307

M. Gros, « L'affectation, critère central de la domanialité publique », RDP 1992, p. 748

C. Grimaldi, « La coexistence du droit de jouissance spéciale, de l'usufruit et des servitudes », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Grimaldi*, Defrénois, 2020, p. 487

X. Guédé, F. Letellier, E. Cevaër, C. Davèze, « Servitudes ou empiétements : une question de sécurité juridique ! », AJDI 2015, p. 188

J. Guyenot, « La valeur du système français de publicité des mutations immobilières », JCP G 1958, I, 1435

J.-L. Halpérin, « Les professeurs de droit entrés à la Cour de cassation jusqu'à la seconde Guerre Mondiale », *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit. André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 195

P.-H. Hanoune, « La copropriété à deux personnes : condamnées à s'aimer », Administrer, décembre 2013, p. 20

J. Hansenne, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p. 325

P. Hébraud, « À propos d'une forme particulière de copropriété. La copropriété par appartements », RTD Civ. 1938, p. 23

S. Hennion-Moreau, « L'empiétement », RDI 1987, 303

A. Ionasco, « La copropriété par appartement », *in Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 111

F. Jammes, « La destination de l'immeuble mis en copropriété en France », Revue du notariat (Montréal), vol. 114, n° 2, p. 221

L. Jaume, « Terminer la Révolution par le Code civil ? », Histoire de la justice, 2009/1, n° 19, p. 183.

Ph. Jestaz, « Les définitions du droit : pour une définition fonctionnelle », RTD Civ. 2020, p. 803

L. Josserand, « Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau », *in Mélanges juridiques dédiés à Monsieur le Professeur Sugiyama*, Sirey, 1940, p. 95

Y. Kalieu, « De la fongibilité des immeubles », LPA, 17 octobre 2001, p. 5

N. Kilgus, « Le droit réel *sui generis* : plaidoyer pour une utilisation décomplexée...et raisonnée », RTD Civ. 2022, p. 515

A. Koenig, « Lotissement ou copropriété horizontale un beau débat téléologique », RDI 1996, p. 321

P. Kouraleva, « L'usufruit, démembrement du droit de propriété ? », LPA, 19 juin 2009, n° PA200912202, p. 6

J. Lafond, « La distinction entre groupes d'immeubles et ensembles immobiliers », JCP N 1998, p. 804

J. Lafond, « L'adaptation des règlements de copropriété anciens à l'évolution de la législation », JCP N 2003, I, 1500

J. Lafond, « Loi Elan et copropriété », JCP N. 2018, 1356

J. Lafond, « La « consistance » du lot transitoire de copropriété après la loi Elan », JCP N 2019, p. 1141

Th. Lamarche, « L'imprescriptibilité et le droit des biens », RTD Civ. 2004, p. 403

Th. Lamarche, « L'accession différée : une nouvelle approche des grandes qualifications », RTD Civ 2006, p. 1

S. Lamiaux, « L'état descriptif de division *forcé* », JCP N 2015, 1062

S. Lamy-Willing, « L'organisation d'un ensemble immobilier », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2020, étude 6

J. Laporte, A. De Coster, « De la naissance du syndicat des copropriétaires à la première assemblée générale », AJDI 2016, p. 583

J. Laporte, « Loi de 1965 : la réforme est en vue. Simple mise à jour ou bouleversement des fondamentaux ? », Loyers et copro., n° 5, mai 2018, étude 5

S. Laporte-Leconte, « Les autorisations d'urbanisme dans les montages en volumes », Actes prat. Ing. immobilière, 2013, n° 3

S. Laporte-Leconte, « Les droits réels au service de la régularisation des empiétements », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 173

D. de Lataulade, A. Boquet, « L'avenir du bail à construction », Gaz. Pal., 1974, I, doctr., p. 436

A. de Laubadère, « Domanialité publique, propriété administrative et affectation », RDP 1950, p. 1

A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », RTD Com. 1995, p. 307

J. Laurent, « Les dispositions particulières à certaines copropriétés dans l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 877

C. Lavialle, « Le domaine public : une catégorie juridique menacée ? », RFDA 1999, p. 578

C. Lavialle, « Remarque d'un publiciste sur le processus de distribution des propriétés », RFDA 2015, p. 1119

P. Lebatteux, « Comment redéfinir la notion d'ensemble immobilier et l'application du statut ? », Loyers et copro., n° 10, octobre 2015, dossier 2

A. Lebatteux-Simon, « Les alternatives à la copropriété », Loyers et copro., janvier 2015, n° 1, étude 1

A. Lebatteux-Simon, « Vademecum de la scission en volumes », Loyers et copro., octobre 2015, n° 10, dossier 5

A. Lebatteux, « Le projet du GRECCO pour une simplification et une modernisation du statut de la copropriété », Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, étude 9

A. Lebatteux, « Les dispositions de l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 relatives aux modifications de la structure de la copropriété (syndicat secondaire, surélévation, scission) et aux copropriétés en difficulté », Loyers et copro., n° 2 février 2020, dossier 9

B. Leclercq, « Les ensembles immobiliers », *in* 73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976, p. 403

P. Legal, « Les vertus de la propriété partagée. Des fondements de l'ancien droit aux attentes contemporaines », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de L. Andreu, Institut universitaire Varenne, Collection « Colloques et Essais », 2015

S. Lelievre, S. Chaix-Bryan, Troisième commission, « La division de l'immeuble bâti », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p.519

H. Lepage, « La propriété deux siècles après : qu'en reste-t-il ? », Administrer, décembre 1989, p. 25

Y. Lequette, « Les mutations de l'ordre public contractuel, Ouverture », RDC 2012, p. 262

F. Letellier, « Notion de servitude : le va-et-vient jurisprudentiel », JCP N 2014, 1384, n° 17

F. Letellier, « Les notaires et les empiétements », Defrénois, juin 2018, n° 137b3, p. 24

A. Levy, « L'indemnisation du tréfonds parisien », AJPI 1995, p. 855

R. Libchaber, « La recodification du droit des biens », *in Le Code civil, 1804 – 2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297

F. Llorens, « Domanialité publique et copropriété », RDP 1990, p. 545

C. Lombois, « Commentaire de la loi du 10 juillet 1965 », D. 1966, II, lég., p. 93

Ph. Marin, J.-M. Roux, « La destination de l'immeuble en copropriété », Droit et ville, 2019/2, n° 88, p. 193

J.-P. Marguénaud, « La personnalité juridique des animaux », D. 1998, p. 205

J.-P. Marguénaud, « Droit des animaux : on en fait trop ou trop peu ? », D. 2010, p. 816

D.-R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, p. 47

D.-R. Martin, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, p. 15

D.-R. Martin, « Du corporel », D. 2004, p. 2285

J.-P. Mas, L. Calmels, Première commission, « La division contrôlée du foncier », *in* Rapport du 103e Congrès des notaires de France. *La division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007, p. 4

Ch. Maugüe, « Frontières de la domanialité publique », JCP A 2006, n° 1245

Ch. Maugüé, G. Bachelier, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », AJDA 2006, p. 1073

H. Maurey, F. Lodier, « Du renouveau du droit de superficie », JCP A 2008, 2258

H. Maurey, P. Tarrade, « L'incompatibilité entre copropriété et domanialité publique », BJCP 2013, n° 89, p. 243

E. Meiller, F. Collard, B. Travely, « Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale », JCP N 2015, 1169

E. Meiller, F. Collard, B. Travely, « Quelles possibilités offre la notion de servitudes ? », JCP N 2018, 1332

F. Melleray, « La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique », AJDA 2004, p. 490

J.-Ph. Meng, « Vers un régime du lotissement plus lisible », BJDU 2011, n° 6, p. 431

M. Mestrot, « Le rôle de la volonté dans la distinction des meubles et des immeubles », RRJ 1995, p. 809

S. Michelin-Mazéran, « Empiétement de construction : un appel à la tolérance », Opération immobilière, avril 2015

F. Moléron, « Aspects techniques et pratiques de la division en volumes », RDI 1999, p. 502

M. Morand, « Méfaits et inutilité de la réduction des voix du copropriétaire majoritaire », Gaz. Pal. 1969-II, doctr., p. 199

M. Morand, « Le piège des lots à construire dits de transition », JCP N 1990, prat. 1615, p. 629

E. Moreau, « La *servitude de non-concurrence*, étude critique », D. 1994, p. 331

J.-P. Moreau, « L'évolution de la propriété foncière », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 31

F. Morelon, « Création de l'ouvrage immobilier : aspects techniques et pratiques de la division des volumes », RDI 1999, p. 502

P.-M. Murgue-Varoclier, « Association syndicales de propriétaires et domaine public : une loi pour briser deux arrêts », JCP A, 2021, 2237

R. Nerson, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », *in Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 707

P.-L. Niel, « Empiétement et construction sur la propriété d'autrui : bilan et perspective du contrôle de proportionnalité », AJDI 2020, p. 255

S. Olivier, « Pour en finir avec le débat sur la valeur de l'état descriptif de division », LPA, 17 juin 2016, n° 121, p. 7

H. Palud, « Un rapide aperçu sur 35 ans de pratique de la division en volumes à la Défense », *in Études offertes à Jacques Combret*, LGDJ 2017, p. 221

A.-M. Patault, « La propriété non exclusive au XIXe siècle », R.H.D. 1983, p. 234

A.-M. Patault, « Regard historique sur l'évolution du droit des biens. Histoire de l'immeuble corporel », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p. 3

J.-F. le Petit, « L'expropriation du tréfonds parisien », Gaz. Pal. 1972, II, doctr., p. 691

S. Pérignon, « Peut-on vendre des droits à construire ? », Defrénois 1993, art. 35486

S. Pérignon, « Le domaine du droit de préemption urbain », AJDI 1998, p. 5

S. Pérignon, « Création des ouvrages immobiliers complexes et droit de l'urbanisme », RDI 1999, p. 522

H. Périnet-Marquet, « Les ouvrages immobiliers complexes, synthèse », RDI 1999, p. 565

H. Périnet-Marquet, « Evolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil », *in Études offertes à J. Beguin*, Paris, Litec, 2005, p. 643

H. Périnet-Marquet, « Régularisation, contentieux et préemption : trois difficultés d'interprétation de la loi ENL », Construction – Urbanisme, n° 10, octobre 2006, étude 9

H. Périnet-Marquet, « Lotissements, divisions de l'immeuble et opérations complexes après la réforme de 2007 », RDI 2007, p. 205

H. Périnet-Marquet, « Les autorisations de construire ou d'aménager délivrées à plusieurs personnes, premières approches », Construction – Urbanisme, n° 6, juin 2008, étude 6

H. Périnet-Marquet, « Actualité de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », RDI 2009, p. 16

H. Périnet-Marquet, « Les techniques de montage d'un projet photovoltaïque », RDI 2010, p. 352

H. Périnet-Marquet, « Regard sur les nouveaux biens », JCP G 2010, doctr., 1100

H. Périnet-Marquet, « La Cour de cassation ne déconstruit pas sa jurisprudence sur la démolition », Defrénois, mars 2017, n° 126c9, p. 359

H. Périnet-Marquet, « L'avant-projet de réforme de la copropriété : le GRECCO remet ses travaux », propos recueillis par Ch. Coutant-Lapalus, Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, entretien 1

H. Périnet-Marquet, « La liberté dans la création et l'aménagement de droits réels en matière immobilière », RDC, décembre 2020, n° 4, n° 117f9, p. 119

H. Périnet-Marquet, « Le droit de surplomb, nouvel instrument au service de la politique énergétique », Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2021, repère 10

M.-H. Péro Augereau-Hué, O. Boudeville, deuxième commission, « L'exercice du droit de propriété immobilière », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 261

L. Pfister, « Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels ? Retour sur la controverse doctrinale au XIXe siècle », RDC 2013, n° RDCO2013-4-002, p. 1261

V. Picard, « Adapter la loi du 10 juillet 1965 aux immeubles ne comprenant que deux copropriétaires », Loyers et copro., n° 12, décembre 2012, étude 16

A. Piedelièvre, « La copropriété par appartements », *in L'immeuble urbain à usage d'habitation*, LGDJ 1963, p. 181

A. Pône, « Volumes immobiliers et droit de propriété. Libres et périlleuses réflexions », *in Liber amicorum G. Daublon*, Defrénois, 2001, p.229

M. Poumarède, « L'impact de la loi Elan sur le droit de la copropriété », RDI 2019, p. 44

M. Poumarède, « Présentation générale de l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 845

M. Poumarède, C. Galy-Cardenac, « Copropriété : le temps de la réforme a sonné ! Aux notaires de s'en saisir », JCP N 2020, act. 674

E. Pourcel, « A qui appartiennent les biens immobiliers construits par les titulaires de titres d'occupation sur le domaine public constitutifs de droits réels », JCP N 2007, n° 24, 1190

A. Pradel, « Propos nuancés sur les règles de majorité, sources de blocage », AJDI 2007, p. 624

E. Ravanas, « Quelques réflexions autour de problématiques immobilières rencontrées dans les projets éoliens et photovoltaïques », JCP N 2009, 1275

N. Reboul-Maupin, « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des biens », LPA, 28 décembre 2016, n° 122xx7, p. 6 N.

N. Reboul-Maupin, « Les empiétements présents et à venir sur le terrain d'autrui : plaidoyer pour plus d'efficacité et d'équité dans la mise en œuvre de la sanction », LPA, 7 juillet 2017, n° 127v2, p. 12

N. Reboul-Maupin, « La destination de l'immeuble et le droit foncier », Droit et villes, 2019/2, n° 88, p. 109

N. Reboul-Maupin, « Le droit spécial des biens à l'épreuve du droit réel de jouissance spéciale : droit réel de jouissance spéciale et copropriété », D. 2020, p. 1689

N. Reboul-Maupin, B. Grimonprez, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D. 2016, p. 2074

M. Rémond-Gouilloud, « Ressources naturelles et choses sans maître », D. 1985, Chron., p. 27

M.-F. Renoux-Zagamé, « Histoire du droit de la propriété », Administrer, décembre 1989, p. 13

D. Richard, « Les nouvelles servitudes du Code des transports ou la distinction entre sujétion et propriété revisitée par le concept de volume immobilier », Construction – Urbanisme, n° 1, janvier 2017, étude 1

J.-M. Roux, « Réflexions sur l'aménagement de l'ordre public dans la loi du 10 juillet 1965 », Loyers et Copro., n° 10, octobre 2015, dossier 4

Ch. Roux, « L'insaisissabilité des biens publics emportée par l'ELAN », AJDA 2019, p. 601

N. le Rudulier, « Le lotissement du ciel. – Division en volumes et règles de scission de la propriété foncière », JCP N 2011, 1120

N. le Rudulier, « Division en volumes et copropriété : quels choix ? », AJDI 2011, p. 271

N. le Rudulier, « Division en volumes, indivision et fichier immobilier », AJDI 2012, p. 237

N. le Rudulier, « La servitude collective entre volumes : les rapports de droit privé et de droit public », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 31, 2017, p. 77

P. Sablière, « Les servitudes sur le domaine public », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 115

P. Sablière, « La saga des colonnes montantes d'électricité deux ans après la loi ELAN », AJDI 2021, p. 23

O. Salvat, « Une lacune du cadastre rénové, les biens non délimités », JCP N 2010, 1004

P. Sandevoir, « La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public », ADJA 1966, p. 84

R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », RTD Civ. 1958, p. 1

R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, chron., p. 213

R. Savatier, « Sur la propriété de l'espace », *in La croissance des villes et son influence sur le régime juridique de la propriété immobilière*, Travaux de l'association Henri Capitant, journée de liège, 1965, p. 381

R. Savatier, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », D. 1976, chron., p. 103

B. Schmaltz, « La délicate incorporation des colonnes montantes aux concessions électriques », AJDA 2017, p. 332

Ph. Simler, « Création de l'ouvrage immobilier complexe et droit de propriété », RDI 1999, p. 489

Ph. Simler, « Copropriété et propriété en volumes : antinomie ou symbiose », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec 2001, p. 679

D. Sizaire, « Le statut de la copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1969, I, doctr., 2252

D. Sizaire, « Division en volumes et copropriété des immeubles bâtis », JCP G 1988, doctr., 3367

D. Sizaire, « Division et volumes », JCP N 1998, p. 388

D. Sizaire, « La technique de division en volumes et le statut de la copropriété des immeubles bâtis », Administrer, mai 1998, n° 300, p. 17

P. Soler-Couteaux, « Le permis de construire d'opérations complexes », RDI 2003, p. 125

E. Sommier, « La division de la propriété immobilière en volumes cessibles », JCP N 1976, I, 2788

J.-M. Sorbara, « L'apport de la théorie civiliste au droit de propriété des constructions sur un fonds public », RFDA 2017, p. 341

B. Stemmer, « Quand le mieux devient l'ennemi du bien ou plaidoyer pour la copropriété horizontale », JCP N 1982-II, prat., n° 8450, p. 609.

V. Streiff, « Du bail au volume : question de superficie », Defrénois 2016, n° 123h5, p. 15

Y. Strickler, « Droit des biens : évitons la dispersion », *D*. 2007, p. 1149

Y. Strickler, « Nature et culture. Du rôle de la volonté dans la qualification des biens », *in Liber amicorum, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 525, spéc., p. 526.

J.-F. Struillou, « Le droit de préemption après la loi ALUR et ses règlements d'exécution », AJDA 2017, p. 1272

A. Tadros, « La liberté d'aménager les droits réels principaux », *in Liberté contractuelle et droits réels*, sous la direction de Lionel Andreu, coll. « colloques et essais », Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 87

A. Tardif, « L'indivision perpétuelle », LPA, 20 juillet 2020, n° 144, p. 9

F. Tarlet, « L'application du droit privé aux propriétés publiques », AJDA 2021, p. 69

Ph. Terneyre, « Domaines publics et énergies renouvelables », Environnement et développement durable, revue JurisClasseur, février 2011, p. 15.

Ph. Théry, « Création de l'ouvrage complexe et relations entre les propriétaires », RDI 1999, p. 496

J.-L. Tixier, « La destination dans le bail à construction », Construction – Urbanisme, avril 2005, n° 4, étude 4

D. Tomasin, « Les caractères de la notion d'ensemble immobilier », *in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, LexisNexis éd., 2007, p. 597

D. Tomasin, « La scission de copropriété : état de la réglementation et de la jurisprudence », Droit et Ville, 2019/2, n° 87, p. 311

D. Tomasin, « La structure juridique de l'immeuble en copropriété après l'ordonnance du 30 octobre 2019 », AJDI 2019, p. 847

L. Tranchant, « Du droit de superficie à la propriété modulaire », *in Le droit entre autonomie et ouverture*, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 749

B. Travely, E. Meiller, F. Collard, « Le droit des servitudes, de la jurisprudence récente à la pratique notariale », JCP N 2015, 1169, n° 8.

J. Trémeau, « La notion de division en vue de l'implantation de bâtiments », Annexe 1, Séminaires GRIDAUH sur la réforme du droit des lotissements, III°

Y. Trémorin, « Brèves remarques sur la place de la propriété individuelle dans la division des immeubles bâtis », *in Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter*, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 67

Y. Trémorin, « Illusion géométrique et vérité juridique, propriété de l'espace et espace de la propriété : quelques remarques à propos de l'objet de la propriété foncière », *in Mélanges-Hommage amical à Xavier Martin*, LGDJ, 2016, p. 427

Y. Trémorin, « La propriété foncière entre autonomie et sujétion : observations sur la nature et les fonctions de la servitude civile dans son rapport avec la division de l'immeuble », *in Les servitudes collectives et la propriété privée*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 31, 2017, p. 113

J.-Ph. Tricoire, « Les rapports du voisinage et des servitudes », *in Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, LGDJ, Bruylant, 2013, p. 775

J.-Ph. Tricoire, C. Charbonneau, « La destination de l'immeuble en droit de la construction », Droit et ville, 2019/2, n° 88, p. 171

Th. Vaillant, A. Muzard, Troisième commission, « La propriété immobilière face à ses défis », *in* Rapport du 112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016, p. 649

F. de la Vaissière, « La loi ELAN et les colonnes montantes électriques », AJDI 2019, p. 51

M. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905, p. 443.

G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », JCP G, 1948, I, 682

G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP G, 1950, I, 851

D. Veillon, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVIe au XVIIIe siècle », *in Les propriétés. Université d'été 2015*, Coll. Actes et colloques de la faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, LGDJ, 2016, p. 7

J. Viatte, « La location des constructions édifiées sur le sol d'autrui », Rev. Loyers, 1966, p. 421

J. Viatte, « La copropriété limitée à deux lots », Rev. Loyers, 1976, p. 72

J.-Ch. Videlin, « La transmissibilité du titre d'occupation privative et les enjeux contemporains de la domanialité publique », RFDA 2016, p. 903

M. Villey « Avant propos », *in Les biens et les choses*, Arch. Phil. Droit, tome 24, Sirey, 1979, p. 4.

Ph. Yolka, « L'accès des personnes publiques à la copropriété », Dr. et pat., n° 179, mars 2009, p. 80

Ph. Yolka, « Les droits réels sur le domaine public (survol d'une décennie) », AJDA 2016, p. 1797

Ph. Yolka, « Hypothèques légales et biens publics : sortir de l'imbroglio ? », JCP A 2020, act. 388

V. Zalewski-Sicard, « Construction et copropriété, les apports de la loi Elan », Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2018, alerte 64

V. Zalewski-Sicard, « La copropriété à deux copropriétaires après l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 », Gaz. Pal., 10 décembre 2019, n° 43, p. 58

F. Zenati, « Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier », *in L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3ème journée R. Savatier, Poitiers, 4 et 5 octobre 1990, PUF 1991, p, 5

F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD Civ. 1993, p. 305

F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *in Le droit et l'immatériel*, Arch. Phil. Droit, tome 43, Sirey, 1999, p. 79

F. Zenati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », RTD Civ. 2006, p. 445

F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du livre II du Code civil. Étude critique », RTD Civ. 2009, p. 211

Chroniques, observations et notes de jurisprudence

O. Abram, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, AJDI 2004, p. 318

Y. Aguila, concl. sous CE, 10 octobre 2007, BJDU 2007, n° 4, p. 282

Ch. Atias, note sous Cass. com., 15 juillet 1987, n° 86-11.272, D. 1988, p. 360

Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 1992, D. 1992. Jur. 386

Ch. Atias, obs. sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, Defrénois 1999, p. 796

Ch. Atias, note sous Aix-en-Provence, 27 mai 1999, D. 1999, somm. p. 311

Ch. Atias, obs. sous Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, Defrénois 2000, n° 37196

Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, Defrénois 2000, 1170

Ch. Atias, obs. sous Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, Defrénois 2001, p. 475

Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2008, D. 2008, p. 2840

Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, AJDI 2012, p. 276

Ch. Atias, note sous Cass. civ., 3ème, 30 octobre 2012, Defrénois 2012, n° DEF40627, p. 1003

Ch. Atias, P. Capoulade, obs sous Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, D. 2011, p. 199

J.-L. Aubert, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, D. 1993, p. 156

L. d'Avout, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, D. 2012, p. 1934

L. d'Avout, B. Mallet-Bricout, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, D. 2017, p. 134

A. Aynès, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, D. 2016, p. 176

F. Bayard-Jammes, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, AJDI 2005, p. 193

G. Beaussonie, note sous CA Toulouse, 15 septembre 2008, JCP N 2009, 1116

S. Benilsi, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, Droit et Pat. 2020, n° 298, janvier 2020, p. 65

Ph. Benoit-Cattin, note sous CAA Nancy, 24 juin 2004, Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2004, comm. 217

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 février 1982, RDI 1983, p. 201

J.-.L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, RDI 1985, n° 1, p. 33

J.-.L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 22 mars 1989, RDI 1989, p. 447

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, RDI 1998, p. 605

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, RDI 2000, p. 316

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, RDI 2004, p. 440

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, RDI 2000, p. 316

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, RDI 2002, p. 241

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 juin 2002, RDI 2002, p. 383

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, RDI 2004, p. 282

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, RDI 2008, p. 202

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, RDI 2010, p. 447

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, RDI 2012, p. 497

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, RDI 2015, p. 175

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, RDI 2016, p. 598

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, RDI 2018, p. 160

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 décembre 2018, RDI 2019, p. 90

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RDI 2019, p. 510

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, RDI 2020, p. 142

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, RDI 2020, p. 589

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167, RDI 2021, p. 281

J.-L. Bergel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-17.616, RDI 2021, p. 350

J.-P. Blatter, note sous Cass. civ., 3ème, 27 septembre 2006, AJDI 2007, p. 34

B. Boccara, note sous Cass. civ., 3ème, 10 décembre 1986, JCP N 1987, II, p. 247

R. Boffa, note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, RDC 2015, n° 111h8, p. 63

R. Boffa, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, RDC 2017, p. 60

R. Boffa, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, D. 2020, p. 1092

P. Bon, note sous CE, 18 novembre 2005, RFDA 2006, p. 341

Ph. Bon, obs. sous CE, 4 mars 1991, D. 1992, somm. p. 377

B. Bohnert, concl. sous CE, 16 mars 2016, Droit fiscal, n° 22, juin 2016, comm. 348

J.-R. Bouyeure, note sous Cass. civ., 3ème, 23 janvier 1973, AJPI, septembre 1973, p. 1028

J.-R. Bouyeure, obs. sous Cass. civ., 3ème, 20 novembre 2007, Administrer, février 2008, p. 36

J.-D. Bredin , obs. sous Cass. civ., 1re, 30 juin 1964, RTD Civ. 1965, p. 153

V. Brémond, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, D. 2003, somm., p. 1863

Ch. Broche, note sous Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2020, n° 19-22.294, Defrénois, mars 2021, n° 168m8, p. 13

M. Bruschi, obs. sous Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, RDI 2000, p. 145

M. Bruschi, obs. sous Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, RDI 2000, p. 525

M. Bruschi, obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 mars 2002, RDI 2002, p. 384

Ch.-E. Bucher, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, AJDI 2020, p. 837.

J. Burguburu, concl. sous CE, 17 juillet 2009, RFDA 2009, p. 1021

P. Capoulade, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 25 janvier 1994, D. 1994, somm. p. 207

P. Capoulade, note sous Cass. civ., 3ème, 24 juin 1997, Administrer 1998, p. 45

P. Capoulade, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 30 septembre 1998, RDI. 1999, n° 1, p. 144

P. Capoulade, note sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, Administrer, juin 1999, p. 39

P. Capoulade, note sous Cass. civ., 3ème, 2 décembre 2009, AJDI 2010, p. 472

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass civ., 3ème, 15 novembre 1989, D. 1990, juris., p. 216

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 juin 1991, RDI 1991, p. 379

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1991, RDI. 1992, p. 109

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1991, RDI 1992, p. 110

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, RDI 1992, p. 364 ; D. 1993, p. 1

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 31 mars 1993, RDI 1993, p. 270

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 7 décembre 1994, RDI 1995, p. 149

P. Capoulade, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 30 mai 1995, RDI 1995, p. 582

A. Cayol, obs. sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, Dalloz actualité, 12 mai 2020

C. Chamard-Heim, obs. sous CE, 16 mars 2016, Contrats et Marchés publics, n° 5, mai 2017, chron. n° 4

G. Champenois, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, Defrénois 2003, p. 1003

J.-Ch. Chaput, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, RDI 2010, p. 606

J.-Ch. Chaput, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, RDI 2013, p. 87

R. Chardonnal, Chron. Hyp., JCP N 1982, prat. 8363

R. Chardonnal, Chron. Hyp., JCP N 1986, prat. 9794

A.-L. Collomp, A.-L. Méano, note sous Cass. civ., 3ème, 27 avril 2017, D. 2017, 2301

M. Contamine-Raynaud, obs. sous Cass. civ., 3ème, 15 avril 1970, D. 1970, p. 474

P. Cornille, note sous CE, 26 septembre 1990, JCP N 1991, II, p. 85

P. Cornille, obs. sous TGI Saintes, 6 juin 1995, JCP N. 1995, II, p. 1588

P. Cornille, note sous Cass. civ., 3ème, 13 septembre 2018, Construction – Urbanisme, octobre 2018, n° 10, comm. 138

P. Cornille, O. Chambord, note sous CE, 17 juillet 2009, Construction – Urbanisme, n°10, octobre 2010, comm. 123

Ch. Coutant-Lapalus, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, Loyers et copro., juillet 2018, n° 7-8, comm. 182

Ch. Coutant-Lapalus, note sous Cass. civ., 3ème, 24 janvier 2019, Loyers et copro., Avril 2019, n° 4, comm. 64

X. Couton, note sous CE, 1er mars 2013, Construction – Urbanisme, n° 4, avril 2013, comm. 54

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, Defrénois 2012, n° DEF40637, p. 1067

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, RDC 2017, p. 123

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, RDC 2018, p.105

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, RDC 2018, n° 115n4, p. 454

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, RDC 2019, n° 115x5, p. 138

F. Danos, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, JCP G 2019, p. 729

J.-F. Davignon, note sous CE, 11 février 1994, D. 1994, p. 493

P. Dechenaud, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, JCP G, 2008, II, 10161

H. Desbois, note sous Besançon, 14 décembre 1955, RTD Civ. 1957, p. 102

R. Desgorges, note sous Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, D. 2003, p. 2111

M. Destreguil, note sous Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, JCP N 2018, 1190

P. Deumier, note sous Cass., avis, 16 février 2015, RTD Civ. 2015, p. 569

G. Deville, obs. sous Cass. civ., 3ème, 20 novembre 1996, AJDI 1997, p. 215

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, JCP G 2012, 930

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, RTD Civ. 2013, p. 148

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377, RTD Civ. 2013, p. 414

W. Dross, note sous, Cass. civ., 3ème, 1er juillet 2014, RTD Civ. 2014, p. 917

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, n° 13-22.357, RTD Civ. 2015, p. 163

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, RTD Civ. 2015, p. 413

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.024, RTD Civ. 2015, p. 420

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.214, RTD Civ. 2015, p. 428

W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 17 février 2015, RTD Civ. 2015, p. 644.
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mars 2015, RTD Civ. 2015, p. 656.
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, n° 14-14.311, RTD Civ. 2015, p. 899
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, RTD Civ. 2015, p. 902
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2015, n° 14-25.403, RTD Civ. 2016, p. 159
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 15 juin 2016, RTD Civ. 2016, p. 889
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, RTD Civ. 2016, p. 894
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 15décembre 2016, RTD Civ. 2017, p. 423
W. Dross, note sous Cass civ., 3ème, 8 juin 2017, RTD Civ. 2017, p. 699
W. Dross, note sous Cass. civ., 1re, 5 juillet 2017, RTD Civ. 2017, p. 887
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, RTD Civ. 2017, p. 891
W. Dross, note sous Cass. civ., 1re, 5 octobre 2017, RTD Civ. 2018, p. 172
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, RTD Civ. 2018, p. 436
W. Dross, note sous, Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, RTD Civ. 2018, p. 696
W. Dross, note sous Cass. civ., 1re, 17 mai 2018, RTD Civ. 2018, p. 708.
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, RTD Civ. 2018, p. 712
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, RTD Civ. 2019, p. 132
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RTD Civ. 2019, p. 622
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 20 juin 2019, n° 18-13.242, RTD Civ. 2019, p. 901
W. Dross, note sous Cass. civ., 1re, 20 juin 2019, n° 18-10.502, RTD Civ. 2019, p. 905
W. Dross, note sous Cass civ., 3ème, 19 décembre 2019, RTD Civ. 2020, p. 416
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 14 novembre 2019, RTD Civ. 2020, p. 420
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, RTD Civ. 2020, p. 424
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, RTD Civ. 2020, p. 648
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, RTD Civ. 2020, p. 659
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 10 septembre 2020, RTD Civ. 2021, p. 167
W. Dross, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, RTD Civ. 2021, p. 441
W. Dross, note sous Paris, 7 mai 2021, RTD Civ. 2021, p. 675
J. Dubarry, note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, D. 2018, p. 2468
J. Dubarry, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, D. 2019, p. 1689
J. Dubarry, V. Streiff, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, JCP N 2016, p. 27
J. Dufau, note sous CE, 11 février 1994, AJDA 1994, p. 548
Dupin, concl. sous Cass. ch. réunies, 3 mars 1841 ; S. 1841, I, 259
G. Eckert, obs. sous CAA Lyon, 7 mars 2011, Contrats, marchés-publ. 2011, comm. 184
J.-L. Elhoueiss, note sous Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, JCP G 2003, II, 10141
P. Esmein, note sous Cass. civ., 1re, 1er décembre 1964, JCP G 1965, II, 14213
E. Fatôme, note sous CE, 26 janvier 2018, AJDA 2018, p. 928

E. Fatôme, J. Moreau, note sous CE, 6 mai 1985, AJDA 1985, p. 620

O. Févrot, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 2009, RDI 2009, p. 359

M.-Th. Feydeau, rapport, Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, JCP G 2015, p. 413

G. Forest, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, D. 2008, p. 919

G. Forest, obs. sous Cass. civ., 3ème, 29 avril 2009, Dalloz actualité, 12 mai 2009

N. Foulquier, note sous CAA Nancy, 23 janvier 2014, AJDA 2015, p. 884

A. Fournier, D. Sizaire, note sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, JCP N 2000, 1311

E. Franck, note sous Cass. civ., 3ème, 5 mai 1975, Defrénois 1975-I, p. 1256

A. Gailliard, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2018, Dalloz actualité, 18 septembre 2018

Y. Galmot, concl. sous CE, 5 février 1965, RDP 1965, p. 493

E. Gavin-Milan-Oosterlynck, obs. sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2007, RDI 2008, p. 268

E. Gavin Millan-Oosterlynck, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017 et Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, RDI 2018, p. 215

J.-M. Gélinet, note sous Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, AJDI 1993, p. 713

J.-F. Giacuzzo, note sous C.C., 2 février 2016, Constitution 2016

J.-F. Giacuzzo, obs. sous C.E., 10 mars 2020, JCP N 2020, act. 301

C. Giverdon, J.-R. Bouyeure, J. Lafond, note sous Cass. civ., 3ème, 3 mai 1990, D. 1991, p. 77

C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1978, RTD Civ 1980, p. 129

C. Giverdon, note sous TGI Nice, 20 mars 1979, D. 1980, I.R., p. 210

C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, RTD Civ 1978, p. 674

C. Giverdon, obs. sous Lyon, 22 janvier 1981, RTD Civ. 1981, p. 656

C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, JCP N 1994, I, p. 82

C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, D. 2000, p. 133

C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 22 novembre 2000, AJDI 2001, p. 146

C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 20 octobre 2001, AJDI 2002, p. 40

C. Giverdon, note sous Cass. civ., 3ème, 29 mai 2002, D. 2003, jur., 1331

F. Givord, C. Giverdon, obs. sous Paris, 5 février 1980, RDI. 1980, p. 338

F. Givord, C. Giverdon, obs. sous Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, RDI 1990, p. 113

G. Godfrin, note sous CAA Versailles, 29 mars 2007, Construction – Urbanisme, n° 9, septembre 2007, comm. 164

J.-M. Goëtghebeur, note sous Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, JCP N 1993, 101431

G. Gondouin, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, AJDA 1994, p. 786

G. Goubeaux, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, JCP G 1984, II, 20307

G. Goubeaux, obs. sous Cass., civ., 3ème, 12 décembre 1984, JCP G 1985, II, 20411

B. Grimonprez, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2013, n° 12-13.898, Droit rural, décembre 2013, comm. 231

B. Grimonprez, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-16.815, JCP N 2017, 1341

E.-J. Guillot, note sous Bastia, 3 avril 1979, JCP G 1980, II, 19370

E.-J. Guillot, note sous Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1991, Administrer mai 1992, n° 235, p. 27

R. Hostiou, note sous CE, 24 avril 2012, AJDA 2012, p. 1345

R. Hostiou, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, RDI 2021, p. 269

L. Jariel, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, JCP G 2018, p. 892

M. Jéol, concl. sous, Cass. Ass. Plén. 6 janvier 1994, JCP G 1994, II, 2207

M. Julienne, J. Dubarry, note sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, JCP N 2015, p. 1083

N. Kilgus, note sous Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, JCP G 2021, 462

J.-E. Labbé, note sous Cass. civ., 16 décembre 1873, S. 1874, I, 457

C. Landais, F. Lenica, note sous CE, 18 novembre 2005, AJDA 2006, p. 137

J. Laurent, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, JCP G 2016, 1172, p. 2021

J. Laurent, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, Defrénois, juillet 2019, n° 149z1, p. 30

J. Laurent, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, Defrénois, août 2020, n° 160x4, p. 29

Ch. Lavialle, note sous Cass. crim., 19 novembre 2004, RFDA 2005, p. 105

A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 7 septembre 2017, Loyers et copro., n° 11, novembre 2017, comm. 220

A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 1re, 12 juin 2018, Loyers et copro., n°7-8, juillet 2018, comm. 185

A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 12 juin 2018, Loyers et copro., n° 9, septembre 2018, comm. 209

A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 6 septembre 2018, Loyers et copro., n° 11, novembre 2018, comm. 233

A. Lebatteux, note sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, Loyers et copro., n° 12, décembre 2018, comm. 259

A. Lebatteux, note sous, C.E., 23 janvier 2020, Loyers et copro., n° 3, mars 2020, comm. 41

N. Levillain, note sous Cass. civ., 1re, 11 juillet 2019, AJ Famille, p. 542

R. Libchaber, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, D. 2001, p. 151

G. Liet-Veaux, note sous CE, 27 février 1977, JCP G 1977, II, 18751

G. Liet-Veaux, **J.-M. Becet**, note sous CE, 28 janvier 1970, La Revue Administrative, mai-juin 1970, n° 135, p. 297

D. Lochouarn, note sous Cass. civ., 3ème, 10 octobre 2019, Droit rural, janvier 2020, comm. 3

D. Lochouarn, note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, Droit rural, mars 2020, comm. 42

G. Loiseau, obs. sous Cass. civ., 1re, 29 octobre 2014, JCP G 2014, 1170

M. Long, note sous CE, 19 octobre 1956, RDP 1957, p. 310

J. Maistre du Chambon, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, RTD Imm. 2013, n° 1, p. 55

B. Mallet-Bricout, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, D. 2012, p. 2128

B. Mallet-Bricout, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, D. 2012, p. 2128

B. Mallet-Bricout, obs. sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, D. 2015, p. 599

E.-S. de la Marnière, note sous Besançon, 14 décembre 1955, D. 1957, p. 358

E.-S. de la Marnière, note sous Cass. civ., 3ème, 3 mai 1990, D. 1991, p. 155

E. Maupin, obs. sous Cons. Cons., QPC du 26 octobre 2018, AJDA 2019, p. 2103

A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp, obs. sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, D. 2015, p. 2198

A.-L. Méano, V. Georget, A.-L. Collomp, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, D. 2016, p. 2237

E. Meiller, note sous Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, JCP N 2012, 1363

E. Meiller, note sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, Droit rural, octobre 2015, comm. 188

E. Meiller, note sous Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, Droit rural, n° 483, comm. 92

M. Mekki, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, D. 2017, p. 375

F. Melleray, note sous CE, 20 juin 1930, n° 96372, « Sieur Marrot », *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 3ème éd., 2018, n° 84, p. 801

S. Milleville, obs. sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, JCP G 2015, 148, p. 244

S. Milleville, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, JCP G 2016, 978, p. 1692

A.-C. Monge, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, D. 2008, p. 1224

M. Morand, note sous Paris, 5 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, p. 635

J. Moreau, note sous CE, 12 mai 2004, JCP A 2004, 1421, p. 877

E. Naquet, note sous Cass. civ., 15 juillet 1901, S. 1902, I, 217

L. Neyret, **N. Reboul-Maupin**, obs. sous Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, D. 2015, p. 1863

L. Neyret, **N. Reboul-Maupin**, obs. sous Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, D. 2015, p. 1863

L. Neyret, **N. Reboul-Maupin**, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, D. 2017, p. 1789

L. Neyret, N. Reboul-Maupin, obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 avril 2017, D. 2017, 1789

L. Neyret, N. Reboul-Maupin, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, D. 2018, p. 1772

P.-L. Niel, obs. sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, LPA, 8 janvier 2018, n° 6, p. 11

P. Ourliac, note sous Cass. civ., 3ème, 6 mars 1991, JCP G 1992, I, 21890, p. 251

M.-L. Pagès de Varenne, note sous Cass. civ., 3ème, 20 janvier 2009, n° 07-21.758, Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2009, comm. 43

J.-M. Pastor, obs. sous CE, 23 janvier 2020, AJDA 2020, p. 199

H. Pauliat, note sous CE, 24 avril 2012, JCP A 2012, p. 2391

S. Pérignon, note sous CE, 26 septembre 1990, Defrénois 1991, p. 923

H. Périnet-Marquet, note sous, Cass. Ass. Plén. 6 janvier 1994, JCP G 1994, I, 3750

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 24 juin 1998, JCP G 1999, I, 120

H. Périnet-Marquet, obs. sous, Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, JCP G 2000, I, 265

H. Périnet-Marquet, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 30 avril 2002, JCP N 2002, 1666

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 29 mai 2002, JCP G 2003, 117, n° 8

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, JCP G 2004, doctr. 125, n° 8

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, JCP G 2010, 1162

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, JCP G 2012, doctr., 465

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, JCP G 2013

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 22 janvier 2014, Defrénois n° 6, 30 mars 2014, n° 115q5, p. 284

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 19 février 2014, JCP N 2014, 1187

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 11 février 2016, n° 15-21.949, Construction – Urbanisme, n° 3, mars 2016, repère 3

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 15 juin 2016, JCP G 2016, 1191, spéc., n° 1

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, JCP G 2016, p. 2054

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, JCP G 2017, 1142

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, JCP G 2018, 404

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, JCP G 2018, 893

H. Périnet-Marquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2018, JCP N 2019, 1280, spéc., n° 2

H. Périnet-Marquet, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP G 2020, doctr. 648, n° 9

V. Perruchot-Triboulet, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, RLDC 2012, n° 97, p. 69

V. Perruchot-Triboulet, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, RLDC 2016, n° 142, p. 28

V. Perruchot-Triboulet, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, RLDC 2018, n° 164, p. 28

V. Perruchot-Triboulet, obs. sous, Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, RLDC 2018, n° 174, p. 34

A. Plancqueel, note sous T. Civ. Rennes, S. 1956, J., p. 185

A. Plancqueel, note sous Cass. civ., 3ème, 11 juillet 1969, JCP G 1971, II, 16658

A. Ponsard, note sous Besançon, 14 décembre 1955, JCP 1957, II, 9706

M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, RDI 2014, p. 640

M. Poumarède, note sous Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, JCP N 2021, 1168

S. Prigent, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, AJDI 2008, p. 795

J.-G. Raffray, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mars 1993, JCP N 1994, 100332, II, p. 94

N. Reboul-Maupin, note sous Cass. civ., 1re, 4 juillet 2001, D. 2002, p. 2513

N. Reboul-Maupin, Y. Strickler, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 décembre 2018, D. 2019, 1801

N. Reboul-Maupin, Y. Strickler, obs. sous Cass. civ., 3ème, 21 février 2019, D. 2019, p. 1801

N. Reboul-Maupin, Y. Strickler, obs. sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, D. 2019, p. 1801

Th. Revet, note sous Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, RTD Civ 2002, p. 539

Th. Revet, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 525

Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, RTD Civ. 2004, p. 753

Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, RTD Civ. 2009, p. 142

Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, RTD Civ. 2012, p. 553

Th. Revet, note sous Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, JCP G 2015, p. 417

A. Robert, obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 février 1982, D. 1983, I.R, 15

A. Robert, obs. sous Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, D. 1993, p. 36

M.-C. Rouault, note sous CE, 11 février 1994, JCP G 1994, II, 22338

Y. Rouquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, D. 2011, p. 1685

Y. Rouquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 octobre 2011, D. 2011, p. 2657

Y. Rouquet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, D. 2012, p. 2245

F. Roussel, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, D. 2018, 781

F. Rouvière, note sous Cass. civ., 3ème, 13 novembre 2014, D. 2015, p. 60

N. le Rudulier, note sous Cass civ., 3ème, 28 juin 2011, AJDI 2012, p. 140

N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, AJDI 2012, p. 237

N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 18 septembre 2013, AJDI 2014, p. 212

N. le Rudulier, note sous Cass civ., 3ème, 3 juillet 2013, AJDI 2014, p. 229

N. le Rudulier, note sous Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, AJDI 2015, p. 858

N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 27 avril 2017, Dalloz actualité, 24 mai 2017

N. le Rudulier, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, AJDI 2018, p. 138

R. Savatier, note sous Cass. civ., 3ème, 16 mai 1977, D. 1978, juris., p. 161

J.-B. Seube, note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, RDC 2015, n° 111j1, p. 59

J.-B. Seube, obs. sous Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-19.561, Droit et Pat. 2017, n° 270, juin 2017, p. 55

J.-B. Seube, obs. sous Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, Droit et Pat. 2018, n° 276, janvier 2018, p. 60

J.-B. Seube, note sous Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, RDC 2018, n° 114w7, p. 54

J.-B. Seube, obs. sous Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, Droit et Pat. 2019, n° 287, janvier 2019, p. 49

J.-B. Seube, Th. Revet, obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, Droit et Pat. 2015, n° 253, décembre 2015, p. 82

Sévin, concl. sous, Cass. civ., 18 mai 1858, D.P. 1858, I, 218

Ph. Simler, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 1986, JCP G 1986, II, 20702

Ch. Sizaire, note sous Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, Construction – Urbanisme n° 9, Septembre 2015, comm. 121

Ch. Sizaire, note sous Cass. civ., 3ème, 13 décembre 2018, Construction – Urbanisme n° 3, Mars 2019, comm. 24

D. Sizaire, note sous Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, JCP N 1999, p. 1639

D. Sizaire, note sous Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, Construction – Urbanisme, n° 10, octobre 2001, n° 205

D. Sizaire, note sous Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, Construction – Urbanisme, n° 11, novembre 2003, comm. 252

P. Soler-Couteaux, note sous CE, 30 novembre 2007, RDI 2008, p. 16

P. Soler-Couteaux, note sous CE, 17 juillet 2009, « Commune de Grenoble », AJDA 2009, p. 2127

P. Soler-Couteaux, note sous C.E., 23 janvier 2020, Contrats et marchés publics, n° 4, avril 2020, comm. 127

P. Soler-Couteaux, note sous C.E., 10 mars 2020, Contrats et marchés publics, n°6, juin 2020, comm. 184

F. Steinmetz, note sous Cass. civ., 3ème, 23 janv. 1979, D. 1980, p. 412

B. Stemmer, note sous CE, 27 février 1977, JCP N 1977, II, p. 134

B. Stemmer, note sous Cass. civ., 3ème, 23 janv. 1979, JCP N 1979, II, p. 174

J.-Ph. Strebler, note sous CAA Nancy, 18 mai 2017, RDI 2017, p. 373

B. Sturlèse, avis, Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, JCP G 2015, p. 415

B. Sturlèse, avis, Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, D. 2019, p. 1684

D. Szymczak, note sous CEDH, 27 juin 2006, JCP A 2006, 1238

A Tadros, note sous Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, RDC 2015, n° 111t0, p. 364

A Tadros, note sous Cass civ., 3ème, 13 mai 2015, RDC 2015, n° 112q2, p. 949

V. Tellier, note sous Cass. civ., 3ème, 27 septembre 2006, D. 2007, p. 1188

F.-X. Testu, note sous Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, JCP G, 2012, 1400

D. Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, AJDI 2011, p. 217

D. Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, D. 2012, p. 2412

D Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, AJDI 2012, p. 353

D Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 19 octobre 2011, AJDI 2012, p. 520

D. Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, D. 2012, p. 2412

D. Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, AJDI 2013, p. 444

D. Tomasin, note sous Cass. civ., 3ème, 18 septembre 2013, AJDI 2014, p. 287

O. Tournafond, obs. sous Paris, 9 mai 1990, D, 1991, p. 166

O. Tournafond, J.-Ph. Tricoire, note sous Cass. civ., 3ème, 22 janvier 2014, RDI. 2014, p. 355

L. Tranchant, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, Defrénois 2013, p. 13

B. Travely, F. Collard, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, JCP G 2012, 1267

B. Vareilles, note sous Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, RTD Civ. 2003, p. 342

F. Vern, note sous Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, Gaz. Pal., n° 26, 16 juillet 2019, p. 19

F. Vern, note sous Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, JCP N 2020, 1060

J. Viatte, note sous Lyon, 27 mars 1973, D.S. 1973, somm., p. 134

P. Vignalou, note sous Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, Defrénois, octobre 2020, n° 164v9, p. 32

G. Vigneron, note sous Paris, 8 février 2001, Loyers et copro., juillet-août 2001, n° 7-8, comm. 184

G. Vigneron, note sous Paris, 26 février 2004, Loyers et copro., juillet-août 2004, n° 7-8, comm. 136

G. Vigneron, note sous Paris, 11 octobre 2007, Loyers et copro., janvier 2008, n° 1, comm. 22

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2008, Loyers et copro., février 2009, n° 2, comm. 44

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 2009, Loyers et copro., mai 2009, n° 5, comm. 130

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009, Loyers et copro., septembre 2009, n° 9, comm. 218

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, Loyers et copro., janvier 2011, n° 1, comm. 22

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, Loyers et copro, mars 2011, n° 3, comm. 88

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, Loyers et copro, novembre 2012, n° 11, comm. 306

G. Vigneron, note sous Cass. civ., 3ème, 24 avril 2013, Loyers et copro., juillet 2013, n° 7-8, comm. 218

M. Waline, note sous CAA Paris, 13 mai 1933, D.P. 1934, 2, p. 101

J.-F. Weber, concl. sous Cass. civ., 3ème, 20 novembre 1996, AJDI 1997, p. 189

Ph. Yolka, note sous Cass. civ., 1re, 25 février 2009, JCP A 2009, n° 2080

Ph. Yolka, note sous CEDH, 27 juin 2006, JCP A 2007, 2173

Ph. Yolka, note sous C.E., 23 janvier 2020, JCP A 2020, 2039

V. Zalewski-Sicard, note sous Cass. civ., 3ème, 22 janvier 2014, Gaz. Pal. 2014, 2, n° 169a9, p. 977

V. Zalewski-Sicard, note sous Cass. civ., 3ème, 29 mars 2018, Gaz. Pal. 2018, n° 18, 22 mai, n° 323e1, p. 81

F. Zenati, note sous Cass. com., 15 juillet 1987, RTD Civ. 1989, p. 351

F. Zenati, note sous Cass civ., 3ème, 15 novembre 1989, RTD Civ. 1990, p. 304

F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1990, RTD Civ. 1991, p. 562

F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 24 mars 1993, RTD Civ. 1993, p. 853

F. Zenati, note sous, Cass. Ass. Plén. 6 janvier 1994, RTD Civ. 1994, p. 889, n° 4

F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 19 juillet 1995, RTD Civ. 1998, p. 145

F. Zenati, note sous Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC, RTD Civ. 1995, p. 656

F. Zenati, note sous Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, RTD Civ. 1999, p. 142

F. Zenati, note sous, Cass. com., 1er avril 1997, RTD Civ. 1999, p. 659

Actes de colloque, recueils, rapports et recommandations

F. Blaizot, *Rapport de la proposition de loi améliorant la protection des acquéreurs de logement ancien*, Rapport législatif du Sénat, n° 473, déposé le 26 juin 1996.

P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome I, Paris – Videcoq, 1836

P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris – Videcoq, 1836

J.-E.-M. Portalis, « Exposé des motifs du projet de loi sur la propriété », *in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris – Videcoq, 1836, p. 112

J.-B. Treilhard, « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs », *in P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome XI, Paris – Videcoq, 1836, p. 32

R. Zimmermann, rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, J.O. de l'Assemblée Nationale, travaux parlementaires, 1965, n° 1311, p. 533

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, version finale du 15 mai 2009

GRIDAUH*,* « Pour une réforme du droit des lotissements », AJDA 2010, p. 1180

ANAH, P*révenir et guérir les difficultés des copropriétés. Une priorité des politiques de l'habitat*, 2012, p. 82.

Douze propositions pour 2012 – Le Livre Blanc des géomètres-experts, Construction – Urbanisme, n° 4, avril 2012, alerte 31

73e Congrès des notaires de France, *Pratique et évolution de la copropriété*, Strasbourg, 1976

103e Congrès des notaires de France, *Division de l'immeuble. Le sol. L'espace. Le bâti*, Lyon, 2007

109e Congrès des notaires de France*, Propriétés publiques. Quels contrats pour quels projets*, Lyon, 2013

112e Congrès des notaires de France, *La propriété immobilière. Entre liberté et contraintes*, Nantes, 2016

114e Congrès des notaires de France, *Demain, le territoire*, Cannes, 2018.

Exposé des motifs de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, JO, 22 juillet 1965, n° 1074, p. 2

Rapport législatif n° 1329 fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, article 28 du projet de loi.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis, JORF, n° 0254, 31 octobre 2019, texte n° 2

Rapport annuel de la Cour de cassation, année 2016

Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, *Pour une modernisation de la publicité foncière*, 2018

Rép. min. n° 19184, JCP N 1966, prat. 4085-3

Rép. min. n° 5772, J.O. Sénat, 20 décembre 2018, p. 6633, JCP N 2019, act. 197, « *Biens non délimités* : quelles sont les solutions ? »

Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5, relative à la publicité foncière des états descriptifs de division*, JCP N 1991, prat., 1780, p. 177

Commission relative à la copropriété, *Recommandation n° 5, relative à la division des immeubles et au respect des règles de la publicité foncière pour les états descriptifs de division*, Loyers et copro., n° 6, juin 2008, comm. 137

Étude d'impact, Projet de loi relatif à la transition énergétique pour la croissance verte, rendu le 29 juillet 2014

Étude d'impact, Projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, rendu le 3 avril 2018

Recueil des usages locaux du département d'Indre et Loire, Chambre d'Agriculture d'Indre et Loire, 1980

Décisions de justice

Cour de cassation

Cass., avis, 16 février 2015, n° 14-70.011 (Loi et rétroactivité)

Cass. Req., 26 décembre 1833 ; S. 1834, I, 720 ; D.P. 1834, I, 72 (Propriété superficiaire, plantation)

Cass. Req. 13 février 1834, *S.* 1834, I, p. 205 (*Numerus clausus* des droits réel, non)

Cass. Req., 7 mai 1838, S. 1838, I, 719 (Article 552 du Code civil, absence de bilatéralité)

Cass. Req., 6 avril 1841, D.P. 1841, 1, 214 (Servitude, qualification de fonds)

Cass. Req., 6 mars 1861, S. 1861, I, 713, D. 1861, I, 417 (Droit de superficie, nature)

Cass. Req., 5 novembre 1866, S. 1866, I, 440 (Droit de superficie, nature)

Cass. Req., 24 novembre 1869, S. 1870, I, 32 ; D.P. 1870, I, 274 (Propriété superficiaire, cave)

Cass. Req., 22 avril 1860, D.P. 1860, I, 444 (Article 664 ancien du Code civil, répartition de la propriété)

Cass. Req., 21 novembre 1877 ; D. 1878, I, 301 (Propriété superficiaire, plantation)

Cass. Req., 8 mars 1880 ; D.P. 1881, I, 269 (Servitude, intérêt du fonds)

Cass. Req., 26 juin 1901, D.P. 1901, I, 501 (Article 552 du Code civil, présomption simple)

Cass. Req. 12 juillet 1905, D.P. 1907, I, 141 (Propriété, imprescriptibilité)

Cass. Req., 7 novembre 1906, S. 1909, I, 125 (Propriété superficiaire, grotte)

Cass. Req., 8 nov. 1911, D. 1912, I, 484 (Article 552 du Code civil, présomption simple)

Cass. Req., 7 mai 1930, S. 1930, I, 263 (Droit réel sur la chose d'autrui, durée)

Cass. Req., 25 juin 1941, Gaz. Pal. 1941, II, p. 98 (Article 552 du Code civil, absence de bilatéralité)

Cass. civ., 15 avril 1833, S. 1833, I, 278 (Servitude, intérêt du fonds)

Cass. civ., 5 juillet 1848 ; S. 1848, I, 697 ; D.P. 1848, I, 139 (Droit d'évolage et d'assec, indivision)

Cass. civ., 20 février 1851, D.P. 1851, I, 54 (Propriété superficiaire, arbres distincts)

Cass. civ., 30 novembre 1853, D.P. 1854, I, 16 (Article 552 du Code civil, présomption simple)

Cass. civ., 18 mai 1858, S. 1858, I, 661 ; D.P. 1858, I, 218 (Article 553 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 7 novembre 1860, D.P. 1860, I, 488 (Propriété superficiaire, arbres distincts)

Cass. civ. 1er août 1866, S. 1866, 436 (Expropriation, tunnel)

Cass. civ., 9 juillet 1867, D.P. 1867, I, 252 (Article 673 du Code civil, imprescriptibilité)

Cass. civ., 8 novembre 1880, D.P. 1881, I, 28 (Propriété superficiaire, plantation)

Cass. civ., 14 février 1900, D.P. 1900, I, 593 (Domaine public, mitoyenneté)

Cass. civ., 16 décembre 1873, D.P. 1874, I, 249 ; S. 1874, I, 457 (Droit de superficie, propriété)

Cass. civ. 14 novembre 1888, D.P. 1889, 1, p. 469 (Article 552 du Code civil, présomption simple)

Cass. civ., 23 novembre 1931, D. 1932, I, 129 (Vente d'immeuble, erreur)

Cass. civ., 4 mai 1959 (deux arrêts), S. 1959, p. 171 (Accessoire du sol, construction (non))

Cass. Ass. Plén. 6 janvier 1994, n° 89-17.049 (Empiétement, ouvrage public)

Cass. civ., 1re, 21 novembre 1955, JCP G 1955, II, 9004 (Copropriété, conception dualiste)

Cass. civ., 1re, 19 décembre 1960, n° 59-10.648 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 1re, 1er mars 1961, n° 58-10.724, Bull. civ., I, n° 134 (Destination de l'immeuble)

Cass. civ., 1re, 8 mai 1961, n° 57-12.853 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 1re, 22 mai 1962, n° 60-11.412 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 1re, 3 décembre 1962, n° 60-12.116 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 1re, 9 octobre 1963, n° 62-10.738, Bull. Civ. 1963, I, n° 425 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 1re, 30 juin 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 353 (Servitude d'habitation bourgeoise)

Cass. civ., 1re, 1er décembre 1964, Bull. civ. 1964, I, n° 535 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 1re, 10 mai 1965, n° 63-11.291 (Article 552 du Code civil, champ d'application)

Cass. civ., 1re, 18 décembre 1967, D. 1968, p. 244 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 1re, 25 février 1986, n° 84-17.631 (Accession, régimes matrimoniaux)

Cass. civ. 1re, 20 décembre 1993, n° 91-21.434 (Qualification d'immeuble)

Cass. civ., 1re, 11 janvier 2000, n° 97-15.406 (Preuve de la propriété, libre)

Cass. civ., 1re, 17 décembre 2002, n° 00-16.790 (Accession, régime matrimoniaux)

Cass. civ., 1re, 25 février 2009, n° 07-15.772 (Copropriété, incompatibilité domaine public)

Cass. civ., 1re, 29 octobre 2014, n° 13-19.729 (Loi nouvelle, rétroactivité)

Cass. civ., 1re, 12 juin 2018, n° 17-18.705 (Ensemble immobilier, obligation d'organisation différente)

Cass. civ., 1re, 11 juillet 2019, n° 18-20.205, (Accession, régimes matrimoniaux)

Cass civ., 3ème, 17 juillet 1968, n° 65-14.570 (Vente d'immeuble, fongibilité)

Cass. civ., 3ème, 11 octobre 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 377 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 3ème, 11 décembre 1969, n° 68-10.985 (Copropriété, régime différent)

Cass. civ., 3ème, 16 avril 1970, D. 1970, p. 474 (Preuve de la propriété, appréciation)

Cass. civ., 3ème, 25 juin 1970, n° 68-13.674 (Bornage, condition)

Cass. civ., 3ème, 16 décembre 1970, Gaz. Pal. 1971-I, I-législation, p. 219 (Servitude *non aedificandi*, début du délai de prescription)

Cass. civ., 3ème, 22 mars 1972, n° 71-10.167 (Empiétement aérien, rejet de servitude de surplomb)

Cass. civ., 3ème, 28 juin 1972, n° 71-10.313 (Lotissement, destination de l'immeuble)

Cass. civ., 3ème, 23 janvier 1973, AJPI, septembre 1973, p. 1028 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 13 février 1973, n° 72-10.680 (Article 552 du Code civil, présomption simple de propriété)

Cass. civ., 3ème, 15 mai 1973, n° 72-11.473 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 11 février 1975, n° 73-13.974 (Servitude légale, imprescriptibilité)

Cass. civ., 3ème, 5 mai 1975, n° 74-14.464 (Servitude *non aedificandi*, violation)

Cass. civ., 3ème, 26 novembre 1975, n° 74-12.036 (Empiétement, étendue de la démolition)

Cass. civ., 3ème, 18 février 1976, n° 74-12.939 et 74-12.940 (Lotissement, destination de l'immeuble)

Cass. civ., 3ème, 17 mars 1976, JCP G 1977, II, 18542 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 24 mai 1976, n° 75-10.290 (Bornage, portée)

Cass. civ., 3ème, 9 mars 1977, n° 75-14.456 (Servitude *non aedificandi*, violation)

Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1977, n° 76-11.365 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 3 octobre 1978, n° 77-10.792 (Copropriété, règle de majorité)

Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1978, D. 1979, 2, inf. rap., p. 118 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 23 janv. 1979, JCP N 1979, II, p. 174 (Programme immobilier, impact des promesses publicitaires)

Cass. civ., 3ème, 21 mai 1979, n° 77-14.873 (Servitude, usucapion)

Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, n° 77-15.375 (Copropriété, champ d'application impératif)

Cass. civ., 3ème, 26 juin 1979, D. 1980, I.R., 234 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 3 décembre 1980, n° 79-11.984 (Preuve de la propriété)

Cass. civ., 3ème, 12 janvier 1982, n° 80-13.507 (Copropriété, pouvoir de modification du promoteur – État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 9 février 1982, JurisData n° 1982-700410 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 7 juillet 1982, JurisData n° 1982-701745 (Obligation personnelle à durée indéterminée, résiliation unilatérale)

Cass. civ., 3ème, 15 décembre 1982, n° 81-11.459 (Marché de travaux à forfait, conditions d'application)

Cass. civ., 3ème, 15 février 1983, 81-15.558 (Marché de travaux à forfait, conditions d'application)

Cass. civ., 3ème, 27 avril 1983, JCP 1983, IV, p. 209 (Promesse unilatérale de vente, effet)

Cass. civ., 3ème, 19 décembre 1983, n° 82-15.670 (Article 555 du Code civil, empiétement)

Cass civ., 3ème, 15 février 1984, n° 82-15.465 (Vente d'immeuble, fongibilité)

Cass. civ., 3ème, 29 février 1984, n° 83-10.040 (Double sol)

Cass. civ., 3ème, 28 mars 1984, n° 83-10.996 (Copropriété, modification de la destination)

Cass. civ., 3ème, 7 mai 1986, n° 84-16.957 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 3ème, 16 juillet 1986, n° 84-12.093 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 10 décembre 1986, n° 85-10.987 (Copropriété, modification affectation partie privative)

Cass. civ., 3ème, 25 janvier 1989, n° 87-14.717 (Possession, tolérance)

Cass. civ., 3ème, 22 mars 1989, n° 87-17.454 (Servitude temporaire)

Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-18.188 (Lot transitoire, nature)

Cass. civ., 3ème, 15 novembre 1989, n° 87-15.213 (Copropriété, application de plein droit du régime)

Cass. civ., 3ème, 29 novembre 1989, n° 88-12.687 (Servitude de surplomb)

Cass. civ., 3ème, 3 mai 1990, n° 88-19.348 (Copropriété, notion d'immeuble bâti)

Cass. civ., 3ème, 7 juin 1990, n° 88-16.277 (Empiétement, action en démolition, absence d'abus)

Cass. civ., 3ème, 24 octobre 1990, n° 89-13.886 (Bornage, condition)

Cass. civ., 3ème, 7 novembre 1990, n° 88-18.601 (Empiétement, action en démolition, absence d'abus)

Cass. civ., 3ème, 17 avril 1991, n° 89-19.301 (Copropriété, modification de la destination)

Cass. civ., 3ème, 12 juin 1991, 90-13.708 (Organisation différente, copropriété)

Cass. civ., 3ème, 26 juin 1991, n° 89-18.638 (Qualification des biens, volonté)

Cass. civ., 3ème, 3 juillet 1991, n° 89-20.299 (Marché de travaux à forfait, conditions d'application)

Cass. civ., 3ème, 17 juillet 1991, n° 89-21.804 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 3ème, 14 novembre 1991, n° 89-21.167 (Lot transitoire, nature)

Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1991, n° 90-10.663 (Destination de l'immeuble, partie privative)

Cass. civ., 3ème, 4 mars 1992, n° 90-13.145 (Droit de jouissance exclusif sur partie commune, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, n° 89-21.866 (Droit réel sur la chose d'autrui, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 25 mars 1992, n° 90-18.894 (Possession, présomption de propriété)

Cass. civ., 3ème, 26 mai 1992, n° 90-22.145 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 30 juin 1992, n° 90-17.436 (Pouvoir du syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 8 juillet 1992, n° 90-11.578 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 28 octobre 1992, n° 90-18.573 (Bornage, portée)

Cass. civ., 3ème, 18 novembre 1992, n° 91-16.078 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 1er décembre 1992, n° 91-14.090 (Programme immobilier, obligation de délivrance conforme)

Cass. civ., 3ème, 24 mars 1993, n° 91-11.690 (Servitude de non-concurrence)

Cass. civ., 3ème, 31 mars 1993, n° 90-10.143 (Organisation différente, personnalité morale)

Cass. civ., 3ème, 13 octobre 1993, n° 91-19.087 (Obligation personnelle, absence de transmissibilité avec la chose)

Cass. civ., 3ème, 27 octobre 1993, n° 91-17.024 (Servitude, modification de l'assiette, charge)

Cass. civ., 3ème, 25 janvier 1994, D. 1994, somm. p. 207 (Syndic de copropriété, devoir de conseil)

Cass. civ., 3ème, 7 décembre 1994, n° 92-17.184 (Distinction parties commune et privative, critères de qualification)

Cass. civ., 3ème, 30 mai 1995, n° 93-16.021, (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 6 mars 1996, n° 93-17.424 (Droit réel sur la chose d'autrui, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 20 mars 1996, n° 94-15.698 (Possession, tolérance)

Cass. civ., 3ème, 10 juillet 1996, n° 94-21.168 (Prescription acquisitive, effet rétroactif)

Cass. civ., 3ème, 20 novembre 1996, n° 95-70.092 (Volumes, expropriation du tréfonds)

Cass. civ., 3ème, 27 novembre 1996, n° 95-12.004 (Empiétement, renonciation tacite à la démolition)

Cass. civ., 3ème, 26 février 1997, n° 95-12.709 (Notion de bâtiment unique, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 18 mars 1998, n° 96-13.128 (domaine public, accessoire)

Cass. civ., 3ème, 13 mai 1998, n° 96-13.586 (Bail emphytéotique, changement de destination)

Cass. civ., 3ème, 3 juin 1998, n° 96-20.142 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 24 juin 1998, n° 96-16.707 (Article 552 du Code civil, absence de bilatéralité)

Cass. civ., 3ème, 30 septembre 1998, n° 96-20.435 (Copropriété, modification du règlement)

Cass. civ., 3ème, 7 octobre 1998, 96-18.748 (Usucapion d'une terrasse)

Cass. civ., 3ème, 2 février 1999, n° 97-18.263 (Copropriété, modification de la destination)

Cass. civ., 3ème, 17 février 1999, n° 97-14.368 (Copropriété, régime différent, ensemble immobilier)

Cass. civ., 3ème, 14 décembre 1999, n° 96-12.963 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 24 mai 2000, n° 97-22.255 (Servitude, impossibilité d'empiétement)

Cass. civ., 3ème, 5 juillet 2000, n° 98-20.257 (Copropriété, pouvoir de modification du promoteur)

Cass. civ., 3ème, 5 juillet 2000, n° 98-20.857 (Programme immobilier, obligation de délivrance conforme)

Cass civ., 3ème, 12 juillet 2000, n° 97-13.107 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 30 janvier 2001, n° 99-10.788 (Empiétement, absence d'accession)

Cass. civ., 3ème, 4 avril 2001, n° 00-70.079 (Servitude administrative, modification de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n ° 98-15.216 (Servitude de surplomb, refus)

Cass. civ., 3ème, 20 octobre 2001, n° 00-12.525 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 5 décembre 2001, n° 00-13.077 (Article 555 du Code civil, empiétement)

Cass. civ., 3ème, 27 février 2002, Bull. civ., III, n° 52 (Servitude *non aedificandi*, conséquence de l'extinction)

Cass. civ., 3ème, 20 mars 2002, n° 00-16.015 (Empiétement aérien minime, démolition)

Cass. civ., 3ème, 27 mars 2002, n° 00-18.201 (Accession, automaticité)

Cass. civ., 3ème, 30 avril 2002, n° 00-17.356 (Servitude de surplomb, validité – État descriptif de division, portée).

Cass. civ., 3ème, 29 mai 2002, n° 00-17.542 (Rejet de la copropriété, absence de parties communes)

Cass. civ., 3ème, 19 juin 2002, n° 00-11.904 (Servitude administrative, modification de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 17 décembre 2002, n° 01-11.172 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 18 décembre 2002, n° 00-14.176 (Servitude administrative, imprescriptibilité)

Cass. civ., 3ème, 12 juin 2003, n° 01-14.371 (Servitude de surplomb, refus)

Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, n° 01-01.758 (Abandon de propriété)

Cass. civ., 3ème, 18 juin 2003, n° 01-18.058 (Marché de travaux à forfait, conditions d'application)

Cass. civ., 3ème, 17 février 2004, n° 02-19.628 (Notion de destination de l'immeuble)

Cass. civ., 3ème, 7 avril 2004, n° 02-19.870 (Bail emphytéotique, libre cession)

Cass. civ., 3ème, 30 juin 2004, n° 03-11.562 (Compatibilité servitude et copropriété)

Cass. civ., 3ème, 27 octobre 2004, n° 03-15.151 (Servitude de passage en cas d'enclave)

Cass. civ., 3ème, 2 février 2005, n° 03-17.850 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 11 janvier 2006, n° 04-18.146 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 3ème, 1er mars 2006, n° 05-11.522 (Bail à construction, division en copropriété)

Cass. civ., 3ème, 27 septembre 2006, n° 05-13.981 (Accession différée, renouvellement du bail)

Cass. civ., 3ème, 18 octobre 2006, n° 05-13.852 (Bornage, portée)

Cass. civ.,3ème, 9 mars 2007, n° 75-14.456 (Servitude *non aedificandi*, violation)

Cass. civ., 3ème, 6 juin 2007, n° 06-13.477 (Droit de jouissance exclusif sur partie commune, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 20 novembre 2007, n° 07-12.000 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2007, n° 06-18.288 (Servitude, impossibilité d'empiétement)

Cass. civ., 3ème, 23 janvier 2008, n° 07-10.457 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 12 mars 2008, n° 07-10.164 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 3ème, 9 septembre 2008, n° 07-16.881 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 3 décembre 2008, n° 07-19.313 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 20 janvier 2009, n° 07-21.758 (Empiétement, renonciation à la démolition)

Cass. civ., 3ème, 1er avril 2009, n° 08-11.079 (Servitude d'empiétement, refus)

Cass. civ., 3ème, 8 avril 2009, n° 04-18.764 (Empiétement, acquisition de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 29 avril 2009, n° 08-10.944 (Bail emphytéotique, libre cession)

Cass. civ., 3ème, 20 mai 2009, n° 07-22.051, 08-10.043, 08-10.495 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 28 octobre 2009, n° 08-18.614 (Servitude, volume)

Cass. civ., 3ème, 2 décembre 2009, n° 08-19.870 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 12 mai 2010, n° 09-13.486 (Division en volumes, validité)

Cass. civ., 3ème, 9 juin 2010, n° 09-14.206 (Destination de l'immeuble, appréciation)

Cass. civ., 3ème, 15 juin 2010, n° 09-16.190 (Empiétement, acquisition de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 15 juin 2010, n° 09-67.358 (Bien souterrain, unité de l'objet)

Cass. civ., 3ème, 30 juin 2010, n° 09-16.257 (Article 673 du Code civil, imprescriptibilité)

Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2010, n° 09-15.554 (Division en volumes, absence d'organisation différente)

Cass. civ., 3ème, 4 novembre 2010, Bull. civ. III, n° 198 (Lot transitoire, droit de construire)

Cass. civ., 3ème, 12 janvier 2011, n° 09-13.822 (Copropriété, notion d'immeuble bâti – État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 19 janvier 2011, n° 09-71.207 (Bornage, matérialisation des limites)

Cass civ., 3ème, 4 mai 2011, n° 09-71.382 (Empiétement, acquisition de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 8 juin 2011, n° 10-20.276 (Lot transitoire, droit de construire)

Cass. civ., 3ème, 15 juin 2011, n° 10-20.337 (Empiétement aérien)

Cass. civ., 3ème, 17 juin 2011, n° 11-40.014 (Prescription acquisitive, absence d'expropriation)

Cass civ., 3ème, 28 juin 2011, n° 10-20.706 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 19 octobre 2011, n° 10-20.634 (Destination de l'immeuble, modification)

Cass. civ., 3ème, 5 janvier 2012, n° 10-26.965 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2012, n° 10-27.396 (Division en volumes, liberté de choix – État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 23 mai 2012, n° 11-13.202 (Droit réel, imprescriptibilité)

Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, n° 10-21.788 (Servitude, notion de fonds dominant)

Cass. civ., 3ème, 13 juin 2012, n° 11-18.791 (Servitude de surplomb, empiétement des végétaux)

Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-13.679 (Organisation différente, copropriété – division en volumes = droit de superficie)

Cass. civ., 3ème, 19 septembre 2012, n° 11-15.460 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 3ème, 31 octobre 2012, n° 11-16.304 (Droit réel de jouissance spéciale, durée)

Cass. civ., 3ème, 26 février 2013, 12-13.261 (Servitude *non aedificandi*, conséquence de l'extinction)

Cass. civ., 3ème, 5 mars 2013, n° 12-12.377 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 3ème, 9 avril 2013, n° 12-14.419 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 3ème, 24 avril 2013, n° 12-14.593 (Copropriété, validité du règlement)

Cass. civ., 3ème, 4 juin 2013, n° 12-15.640 (Empiétement, étendue de la démolition)

Cass civ., 3ème, 3 juillet 2013, n° 12-20.237 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 18 septembre 2013, n° 12-16.361 (Lot transitoire, droit de construire)

Cass. civ., 3ème, 17 septembre 2013, n° 12-19.526 (Division en volumes, liberté de choix)

Cass. civ., 3ème, 22 janvier 2014, n° 12-29.368 (Copropriété, mise en place du régime)

Cass. civ., 3ème, 8 avril 2014, n° 13-11.633 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 1er juillet 2014, n° 13-18.506 (Renonciation à la démolition, transmission au sous-acquéreur)

Cass. civ., 3ème, 24 septembre 2014, n° 13-22.357 (Bail à construction, libre cession)

Cass. civ., 3ème, 16 décembre 2014, n° 13-25.214 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2015, n° 14-10.013 (Droit réel de jouissance spéciale, durée)

Cass. civ., 3ème, 17 février 2015, n° 13-27.479 (Distinction servitude et obligation)

Cass. civ., 3ème, 13 mai 2015, nos 13-27.342 et 14-15.678 (Propriété superficiaire, preuve)

Cass. civ., 3ème, 19 mai 2015, n° 14-11.667 (Article 552 du Code civil, présomption simple)

Cass. civ., 3ème, 19 mai 2015, n° 14-14.215 (Article 555 du Code civil, empiétement)

Cass. civ., 3ème, 10 juin 2015, n° 14-15.174 (Article 552 du Code civil, présomption mixte, double sol)

Cass. civ., 3ème, 25 février 2016, n° 15-13.105 (Droit de jouissance exclusif sur partie commune, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 26 mai 2016, n° 15-14.475, n° 15-17.190 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 15 juin 2016, n° 15-21.628 (Empiétement, ouvrage public)

Cass. civ., 3ème, 8 septembre 2016, n° 14-26.953 (Droit de jouissance spéciale, durée)

Cass. civ., 3ème 10 novembre 2016, n° 15-19.561 (Empiétement aérien, refus contrôle de proportionnalité)

Cass. civ., 3ème, 10 novembre 2016, n° 15-25.113 (Empiétement, étendue de la démolition)

Cass. civ., 3ème, 15 décembre 2016, n° 15-22.583 (Droit de jouissance exclusif sur partie commune, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 15 décembre 2016, n° 16-40.240 (Empiétement, refus de transmission de QPC)

Cass. civ., 3ème, 26 janvier 2017, n° 15-24.190 (Prescription acquisitive, effet rétroactif)

Cass. civ., 3ème, 27 avril 2017, n° 16-10.753 (Accession, prescription acquisitive)

Cass civ., 3ème, 8 juin 2017, n° 16-15.805 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 15-17.278 (Empiétement aérien, refus contrôle de proportionnalité)

Cass. civ., 3ème, 6 juillet 2017, n° 16-16.849 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 7 septembre 2017, n° 16-18.331 (État descriptif de division, nature)

Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-16.815 (Accession différée, renouvellement du bail)

Cass. civ., 3ème, 23 novembre 2017, n° 16-20.521 (Empiétement, acquisition de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 21 décembre 2017, n° 16-25.406 (Empiétement, action en démolition, absence d'abus)

Cass. civ., 3ème, 18 janvier 2018, n° 16-20.563 (Servitude de passage en cas d'enclave, propriété superficiaire)

Cass. civ., 3ème, 29 mars 2018, n° 17-13.127 (Programme immobilier, obligation de délivrance conforme)

Cass. civ., 3ème, 5 avril 2018, n° 17-12.593 (Servitude, impossibilité d'usage)

Cass. civ., 3ème, 12 avril 2018, n° 16-24.708 (Servitude, propriétaires distincts)

Cass. civ., 3ème, 7 juin 2018, n° 17-17.240 (Droit réel attaché à un lot de copropriété, perpétuité)

Cass. civ., 3ème, 12 juillet 2018, n° 17-26.133 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 6 septembre 2018, n° 17-22.172 (Destination de l'immeuble, contrôle)

Cass. civ., 3ème, 13 septembre 2018, n° 15-24.655 (Organisation différente, copropriété)

Cass. civ., 3ème, 13 décembre 2018, n° 17-31.270 (Limite de propriété, bornage)

Cass. civ., 3ème, 24 janvier 2019, n° 17-23.364 (Division en volumes, absence d'organisation différente)

Cass. civ., 3ème, 21 février 2019, n° 17-25.733 (Action en revendication, imprescriptibilité)

Cass. civ., 3ème 14 mars 2019, n° 18-10.214 (Condition d'existence du syndicat secondaire)

Cass. civ., 3ème, 6 juin 2019, n°s 18-14.547 et 18-15.386 (Servitude et empiétement)

Cass. civ., 3ème, 11 juillet 2019, n° 18-16.726 (Article 552 du Code civil, présomption de propriété)

Cass. civ., 3ème, 10 octobre 2019, n° 17-14.708 (Bornage, portée)

Cass. civ., 3ème, 28 novembre 2019, n° 18-22.538 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 12 décembre 2019, n° 18-19.291 (Bien non délimité, nature)

Cass. civ., 3ème, 19 décembre 2019, n° 18-25.113 (Empiétement en matière de servitude, contrôle de proportionnalité)

Cass. civ., 3ème, 26 mars 2020, n° 18-16.117 (Ensemble immobilier, copropriété, champ d'application)

Cass. civ., 3ème, 28 mai 2020, n° 19-12.864 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 9 juillet 2020, n° 18-11.940 (Empiétement, contrôle de proportionnalité)

Cass. civ., 3ème, 10 septembre 2020, n° 19-11.590 (Servitude, modification de l'assiette)

Cass. civ., 3ème, 19 novembre 2020, n° 19-22.294 (Bornage, portée)

Cass. civ., 3ème, 21 janvier 2021, n° 20-13.492 (Article 552 du Code civil, présomption mixte)

Cass. civ., 3ème, 28 janvier 2021, n° 20-10.871 (Servitude de surplomb, validité)

Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-17.616 (Empiétement, démolition)

Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-25.167 (Droit réel de jouissance spéciale, durée)

Cass. civ., 3ème, 4 mars 2021, n° 19-26.343 (Accession, mise en œuvre différée)

Cass. civ., 3ème, 17 juin 2021, n° 20-19.968 (Servitude, prescription acquisitive)

Cass. com., 15 juin 1962, Bull. civ. III, n° 313, p. 258 (Non-rétroactivité de la loi)

Cass. com., 6 mars 1963, D. 1963, p. 501 (Marché de travaux à forfait, conditions d'application)

Cass. com., 15 juillet 1987, n° 86-11.272 (Servitude de non-concurrence)

Cass. crim., 19 novembre 2004, RFDA 2005, p. 105 (Propriété de l'édifice de l'occupant domanial)

Cours d'appel et juridictions judiciaires du second degré

Cour imp. de Dijon, 21 août 1856, S. 1856, 2, 518 (Concession, mine)

Besançon, 5 avr. 1887, D. 1888, II, p. 222 (Accession, empiétement)

Besançon, 14 décembre 1955, JCP 1957, II, 9706 (Accession, régimes matrimoniaux)

Paris, 5 février 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, p. 635 (Copropriété, mandat en termes généraux)

Pau, 16 juin 1980, « EDF c/ Établissements Silandes », JCP. N. 1983-II, II-jurisprudence, p.144 (Servitude administrative, modification de l'assiette)

Lyon, 22 janvier 1981, D. 1981, I.R., p. 396 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Paris, 25 mars 1988, D. 1988, IR, p. 139 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Bordeaux, 1er juin 1989, JurisData n° 1989-043417 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Paris, 28 juin 1989, D. 1989, I.R., p. 238 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Paris, 12 janvier 1990, JurisData n° 1990-020061 (Organisation différente, Copropriété)

Paris, 5 février 1993, JurisData n° 022690 (Création d'un syndicat secondaire)

Paris, 15 janvier 1993, RDI 1993, p. 269 (Existence du syndicat secondaire)

Aix-en-Provence, 27 mai 1999, D. 1999, somm. p. 311 (Lot transitoire, droit de construire)

Paris, 8 février 2001, n° 1999/17455, 1999/21163 (Copropriété, notion d'immeuble bâti)

Versailles, 8 juin 2001, JurisData n° 2001-184653 (Bornage, matérialisation des limites)

Paris, 4 juillet 2001, JurisData, n° 2001-151218 (Destination de l'immeuble, droit de disposer)

Paris, 22 novembre 2001, n° 1999/19178 (Copropriété, notion d'immeuble bâti)

Poitiers, 29 janvier 2002, JurisData n° 2002-175021 (Empiétement, renonciation expresse à la démolition)

Paris, 26 février 2004, JurisData n° 2004-234798 (Syndic de copropriété, devoir de conseil)

Rennes, 22 juin 2004, JurisData n° 2004-250385 (Division en volumes, liberté de choix)

Basse Terre, 15 septembre 2004, JurisData n° 2004-274727 (Accession, mise en œuvre différée)

Paris, 27 janvier 2005, JurisData n° 2005-279836 (Accession, régime matrimoniaux)

Lyon 2007, 18 janvier 2007, n° 05/05830 (Division en volumes, liberté de choix)

Versailles, 21 mai 2007, n° 06/00330 (Division en volumes, superposition des associations syndicales de propriétaire)

Paris, 11 octobre 2007, Loyers et copro., n° 1, janvier 2008, comm. 22 (Notion de bâtiment, syndicat secondaire)

Paris, 7 novembre 2007, n° 07/09024 (État descriptif de division, nature)

Toulouse, 15 septembre 2008, JurisData n° 2008-005790 (Bien non délimité, nature)

Rennes, 2 octobre 2008, n° 06/07174 (Division en volumes = droit de superficie)

Paris, 8 octobre 2008, JurisData n° 2008-370454 (Servitude *non aedificandi*, violation)

Colmar, 12 février 2009, n° 07/03610 (Division en volumes = droit de superficie)

Rennes, 19 juin 2009, n° 07/07194 (Division en volumes, liberté de choix)

Reims, 25 mai 2010, n° 09/01086 (Servitude *non aedificandi*, conséquence de l'extinction)

Paris, 10 novembre 2010, n° 09/12122 (Bail à construction, assiette volumique)

Versailles, 18 novembre 2010, n° 09/04281 (Division en volumes, empiétement)

Montpellier, 2 novembre 2011, n° 10/01909 (Division en volumes, liberté de choix)

Versailles, 17, novembre 2011, n° 10/02036 (Division en volumes, définition)

Rennes, 16 février 2012, n° 09/02076, JurisData n° 2012-003840 (Division en volumes, liberté de choix)

Dijon, 30 avril 2013, n° 12/00771 (Servitude *non aedificandi*, violation)

Aix-en-Provence, 5 décembre 2013, n° 12/24074 (État descriptif de division, nullité)

Orléans, 6 janvier 2014, n° 12/03513 (Bien souterrain, unité de l'objet)

Dijon, 21 janvier 2014, n° 12/00046 (Article 552 du Code civil, double sol)

Nîmes, 19 mai 2016, n° 12/05037 (Empiétement, servitude de surplomb)

Metz, 9 mai 2017, n° 14/00532 (Empiétement, servitude de surplomb)

Caen, 23 mai 2017, n° 15/02678 (Empiétement, servitude de surplomb)

Nouméa, 12 octobre 2017, n° 16/00221 (Division en volumes = droit de superficie)

Limoge, 23 novembre 2017, n° 16/01020 (Empiétement, servitude de surplomb)

Bourges, 21 décembre 2017, n° 17/00200 (Empiétement, servitude de surplomb)

Nouméa, 1er mars 2018, n° 16/00086 (Division en volumes = droit de superficie)

Nîmes, 15 mars 2018, n° 17/00409 (Empiétement, servitude de surplomb)

Orléans, 26 mars 2018, n° 16/03969 (Empiétement, acquisition de l'assiette)

Rennes, 15 mai 2018, n° 16/07550 (Empiétement, servitude de surplomb)

Aix-en-Provence, 24 mai 2018, n° 16/22184 (Empiétement, servitude de surplomb)

Aix-en-Provence, 31 mai 2018, n° 16/22098 (Empiétement, servitude de surplomb)

Reims, 18 septembre 2018, n° 17/02594 (Empiétement, servitude de surplomb)

Bordeaux, 22 novembre 2018, n° 16/00317 (Empiétement, servitude de surplomb)

Amiens, 18 décembre 2018, n° 17/01846 (Empiétement, servitude de surplomb)

Reims, 1er mars 2019, n° 18/00849 (Article 673 du Code civil, imprescriptibilité)

Versailles, 26 mars 2019, n° 17/04820 (Empiétement, servitude de surplomb)

Paris, 17 avril 2019, n° 13/04817 (Bail à construction, division en volumes)

Pau, 7 mai 2019, n° 16/01952 (Empiétement, servitude de surplomb)

Toulouse, 20 mai 2019, n° 16/02371 (Empiétement, servitude de surplomb)

Dijon, 26 novembre 2019, n° 18/00083 (Empiétement, servitude de surplomb)

Rennes, 3 décembre 2019, n° 18/04470 (Empiétement, servitude de surplomb)

Bourges, 9 janvier 2020, n° 19/00104 (Empiétement, servitude de surplomb)

Toulouse, 25 mai 2020, n° 17/05667 (Empiétement, servitude de surplomb)

Angers, 31 août 2020, n° 17/02438 (Empiétement, servitude de surplomb)

Grenoble, 15 septembre 2020, n° 18/03268 (Empiétement, servitude de surplomb)

Bordeaux 5 novembre 2020, n° 18/00232 (Empiétement, servitude de surplomb)

Rennes, 10 novembre 2020, n° 18/07554 (Article 673 du Code civil, imprescriptibilité)

Grenoble, 17 novembre 2020, n° 17/04628 (Empiétement, servitude de surplomb)

Poitiers, 2 février 2021, n° 18/00377 (Empiétement, servitude de surplomb)

Paris, 7 mai 2021, n° 19/07600 (Maison de Poésie, étendue du droit réel de jouissance spéciale)

Tribunaux de première instance

T. civ. Gray, 1er mars 1883, D.P. 1883, III, p. 109 (Accession, empiétement)

TGI Nice, 20 mars 1979, D. 1981-II, I.R., p. 210 (Copropriété, régime impératif)

TGI Saintes, 6 juin 1995, JCP N. 1995, II, p. 1588 (Lot transitoire, droit de construire)

Conseil d'État

CE, 11 mai 1883, n° 55.575, « Sieur et dame Chamboredon et Sieur Brahic c/ Compagnie de Paris-Lyon Méditerranée », Lebon, p. 479. (Article 552 du Code civil et propriété publique)

CE, 20 mai 1898, n° 83.693, « Sieur Patru », Lebon p. 412 (Domaine public, fin du rattachement)

CE, 30 mars 1928, « Ministère des Travaux Publics c/ Esquirol », n° 88.187 (Domaine public, servitude)

CE, 20 juin 1930, n° 96372, « Sieur Marrot », Lebon, p. 644 (Désaffectation et déclassement)

CE, 7 mai 1931, n° 93.427, « Compagnie nouvelle des châlets de commodités », Lebon, p. 491 (Article 552 du Code civil et propriété publique)

CE, 3 novembre 1933, « Ministre des Travaux publics c/ Sieur Porte », n° 32.446 (Domaine public, servitude)

CE, 5 mai 1944, n° 68.168, « Société auxiliaire de l'Entreprise », Lebon, p.131 (Compétence du propriétaire public, changement d'affectation du bien)

CE, 30 octobre 1953, « SNCF », Lebon, p. 463 (Domaine public, réalité de l'affectation)

CE, 10 novembre 1954, n° 13.496, « Commune de Chamigny-sur-Yonne », Lebon, p. 658 (Incompatibilité des servitudes sur le domaine public)

CE, 19 octobre 1956, n° 20180, « Société Le béton » (Aménagement spécial et rattachement au domaine public)

CE, 11 mai 1959, n° 9229, « Sieur Dauphin », Lebon, p. 294 (Aménagement spécial et rattachement au domaine public)

CE, 5 février 1965, n° 57781, « Société lyonnaise de transports » (Domanialité publique globale)

CE, 13 juillet 1965, n° 62621 « Sieur Gué », Lebon, p. 445 (Domaine public, servitude antérieure)

CE, 28 mars 1968, n° 72678, « Dames Février et Gatelet », (Domaine public, accessoire)

CE, 28 janvier 1970, n° 76557 « Consort Philip-Bissinger », (Article 552 du Code civil et domaine public)

CE, 28 mai 1971, n° 75927, « Dame Gautheron », (Article 552 du Code civil et domaine public)

CE, 14 juin 1972, n° 84967, « Sieur Eidel », (Article 552 du Code civil et domaine public)

CE, avis, 27 janvier 1977, n° 518858 (Compétence du propriétaire public, désaffectation du bien)

CE, 27 février 1977, n° 02051, 02052 à 02062, « Ministre de l'Équipement c/ Crespin » (Lotissement, champ d'application)

CE, 1er décembre 1978, n° 97563, « Commune de Crissay-sur-Manse », (Accession *versus* accessoire d'une dépendance domaniale)

CE, 6 mai 1985, n°s 41.589 et 41.699, « Association Eurolat et Crédit foncier de France » (Domanialité publique virtuelle)

CE, 23 décembre 1987, n° 84114, « Centre national d'ophtalmologie des Quinze-Vingts » (Pluralité de permis, conditions)

CE, 10 mai 1989, n° 73146, « Munoz », (Autorisation d'occupation du domaine public, nature)

CE, 26 septembre 1990, n° 86058, « Epoux Seguin » (Lotissement, champ d'application)

CE, 4 mars 1991, « Madame Palanque », D. 1992, somm. p. 377 (Propriété de l'édifice, occupant domanial)

CE, 15 février 1993, n° 131087, « Commune d'Epinay-sur-Seine » (Unité foncière, calcul des droits à construire)

CE, 23 juin 1993, n° 111569, « Société industrielle de construction et réparation » (Propriété de l'édifice, occupant domanial)

CE, 11 février 1994, n° 109564, « Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière » (Incompatibilité domaine public et copropriété)

CE, 27 février 1995, 139718, « Secrétaire d'Etat à la mer c/ Torres », (Propriété de l'édifice, occupant domanial)

CE, 19 janvier 1998, n° 158579, « Madame Noblet » (Convention d'occupation du domaine public, droit au renouvellement (non))

CE, 28 juillet 1999, n° 178100, « M. Pretti c/ Commune de Ramatuelle » (Unité foncière, notion)

CE, 12 mai 2004, n° 192595, « Commune la Ferté-Milon » (Accession *versus* accessoire d'une dépendance domaniale)

CE, 27 juin 2005, n° 264667, « Commune de Chambéry » (Unité foncière, définition)

CE, 18 novembre 2005, n° 271898, « Société fermière de Campoloro » (Procédure administrative de « vente forcée »)

CE, 19 juin 2006, n° 266263, « Ville de Lyon » (Domanialité publique globale)

CE, 10 octobre 2007, n° 277314, « Demoures » (Construction indivisible, permis unique)

CE, 30 novembre 2007,n° 271897, « Ville de Strasbourg c/ M. Et Mme A. » (Lotissement, champ d'application, unité foncière)

CE, Ass., 8 avril 2009, n° 271737, « Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet » (Loi et rétroactivité)

CE, 17 juillet 2009, n° 301615, « Commune de Grenoble » (Construction indivisible, pluralité de permis, conditions)

CE, 31 juillet 2009, n° 316534, « Société Jonathan Loisirs », JurisData n° 2009-006579 (Résiliation anticipée d'autorisation d'occupation domaniale, indemnisation)

CE, 10 juin 2010, n° 305136, « Société des autoroutes Esterel-Côte-d'Azur-Provence-Alpes » (Étendue du droit réel de l'occupant domanial, conditions de délivrance et de retrait de l'autorisation d'occupation domaniale)

CE, 24 avril 2012, n° 346952, « Ministre de la Culture et de la Communication » (Archéologie préventive)

CE, 07 mai 2012, n° 342107, « SCP Mercadier et Krantz » (Domaine public, accessoire)

CE, 29 octobre 2012, n° 346610, « Société France Télécom » (Étendue du droit réel de l'occupant domanial)

CE, 1er mars 2013, n° 350306, « Fritot » (Pluralité de permis, conditions)

CE, 19 novembre 2014, n° 366276, « *Espaces Cauterets* » (Domanialité publique, accessoire)

CE, 17 juin 2015, n° 382692, « Commune de Ploërmel » (Domaine public, théorie de l'accessoire)

CE, 16 mars 2016, n° 374432, « SCI MOG 5 » (Volume immobilier, qualification)

CE, 11 mai 2016, n° 390118, « Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole » (Étendue du droit réel de l'occupant domanial)

CE, 26 janvier 2018, n° 409618, « Société Var Auto » (Domaine public, théorie de l'accessoire)

CE, 23 janvier 2020, n° 430192 et 430359, « Société JV Immobilier et autres c./ Commune de Bussy-Saint-Georges » (Association syndicale de propriétaires, compatibilité au domaine public)

CE, 10 mars 2020, n° 432555, « Association syndicale des propriétaires de la cité Boigues » (Association syndicale de propriétaires, compatibilité au domaine public)

Cours administratives d'appel

CAA Nancy, 24 juin 2004, n° 00NC00512 (Lotissement, champ d'application, unité foncière)

CAA Amiens, 14 octobre 2004, JurisData n° 2004-255471 (Compatibilité mitoyenneté et domaine public)

CAA Lyon, 28 décembre 2006, n° 05LY01535 (Construction indivisible, permis unique)

CAA Versailles, 29 mars 2007, n° 06VE01147, « Assoc. pour la défense de l'environnement de Jouy-en-Josas » (Unité foncière, calcul des droits à construire)

CAA Lyon, 7 mars 2011, JurisData n° 2011-009539, « syndicat des copropriétaires de la résidence Le Rond-point des pistes » (Notion d'intérêt général, BEA)

CAA Nantes, 25 mars 2011, n° 09NT01975 (Lotissement, Compatibilité au domaine public)

CAA Nancy, 29 septembre 2011, n° 11NC00405, « Commune de Lambach c/ Bour » (Domaine public, désaffectation)

CAA Nancy, 23 janvier 2014, n° 13NC00548, « Cité des artisans » (Domanialité publique globale)

CAA Nancy, 18 mai 2017, n° 16NC00986, « Commune de Vandoeuvre-lès-Nancy » (Unité foncière, notion)

Conseil Constitutionnel

Cons. Cons., 13 décembre 1985, n° 85-198 DC (Constitutionnalité de servitudes administratives autorisant l'installation de propriété superficiaire)

Cons. Cons., 21 juillet 1994, n° 94-346 DC (Constitutionnalité des droits réels consentis sur le domaine public)

Cons. Cons., 2 décembre 2011, n° 2011-201 QPC (Constitutionnalité des dispositions permettant la mise en place d'un plan d'alignement)

Cons .Cons., 15 février 2013, n° 2012-292 QPC (Expropriation, droit de rétrocession)

Cons. Cons., 2 février 2016, n° 2015-518 QPC (Constitutionnalité de servitudes administratives autorisation l'installation de propriété superficiaire)

Cons. Cons., n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018 (Constitutionnalité de l'article 3111-1 du CGPPP)

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 27 juin 2006, n° 5356/04, « Mazelié c/ France » (Accession *versus* accessoire d'une dépendance domaniale)

CEDH, 30 août 2007, « J. A. Pye (Oxford) Ltd. c/ Royaume-Uni »,n° 44302/02 (Prescription acquisitive, conventionnalité)

CEDH, 3 mars 2009, « B. et a. c/ Turquie », n° 37639/03 (Prescription acquisitive, conventionnalité)

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandon/Déguerpissement, 331, 344 et s
- Article 713 du Code civil (et), 344.1
- Effet, 344.1
- Lot de copropriété (du), 344
- Volume d'espace (du), 344 et s

Abus de droit
- Action en défense de la propriété, 146
- Empiétement, 529

***Abusus* (disposition du bien)**
- Attribut du droit de propriété, 11
- Superficie (de la), 457

Accession
- Accroissement de la chose, 101, 322, 385, 448
- *Voir, Action en revendication*
- Attribut du droit de propriété, 101
- Automatique, 385.1 et s, 412.1
- Conflit de propriété (et), 416.1 et s, 449, 524.2
- Différée, 448 et s, 457
- Domaine public (et), 106 et s
- Inclusion (par), 283.1
- Propriété publique (et), 105
- Volume immobilier (et), 283 et s, 448 et s

Accessoire
- Construction, 332
- Domaine public (et), 111 et s, 121 et s, 164.2
- Mécanisme de l'accession (et), 448, 452 et s
- Servitude, 139

Action en revendication
- Accession, 412, 449.1
- Bien souterrain, 240 et s
- Bornage, 241.2
- Charge de la preuve, 290
- Délai, 530
- Empiétement, 483, 529
- Preuve (et), 290 et s, 349 et s
- *Voir, Propriété superficiaire*

Affectation
- Bail réel, 461.1
- Voir, Destination de l'immeuble (et)
- *Domaine public, voir Domaine public*
- Expropriation, 476 et s.
- Parties privatives (des), 52
- Servitude administrative, 476

Association syndicale (de propriétaires)
- Adhésion obligatoire, 345.1
- *Voir, Domaine public*
- Membres, 345.1
- Organisation différente, 184 et s
- Patrimoine, 93.1, 568, 568.1

Autorisation administrative
- Autorisation d'occupation, 68 et s
- Caractère précaire, 68 et s, 75 et s
- Droit de superficie (et), 69, 75
- *Voir, Permis*

Avant-projet de réforme du droit des biens
- Copropriété, 180.1 et s, 585
- Droit réel de jouissance spéciale, 233

- Empiétement, 147, 530
- Ensemble immobilier, 197, 569
- Fonds de terre, 324, 342
- Ordre public des biens, 393
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Superficie (conséquence), 412
- Volume, 6.1, 222 et s, 261, 537 et s.

B

Bail réel
- *Voir, Affectation*
- Bail à construction, 409 et s, 457, 501
- Bail emphytéotique, 457
- Cession, 457
- Propriété de l'espace (non), 458 et s
- *Voir, Propriété superficiaire*

Bâtiment
- Édification par tranches, 35 et s
- Groupe (de), 182.2
- *Pluralité (de), voir Syndicat secondaire*
- Unique (scission en volumes), 197 et s., 202 et s
- Usucapion partielle, 561

Bien
- Code civil (dans le), 418
- Complexe, 5
- Chose (et), 258
- Délimitation, 236 et s
- Fongible, 269.1 et s
- Incorporel, 419 et s
- Utilités (qualification), 258, 423
- *Voir, Valeur (qualification)*
- Volume (oui), 258, 434 et s

Bornage
- Bien souterrain, 241
- Effet, 241.2
- Limites du bien, 241 et s
- Propriété (et), 241.2

C

Cadastre
- Force probante, 290
- Rôle, 268
- Tridimensionnel, 605
- *Voir, Sol (abstraction)*

Charges
- Copropriété (de), 31, 43
- Division par étage (664 ancien du Code civil), 434.1

Chose
- *Voir, Bien.*
- Commune, 255.1

Clause de non-concurrence, 135 et s

Construction
- Achèvement (de la), 30 et s.
- Indépendante, 201 et s.
- Volumes (en), 176

Construire (droit de) :
- Droit de superficie (et), 403 et s.
- Droit de l'urbanisme (et), 364 et s.

Copropriété des immeubles bâtis
- Achèvement, 30 et s.
- Champ d'application, 85 et s, 180 et s, 567 et s, 583 et s.
- Définition, 85 et s.
- Destination de l'immeuble, 51 et s., 564.
- Droit de jouissance exclusif, 49.1, 322.2, 398
- *Voir, Domaine public (compatibilité avec)*
- Dualiste (théorie), 134.1, 543 et s.
- *Voir, Ensemble immobilier*
- *Voir, État descriptif de division*
- Grande copropriété, 554 et s., 560
- Lot (de), 543 et s.
- Lot transitoire, 42 et s., 273.1
- Majorité, 46 et s.
- Moniste (théorie), 543
- Ordre public (régime d'), 199, 205
- Organisation différente, 184 et s.

- Partie privative, 543 et s.
- Période de construction, 29 et s.
- Petite copropriété, 59 et s, 551 et s, 559 et s.
- Polyvalence, 549 et s.
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Scission (de la), 202 et s.
- *Voir, Syndicat secondaire*
- Volume immobilier (et), 459

Corporel
- Propriété (théorie classique), 421

D

Destination de l'immeuble
- Affectation, 51, 563, 565 et s.
- Construction en volumes, 563 et s.
- *Voir, Copropriété des immeubles bâtis*
- *Voir, Règlement de copropriété*

Destruction de l'immeuble
- Disparition de la propriété (propriété superficiaire), 518 et s.
- Empiétement, 146 et s.
- Volume d'espace, 225 et s.

Division en volumes
- Copropriété des immeubles bâtis (distinction), 134.2, 168
- Division primaire, 199, 459 et s., 558
- Origine, 12 et s., 21 et s.
- *Voir, Propriété superficiaire*

Domaine public
- Accessoire (théorie de), 111 et s.
- *Voir, Accession (et)*
- Association de propriétaires (compatibilité), 76 et s, 578 et s.
- Affectation, 65 et s., 111 et s., 573 et s.
- Copropriété des immeubles bâtis (et), 65 et s., 571 et s.
- Déclassement, 115 et s.
- Délimitation, 120 et s., 572
- Droit réel (et), 68 et s.,155 et s.
- Éléments constitutifs, 66, 572
- Global (théorie), 113
- *Voir, Hypothèques*
- *Voir, Imprescriptibilité*
- Indivision (et), 573
- Indivisibilité de l'ouvrage, 120 et s.
- *Insaisissabilité, voir Hypothèques*
- Servitudes (et), 155 et s.

Double sol (Théorie du) 339, 351 et s.

Droit de superficie
- Ambiguïté de la notion, 217
- *Voir, Droit de construire*
- Droit réel sur la chose d'autrui (qualification), 384 et s.
- Droit réel sur la chose d'autrui (distinction), 230 et s, 411 et s.
- Droit romain (en), 388 et s.
- *Voir, État descriptif de division*
- *Voir, Propriété superficiaire*
- *Voir, Droit de reconstruction*
- Théorie dualiste, 404 et s.
- Théorie moniste, 403

Droit réel
- *Voir, Domaine public*
- Droit personnel (et), 125, 133
- *Numerus clausus*, 393 et s.
- *Voir, Propriété*

Droit réel sur la chose d'autrui
- Définition, 9
- Démembrement de la propriété (et), 10
- *Voir, Droit de superficie*
- Droit réel de jouissance spéciale, 221.2, 233 et s.
- Durée, 415 et s., 524 et s.
- *Voir, Imprescriptibilité*
- *Voir, Perpétuité*
- *Voir, Propriété*
- *Voir, Servitude*

E

Empiétement
- Consolidation (acquisition de l'assiette), 483
- Consolidation (possession utile), 527 et s.
- Consolidation (servitude d'empiétement), 531 et s.
- Contrôle de proportionnalité, 147 et s.
- Démolition, 146 et s.
- Propriété (et), 497, 529
- Servitude (et), 140 et s., 142 et s., 482 et s.

Ensemble immobilier
- Définition, 186 et s., 567 et s.
- Groupe d'immeubles bâtis (distinction), 85 et s.
- *Voir, Indivision*
- Insuffisance (de la notion), 192 et s.
- Volume (et), 192 et s., 567 et s.
- Volume commun (notion), 567 et s.

État descriptif de division
- Copropriété des immeubles bâtis, 186 et s., 538, 545, 567 et s.
- Droit de superficie, 21, 222.1, 238 et s.
- Nature, 538 et s.
- Volumes (en), 94.1, 122, 538.1 et s.

F

Fonds de terre
- Abstraction, 341 et s.
- Étendue, 254 et s., 338 et s., 519 et s.
- Fonds-volumique, 270 et s.
- Indivisibilité, 386, 395 et s.
- Matière, 324, 336 et s., 338
- Nature, 328 et s., 330
- Parcelle, 263 et s.
- *Voir, Sol*
- Spécificité, 339

Fonds superficiaire, 417 et s.

Fongible (immeuble), 269.1

H

Hypothèques
- Domaine privé (et), 577
- Domaine public (et), 72.1, 76, 576 et s.
- Immeubles à venir (sur les), 409, 424, 602
- Insaisissabilité, 578 et s.
- Volume d'espace, 227, 321

I

Immeuble
- *Voir, Bien*
- Critère de fixité, 265 et s., 426
- Immeuble par anticipation, 16, 602
- Immeuble par incorporation, 250
- Immeuble par nature, 250, 261, 277
- Incorporel (et) 254 et s., 418 et s.
- Volume (oui) 270 et s., 417.1 et s., 425, 537 et s.

Imprescriptibilité
- Domaine public, 66, 77.1
- Propriété (droit de), 524.2
- Droit réel sur la chose d'autrui, 233
- Volume, 433

Incorporation
- Conception matérielle, 265.1
- Immobilisation (rôle), 426 et s.

Incorporel/Immatériel
- Code civil (et), 420 et s.
- *Voir, Propriété (et)*
- *Voir, Immeuble*
- *Voir, Lot transitoire*

Indivisibilité de l'ouvrage
- *Voir, Domaine public*
- *Voir, Fonds de terre*

- Pluralité de permis de construire, 371 et s.

Indivision
- Bien non-délimité, 239
- *Voir, Domaine public*
- Ensemble immobilier, 186 et s.
- *Voir, Indivision forcée*
- Partage, 391.1, 406
- Petite copropriété, 553

Indivision forcée
- Article 664 ancien du Code civil, 434.1
- Construction en volumes (et), 6.1, 434
- Copropriété des immeubles bâtis, 437.1
- *Voir, Perpétuité*
- Servitude (et), 434.1

L

Lot transitoire
- Droit de construire, 43 et s., 367
- Incorporel, 428.1
- Notion, 42 et s., 273.1

Lotissement
- Cahier des charges, 508, 565
- Champ d'application, 359 et s.
- Commercialisation des lots, 308 et s.
- Construction en volumes (et), 303 et s., 305
- Copropriété horizontale (et), 301 et s.
- Finalité, 304 et s., 306 et s.
- *Voir, Permis d'aménager (lotissement)*
- Volumes (et), 362
- *Voir, Unité foncière*

M

Marché de travaux à forfaits, 279

Matière
- *Voir, Fonds de terre*
- Propriété (et), 418
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Tangible (caractère), 254 et s., 259

O

Obligation réelle
- Définition, 395.1
- Servitude (et), 395.1

Ordre public
- Caractère impératif, 393
- *Voir, Copropriété*
- Exclusivité (et), 393.1
- Ordre public des biens, 386, 392 et s.
- Virtuel, 164.1

Organisation collective
- Caractère impératif, 82, 587
- Construction en volumes, 82
- Copropriété des immeubles bâtis, 27 et s., 549 et s.
- Servitudes réciproques, 130 et s.

P

Permis
- *Voir, Indivisibilité de l'ouvrage*
- Permis d'aménager, 304 et s., 358
- Permis d'aménager (lotissement), 404.1
- Permis de construire, 304 et s., 309, 364 et s., 370.1 et s.
- Permis valant division, 358, 366.1, 377
- Pluralité (de), 371 et s.

Perpétuité
- Droit réel sur la chose d'autrui, 415, 524 et s.
- *Voir, Imprescriptibilité*
- Indivision forcée, 407, 408, 431
- Propriété (de la), 266
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Servitude, 416 et s., 522 et s.

Possession
- Acquisition de l'assiette (effet), 483 et s.

- Acquisition de la propriété (effet), 527 et s.
- Acquisition d'une servitude (effet), 484, 489 et s., 531 et s.
- Caractère, 290
- Consolidation de la propriété (effet), 530 et s., 482 et s.
- Éléments constitutifs, 492.1

Préemption (droit de), 357 et s.

Prescription acquisitive/Usucapion
- Effet, 492.1
- Empiétement, 483, 482 et s.
- *Voir, Preuve*
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Volume immobilier (et), 119.1, 510 et s., 561
- *Usucapion partielle, voir Bâtiment*

Présomption
- Article 552 du Code civil, 287 et s.
- Article 553 du Code civil, 404.2
- Mixte, 291
- Propriété (de), 349 et s.

Preuve
- Prescription acquisitive (moyen de), 288
- Propriété du volume, 351
- Propriété immobilière, 290 et s.
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Uniformisation (mode de preuve en matière immobilière), 293 et s., 350 et s.

Propriété
- *Attribut (du droit), voir Abusus, Accession*
- Biens (et), 258
- Droit réel (qualification), 384.1
- Droit réel sur la chose d'autrui (distinction), 230 et s., 232 et s., 411 et s.
- Droits (des), 384.2
- *Voir, Empiétement*
- Espace (de l'), 448 et s., 505 et s., 536 et s.
- Immobilière, 290
- *Voir, Incorporation/Immatériel (et)*
- *Voir, Imprescriptibilité*
- Objective et subjective, 384 et s.
- *Voir, Perpétuité*
- *Voir, Preuve*
- Publique, 104
- *Voir, Propriété superficiaire*
- Temporaire, 449 et s., 457 et s.
- Théorie classique, 10, 417 et s.
- Théorie renouvelée, 384 et s.
- Volume immobilier (du), 417 et s.

Propriété superficiaire, 216 et s.
- Action en revendication, 249 et s.
- Avant-projet de réforme, 222 et s.
- Bail réel, 455, 457
- Copropriété des immeubles bâtis, 544
- *Voir, Destruction de l'immeuble*
- Division en volumes, 417 et s.
- Domaine public (sur le), 69, 71 et s.
- Matière, 402 et s.
- Preuve, 291, et s., 349 et s.
- Perpétuité, 521 et s.
- Prescription acquisitive / Usucapion, 219.1, 525, 527, 561
- Propriété (qualification), 387 et s
- Reconstruction, 531
- Volume immobilier (filiation), 211 et s.
- Volume immobilier (distinction), 517 et s.
- Temporaire, 411 et s.

Publicité foncière
- Effet, 540
- Parcelle, 267 et s.
- Propriété foncière, 238
- Volume immobilier, 348 et s., 540

R

Récolement (opération de), 83, 94.1, 150, 340, 469

Reconstruction
- Droit de superficie, 457 et s.
- Faculté d'abandon, 131
- *Voir, Propriété superficiaire*

- Servitude de surplomb, 484 et s.
- Volume d'espace (intérêt), 134 et s.

Règlement de copropriété
- Destination de l'immeuble, 564 et s., 51 et s.
- Modification, 34 et s., 47 et s.

S

Scission de copropriété en volumes
- Condition, 198
- Loi ALUR, 197.1 et s.

Servitudes
- Copropriété des immeubles bâtis, 134.1, 543
- Domaine public (sur le), 161 et s.
- *Voir, Empiétement*
- Fonds servant/dominant (notion), 133 et s., 431 et s.
- *Voir, Indivision forcée*
- Modification (de l'assiette), 145
- Nature, 139
- *Voir, Perpétuité*
- Rapport entre fonds, 135, 228.1
- Servitude administrative, 145, 475 et s.
- Servitude de non-concurrence, 136 et s.
- Servitude de passage en cas d'enclave, 134.1, 436.2, 522 et s.
- Servitude de surplomb, 151.1, 230 et s., 482 et s., 507 et s., 531 et s.
- Servitude *non aedificandi*, 138.1, 228 et s.
- Volume d'espace (compatibilité), 133 et s.

Sol
- Abstraction, 268 et s., 328 et s.
- *Voir, Double sol (théorie)*
- Fonds de terre (élément du), 330 et s.
- Parcelle, 267 et s.
- Volume (théorie), 329
- *Voir, Unité foncière (rattachement)*

Superficie
- *Voir, Abusus*
- *Voir, Droit de superficie*
- *Voir, Propriété superficiaire*

Syndicat secondaire, 57 et s., 201 et s.

U

Unité foncière
- Définition, 297
- Dématérialisation (théorie), 299 et s, 354 et s.
- Rattachement au sol, 298, 357 et s.
- Volume (et), 297 et s.

Utilités de la chose, 9, 385, 389 et s.
- *Voir, Servitude (nature)*

V

Valeur
- Bien (qualification), 258

Vente en l'état futur d'achèvement
- Modification du projet, 35 et s., 92
- Volume immobilier, 280 et s.

Volume
- Propriété non prédéterminée de l'espace (acquisition), 445 et s.
- Indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace (principe) 491 et s., 505 et s.
- *Voir, Abandon*
- *Voir, Accession*
- *Voir, Avant-Projet de réforme*
- *Voir, Bien*
- *Voir, Construction*
- *Voir, Copropriété des immeubles bâtis*
- *Voir, Destruction de l'immeuble*
- *Voir, Ensemble immobilier*
- *Voir, État descriptif de division*
- *Voir, Fonds de terre, Fonds-volumique*
- *Voir, Hypothèque*
- *Voir, Immeuble*
- *Voir, Imprescriptibilité*
- *Voir, Incorporel*

- *Voir Lotissement*
- *Voir, Possession*
- *Voir Prescription acquisitive / Usucapion*
- *Voir, Propriété*
- *Voir, Propriété superficiaire*
- *Voir, Publicité foncière*
- *Voir, Scission de copropriété*
- *Voir, Servitude*
- *Voir, Sol*
- *Voir, Unité foncière*
- *Voir, Vente en l'état futur d'achèvement*

Table des matières

Liste des principales abréviations **3**

Sommaire **7**

Introduction **13**

I. Notion de volume immobilier 13

II. Cadre de l'introduction du volume immobilier : la division de l'immeuble 18

III. Contexte initial de l'intégration du volume immobilier : l'approche fonctionnelle 22

IV. Développement conceptuel progressif du volume immobilier 25

V. Intérêt du sujet 26

VI. Plan 31

Partie 1. De l'approche fonctionnelle au développement conceptuel du volume immobilier **33**

Titre 1. L'approche fonctionnelle du volume immobilier : recherche d'un mode alternatif de la division de l'immeuble 35

Chapitre 1. Le constat : la nécessité d'un mode alternatif de division de l'immeuble collectif 37

Section 1. L'insuffisance du régime de la copropriété 38

Paragraphe 1. Les difficultés liées à la période de construction 39

A. L'incertitude sur le moment d'entrée en vigueur du régime de la copropriété 39

B. L'application inadaptée du régime de la copropriété aux ensembles édifiés par tranches successives 44

1. L'intangibilité du projet initial par le statut de la copropriété 45

2. L'absence de solutions satisfaisantes par l'aménagement du régime de la copropriété 46

a) Le recours au mandat de modification 47

b) La modification des règles de majorité 49

3. L'insuffisance de la technique du lot transitoire 50

Paragraphe 2. Les difficultés liées à la gestion de l'immeuble 53

A. Des règles de majorité inadaptées aux grands ensembles immobiliers 54

1. L'inaccessibilité des majorités de la loi du 10 juillet 1965 55

2. La multiplication des risques de blocage par la destination de l'immeuble 58

B. Les conditions trop limitatives de mise en place d'un syndicat secondaire 62

1. L'amélioration de la gestion de la copropriété par les syndicats secondaires 62

2. Des conditions d'ouverture trop restrictives pour convenir aux grands ensembles immobiliers 64

C. Les petites copropriétés et la tentation de la division en volumes 67

Section 2. La précarité de la propriété privée établie sur le domaine public 72

Paragraphe 1. L'incompatibilité du régime de la copropriété avec domaine public 73

Paragraphe 2. La précarité des propriétés superficiaires consenties sur le domaine public 77

A. La précarité de la propriété superficiaire établie sur le domaine public 77

1. La précarité des droits de superficie traditionnels de l'occupant domanial 78

2. L'inadaptation de la technique des baux emphytéotiques administratifs 79

B. La précarité des droits réels issus de l'autorisation temporaire d'occupation du domaine public 81

Chapitre 2. La solution : l'organisation collective de volumes immobiliers indépendants 90

Section 1. L'indispensable pluralité d'états du volume immobilier 91

Paragraphe 1. La pluralité d'états du volume immobilier, condition indispensable au rejet de la copropriété....92
A. La condition impérative au rejet de la copropriété : l'absence de lot comprenant partie privative et quote-part de parties communes....93
B. Le volume immobilier, garant permanent de l'absence de parties communes....95
1. Le volume d'espace, outil d'édification de l'immeuble en dehors de la copropriété....96
2. Le volume construit, outil de rejet de la quote-part de parties communes dans le collectif....98
Paragraphe 2. Le volume immobilier, outil de la mise en place d'une propriété privée au côté du domaine public....103
A. Les conceptions extensives du domaine public....105
1. L'extension du domaine public par le bénéfice de l'accession....106
a. La reconnaissance jurisprudentielle de l'extension de la propriété publique par voie d'accession....108
b. L'extension de l'application de l'accession au domaine public....110
c. Le rejet contemporain de l'accession dans l'extension du domaine public....111
2. La persistance de critères de rattachement extensifs....114
B. Le volume immobilier comme outil de délimitation des portions d'immeuble ou d'édifice....117
1. La superposition des propriétés assurée par le déclassement en volumes d'espace....118
2. Le volume immobilier comme outil d'effectivité des critères de réduction du domaine public....121
Section 2. Le volume immobilier : outil d'organisation de la propriété individuelle au sein d'un ensemble collectif....126
Paragraphe 1. Les servitudes, outils des relations primaires entre volumes....127
A. Les servitudes, indispensables à la pérennité et à la gestion de l'immeuble....129
B. L'acceptation des servitudes entre volumes....131
1. La compatibilité des servitudes et des volumes d'espace....132
2. La compatibilité des servitudes portant sur l'exploitation des volumes....136
C. L'articulation des servitudes avec les empiétements sur le fonds d'autrui....142
1. L'empiétement pour la servitude versus servitude pour l'empiétement....142
2. Le risque de destruction des empiétements....146
3. L'application aux constructions en volumes....152
Paragraphe 2. La compatibilité des servitudes et du domaine public....154
A. La situation antérieure au CGPPP....155
1. La fragilité des servitudes conventionnelles sur le domaine public....156
2. Les servitudes établies par voie administrative....158
B. La mise en place des servitudes sur le domaine public depuis le CGPPP : l'inaliénabilité limitée à la protection de l'affectation....159
1. La reconnaissance légale des servitudes sur le domaine public....159
2. Le maintien discutable de la prohibition aux ensembles immobiliers antérieurs à la réforme....161
TITRE 2. LE DÉVELOPPEMENT CONCEPTUEL DU VOLUME IMMOBILIER : DU RATTACHEMENT SUPERFICIAIRE À LA CARACTÉRISATION DE L'IMMEUBLE PAR NATURE....169
Chapitre 1. La généralisation du volume immobilier à titre d'objet issu de la division de l'immeuble....170
Section 1. La généralisation fonctionnelle du volume immobilier dans le cadre de la construction en volumes....171
Paragraphe 1. Maintien du caractère relatif du mode de division en copropriété....172
Paragraphe 2. Les insuffisances de la notion d'ensemble immobilier comme vecteur d'encadrement du recours à la division en volumes....178
A. Les exigences attachées à la division en volumes d'un ensemble immobilier : la mise en place d'une organisation différente....179
B. La notion d'ensemble immobilier au sens de l'article 1er de la loi du 10 juillet 1965 : le critère de l'hétérogénéité....181
C. Insuffisance de la seule notion d'ensemble immobilier à encadrer le recours à la division en volumes....186

Paragraphe 3. L'insuffisance de l'encadrement de la division en volumes par la mise en place d'un critère structurel....188
A. Mise en place d'un critère structurel à la division en volumes....188
B. Les insuffisances de l'encadrement de la division en volumes par les critères structurels présents dans la loi du 10 juillet 1965....191
Section 2. L'effacement du droit de superficie au profit du volume immobilier....201
Paragraphe 1. Le rattachement initial du volume immobilier au droit de superficie : le volume comme raffinement du droit de superficie....201
A. Le volume immobilier comme résultat de la technique superficiaire....201
B. Un rattachement initial logique et rassurant....203
Paragraphe 2. L'effacement doctrinal du droit de superficie au profit du volume immobilier....205
A. Le recul logique de la référence au droit de superficie....205
B. Consécration doctrinale de cette évolution....209
Section 3. Avantages de cette généralisation conceptuelle....217
Paragraphe 1. Le volume d'espace comme assiette de la propriété de l'immeuble divisé....217
A. La persistance de la propriété de l'espace à la destruction de l'objet....218
B. Création d'espace de propriété versus droits réels sur la chose d'autrui....220
Paragraphe 2. Distinction facilitée entre droit de propriété et droit réel sur la chose d'autrui....223
A. Retour d'une conception cohérente dans la relation entre servitude et empiétement....223
B. Matérialisation de la distinction entre droit réel sur la chose d'autrui et droit de propriété....226
Paragraphe 3. L'amélioration de la délimitation du bien objet de propriété....230
A. L'existence de biens imparfaitement délimités....230
B. Recherche d'une solution unilatérale efficace à la détermination des biens souterrains non délimités....235
C. Apport de la géométrisation de la propriété immobilière....240
Chapitre 2. La redéfinition de la notion d'immeuble par nature par le prisme du volume immobilier....245
Section 1. Le volume d'espace, représentation tridimensionnelle du fonds de terre....246
Paragraphe 1. Le volume d'espace, une conséquence de la propriété immobilière du Code civil....247
A. La propriété immobilière du Code civil, une propriété tridimensionnelle....247
B. La prise en compte de la propriété de l'espace par la propriété tridimensionnelle du Code civil…249
Paragraphe 2. Le fonds-volumique, conséquence de la propriété autonome du volume d'espace....258
A. La géométrisation horizontale du sol : la parcelle....258
1. L'imperfection du sol-matière à caractériser le fonds de terre....258
2. Le sol réduit à son abstraction horizontale : la parcelle....263
B. La géométrisation tridimensionnelle du fonds : le volume immobilier....266
Section 2. Les conséquences de l'émergence du fonds-volumique....270
Paragraphe 1. Les conséquences applicables en droit civil....270
A. Les conséquences mineures induites par le fonds-volumique....272
B. Les conséquences majeures induites par le fonds-volumique....276
1. L'application des règles de résolution de l'accession immobilière au volume immobilier....276
2. L'articulation de la généralisation des fonds-volumiques avec l'article 552 du Code civil....279
3. La clarification des règles de preuve de la propriété immobilière....285
Paragraphe 2. Les conséquences applicables en droit de l'urbanisme....293
A. Le volume immobilier, unité foncière de référence....294
B. Le rattachement du volume immobilier au régime du lotissement....299
1. La finalité poursuivie par le régime des lotissements....300
2. La sécurisation de la division en volumes par l'application du régime des lotissements....302
Partie 2. Analyse critique de la généralisation du volume immobilier....317
Titre 1. La réduction conceptuelle du volume immobilier : un fonds superficiaire....319
Chapitre 1. La propriété du fonds de terre, irréductible au volume d'espace....320

Section 1. La propriété foncière du Code civil, une fraction de l'écorce terrestre....320
Paragraphe 1. Le sol-matière, élément central du fonds de terre....321
A. La délicate définition de la notion de fonds de terre....322
B. Le maintien par le Code civil du sol-matière comme élément primordial du fonds de terre....328
1. Le pouvoir d'attraction du sol-matière....328
2. La matière, utile à la délimitation du fonds de terre....335
Paragraphe 2. Les difficultés inhérentes à l'abstraction totale du sol....342
A. L'abstraction du sol à l'épreuve de l'application de l'article 552 du Code civil....342
1. L'hypothèse impossible de l'extension prévue par l'article 552 entre volumes....343
2. L'application de l'article 552 au sein du volume : l'hypothèse de l'émancipation imparfaite du sol par le volume....346
B. Le maintien de la prédominance du sol....349
1. Le maintien de la prédominance du sol par la publicité foncière....349
2. Le maintien de la prédominance du sol par la jurisprudence de la Cour de cassation....352
Section 2. Le volume immobilier par le droit de l'urbanisme : entre rejet et indifférence du fonds-volumique....357
Paragraphe 1. L'unité foncière, notion attachée au terrain d'assiette....358
A. La dématérialisation de l'unité foncière, indifférente au fonds-volumique....358
B. L'unité foncière du droit positif, le maintien de l'assimilation au terrain d'assiette....361
1. L'unité foncière du législateur : le terrain d'assiette de l'opération....361
2. Le maintien jurisprudentiel de l'attachement au terrain d'assiette : l'exemple du lotissement.…..366
Paragraphe 2. Le rejet du fonds-volumique par le droit de l'urbanisme....371
A. Les demandes d'autorisations d'urbanismes conditionnées à la propriété du sol-matière....372
1. Le principe : la capacité exclusive de la demande octroyée au propriétaire du sol....372
2. Le maintien du principe pour les permis spéciaux....374
B. La surface du terrain, seul déterminant des droits à construire....376
Paragraphe 3. L'indifférence des assouplissements du droit de l'urbanisme au fonds-volumique....379
A. La pluralité de permis de construire, attachée au terrain d'assiette....380
1. *La c*onsécration jurisprudentielle de la pluralité de permis au sein d'une opération unique....380
2. La condition d'ouverture indifférente à l'existence d'un fonds-volumique....382
B. La reconnaissance doctrinale de l'assiette volumique, indifférente du fonds-volumique....385
Chapitre 2. L'existence de principe du volume immobilier à titre de fonds superficiaire....390
Section 1. L'ouverture de la possibilité d'existence du volume immobilier par celle de la rupture de l'unité de la propriété du sol....392
Paragraphe 1. La négation totale du volume immobilier issue de l'unité indépassable de la propriété du sol....392
Paragraphe 2. Les objections dirimantes à la négation de la propriété superficiaire....398
A. L'analyse historique, simple constat de l'évolution de la notion de propriété....399
B. L'ordre public des biens, indifférent à la propriété superficiaire....406
C. La contradiction du droit réel de superficie sur la chose d'autrui par le droit positif....413
Section 2. L'indépendance de principe du volume immobilier, fonds superficiaire....417
Paragraphe 1. La recherche d'un modèle explicatif de la persistance du lien avec le sol : la tentation du constat d'une relation de principe entre superficie et fonds de terre....418
A. La mise en lumière des relations entre la superficie tangible et le fonds de terre par la théorie dualiste....419
1. La théorie dualiste et la mise en avant du seul droit de construire....419
2. La volonté de conceptualisation des relations entre superficiaire et tréfoncier....423
B. La constatation généralisée de la nécessité d'un lien entre la superficie et le fonds de terre....425
C. Les limites attachées à l'analyse dualiste dans la pérennité des propriétés superficiaires....431
1. La distinction entre condition d'existence et d'exercice du droit de propriété....431
2. La conséquence de la subordination, les difficultés à justifier une propriété superficiaire perpétuelle....434

Paragraphe 2. Le détachement d'une relation étroite au fonds de terre par le fonds superficiaire.....437
A. La validité du volume d'espace.....437
1. L'acceptation théorique de la propriété de l'incorporel immobilier.....437
2. La nature immobilière du volume d'espace.....445
3. L'indifférence de l'absence de reconnaissance expresse du volume d'espace par la jurisprudence 448
B. Le principe d'autonomie du volume superficiaire.....450
1. Le volume superficiaire, un fonds indépendant au sens des servitudes.....451
2. L'indépendance relative du fonds superficiaire.....454
Titre 2. Le fonds superficiaire : une catégorie spécifique de propriété superficiaire.....465
Chapitre 1. Les contradictions apportées à la généralisation de la propriété superficiaire volumétrique. .466
Section 1. Les propriétés superficiaires assises sur une autorisation de jouissance du fonds, indifférentes à la propriété de l'espace.....468
Paragraphe 1. L'incompatibilité de l'acquisition de l'espace occupé par l'objet superficiaire avec le mécanisme de l'accession.....468
Paragraphe 2. La conséquence : l'existence de divisions en volumes sans appropriation de l'espace. .475
A. Le principe de la division de la propriété superficiaire consolidée par un bail.....477
B. L'articulation entre la division en volumes reposant sur une autorisation de jouissance et la propriété de l'espace.....479
Section 2. Les difficultés induites par la généralisation de la compréhension volumétrique des propriétés superficiaires.....486
Paragraphe 1. Les propriétés superficiaires indifférentes à la propriété de l'espace.....487
A. Les propriétés superficiaires irréductibles à la propriété de l'espace.....488
B. L'inopportunité de la création généralisée de micro-volumes.....490
Paragraphe 2. La persistance de propriétés superficiaires non exclusivement délimitées par leurs contours matériels : l'exemple des biens souterrains.....493
Section 3. Les réserves à la propriété de l'espace résultant du droit positif.....498
Paragraphe 1. L'exclusion intéressée de la propriété de l'espace : les propriétés superficiaires issues de servitudes administratives.....499
A. Les différences résiduelles des servitudes administratives de l'expropriation de l'espace.....499
B. Le juge constitutionnel, indifférent à l'approche volumique de la propriété superficiaire.....506
Paragraphe 2. Le recours jurisprudentiel aux servitudes dans la consolidation de l'empiétement, indice des réserves quant à l'acquisition de l'espace occupé par la propriété superficiaire.....508
A. La servitude de surplomb au service de la consolidation de l'empiétement aérien.....508
B. Les différences résiduelles de la consolidation de l'empiétement par voie de servitude.....513
C. La servitude de surplomb, palliatif à l'acquisition du volume d'espace occupé par l'empiétement 516
1. Le maintien de la validité des servitudes de surplomb.....517
2. Une solution justifiée par les réticences à la généralisation du volume d'espace.....519
Chapitre 2. Tentative de délimitation du champ d'application du fonds superficiaire.....531
Section 1. La délimitation des conditions d'existence du fonds superficiaire.....531
Paragraphe 1. La portée de l'indépendance de la propriété non prédéterminée de l'espace vis-à-vis de celle de l'objet qui l'occupe dans la jurisprudence de la Cour de cassation.....532
A. Les critères du mode d'établissement de la servitude de surplomb.....534
B. Le critère de l'existence d'une portion d'espace directement utilisable par le possesseur.....536
Paragraphe 2. Pour une indépendance totale de la propriété superficiaire à son assiette volumétrique.541
A. La justification du rejet du principe selon lequel la propriété superficiaire emporte l'appropriation de l'espace occupé par son objet.....542
B. Les conséquences de la distinction entre propriété superficiaire et fonds superficiaire.....547
1. Les propriétés superficiaires et la nécessité d'un lien avec le propriétaire du fonds.....547
2. La conséquence du retrait de la propriété de l'espace dans la consolidation des empiétements....555

a. L'hypothèse de la consolidation de l'empiétement par la possession utile....556
b. L'éventualité d'un retour de la consolidation de l'empiétement par acquisition d'une servitude 559
Paragraphe 3. Les exigences formelles attachées à la création du fonds superficiaire....565
A. Les exigences formelles propres à assurer l'identification du bien....565
B. L'impact sur la nature de la partie privative du lot de copropriété....572
Section 2. Vers une réduction légale du recours au volume immobilier comme technique de division de l'immeuble collectif....577
Paragraphe 1. L'amélioration récente de la polyvalence du régime de la copropriété....578
A. La refonte en profondeur du régime des petites copropriétés....579
B. L'évolution implicite de l'adaptation du régime commun aux grandes copropriétés....586
Paragraphe 2. Le recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif....589
A. Le recul de l'intérêt de la division en volumes par l'amélioration de la polyvalence du régime de la copropriété....589
B. Les éléments prospectifs en faveur du recul de l'intérêt de la division en volumes de l'immeuble collectif....594
1. Pour une extension de la portée de la destination de l'immeuble à l'ensemble divisé en volumes 594
2. Pour un élargissement de la notion d'ensemble immobilier au sens de la loi du 10 juillet 1965…600
3. Vers un assouplissement de l'incompatibilité du domaine public à la copropriété ?....604
a. La remise en cause de l'impact du collectif dans l'incompatibilité au domaine public....604
b. Réflexions autours de l'incompatibilité issue de l'hypothèque légale....610
Paragraphe 3. Pour une reprise légale des champs d'applications respectifs de la copropriété et de la division en volumes....616
Conclusion générale....633
Bibliographie....641
Traités, manuels et cours....641
Dictionnaires, dictionnaires juridiques et encyclopédies....644
Thèses et monographies....646
Thèses et mémoires....646
Monographie....649
Articles....650
Chroniques, observations et notes de jurisprudence....664
Actes de colloque, recueils, rapports et recommandations....675
Décisions de justice....677
Cour de cassation....677
Cours d'appel et juridictions judiciaires du second degré....686
Tribunaux de première instance....688
Conseil d'État....688
Cours administratives d'appel....690
Conseil Constitutionnel....691
Cour européenne des droits de l'Homme....691
Index alphabétique....693

Antoine CHAUSFOIN

LE VOLUME IMMOBILIER

Résumé

Le volume immobilier représente l'objet de propriété issu de la technique juridique de la division en volumes de l'immeuble. Cette technique repose sur la possibilité de diviser l'étendue verticale de l'immeuble en volumes indépendamment appropriés, tout en faisant une abstraction totale du sol. Ce dernier s'efface alors totalement au bénéfice des volumes immobiliers, qui sont compris indépendamment de la matière qui les compose. Issue de la pratique notariale de division de l'immeuble, l'objectif initial de cette technique juridique était de permettre l'établissement des grands ensembles immobiliers. Elle présente des avantages indéniables et se fonde sur la formidable adaptabilité de la notion de propriété immobilière que permet le Code civil. L'impact important de cette technique sur le droit immobilier et l'espace de liberté dans laquelle elle évolue invite à l'étendre au-delà de son cadre d'origine. On pourrait en effet être tenté de sortir la division en volumes du cadre de simple technique juridique, afin de repenser la notion de propriété foncière – initialement attachée au sol – en la redéfinissant intégralement en termes de volumes tri-dimensionnels. Pourtant, il ne semble pas souhaitable d'étendre les volumes immobiliers au-delà du cadre pratique qui les ont vu naître. Les conséquences d'une telle consécration poseraient des difficultés tant théoriques que pratiques : difficultés théoriques d'une part, car la notion de volume immobilier ne s'adapte que très imparfaitement à la propriété foncière du Code civil ; difficultés pratiques d'autre part, en ce qu'une telle consécration impliquerait des problèmes liés à la persistance de la propriété du volume au-delà de l'objet qui le compose. En définitive, la thèse ne nie pas l'existence des volumes immobiliers. Elle tend néanmoins à démontrer la nécessité d'une délimitation précise de ces derniers, tant dans leur compréhension que leur utilisation, en raison des différences intrinsèques qu'ils présentent vis-à-vis de la propriété foncière du Code civil.

Mots clés. Division en volumes – Droit de superficie – Fonds de terre – Servitudes – Volume immobilier

Abstract

The real-estate volume is the property object resulting from the legal technical way in which a building is divided into volumes. This technique is based on the possibility of dividing the vertical extent of a building into independently owned volumes, disregarding the ground. The latter then disappears completely in favour of the real-estate volumes which are to be understood as independent of what they are made of. Volume division stemmed from notarial practices and the need to find a practical way to build real estate complexes. This legal technique is based on the great adaptability of the notion of property offered by the French civil law and this premise: the possibility to divide property vertically. Because it had undeniable benefits, was not submitted to regulation and enabled law professionals to rethink the notion of property with a reshaping effect on property law, one may be tempted to extend it beyond its original scope. Indeed, one could be tempted to turn volume division, which is a practical technique, into a theory and a way to rethink the very notion of land property by redefining it completely in terms of three-dimensional volumes. However, extending real estate volumes beyond the practical frame from which they originate seems inadvisable. Consequences of such consecration would present some challenges, both on theoretical and practical levels: theoretically on the one hand because the real-estate volume does not match to perfection the French civil law notion of property; practically on the other hand because such consecration would induce problems in relation to the persistence of the property of a volume beyond the latter's actual physical existence.

Keywords. *Division by volumes – Land propertie – easement – Air rights – Real estate volume.*