

LA LETTRE WK - JUILLET 2023

SOMMAIRE

BRÈVES JURIDIQUES 2

PLU bioclimatique de Paris :
le projet de PLU est arrêté

Audit énergétique :
entrée en vigueur de la réglementation

Bail réel solidaire :
extension aux locaux d'activités

Les hôtels ne sont pas soumis à agrément pour
locaux d'activités en Ile-De-France

LE POINT SUR... 4

Destinations et sous-destinations :
publication d'un décret et d'un arrêté

CONFÉRENCE 5

Les cahiers des charges :
(ZAC, lotissements et autres)

BRÈVES JURIDIQUES

PLU BIOCLIMATIQUE DE PARIS : LE PROJET DE PLU EST ARRÊTÉ

Le projet de PLU bioclimatique de Paris a été arrêté par délibération du Conseil de Paris le 5 juin 2023. Pour consulter la délibération cliquez [ici](#).

Cette étape marque la fin de la phase d'élaboration du document et ouvre la voie à la phase d'enquête publique qui devrait se dérouler dès la rentrée.

Cette délibération ne change donc rien à l'état du droit applicable, le PLU actuel restant en vigueur. L'approbation du nouveau PLU n'interviendra pas avant la fin de l'année 2024.

Mais nous sommes désormais en mesure de connaître le règlement du futur PLU, qui pourra toutefois être ajusté à la marge pour tenir compte des observations formulées dans le cadre de l'enquête publique.

Pour consulter le projet de règlement du PLU arrêté, cliquez [ici](#).

Notre attention est particulièrement attirée sur la rédaction retenue s'agissant des deux sujets suivants :

La servitude de mixité fonctionnelle :

3° Dispositions particulières applicables dans le secteur de développement de l'habitation

Dans le secteur de développement de l'habitation délimité aux documents graphiques du règlement, la SPE après travaux ne doit pas excéder la SPE initiale, tel que : $SPE2 \leq SPE1$.

Cette disposition ne s'applique pas aux surfaces situées en rez-de-chaussée dans la bande de constructibilité principale* et aux surfaces en sous-sol.

En outre, toute construction neuve, restructuration lourde*, extension*, surélévation* ou changement de destination* ou de sous-destination* doit comprendre après travaux une surface de plancher* destinée à l'Habitation supérieure à 11 % de la SPE créée, restructurée ou objet du changement de destination* ou de sous-destination*, avec un minimum de 500 mètres carrés.

Cette disposition s'applique lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- la SPE projetée est supérieure à 4 500 mètres carrés ;
- la somme des surfaces de plancher* projetées des locaux relevant de la SPE et des locaux relevant de la destination* Habitation est supérieure à 5 000 mètres carrés.

Cette disposition ne s'applique pas :

- aux surfaces situées en rez-de-chaussée dans la bande de constructibilité principale* et aux surfaces en sous-sol ;
- aux surfaces démolies ;
- aux constructions existantes dont la configuration ou la situation sont strictement incompatibles avec la création de logement, notamment au regard de la sécurité ou de la salubrité ;
- aux ensembles immobiliers ayant fait l'objet d'une décision de changement d'usage, prise après compensation réelle sur le fondement du quatrième alinéa de l'article L. 631-7 du code de la construction et de l'habitation, obtenue depuis moins de dix ans et portant sur une surface de plancher* supérieure ou égale à la surface de plancher* minimale des locaux relevant de la destination* Habitation définie ci-avant ;
- lorsque peut être prise en compte la transformation de SPE en Habitation de tout ou partie d'un autre immeuble situé à proximité, dans le secteur de développement de l'habitation, portant sur une surface de plancher* supérieure ou égale à la surface de plancher* minimale des locaux relevant de la destination* Habitation définie ci-avant. Le pétitionnaire qui fait la demande de prise en compte produit l'accord conclu avec le titulaire du permis de construire ou de la non opposition à déclaration préalable ayant autorisé cette transformation ainsi que le permis de construire ou la déclaration préalable. Les surfaces prises en compte au titre de la présente disposition ne doivent pas servir ou avoir servi de compensation dans le cadre de la réglementation de changement d'usage.

Le pastillage :

UG.1.5.2 Emplacements réservés en vue de la réalisation de certains types de logements

En application des articles L. 151-41, 4° et R. 151-38, 1° du code de l'urbanisme, les documents graphiques du règlement délimitent des emplacements réservés en vue de la réalisation de programmes d'habitation ou de certaines catégories de logements. Ces emplacements réservés sont recensés dans l'annexe V du tome 2 du règlement.

Les propriétaires des terrains* concernés peuvent exercer le droit de délaissement mentionné aux articles L. 152-2 et L. 230-1 et suivants du code de l'urbanisme.

Dans ces emplacements réservés, tout projet de construction neuve, restructuration lourde*, extension*, surélévation* ou changement de destination* (que l'opération relève du permis de construire ou de la déclaration préalable) doit affecter une part de sa surface de plancher* à la destination* Habitation.

Cette surface doit en outre comporter une proportion déterminée de logement locatif social* ou de logement en bail réel solidaire*. Ces emplacements réservés sont repérés aux documents graphiques du règlement sous la légende LS ou BRS, suivie de deux nombres fixant les obligations à respecter :

- les lettres LS indiquent qu'il s'agit d'un emplacement réservé en vue de la création de logement locatif social* ;
- les lettres BRS indiquent qu'il s'agit d'un emplacement réservé en vue de la création de logement en bail réel solidaire* ;
- le premier nombre indique le pourcentage minimal relevant de la destination* Habitation que doit comporter la surface de plancher* soumise à obligation de programme ;
- le second nombre indique le pourcentage minimal de logement locatif social* ou de logement en bail réel solidaire* que doit comporter la surface de plancher* soumise à obligation de programme ;
- lorsque la légende LS ou BRS est suivie d'un astérisque, les obligations attachées à l'emplacement réservé sont définies dans l'annexe V du tome 2 du règlement.

La surface de plancher* soumise à obligation de programme est la surface de plancher* totale du projet, après exclusion :

- a - des surfaces situées à rez-de-chaussée dans la bande de constructibilité principale* et des surfaces en sous-sol ;
- b - des surfaces relevant de la destination* Équipements d'intérêt collectif et services publics ;
- c - des locaux à rez-de-chaussée bénéficiant de l'une des protections définies à la sous-section UG.1.4.2 (protection du commerce et de l'artisanat).

Dans les emplacements réservés imposant 100 % d'Habitation, les surfaces indiquées au b - ci-avant incluent uniquement :

- les surfaces de plancher* relevant de la sous-destination* Locaux techniques et industriels des administrations publiques et assimilés ;
- les surfaces de plancher* relevant de la destination* Équipements d'intérêt collectif et services publics et programmées par un périmètre de localisation d'équipement grevant le même terrain* ;
- les autres surfaces de plancher* relevant de la destination* Équipements d'intérêt collectif et services publics et situées au premier étage et au rez-de-chaussée hors de la bande de constructibilité principale*.

Lorsque la règle impose la réalisation d'une part minimale de logement locatif social* (légende LS), le reste de la part minimale de surface de plancher* des locaux destinés à l'Habitation est obligatoirement affecté au logement en bail réel solidaire*, au logement locatif intermédiaire* ou au logement locatif social*, à l'exclusion du logement libre.

Lorsqu'il est imposé la réalisation d'une part minimale de logement en bail réel solidaire* (légende BRS), cette part peut être réalisée, pour un quart au maximum, en logement locatif social* ou en logement locatif intermédiaire*.

Les dispositions de la présente sous-section UG.1.5.2 ne s'appliquent pas aux immeubles appartenant à l'État ou à l'un de ses établissements publics, dès lors qu'ils demeurent affectés à une mission de service public.

Etant précisé que la restructuration lourde est ainsi définie :

Travaux visant à rénover ou modifier une construction existante et soumis à autorisation d'urbanisme qui suppriment ou rendent à l'état neuf les éléments déterminant la résistance et la rigidité de la construction dans une proportion d'au moins 15 %, sous réserve des travaux qui ressortent de la reconstruction.

Et celle d'extension est définie comme ceci :

Agrandissement horizontal d'une construction existante modifiant son emprise au sol* et présentant un lien physique et fonctionnel avec celle-ci. Une extension* dont la surface de plancher* ou l'emprise au sol* est supérieure à celle de la construction existante avant travaux est soumise aux règles de la construction neuve.

La liste des immeubles pastillés figurant dans l'annexe de ce règlement est consultable en cliquant [ici](#).

BRÈVES JURIDIQUES

AUDIT ÉNERGÉTIQUE : ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA RÉGLEMENTATION

L'audit énergétique a été, dans sa forme actuelle, institué par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 dont résulte l'article L. 126-28-1 du Code de la construction et de l'habitation qui le régit.

L'entrée en vigueur de cette réglementation, antérieurement fixée au 1er septembre 2022, a été finalement repoussée au 1er avril 2023 (D. n° 2022-1143, 9 août 2022, art. 1er).

Il figure aux côtés du DPE, depuis le 25 août 2021, au 6° de l'article L. 271-4 relatif au dossier de diagnostic technique. A ce titre, il doit être annexé à la promesse de vente et à défaut de promesse de vente, à l'acte authentique, sachant qu'en outre, l'article L. 271-4 précise que ledit audit est remis, à l'instar du DPE désormais, par le vendeur ou son représentant à l'acquéreur potentiel lors de la première visite de l'immeuble ou de la partie d'immeuble faisant l'objet d'un tel audit.

L'audit énergétique ne concerne que les « bâtiments ou parties de bâtiment à usage d'habitation qui comprennent un seul logement ou comportent plusieurs logements ne relevant pas de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis et qui appartiennent aux classes D, E, F ou G ».

Autrement dit, un immeuble de bureaux mono-proprétaire avec un local à usage d'habitation classé D, E, F ou G est concerné.

Son applicabilité est différée en fonction du calendrier établi par l'article 5 de l'arrêté du 4 mai 2022 précité, à savoir :

- Depuis 1er avril 2023 pour les logements les plus énergivores, classés dans les catégories F ou G, habituellement qualifiés de « passoires énergétiques (à compter du 1er juillet 2024 en Guadeloupe, en Martinique, en Guyane, à La Réunion et à Mayotte) ;
- À compter du 1er janvier 2025, pour les logements classés E (à compter du 1er janvier 2028 dans les départements et régions d'outre-mer ci-dessus énumérés) ;
- À compter du 1er janvier 2034 pour les logements classés D.

L'audit énergétique ne fait pas partie des documents dont l'absence de communication empêche le vendeur de s'exonérer des vices cachés « correspondants » (CCH, art. L. 271-4, II, 1er). Le vendeur peut donc stipuler dans l'acte une clause d'exonération de la garantie des vices cachés même s'il ne fournit pas cet audit, étant précisé que cette option n'est pas envisagée dans le modèle accessible par le lien ci-dessus.

BAIL RÉEL SOLIDAIRE : EXTENSION AUX LOCAUX D'ACTIVITÉS

L'ordonnance n° 2023-80 du 8 février 2023 a étendu le bail réel solidaire (BRS), initialement conçu pour le logement, aux locaux d'activités, c'est-à-dire aux « locaux à usage professionnel ou commercial ». Le BRS activités ne pourra toutefois être consenti qu'aux micro-entreprises, c'est-à-dire celles ayant moins de 10 salariés et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 2 millions d'euros.

Quelques rappels :

- Le BRS est un contrat par lequel un organisme de foncier solidaire (OFS) consent à un preneur des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, et désormais de locaux d'activités, pour une durée comprise entre 18 et 99 ans. Pour le BRS activités, la durée est minimale est réduite à 12 ans.
- Le BRS est conclu moyennant un prix de cession des droits réels et une redevance.
- Les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété en cours de bail et deviennent la propriété de l'OFS à l'expiration du bail.
- Le BRS se distingue des autres baux de longue durée en ce qu'il est « rechargeable ». C'est-à-dire que chaque changement de preneur implique une prorogation pour une durée égale à celle prévue dans le contrat initial.

Le BRS activités ne sera pleinement opérationnel qu'à la parution des textes réglementaires d'application.

LES HÔTELS NE SONT PAS SOUMIS À AGRÉMENT POUR LOCAUX D'ACTIVITÉS EN ILE-DE-FRANCE

Pour l'application des dispositions de l'article L. 510-1 du Code de l'urbanisme, l'activité hôtelière ne constitue pas une activité de nature commerciale nécessitant un agrément (CAA Paris, 17 mai 2023, n° 22PA01155).

L'article L. 510-1 du Code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, dispose que :

« La construction, la reconstruction, l'extension, le changement d'utilisateur ou d'utilisation de locaux ou installations ou de leurs annexes servant à des activités industrielles, commerciales, professionnelles, administratives, techniques, scientifiques ou d'enseignement ne relevant pas de l'Etat ou de son contrôle peuvent être soumis à un agrément de l'autorité administrative. »

A la question de savoir si les hôtels constituent des locaux soumis à agrément, la pratique s'est longtemps appuyée sur l'exclusion exprimée très clairement par la circulaire n° 96-38 du 14 juin 1996.

Cependant, dans un jugement du 10 janvier 2022 le tribunal administratif de Paris a considéré que la circulaire était réputée abrogée et que les hôtels relevaient du champ d'application de l'agrément. Il a, par conséquent, annulé le permis de construire auquel n'était pas joint d'agrément (TA Paris, 10 janv. 2022, n° 2013641/4-2).

Le titulaire du permis de construire ainsi que la ville de Paris ont interjeté appel de ce jugement et la cour administrative d'appel de Paris leur a donné gain de cause en jugeant que :

« 10. Pour l'application des dispositions précitées dans leur rédaction issue de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, laquelle, ainsi qu'il résulte de son intitulé, a pour objet l'aménagement du territoire, l'activité hôtelière, qui est particulièrement dépendante de la demande et donc de son lieu d'implantation, ne constitue pas une activité de nature commerciale, au sens de ces dispositions, qui aurait nécessité un agrément. Par suite, les requérantes sont fondées à soutenir que c'est à tort que le jugement attaqué s'est fondé sur ce motif, rappelé au point 8, pour annuler la décision contestée. »

LE POINT SUR...



**Sébastien
Lamy-Willing,**

Knowledge Manager

DESTINATIONS ET SOUS-DESTINATIONS : PUBLICATION D'UN DÉCRET ET D'UN ARRÊTÉ

Un décret créé deux nouvelles sous-destinations et un certain nombre de définitions données dans l'arrêté du 10 novembre 2016 sont modifiées.

**Décret n° 2023-195 du 22 mars 2023
Arrêté du 22 mars 2023 - JO du 24 mars 2023**

Le décret du 22 mars 2023 vient modifier l'article R. 151-28 du Code de l'urbanisme pour insérer dans la destination « équipements d'intérêt collectif et services publics », une sous-destination « lieux de culte » et dans la destination « autres activités des secteurs primaire, secondaire ou tertiaire » (le mot « primaire » ayant également été ajouté par ce décret) une sous-destination « cuisine dédiée à la vente en ligne ».

Les lieux de culte étaient jusqu'alors classés par l'arrêté dans la sous-destination « autres équipements recevant du public » et l'intention du ministère, en érigeant cette catégorie de construction en sous-destination, est de permettre aux collectivités de mieux en contrôler la création ou la suppression.

Quant à la sous-destination « cuisine dédiée à la vente en ligne », ce sont bien les dark kitchens qui sont visées, l'intention étant de ne plus permettre de considérer ce type de locaux comme de la restauration.

Les modifications apportées par ce décret s'avèrent beaucoup plus restreintes que celles qui figuraient dans le projet de décret diffusé pour consultation courant 2022.

Le projet de décret prévoyait en effet de scinder le commerce et l'artisanat qui constituent aujourd'hui une seule et même sous-destination, mais également de permettre à la commune ou à l'EPCI compétent de prendre une délibération pour soumettre à déclaration préalable un simple changement de sous-destination sans travaux au sein d'une même destination.

Mais il était surtout prévu de contrecarrer l'arrêt par lequel le Conseil d'Etat avait jugé qu'un changement de destination devait s'apprécier au regard de celles énumérées aux articles R. 151-27 et R. 151-28 pour déterminer si une opération est soumise à permis de construire, déclaration préalable ou dispensée de toute autorisation même dans le cas où le PLU applicable n'est pas alurisé, en l'occurrence celui de Paris (CE, 7 juill. 2022, n° 454789). En ne modifiant pas les dispositions des articles R. 421-14 et R. 421-17 du Code de l'urbanisme, le décret vient donc finalement valider cette jurisprudence.

Pour ce qui concerne les modifications apportées à l'arrêté du 10 novembre 2016, les dark stores qui sont désignés comme les locaux destinés à « l'entreposage des biens sans surface de vente, les points permanents de livraison ou de livraison et de retrait d'achats au détail commandés par voie télématique » sont rangés dans la sous-destination « entrepôts », au même titre d'ailleurs que les data centers ici désignés comme les « locaux hébergeant les centres de données ». Cette modification est conforme à la solution que vient de retenir le Conseil d'Etat (CE, 23 mars 2023, n° 468360).

A noter également la correction d'une anomalie figurant à l'article 4 de l'arrêté qui classait parmi les « locaux et bureaux accueillant du public des administrations publiques et assimilés » les constructions fermées au public ainsi que celles prévoyant un accueil limité du public. Seules relèveront de cette sous-destination les constructions dont une partie substantielle est dédiée à l'accueil du public. Autrement dit, les bureaux des administrations publiques sans accueil du public ou bien avec un accueil limité constituent désormais des bureaux.

CONFERENCE LES CAHIERS DES CHARGES : (ZAC, LOTISSEMENTS ET AUTRES)



Charles Gijsbers,

Professeur de droit privé
Université Paris 2
Panthéon-Assas



**Samuel
Champeaux,**

Notaire associé Wargny Katz



**Sébastien Lamy-
Willing,**

Knowledge Manager
Wargny Katz

Le 16 juin dernier s'est tenu, au Cercle national des armées, une conférence sur le thème « Les cahiers des charges (ZAC, lotissement et autres) » en présence du professeur Gijsbers qui nous a fait l'honneur de sa présence.

L'intégralité des interventions est retranscrite dans les pages ci-après et l'enregistrement vidéo de la conférence peut être visionnée en cliquant [ici](#).



Samuel Champeaux :

Bonjour à toutes et tous, et merci à vous d'avoir à nouveau répondu en nombre à notre invitation pour cette nouvelle conférence organisée cette fois-ci autour du thème des « Cahiers des charges ».

Une nouvelle invitation de Wargny Katz pour un échange ce matin sur ce thème particulier, après les différents thèmes qui ont d'ores-et-déjà été abordés à l'occasion des précédents webinaires ou conférences organisées par mes associés sur des sujets que l'on pourrait qualifier de plus « pratiques » comme l'était le webinaire sur « le régime des destinations à l'heure de l'alurisation des PLU », celui sur la « réforme du droit des sûretés » ou encore, la toute dernière conférence portant sur l' « agrément pour locaux d'activités » avec l'actualité pratique de ce sujet.

En effet, il n'y a pas de jurisprudence ou d'actualité particulièrement « brûlante » qui pourrait nous faire penser que ce thème du cahier des charges nécessite une attention particulière. Mais bien que plus juridique dans sa résonance, le thème du cahier des charges est aussi, voire avant

tout, un thème de notre pratique du quotidien dans les dossiers qui nous occupent ; lesquels nous rappellent chaque fois un peu plus l'existence de ces cahiers des charges sous bien des formes.

Les cahiers des charges qui animent le plus souvent nos discussions, nos réflexions et interrogations concernent les terrains situés au sein de lotissement ou encore les cahiers des charges de ZAC, avec leurs différences, ainsi que leurs ressemblances sur certains aspects, mais avant tout et surtout les contraintes et limites qu'ils viennent apporter quant à l'utilisation et au développement d'une opération sur un terrain ; et chose plus récente, au redéveloppement de ces mêmes opération, une fois le premier cycle de vie de l'immeuble construit déjà passé.

Nous pourrions également évoquer les cahiers des charges des états descriptifs de division, EDDV, mais le temps d'une matinée de conférence n'y suffirait pas, d'autant que ces derniers, 100 % contractuels à la différence de nos autres cahiers des charges, ont un régime bien plus clair dans leur mise en œuvre, car on leur applique le droit des contrats.

Sans plus attendre, comprenant l'impatience grandissante de notre auditoire sur ce sujet particulier, je vous présente les deux intervenants qui vont officier ce matin à mes côtés, même s'il n'est plus vraiment nécessaire de les présenter l'un ou l'autre :

- Tout d'abord, et je souhaite vivement le remercier d'avoir accepté de participer à nos côtés à cette conférence sur ce thème, le Professeur Charles Gijsbers, Professeur de droit privé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, dont il est également le Directeur du master « droit immobilier et de la construction » ;
- Et également, Monsieur Sébastien Lamy-Willing, Docteur en droit et responsable du département « recherches et documentation » de Wargny Katz – en bon français notre « knowledge manager » ;

Avec l'aide de nos deux intervenants, nous allons donc évoquer ce thème des cahiers des charges, avec pour commencer l'intervention de Sébastien pour nous rappeler la genèse de la naissance des cahiers des charges et l'évolution de la réglementation y associée depuis le début du XIXe siècle jusqu'à nos jours.

Nous garderons un temps d'échange avec vous, nos participants ce matin, si certains d'entre vous venaient à avoir des questions ou remarques sur ce qui va être développé ce matin.

A cet égard, vous n'aurez peut-être pas toutes les réponses aux questions que vous vous posez sur ce thème particulier, tant une partie du régime juridique qui entoure les cahiers des charges reste sujet à interprétation, en plus de l'interprétation même des stipulations des cahiers des charges, et ce, malgré des tentatives du législateur pour rendre caducs certains de ces cahiers des charges, mais nous efforcerons de faire au mieux dans ce domaine.

Je cède désormais la parole à Sébastien,
Et vous souhaite, à toutes et tous, une bonne conférence.

Aborder le sujet des cahiers des charges s'avère être un exercice souvent périlleux. Car au-delà de l'épineuse question de son régime juridique, il est difficile d'en dessiner précisément les contours.

Le législateur s'est toujours bien gardé d'en apporter une définition, si bien qu'il faut, comme souvent, se tourner vers un dictionnaire juridique.

Le lexique des termes juridiques des éditions Dalloz apporte deux types de définitions, une relevant du droit administratif et l'autre du droit des procédures civiles :

Cahier des charges.

DR. ADM. - Document administratif détaillant, généralement avec minutie, les obligations et éventuellement les droits du titulaire de certains contrats administratifs et du bénéficiaire de certaines autorisations (lotissement), ou explicitant les modalités de réalisation de certaines décisions (par exemple : Z.A.C.)

PR. civ. - Document rédigé le plus souvent par l'avocat du créancier saisissant, dans la saisie d'immeuble, contenant toutes les conditions de la prochaine vente par adjudication.

Cette définition paraît incomplète voire biaisée car tous les cahiers des charges ne constituent pas des documents administratifs.

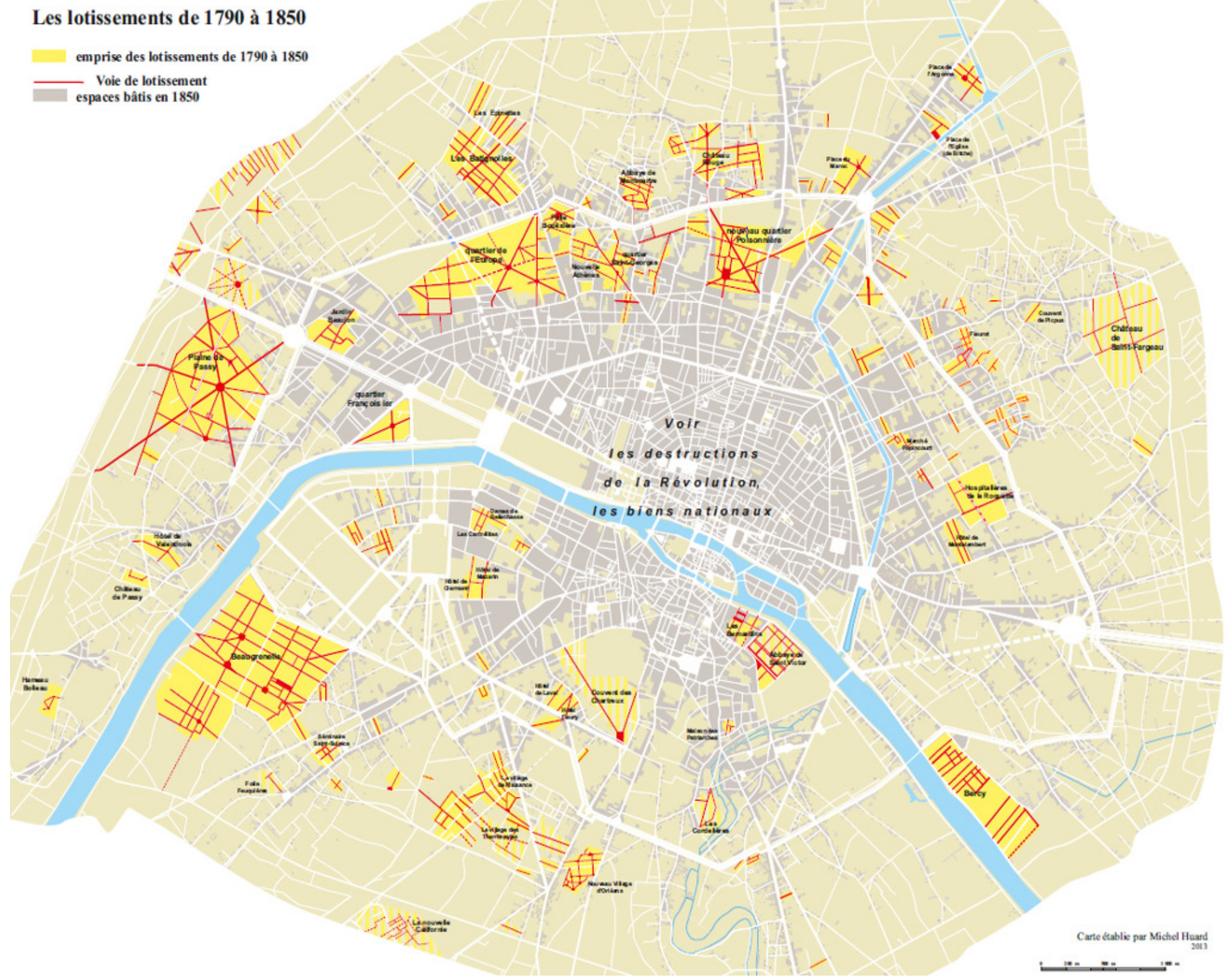
Même si certains de ces documents peuvent en effet revêtir un caractère réglementaire, ils n'en demeurent pas moins toujours et avant tout des contrats de droit privé, même lorsque le vendeur (celui qui édicte un tel document) est une personne publique.

D'ailleurs, les plus anciens cahiers des charges ont été édictés bien avant la naissance du droit de l'urbanisme et du contrôle par l'administration des opérations d'aménagement.

Ils constituaient donc, et constituent toujours pour ceux qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui, des documents de nature purement contractuelle.

Et c'est ici que l'on rejoint le second élément de définition relatif aux documents comportant les conditions d'une vente par adjudication. Car en réalité, les premiers cahiers des charges ont été édictés à la faveur de l'aménagement de places et du percement de rues ou boulevards impliquant la vente par adjudication, par une personne publique, de lots à bâtir selon des prescriptions architecturales strictes.

Cette carte, trouvée dans l'Atlas historique de Paris, fait figurer les opérations de lotissement réalisées entre 1790 et 1850.



Cette carte est probablement incomplète, car il existe un certain nombre d'opérations réalisées pendant cette époque dans les quartiers centraux de Paris qui ont pu faire l'objet de cahiers des charges.

Ces documents ont donné lieu à des interrogations quant à leur opposabilité. Si les adjudicataires construisaient conformément à toutes les prescriptions des cahiers des charges sans encombre, les premières difficultés sont apparues avec l'évolution des règlements de construction dès le début du XXe siècle.

Jusqu'alors, les seules règles de construction opposables aux immeubles construits sur ces lots étaient celles édictées dans le cahier des charges. Mais lorsque par exemple les règles de gabarit ont évolué et ont permis aux propriétaires de ces immeubles d'envisager des surélévations notamment, la question de la méconnaissance des prescriptions du cahier des charges s'était posée.

Quelle était la nature des engagements pris par l'acquéreur ? Tantôt qualifiées de servitudes, tantôt d'obligations, il était alors délicat de déterminer si le propriétaire était engagé contractuellement avec le lotisseur ou bien, lorsque le lotisseur était une commune comme cela était souvent le cas, si cet engagement consistait à poursuivre un intérêt public.

Un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 1919 a apporté pour la première fois une réponse en retenant la volonté des colotis de contractualiser dans leurs relations les dispositions du cahier des charges et que par conséquent — bien que le terme de servitude n'ait pas été employé dans l'acte — une servitude réelle grevait tous les lots et leur profitait à tous, chaque immeuble étant à la fois fonds dominant et fonds servant.

Ci-après l'attendu de principe de cet arrêt :

« Attendu que les juges du fond ont décidé, par appréciation des faits de la cause et de l'intention des parties, que l'interdiction établie par la clause constitue, non une simple obligation de ne pas faire personnelle à chaque adjudicataire, mais une servitude réelle grevant chacun des lots adjugés au profit des autres lots, opposable par suite aux ayants cause d'un adjudicataire par les ayants cause des autres adjudicataires, et qu'en statuant ainsi la cour de Paris n'a nullement dénaturé le sens de la clause et n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation. »

C'est ainsi qu'en stipulant pour autrui, les servitudes de lotissements vont pouvoir perdurer.

Cette solution a été confirmée dans un arrêt du 30 juin 1936, mais ce qui allait très vite poser des difficultés, c'est qu'aux termes de cette jurisprudence, les stipulations du cahier des charges pouvaient être implicitement contractualisées.

Bien plus tard, dans les années 1990, la Cour de cassation a fini par considérer que l'intention des parties devait être non équivoque et qu'il ne pouvait donc y avoir de contractualisation fortuite.

C'est ainsi qu'il faut rechercher l'intention des parties dans les cahiers des charges, à la lumière de la jurisprudence rendue en la matière.

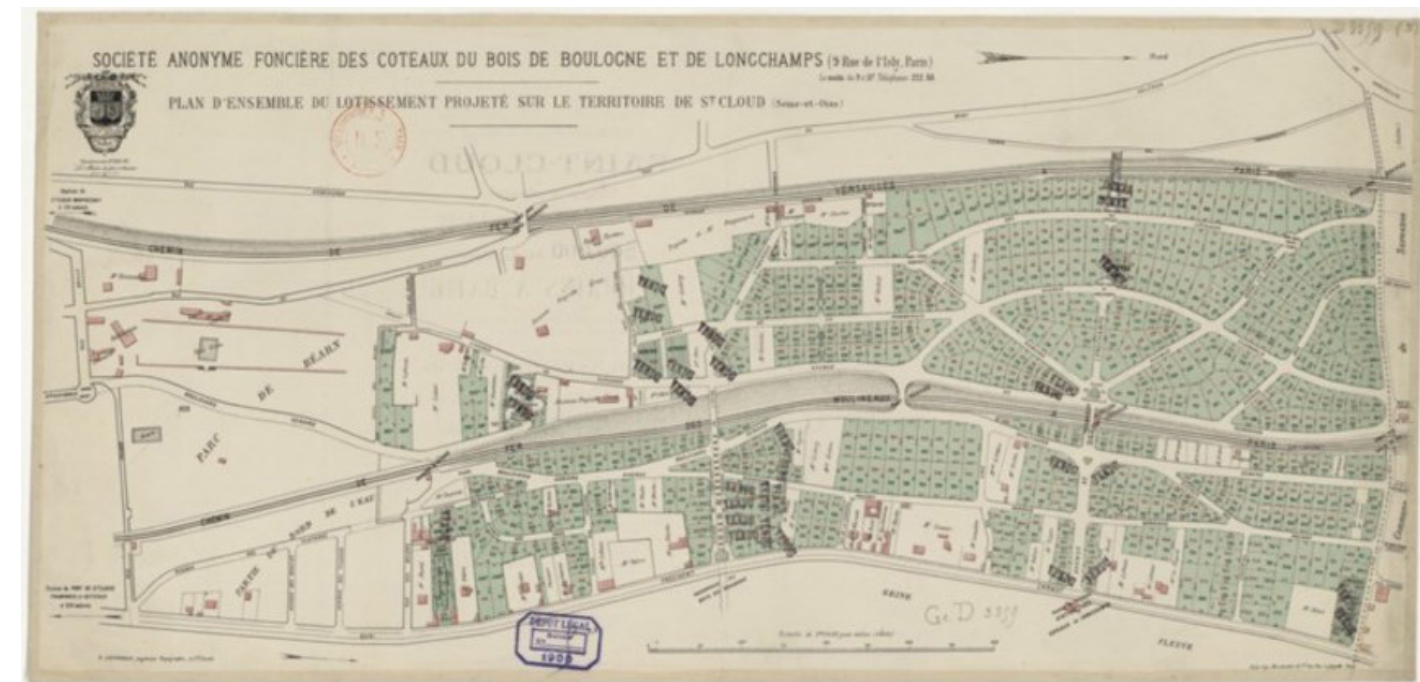
L'intention non équivoque de contractualiser vis-à-vis des autres colotis et pas simplement du lotisseur s'exprime généralement par des rédactions comportant les termes « les uns vis-à-vis des autres », « dans leurs rapports entre eux » qui sont révélateurs d'une stipulation pour autrui, ou bien mentionnant expressément les notions de « servitudes collectives » ou « réciproques ».

A défaut, les engagements souscrits par les acquéreurs ne pourront revêtir qu'un caractère personnel, vis-à-vis du lotisseur. Leur opposabilité s'estompera alors avec le temps, sans qu'il ne soit malheureusement possible de fixer une durée précise. Ce qui est certain, c'est que le principe d'interdiction des engagements perpétuels est désormais prévu à l'article 1210 du Code civil.

Il existe peu d'opérations d'aménagement public ou privé qui n'aient pas été dotées d'un cahier des charges, même si aujourd'hui les quartiers qui en résultent ne présentent absolument pas les caractéristiques d'ensembles immobiliers au sens où on l'entend aujourd'hui.

Dès la deuxième moitié du XIXe siècle, les lotissements vont se raréfier à Paris, à l'exception notable de la plaine Monceau, mais ils vont se propager dans toute la petite couronne (et naturellement partout en France) à tel point que ce mode opératoire deviendra le premier mode de production de l'urbanisation sans précédent à l'époque.

Voici un exemple, parmi des dizaines, d'un méga lotissement à Saint-Cloud qui couvre une importante partie du territoire communal.



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Se pose la question de l'opposabilité, à les supposer contractualisées, des servitudes de lotissement aujourd'hui puisqu'un certain nombre de ces cahiers des charges n'ont jamais été publiés ni reportés dans les actes successifs si bien que ces derniers sont tombés d'eux-mêmes en désuétude.

Ce genre de situation peut donner lieu parfois à des incertitudes.

Charles Gijsbers :

Sur la question de l'opposabilité des servitudes figurant dans un cahier des charges non publié, il faut commencer par deux mises en garde.

Première mise en garde : la question ne se pose que lorsque le cahier des charges renferme de véritables servitudes. S'il fait naître de simples obligations personnelles entre le lotisseur de l'époque et les acquéreurs, ces obligations ne se transmettent pas aux ayants cause à titre particulier, et ne survivent pas aux premières aliénations.

Deuxième mise en garde : nous raisonnons sur l'hypothèse où le cahier des charges n'aurait pas été publié. Mais encore faut-il s'assurer qu'il ne l'a jamais été ! L'état hypothécaire ne renseigne que jusqu'à 1956 ; le cahier des charges a pu être publié bien avant... Prudence donc.

Ces mises en garde faites, le droit de la publicité foncière, tel qu'il résulte du décret de 1955 – mais la loi de 1855 disait la même chose déjà – enseigne que les droits réels issus d'un contrat sont opposables aux tiers à condition qu'on les ait publiés. Mais la Cour de cassation, dès les années 1960 nous dit qu'il y a une autre manière de rendre opposables les actes constitutifs de droits réels, c'est la mauvaise foi de celui qui achète le bien dont il sait qu'il est grevé de droits réels. Autrement dit, la connaissance qu'on a d'un droit réel, même s'il n'a pas été publié, supplée le défaut de publication.

La Cour de cassation a changé d'idée dans les années 2010 pour le problème des ventes non publiées, mais elle a gardé ce logiciel pour les servitudes, et tout dernièrement, elle indiquait qu'une servitude stipulée dans un cahier des charges, même ancien, est opposable aux acquéreurs successifs si elle a été publiée ou si on l'a relatée dans l'acte d'acquisition de celui à qui on veut l'opposer, ou bien encore si cette personne en avait connaissance au moment de l'acquisition.

En d'autres termes, un cahier des charges non publié produit encore des effets à l'encontre des acquéreurs d'aujourd'hui si ces acquéreurs le connaissent, avec tout le problème de savoir comment on prouve cette connaissance.

Samuel Champeaux :

Se pose aussi la question de savoir quelle est la place de la bonne foi dans nos dossiers

notamment à la vente et jusqu'où on doit aller pousser nos investigations pour aller rechercher ces informations quand on ne les trouve pas directement publiées sur un état hypothécaire ou retranscrites pour les actes d'avant 1956.

Le vendeur peut justifier de sa bonne foi en étant allé rechercher l'information le plus loin possible pour la communication d'un cahier des charges qu'on a toutes les peines du monde à retrouver et qu'au final on n'arrivera pas forcément à retrouver.

Ce n'est pas forcément une mauvaise foi du vendeur de ne pas avoir retrouvé le document dès lors qu'il est en capacité de justifier qu'il a effectué des démarches pour informer l'acquéreur sur le sujet, avec notre aide, avec l'aide des géomètres, avec l'aide des sites d'archives.

Charles Gijsbers :

Il y a deux sujets au fond.

Premier sujet : est-ce que c'est opposable à l'acquéreur ? Ça dépend de la preuve qu'on fera qu'il savait, malgré l'absence de publication, l'existence de la servitude.

Deuxième sujet : si ce scénario du pire se produit, est-ce qu'il peut demander des comptes au vendeur ? Ça, c'est la garantie d'éviction. Et elle n'est pas d'ordre public. On peut l'aménager contractuellement si l'on est de bonne foi (et que l'on n'est pas un vendeur professionnel traitant avec un profane) : on indiquera par exemple que l'on a cherché en vain la trace d'un cahier des charges. On peut alors s'exonérer de la garantie d'éviction si la jouissance de l'acheteur était ultérieurement troublée par un tiers.

On peut donc traiter conventionnellement le sujet des recours entre les parties à la vente. Ce qu'on ne peut pas traiter dans l'acte d'aliénation, c'est l'opposabilité à un acheteur qui était au courant de l'existence du cahier des charges, si finalement on arrive à apporter la preuve qu'il avait cette connaissance.

Sébastien Lamy-Willing :

On va passer maintenant au XXe siècle avec quelques dates jalons qu'il est important d'avoir en tête.

1919 : première loi Cornudet qui soumet à autorisation administrative les opérations de lotissement.

1924 : seconde loi Cornudet qui prévoit l'obligation de joindre un cahier des charges aux demandes d'autorisation de lotir.

Il en résulte d'une part que les cahiers des charges de lotissement sont désormais obligatoires, même si leur présence était de toute manière quasi systématique auparavant, et d'autre part qu'ils seront désormais approuvés.

C'est la naissance, en 1924, du cahier des charges approuvé, document hybride car à la fois de nature réglementaire et contractuelle.

- Réglementaire, c'est-à-dire opposable aux demandes d'autorisations d'urbanisme ;
- Contractuel, c'est-à-dire comportant nécessairement des engagements présentant un caractère personnel vis-à-vis du lotisseur et potentiellement des engagements présentant un caractère réel vis-à-vis des colotis.

1943 : le lotissement est pour la première fois défini comme « l'opération et le résultat de l'opération ayant pour objet ou ayant pour effet la division volontaire en lots d'une ou plusieurs propriétés foncières par ventes ou locations simultanées ou successives, consenties en vue de l'habitation ».

A partir de cette date, apparaîtront des cahiers des charges d'opérations non constitutives de lotissement, répondant à un régime juridique distinct, et qui n'auront pas à être approuvés.

1959 : création du règlement de lotissement formellement distinct du cahier des charges. Ce dernier demeure un document purement contractuel tandis que le règlement est un document de nature administrative. Sauf que dans la pratique les cahiers des charges continuent d'être joints aux dossiers d'autorisation de lotir et demeurent donc approuvés.

1964 : sont formellement exclues du champ d'application du lotissement les zones à urbaniser par priorité (ZUP), les périmètres de rénovation urbaine et les zones industrielles, toutes ces opérations restant néanmoins dotées d'un cahier des charges. Cette liste des opérations non constitutives de lotissement sera enrichie par la suite car y figureront les remboursements réalisés par des associations foncières urbaines et les opérations résultant de permis groupés qu'on appellera par la suite les permis de construire valant division, faisant eux aussi l'objet de cahiers des charges.

C'est ainsi que vont se développer un certain nombre d'opérations immobilières dotées de cahiers des charges qui ne seront pas des cahiers des charges de lotissement.

A la question de savoir si les dispositions relatives aux règles de caducité et de modification des cahiers des charges de lotissement sont applicables aux cahiers des charges lorsque ceux-ci ne résultent pas d'une opération de lotissement, la réponse est négative aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2015 : en l'espèce s'agissant d'un ensemble immobilier résultant d'un permis groupé.

Puis à partir des années 1970, se développeront en outre des cahiers des charges d'un type nouveau pour organiser les ensembles immobiliers complexes faisant l'objet d'une division en volumes.

Samuel Champeaux :

En effet, avec la création du quartier de La Défense et le développement des ensembles immobiliers complexes, et l'ancêtre de ce qu'on connaît aujourd'hui – les états descriptifs de division volumétrique – l'intégration de cahiers des charges pour déterminer les règles de coexistence entre les différents propriétaires de volumes, on va être sur du purement contractuel. On ne va pas pouvoir appliquer à ces cahiers des charges les règles de modification des cahiers des charges de lotissement, mais on doit faire intervenir l'ensemble des propriétaires pour modifier les règles de ces cahiers des charges.

Ces cahiers des charges prennent une partie de la logique de ce qu'étaient les cahiers des charges de lotissement, définissent un certain nombre de règles de coexistence entre les différents volumes, et n'ont pas vocation à fixer comment on doit réaliser un ouvrage ou un autre. Tout ce qui va être prescription architecturale, ça ne va pas du tout être l'objet de ces cahiers des charges.

Ces cahiers des charges ont plutôt vocation à régler la gestion des différentes constructions, dans l'avenir, une fois ceux-ci bâtis, pour gérer les relations entre les différents propriétaires.

Sébastien Lamy-Willing :

Les premiers cahiers des charges de division volumétrique ont souvent été fondus dans l'EDDV. Il y avait un chapitre « servitudes » et les mots « cahiers des charges » n'apparaissent pas, si bien que parfois on se pose la question de savoir s'il y a bien un cahier des charges. Pour rappel, un EDDV est simplement un document qui est établi pour les besoins de la publicité foncière dont l'objet est de désigner les volumes, et tout ce qui relève du contrat est un cahier des charges quand bien même il n'y aurait pas un chapitre proprement intitulé comme tel.

Samuel Champeaux :

Au démarrage, à la création des premiers états descriptifs de division, on ne va pas ajouter « volumétriques ». On va parler d'états descriptifs de division pour les besoins de la publicité foncière. Les cadres initiaux des premiers actes établis par nos prédécesseurs ne connaissent pas la règle du traitement par différentes parties avec un EDD d'un côté, un règlement-cahier des charges de l'autre, et la partie servitudes dans un troisième temps. Les premiers fondaient en effet un peu tout dans un seul et même document, à charge pour nous désormais de déterminer tout ce qui relève de la logique d'un cahier des charges tel qu'on le créerait aujourd'hui.

Sébastien Lamy-Willing :

1968 : première fois qu'est instituée une procédure de modification du cahier des charges du lotissement. Le choix retenu par le législateur, encore applicable aujourd'hui, est une règle de double majorité qualifiée, initialement trois quarts et deux tiers, aujourd'hui ramenée à

deux tiers et moitié, avec l'intervention de l'administration compétente pour prononcer cette modification.

Ce qui a posé des questions infinies : est-ce que cette procédure s'applique aux cahiers des charges non approuvés ? Est-ce qu'on peut demander à l'autorité administrative de prononcer la modification d'un cahier des charges qu'elle n'a pas eu à approuver ? Ça donnera lieu à une jurisprudence abondante, j'y reviendrai plus tard.

1978 : il est mis fin à l'approbation des cahiers des charges de lotissement. Ceux-ci redeviennent des documents purement contractuels. Ils ne seront par ailleurs plus obligatoires.

Pourtant, le législateur fait encore allusion à la possibilité d'établir un cahier des charges puisque l'article L. 442-7 du Code de l'urbanisme prévoit que :

« Le permis d'aménager et, s'il y a lieu, le cahier des charges fixant les conditions de vente ou de location des lots sont remis à l'acquéreur lors de la signature de la promesse ou de l'acte de vente ainsi qu'au preneur lors de la signature des engagements de location. Ils doivent leur avoir été communiqués préalablement. »

Donc le législateur nous invite toujours à établir un cahier des charges. Mais dans son esprit, ce cahier des charges est simplement réduit aujourd'hui à fixer les conditions d'une vente. Il n'est plus envisagé comme un document organique du lotissement qui va régir les relations entre les colotis.

1986 : création d'une règle de caducité décennale des « règles d'urbanisme contenues dans les règlements approuvés d'un lotissement ».

C'est la première que par l'effet de la loi on va dire qu'une partie du contenu des cahiers des charges va être caduque, en l'occurrence les règles d'urbanisme.

Dans l'intention du législateur au départ, l'idée était de rendre inopposables aux demandes de permis de construire les règles d'urbanisme contenues dans des cahiers des charges.

Mais à l'époque déjà, le législateur avait ajouté une réserve en disant que cette caducité ne remettait pas en cause « les droits et obligations régissant les rapports de colotis entre eux contenus dans le cahier des charges du lotissement ».

2014 : intervention pour le moins maladroite du législateur, avec la loi Alur, où on a commencé à « bidouiller » dans le cahier des charges entre ce qui pouvait être frappé de caducité et ce qui ne pouvait pas l'être, ce qui pouvait relever d'une règle de majorité pour les modifier et ce qui ne pouvait pas en relever.

Une distinction a été faite entre les cahiers des charges approuvés et ceux non approuvés, et parmi ces derniers, une sous-distinction entre les dispositions de nature réglementaire et celles de nature non réglementaire, ces dernières ne pouvant être frappées de caducité, ce qui va de soi puisque le texte nous dit toujours que ce sont les règles d'urbanisme qui sont caduques et pas les cahiers des charges eux-mêmes.

Et de toute manière, cet apport a été inefficace parce que la disposition selon laquelle la caducité ne remet pas en cause « les droits et obligations régissant les rapports de colotis entre eux contenus dans le cahier des charges du lotissement » a été maintenue.

Si bien que la Cour de cassation après 2014 a continué, sur le fondement de cette disposition, de considérer que les cahiers des charges n'étaient pas frappés de caducité dans leur dimension contractuelle de servitudes.

Ce que je viens d'exposer n'a pas qu'un intérêt historique. L'intérêt de se poser la question de la date d'édiction du cahier des charges est de savoir quel va être le régime juridique applicable pour apprécier la caducité, les règles de modification le cas échéant, et je vous fais grâce de la procédure de mise en concordance. Je ne vais pas ouvrir ce sujet sensible car il est quand même relativement marginal et qu'on y a assez peu recours.

Synthèse générale du cahier des charges de lotissement :

Date de l'autorisation de lotir	Avant le 24 juillet 1924	Entre le 24 juillet 1924 et le 31 juillet 1959	Entre le 1 ^{er} août 1959 et le 31 décembre 1977	Depuis le 1 ^{er} janvier 1978	
Présence d'un règlement	Non	Non	Obligatoire	Facultatif	
Présence d'un cahier des charges	Probable	Obligatoire	Très probable	Possible	
Approbation du cahier des charges	Non	Obligatoire	Non (mais en pratique oui)	Non	
Caducité*	CC approuvé	Sans objet	Oui	Oui	Sans objet
	CC non approuvé	Dispositions de nature réglementaire**	Sans objet	Sans objet	Dispositions de nature réglementaire**
	Règlement	Sans objet	Sans objet	Oui, car délai de 10 ans expiré***	Oui, passé un délai de 10 ans***
Modification	CC approuvé	Sans objet	Majorité qualifiée + accord de l'autorité compétente	Majorité qualifiée + accord de l'autorité compétente	Sans objet
	CC non approuvé	Unanimité, sauf clause contraire, sans intervention de l'autorité compétente	Sans objet	Sans objet (puisque en pratique le CC est approuvé)	Unanimité, sauf clause contraire, sans intervention de l'autorité compétente
	Règlement	Sans objet	Sans objet	Majorité qualifiée + accord de l'autorité compétente****	Majorité qualifiée + accord de l'autorité compétente****
Mise en concordance	Procédure applicable que le document du lotissement ait été approuvé ou non, sans distinction quant à la nature des clauses, et quelle que soit la période à laquelle il a été établi*****.				

*La caducité ne remet pas en cause les droits et obligations régissant les rapports entre colotis.

**Etant précisé que la caducité d'une disposition de nature réglementaire n'a pas beaucoup de sens dans la mesure où elle n'est pas opposable aux autorisations d'urbanisme.

***Même si les colotis en ont demandé le maintien.

****Etant précisé que le consentement des colotis n'a pas beaucoup de sens dès lors que le règlement n'est pas contractualisé.

*****Il faut simplement remplir la double condition de (1) avoir un PLU approuvé ou révisé postérieurement à la date d'autorisation de lotir présentant une discordance avec le document du lotissement et (2) organiser une enquête publique.

En parallèle, les cahiers des charges de ZAC dénommés cahiers des charges de cession de terrains (CCCT), ont fait l'objet de dispositions qui leurs sont propres. Puisque les ZAC, comme toutes les opérations immobilières, font l'objet de cahiers des charges, à la différence près que la ZAC et jadis la ZUP (entre 1958 et 1969) ont eu des cahiers des charges pour lesquels le législateur a bien voulu donner des éléments de définition et de régime juridique.

D'abord sur leur contenu : jusqu'en 1986, les textes nous disaient que les CCCT comportaient des conditions de vente, des programmes de construction et fixaient les droits et obligations des constructeurs. Et depuis 1986, le texte nous indique que le CCCT doit aussi fixer le nombre de mètres carrés de SHON, puis de SDP, constructibles sur le terrain cédé d'une part et des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées pour la durée de la réalisation de la zone d'autre part.

Dans les faits, au moins depuis 1986, les CCCT sont généralement composés de la même manière, c'est-à-dire avec trois titres :

- Un titre I qui comprend des dispositions d'ordre général déterminant les prescriptions imposées aux constructeurs et aux utilisateurs des terrains, pour satisfaire au respect de l'utilité publique et qui précisent, notamment, le but de la cession, les conditions générales dans lesquelles la cession est consentie et résolue en cas d'inexécution des obligations. C'est ici que l'on trouve les clauses types qui figuraient jadis dans un décret de 1955 dès lors que la ZAC a fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique, ce qui est très souvent le cas.
- Un titre II qui définit les droits et obligations de l'aménageur et du constructeur pendant la durée des travaux d'aménagement de la zone de construction des bâtiments. C'est ici que figurent les prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées aux constructeurs.
- Un titre III qui fixe les règles et servitudes, souvent dites de « droit privé », imposées aux acquéreurs ou à leurs ayants cause.

Le titre III peut donner lieu à confusion. Car s'il est quasiment toujours fait allusion à des servitudes de droit privé dans les CCCT, rares sont en réalité ceux qui ont réellement été contractualisés entre propriétaires.

On va souvent y trouver des règles relatives à des obligations de bonne tenue, l'obligation d'adhérer à une association syndicale libre. On va rarement y trouver des règles qui pourraient être contraignantes pour la réalisation d'opérations. Mais il est vrai que l'on va trouver des clauses plus problématiques telles que des servitudes de passage public ou des interdictions de clôturer le terrain.

S'agit-il vraiment de servitudes ? Surtout que si l'on raisonne à la lumière de la jurisprudence rendue en matière de cahier des charges de lotissement, ce n'est pas parce qu'il est écrit que ce sont des servitudes de droit privé qu'elles sont forcément contractualisées. Encore faut-il rechercher l'intention des propriétaires de terrains de ZAC d'avoir voulu, de manière non équivoque, les contractualiser dans leurs relations entre eux.

Charles Gijsbers :

Le problème vient de l'hybridité de ce document. Il est réglementaire dès lors qu'il est approuvé. Cet aspect du cahier des charges intéresse la norme urbanistique : le document est-il opposable au pétitionnaire qui demande une autorisation d'urbanisme ?

Mais c'est aussi un document qui est annexé à un contrat, dans lequel les parties injectent des prévisions. C'est donc aussi un contrat et pas simplement une règle d'urbanisme.

Cette distinction est importante. On sait que le volet urbanistique finira par disparaître. La zone finira par rentrer dans le rang de l'urbanisme de droit commun. Tôt ou tard, il y aura une caducité, et le périmètre concerné finira par ne plus relever que du PLU.

Mais le contrat a la vie beaucoup plus dure que cette règle d'urbanisme ponctuelle qu'on avait élaborée pour les besoins de la zone à un moment donné.

Le contrat a force obligatoire : *Pacta sunt servanda*. Les engagements tiennent lieu de loi à ceux qui les ont pris et c'est là qu'il y a un vrai danger : qu'ont voulu les parties d'origine à travers le volet contractuel du document ?

En regardant les arrêts rendus sur la question, j'ai l'impression que la valeur contractuelle peut avoir trois degrés. Il y a trois étages dans la fusée.

L'étage le plus modeste serait de dire que le contenu du cahier des charges n'était, au plan contractuel, qu'un engagement souscrit à l'époque entre l'aménageur et les premiers acheteurs. C'est-à-dire une relation purement bilatérale et une relation à un degré. Entendons par-là que ça ne regarde pas les sous-acquéreurs, pas plus que ça n'a d'efficacité dans les rapports des acquéreurs entre eux. Ce sont des créances et dettes entre l'aménageur et l'acquéreur de l'époque, si bien que s'il y a une infraction commise, au plan contractuel, il n'y a que l'aménageur qui peut se plaindre et il ne peut se plaindre que si c'est le premier acquéreur qui commet la faute.

Deuxième étage de la fusée : l'acquéreur peut se plaindre de ce que le premier acquéreur n'est pas discipliné, mais aussi de ce que les sous-acquéreurs ne le respectent pas. C'est déjà plus ambitieux car, s'il y a bien toujours un rapport simplement bilatéral (aménageur/acheteur), les contraintes qui en découlent se transmettent aux acquéreurs successifs. On peut alors discuter de la nature d'une telle figure : est-ce un droit réel ? Auquel cas on n'a pas besoin de le faire reprendre dans les actes successifs. Ou bien est-ce simplement une créance, mais qui ne se transmet alors que si on fait l'effort de la reprendre à l'occasion de chaque vente ? Tout dépendra de la rédaction des clauses.

Troisième étage de la fusée : le cahier des charges ne renferme pas simplement des créances et des dettes entre l'acquéreur et l'aménageur, voire à l'égard des sous-acquéreurs, mais crée un réseau de contraintes qui va s'appliquer dans les rapports des acquéreurs entre eux. C'est ici que la logique d'une servitude voit le jour, frappant les différents terrains de la ZAC et s'imposant réciproquement aux uns et aux autres. Ce n'est plus alors simplement l'aménageur ou celui qui a recueilli ses droits qui peut se plaindre de la violation de telles clauses, mais chaque acquéreur qui peut s'ériger en « justicier » du fait qu'on n'a pas respecté un cahier des charges, érigé en une norme contractuelle collective.

Au regard de tout cela, il me semble que l'on peut tirer deux conseils.

- A celui qui a la charge de rédiger un cahier des charges, le conseil est simple : distinguer les trois étages de la fusée. Dire que l'on veut conférer une valeur contractuelle au cahier des charges ne suffit pas. Il faut dire si l'on est dans le schéma n° 1, n° 2 ou n° 3 ? Par exemple l'obligation de déposer le permis de construire avant telle date pourrait correspondre à l'étage n° 2. Ça regarde l'aménageur et c'est une contrainte qui s'impose à tous les acquéreurs successifs. Il y a d'autres contraintes au contraire qu'on voudrait imposer « à tout le monde » et « au profit de tout le monde » si bien que, en cas d'infraction, chacun pourra individuellement agir.
- A celui qui audite un terrain à vendre et analyse un cahier des charges dont il doit essayer de percer les mystères, le conseil est moins aisé : il devra, parfois avec une boule de cristal, et surtout à l'aide des quelques données jurisprudentielles dont on dispose aujourd'hui, se demander qu'est-ce qui, dans le volet contractuel du cahier des charges, menace l'acquéreur d'aujourd'hui et si cette menace vient uniquement de l'aménageur ou bien aussi des voisins.

Samuel Champeaux :

C'est clairement le point quand on va commencer un dossier d'acquisition de foncier en ZAC, en se disant à l'égard de l'aménageur que le cahier des charges est très souvent approuvé et donc malheureusement on ne peut rechercher le rédacteur à qui on aurait bien demandé quelques mots de précision sur ce qu'il a écrit.

Mais quand on en arrive dans la discussion avec l'aménageur, justement de reprendre les différents points du cahier des charges, et de prendre le soin de faire préciser ce qu'on entend dans les différentes dispositions et dans les différents titres.

Le titre I généralement pose moins de problèmes entre l'aménageur et le promoteur. Le titre II est plus sujet à caution, surtout maintenant avec l'intégration d'un certain nombre d'obligations environnementales, respect d'un certain nombre de réglementations pour la construction, l'obtention de certifications.

Quelle est la logique de cela ? Est-ce que c'est immédiatement pour la construction du premier bâtiment ? Dans quel temps ces dispositions doivent continuer à s'appliquer ?

Et celles du titre III, généralement écrites de manière très larges, très laconiques : servitude de passage de canalisation, obligation d'adhérer à une association, etc. Et dans ce cas-là, il faut bien faire préciser, dans la pratique des échanges avec l'aménageur, qu'est-ce qui est entendu. Est-ce que ça s'applique à mon terrain ? Ou non pas du tout ? par exemple lorsque je n'ai aucune canalisation qui ne passe à cet endroit-là, pas de poste transformateur, aucune association syndicale n'a été créée, etc. Et bien précisons-le !

Ce n'est pas dans l'habitude des aménageurs de le faire mais la bonne pratique est de leur indiquer que cet immeuble-là, ce terrain-là, ils le vendent pour construire un objet. Cet objet va vivre, va être transmis de main en main. Il est normal, presque nécessaire, d'indiquer au futur acquéreur quel va être le panel d'obligations qu'ils vont devoir respecter.

Ça commence à être une pratique, que certains aménageurs entendent, qu'il faut préciser quelles vont être les règles qui vont devoir s'appliquer dans le temps ou seulement pour le temps de la construction.

Malheureusement, les cahiers des charges sont ce qu'ils sont. Donc à défaut de pouvoir le faire en amont du cahier des charges pour faire ces précisions-là, il faut prendre le soin dans le cadre de la contractualisation des accords avec l'aménageur sous promesse, au moment de la vente, d'apporter ces différentes précisions. Ça marche beaucoup pour les nouveaux terrains qu'on va développer. Pour les anciens, il faudra entrer un peu plus dans le détail de ce qu'il a voulu contractualiser.

Sébastien Lamy-Willing :

On va passer maintenant à l'épineux sujet de l'attribution d'une surface de plancher constructible, qu'on appelle également dans la pratique la charge foncière, et qui est fondamentalement attachée à l'acte de cession de terrain et ne regarde que la relation particulière entre l'aménageur et l'acquéreur, et non les relations entre les propriétaires eux-mêmes.

Dans la pratique, cette attribution de surface de plancher se fait de deux manières :

- Soit on laisse un blanc dans le cahier des charges qu'on remplit à chaque vente en attribuant un nombre de mètres carrés constructibles, auxquels on attribue également une destination obligatoire (commerce, bureaux, etc.) ;
- Soit on insère une feuille volante sur laquelle il est écrit qu'on attribue au cessionnaire tant de mètres carrés de bureaux ou de commerces.

Et c'est là toute l'ambiguïté de la notion de cahier des charges de cession de terrain, qui n'existe qu'en ZAC, puisqu'on a d'un côté cette attribution de SHON/SDP qui ne concerne que la cession, et d'un autre côté on a le cahier des charges qui est le document organique de la ZAC et qui organise collectivement l'ensemble immobilier.

Et si on établit un parallèle avec le lotissement, l'attribution de surface de plancher faite par le lotisseur, lorsque celui-ci opte pour ce mode de commercialisation des lots, ça s'appelle un certificat, lequel ne constitue pas une composante du cahier des charges. Ce sont deux documents distincts. Le certificat est joint aux demandes de permis de construire, un peu comme notre CCCT, mais il ne fait pas partie du cahier des charges et on ne traite pas de la question de sa caducité de la même manière qu'on traite celle de la caducité du cahier des charges.

Comme en matière de lotissement, il est important en ZAC de savoir de quand date le cahier des charges.

La bonne nouvelle c'est que les règles d'urbanisme contenues dans les cahiers des charges de ZUP ont toutes été rendues caduques par une loi en 1993. Pour le reste des cahiers des charges, c'est un peu plus délicat puisqu'on a en plus une règle qui nous dit que les CCCT signés à compter du 1er avril 2001 (entrée en vigueur de la loi SRU) sont caducs à la suppression de la ZAC.

Synthèse générale :

	1 ^{er} janv. 1959 31 mai 1969	1 ^{er} juin 1969 30 juin 1977	1 ^{er} juil. 1977 31 mars 1986	1 ^{er} avr. 1986 31 mars 2001	1 ^{er} avr. 2001 24 nov. 2018	Depuis le 25 nov. 2018
CCCT obligatoire	Oui	Oui	Oui	Non	Oui	Oui
Approbation obligatoire du CCCT	Oui	Oui	Oui	Oui (le cas échéant)	Oui	Non
Mesures de publicité obligatoires	Non	Non	Non	Non	Non	Oui (pour autant qu'il soit approuvé)
Contenu du CCCT prévu par les textes	- Caractéristiques techniques liées à l'urbanisme et à l'architecture ; - Conditions de gestion des équipements communs ; - Conditions de vente.		- Conditions de vente et programme des constructions ; - Droits et obligations de l'aménageur et des constructeurs pendant les travaux ; - Conditions de gestion des équipements communs.	- Indication du nombre de mètres carrés de SHON/SDP constructible ; - Fixation des prescriptions techniques, urbanistiques et architecturales imposées aux constructeurs pendant la durée de la réalisation de la zone (devenue facultative depuis le 1 ^{er} avril 2001).		
	Si le terrain est inclus dans une zone déclarée d'utilité publique, les clauses types prévues dans les annexes du décret du 3 février 1955 puis dans celles du décret du 26 décembre 2014 sont reproduites.					
Caducité du CCCT prévue par les textes	Caducité des règles d'urbanisme au 20 juillet 1993	Néant				Caducité de l'ensemble du CCCT à la suppression de la ZAC

Ce qui revient à considérer que les CCCT signés avant cette date ne sont jamais frappés de caducité. Il y avait eu à l'époque une considération tenant à ne pas remettre en cause des situations juridiques acquises. Sauf qu'aujourd'hui la situation est problématique puisque les cahiers des charges récents sont frappés de caducité alors que les anciens ne le sont jamais.

Si bien que se pose la question pour les cahiers des charges signés avant 2001 de leur opposabilité, en particulier lorsque la ZAC est supprimée. Et par définition un cahier des charges qui date du début des années 1990 est, sauf rares exceptions, un cahier des charges de ZAC qui a été supprimée.

Samuel Champeaux :

Pour les cahiers des charges de ZAC supprimées, le volet prescriptions techniques et architecturales ne va plus s'appliquer car celles-ci sont fixées pour la durée de la réalisation de la zone. On n'a plus d'aménageur.

On a certes toujours un concédant puisque la collectivité est toujours là mais le volet prescriptions architecturales, obligation de construire, obligation de faire valider son permis de construire était lié à la réalisation de la ZAC. La ZAC étant clôturée, ces dispositions-là ne s'appliquent plus.

Plus généralement, la question que l'on va se poser pour la ZAC clôturée, c'est de savoir si le titre III, voire le titre II en fonction de ses dispositions, a été contractualisé et doit s'appliquer aux différents acquéreurs dans le temps. De manière générale on aura tendance à dire non, ces clauses avaient essentiellement vocation à être créées pour la mise en œuvre de la ZAC à l'époque. La ZAC étant clôturée, on ne peut pas venir se prévaloir d'une servitude constituée uniquement dans le cadre d'un titre III alors que la servitude en elle-même n'a pas été régulièrement constituée, il n'y a pas eu de fonds dominant indiqué, il n'y a pas eu de contractualisation, il n'y a pas eu de publication de cette servitude-là.

Donc dès lors que l'on a réalisé le réseau pour lequel on avait l'autorisation de faire passer une canalisation au visa du titre III, une fois la ZAC clôturée, on voit mal comment un propriétaire voisin pourrait venir se prévaloir d'une telle servitude.

Sur le titre II, là ça va dépendre essentiellement de ce qui y est indiqué. Est-ce que ce sont des règles qui ont vocation à être contractualisées entre les parties, ou bien est-ce qu'elles sont uniquement dans la logique d'un rapport aménageur-acquéreur ? Là on va être plus dans l'appréciation de la nature de ce qui aura été précisé dans ce volet.

Sébastien Lamy-Willing :

Pour parler plus précisément des clauses que l'on trouve parfois dans le titre II, qui ne sont pas à proprement parler des techniques, urbanistiques et architecturales, ni des servitudes de droit privé, comment les traite-t-on ? Je pense en particulier aux clauses d'agrément par l'aménageur, soit du projet de construction lui-même soit du locataire comme on en trouve parfois.

Samuel Champeaux :

Je dirais, le sentiment – on va parler de sentiment parce qu’il n’y a là pas de règles préétablies malheureusement – sur ce qui va être de l’agrément d’un éventuel projet de construction lorsque l’on est sur une zone qui a été clôturée, ça veut dire que le projet d’aménagement pour lequel la ZAC a été constituée est arrivé à son terme, les constructions ont été achevées, la logique d’agrément de l’aménageur voire du concédant ne trouve plus son sens ni son fondement.

Sur ce qui va être l’agrément d’un projet de construction alors que la ZAC a été clôturée, c’est une disposition dont on imagine que la ville, venant aux droits de l’aménageur, ne pourra pas se prévaloir efficacement.

Sur la question de l’agrément des locataires, le sujet est relativement le même au final. La logique c’est que l’on ne peut pas avoir des clauses perpétuelles dans tous les cas.

Pour quelles raisons ces clauses d’agrément des locataires ont été instituées ? On aura tendance à penser, y compris pour les ZAC clôturées, que les clauses d’agrément des locataires n’ont pas vocation à s’appliquer ou en tous cas que la collectivité ne pourrait pas s’en prévaloir.

Après, il y a la théorie et la pratique, il y a les bonnes relations, il y a l’envie de redévelopper une opération, qui feront que l’on discutera peut-être avec la collectivité.

Mais dans l’absolu, ces clauses d’agrément des locataires, l’opération ayant été réalisée, la ZAC ayant été clôturée, elles ne trouvent plus leur sens aujourd’hui.

Charles Gijbers :

Alors même qu’on estime qu’elles ont une valeur contractuelle ?

Parce qu’en vous écoutant je me dis qu’au fond, la caducité existe en droit privé aussi, pour la norme contractuelle.

C’est l’article 1186 du Code civil, qui nous dit qu’un contrat est caduc quand vient à manquer un élément essentiel. Il y a de vieux arrêts que l’ordonnance de 2016 réformant les contrats est venue consacrer. La Cour de cassation avait dit la même chose à propos du père de famille qui verse une pension alimentaire à sa femme en contrepartie de l’éducation des enfants. Puis les enfants se fâchent avec leur mère et viennent habiter chez leur père. Et ce dernier veut arrêter de payer, son engagement étant devenu sans cause. La Cour de cassation avait considéré que le contrat était caduc.

C’est cette construction qu’a repris l’article 1186 du Code civil, qui indique que lorsque l’élément essentiel à l’aune duquel le contrat a été conclu vient à manquer, autrement dit lorsqu’il a perdu sa cause, sa raison d’être, la norme contractuelle tombe.

Vous indiquiez à l’instant que les engagements ne peuvent pas être perpétuels. C’est vrai, ils ne peuvent pas, en principe, être perpétuels et on peut les résilier tout le temps. Mais cela dépend parfois de l’engagement dont on parle : un pacte de préférence sans terme ne peut pas être résilié unilatéralement.

Mais en vous écoutant, je me demande si l’on ne peut pas jouer, au plan contractuel, sur la caducité de l’article 1186 du Code civil : en se disant qu’au fond, il y avait un élément essentiel qui a causé cette clause contractuelle, lequel élément n’existe plus. C’est caduc. C’est audacieux, mais c’est un fondement intéressant, je pense.

Samuel Champeaux :

Je suis d’accord, c’est un bon fondement. Et c’est la logique pour laquelle il faut revenir sur l’interprétation de ces clauses, la raison pour laquelle elles ont été écrites. Et dans la mesure où l’on ne trouve plus la logique initiale quand on regarde la clause avec nos yeux d’aujourd’hui, c’est un élément de discussion pour dire qu’on ne trouve plus de fondement à l’application de cette clause, parce qu’on est 30 ans plus tard et la zone n’est plus la même. La logique pour laquelle cette clause-là a été traitée n’a plus vocation à s’appliquer aujourd’hui.

Sébastien Lamy-Willing :

Autre sujet : l’attribution de droits à construire, avec l’épineuse question du terrain cédé dans les années 90/2000, qui fait l’objet d’une construction. Vient l’idée en 2023 de faire une extension ou une restructuration. On a besoin d’aller chercher 300 mètres carrés supplémentaires.

Alors deux cas de figure : soit l’acquéreur initial est toujours le propriétaire, soit il a vendu entre-temps.

Ce sujet est toujours complexe à gérer car tant que la ZAC n’est pas clôturée, l’aménageur se manifestera pour demander le rachat des mètres carrés supplémentaires, puisque c’est lui qui les distribue au titre de la concession d’aménagement qui fixe un nombre global de mètres carrés à céder. Ça doit donc passer par son accord et se monnayer.

Le problème c’est que juridiquement, et Sylvain Pérignon l’avait remarquablement souligné dans un article il y a une vingtaine d’années, on ne peut pas vendre de droits à bâtir. Ceux-ci étant attachés au terrain, on ne peut que vendre des terrains avec une charge foncière de droits à bâtir, mais on ne peut pas vendre de droits à bâtir indépendamment d’un terrain.

Donc on assiste aujourd’hui à des situations que je qualifierais un peu trivialement de bricolage. On va conclure des cessions de droits à bâtir un peu douteux juridiquement, ou bien on va passer par une convention de participation, qui a pourtant été envisagée par les textes comme un outil de participation au coût des équipements publics, lorsque le terrain n’a jamais été acquis de l’aménageur. Or, là on est dans une situation où le terrain a été acquis de l’aménageur, et on va quand même utiliser cet instrument pour permettre de monnayer des droits à bâtir.

Samuel Champeaux :

Il y a plusieurs situations qui peuvent se rencontrer : on est dans le cas des opérations où on est dans la deuxième vie de l'immeuble, d'une réhabilitation. On redéveloppe une opération pour laquelle un cahier des charges avait été délivré il y a un certain nombre d'années mais pour autant la ZAC n'est pas clôturée. On est dans un certain nombre de ZAC à Paris, Paris Rive Gauche, ou tout un tas d'autres exemples que l'on pourrait citer. Les droits à construire initiaux ne sont pas suffisants pour permettre l'opération de redéveloppement envisagée, il faut aller chercher des mètres carrés complémentaires.

Soit on prévoit une logique de clause de complément de prix devant être dû à l'aménageur dès lors que l'on a à construire post-achèvement et jusqu'à la clôture de la ZAC. C'est ce qu'on retrouve plus aujourd'hui dans les promesses et les contractualisations avec les aménageurs. Mais à l'époque, ce n'était pas forcément prévu, considérant qu'une fois qu'on était arrivé au terme, à l'achèvement de l'immeuble, celui-ci vivait sa vie et il ne passait plus rien. Dans cette hypothèse où on aurait une clause de complément de prix, c'est de se dire de se rapprocher de l'aménageur et de voir comment elle s'applique au propriétaire venant aux droits de l'acquéreur initial.

Dans l'hypothèse où je n'ai pas de clause de complément de prix qui serait attachée à de la constructibilité complémentaire : la convention de participation est prévue initialement pour venir participer à l'effort de construction des équipements publics dans la zone quand on ne tient pas directement son terrain de l'aménageur. Le texte ne prévoit pas l'hypothèse du terrain qui était tenu par l'aménageur mais qui ne l'est plus au moment, mais la logique est à peu près la même au final. On vient participer à l'aménagement parce qu'on va rajouter des droits à construire supplémentaires, et à ce titre on doit participer au coût des différents équipements publics. Et la logique de la convention de participation peut avoir du sens pour arriver à contractualiser le transfert de nouveaux droits à construire.

Il n'y a pas de science exacte sur le sujet. On tâtonne un peu tous en fonction des rapports qu'on a avec les aménageurs, en fonction de ce qui a été écrit dans les titres antérieurs. Est-ce qu'on peut s'appuyer là-dessus ? Et à défaut de pouvoir s'appuyer sur autre chose, la cession de droits à construire peut s'envisager mais elle se raccroche à quoi ?

On a une logique de convention de participation qui existe. On a, le cas échéant, des dispositions dans les titres antérieurs sur lesquelles on pourrait s'appuyer pour autant que l'on ait une logique de complément de prix d'indiquée. Sachant que le complément de prix s'entend dès lors qu'il était déterminable à l'époque. Si on n'a pas d'élément de détermination du complément de prix en question, on ne va peut-être pas aller chercher l'utilisation de cette clause très particulière et on va plutôt se tourner vers la convention de participation ou la cession de droits à construire mais dans lesquelles on a des contours qui sont un peu limités aujourd'hui ou en tous cas à déterminer sur leur régime juridique, leur régime fiscal également, les nécessités ou non de publier les cessions de droits à construire. Autant de questions pour lesquelles il reste beaucoup de réponses à apporter.

Charles Gijsbers :

C'est vrai que cet article de Sylvain Pérignon a fait beaucoup de bien, ou beaucoup de mal – ça dépend de quel point de vue on se place ! Pour le salut des concepts je crois qu'il a fait beaucoup de bien. Pour les aménageurs et leurs pratiques, je ne suis pas sûr que cette contribution ait rendu Monsieur Pérignon très populaire.

Le sujet est très intéressant : est-ce qu'on peut vendre des droits à construire ?

La question n'apparaît pas qu'en droit de l'urbanisme. Chaque fois que la puissance publique vient limiter une liberté, elle crée une rareté dont aimerait qu'elle puisse pénétrer le commerce juridique.

On observe ce phénomène avec les quotas d'émission de gaz à effet de serre, qui font l'objet d'un marché : vous n'avez pas le droit de polluer au-delà de tel niveau. Le droit de polluer au-delà devient une denrée rare, comme la densité dans les ZAC qu'on essaie de commercialiser.

C'est pareil avec la cession de commercialité dans le cadre de la réglementation sur le changement d'usage. Je transforme un bureau en logements, j'ai une denrée rare (la commercialité), que je suis tenté de céder. Sauf que l'on sait que la cession de commercialité n'est pas vraiment un contrat de vente. En réalité, c'est plutôt une convention de présentation d'une personne à la puissance publique.

Ici, c'est un peu pareil. Certes, il serait séduisant de considérer que le droit de construire est une richesse, qui peut faire l'objet d'un commerce juridique.

Mais ce n'est pas si simple : Sylvain Pérignon nous explique brillamment qu'en réalité, le droit de construire n'est pas une prérogative autonome ; il est attaché à un terrain. En réalité, même lors de la vente inaugurale que passe l'aménageur avec un premier acheteur, on dit souvent : « je vous vends un terrain et je vous vends des droits à construire ». La réalité est autre. Ce que l'on vend est un terrain. Certes, ce terrain est valorisé en fonction d'une enveloppe de droits à construire que l'aménageur alloue à l'acheteur, mais il le fait en vertu d'une prérogative de puissance publique qui lui a été confiée.

Le même raisonnement vaut lorsque l'on prétend vendre des droits à bâtir supplémentaires. En réalité, on ne peut pas les vendre. Ce que l'on peut vendre, c'est un terrain ; or, dans notre hypothèse, il n'y a plus de terrain à vendre. Il faudrait donc se raccrocher à la première vente et passer, comme vous le suggériez, par un complément de prix. Sinon, on risque en effet de s'adonner à du « bricolage ».

Sébastien Lamy-Willing :

Effectivement, les clauses de complément de prix existent, on en voit. Mais souvent elles couvrent les premières années de l'opération, c'est-à-dire l'opération initiale. Il n'est jamais envisagé de clauses de complément de prix à 10 ans, à 20 ans, ou très rarement.

Samuel Champeaux :

On commence à le retrouver dans les nouveaux échanges avec les aménageurs, dans les nouvelles promesses de vente, ou depuis quelques années en tous cas, avec une logique de se dire que c'est un complément de prix qui va s'appliquer pour tout droit à construire supplémentaire jusqu'à la clôture de la ZAC.

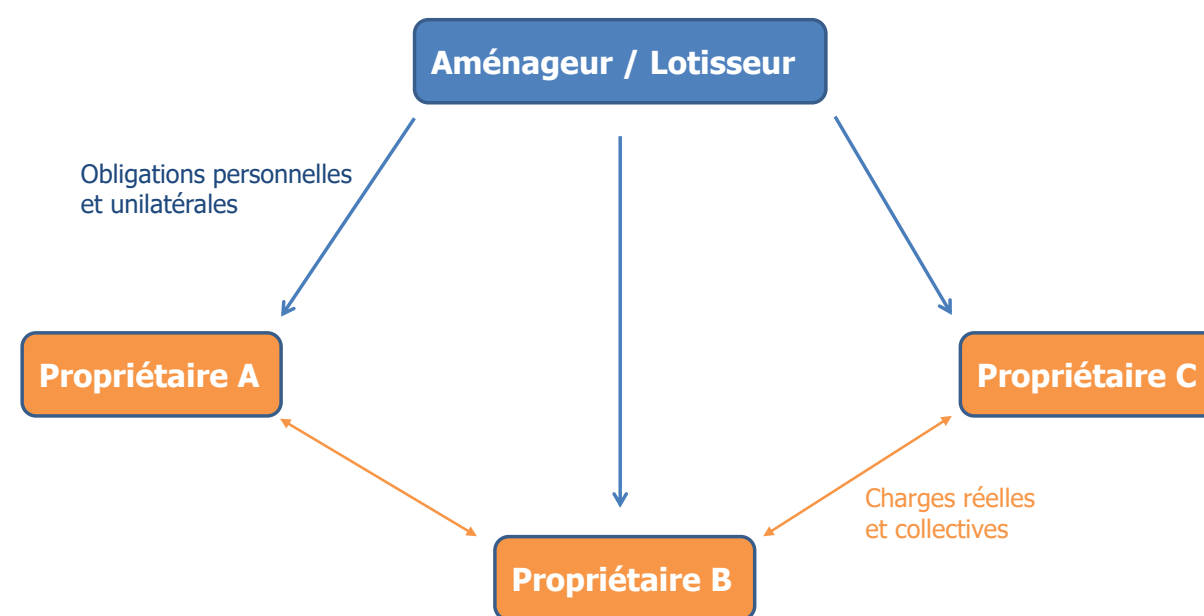
Mais comme on l'évoquait, un complément de prix ça s'entend dès lors que j'ai un élément pour déterminer comment il va être valorisé. Dans la logique d'un certain nombre d'aménageurs qui vont dire : « le jour où vous aurez besoin de droits à construire complémentaires, vous viendrez me voir et on discutera du montant du prix », ça n'est nécessairement pas un complément de prix.

L'importance de la rédaction de ces clauses qui aujourd'hui viennent à être imposées par les aménageurs dans le cadre d'appel d'offres ou de gré à gré, c'est de se dire aussi qu'on peut réfléchir à la logique des droits à bâtir supplémentaires une fois que la construction sera achevée jusqu'à la clôture de la ZAC parce qu'on voit bien que les immeubles sont redéveloppés et qu'il faut anticiper ce sujet-là.

Mais ça s'anticipe dans la logique contractuelle du complément de prix pour autant qu'on ait des éléments qui soient déterminés ou déterminables pour leur appliquer. Si on n'a pas ces éléments et que l'aménageur dit « on verra combien je vous ferai payer le jour venu », ça ne peut pas entrer dans cette logique-là.

Sébastien Lamy-Willing :

Un tableau de synthèse pour montrer à quel point les difficultés qu'on rencontre en ZAC ont souvent lieu dans les rapports contractuels figurant ici dans les flèches bleues, c'est-à-dire les obligations contractées par les propriétaires vis-à-vis de l'aménageur :



Les cahiers des charges

En lotissement, le sujet va rarement être un contentieux entre le lotisseur et les colotis 10 ans, 20 ans ou 30 après puisque de toute manière il est communément admis que passés 10 ans – et *a fortiori* lorsque le lotisseur a vendu tous les lots – ce qui se passe dans le lotissement n'est plus de son ressort.

En lotissement donc, ou dans les rares ZAC où les dispositions du CCCT auraient pu être contractualisées entre les propriétaires, le problème juridique ne va pas être tant le cahier des charges lui-même, mais la servitude collective.

Ces servitudes collectives ont été peu théorisées. Seul le Gridauh a publié un ouvrage en 2017 sur cette thématique. Elles se caractérisent par le fait que tous les fonds grevés sont à la fois dominants et servants les uns des autres.

D'ailleurs ces servitudes collectives ne figurent pas seulement dans des cahiers des charges de lotissement ou de ZAC, elles figurent dans tous les cahiers des charges *sui generis*, y compris même dans les servitudes de cour commune, qui peuvent s'analyser également comme des servitudes collectives dès lors qu'il y a un lien de réciprocité entre deux fonds ou plus.

Donc les questions qui peuvent se poser sur la nature juridique et le régime applicable aux conventions de cour commune sont à peu près les mêmes que celles qui peuvent se poser dans des cahiers des charges de lotissement.

La servitude collective produit deux types d'effets juridiques qui la distinguent de la servitude de droit commun.

Le premier effet juridique, c'est qu'elle ne peut être modifiée ou supprimée autrement qu'à l'unanimité sauf clause contraire du cahier des charges. Mais c'est très rare qu'un cahier des charges comporte une telle clause.

Je mets de côté l'article L. 442-10 du Code de l'urbanisme relatif à la modification du cahier des charges de lotissement qui dit qu'à une double majorité qualifiée on peut faire évoluer un cahier des charges, encore que la jurisprudence, hésitante, a pu dire que leur modification, lorsqu'elle n'avait pas à être prononcée par l'autorité compétente, ne pouvait être décidée qu'à l'unanimité. Je referme la parenthèse parce qu'il y a eu beaucoup de littérature juridique sur ce sujet.

Le second effet juridique porte sur les modalités de prescription extinctive de ces servitudes. Un arrêt récent de la Cour de cassation, du 23 novembre 2022, est venu confirmer ce qu'un courant majoritaire de la doctrine suggérait déjà fortement, à savoir que la prescription extinctive d'une servitude collective suppose que tous les colotis sans exception n'aient pas usé pendant 30 ans de la servitude créée par le cahier des charges.

La notion de non-usage pendant 30 ans est ici difficile à comprendre, mais c'est le terme employé par l'article 706 du Code civil sur la prescription extinctive des servitudes. Il faut conceptualiser ce non-usage par une violation. Autrement dit, la Cour de cassation nous dit qu'il faudrait que tous les colotis aient violé la servitude pendant plus de 30 ans. Par exemple pour une servitude non *altius tollendi* de 7 mètres, il faudrait que tous les bâtiments aient une hauteur de 8 mètres pendant plus de 30 ans pour considérer la servitude comme éteinte. Je parle de la servitude, pas du cahier des charges lui-même. La prescription d'une servitude du cahier des charges ne veut pas dire que toutes les autres servitudes du lotissement tombent.

Charles Gijsbers :

Dans cet arrêt, c'était un cahier des charges de lotissement. D'ailleurs, petite mise en garde : on postule qu'on est face à une vraie servitude. Parce que souvent on escamote une étape, dans les cahiers des charges de lotissement on se dit que tout est servitude : les interdictions de subdivision des lots, de construire au-delà d'une certaine hauteur, etc. On se dit que ce sont des servitudes, donc que l'on a un problème. Mais, parfois, ce sont peut-être de simples obligations personnelles qui ne regardaient que le lotisseur et les premiers acheteurs.

J'insiste sur ce point parce que la Cour de cassation l'a dit elle-même dans des arrêts anciens. Parfois dans le cahier des charges, il y a des stipulations qui disqualifient ces prétendues servitudes. J'en donne un exemple, fort bien mis en lumière grâce aux travaux de Jean-Louis Bergel, sur les servitudes de lotissement, travaux dans lequel il explique que le caractère collectif des servitudes de lotissement implique que d'emblée, chaque acquéreur bénéficie sur son fonds d'une servitude dont il est en même temps débiteur. Donc il y a un réseau de servitudes réciproques entre tous les lots du lotissement. Cette réciprocité implique que ce sera la même contrainte pour tout le monde.

Or, dans certains cahiers des charges on nous dit que le lotisseur se réserve le droit, au gré des ventes qu'il va faire, de déroger au cahier des charges, de ne pas imposer certaines contraintes à tel ou tel acheteur. Or, si tout le monde n'est pas frappé par le même réseau de contrainte, c'est qu'il s'agit non pas de servitudes mais de simples créances. Et donc, dès les reventes par les acquéreurs d'origine, elles n'existent plus. Il y a eu plusieurs arrêts importants publiés dans les années 1970 où la Cour de cassation l'a affirmé fermement, et cette jurisprudence permet parfois de sauver des opérations en disant que le cahier des charges comporte des obligations entre le lotisseur et les acquéreurs de l'époque, mais pas plus.

En revanche, si ce sont de vraies servitudes, en effet elles se prescrivent – prescription extinctive – par le non-usage. Le non-usage, qu'est-ce que ça veut dire ? Il faut lire la suite des textes : si ce sont des servitudes discontinues qui impliquent le fait de l'homme pour s'en servir – servitude de passage – il faut arrêter de passer, arrêter de s'en servir. Si ce sont des servitudes continues qui n'impliquent pas le fait de l'homme – servitude *non altius tollendi*, *non aedificandi*, de vue, etc. – c'est le fait de les violer qui aboutit à leur extinction par le jeu de la prescription extinctive.

Et la Cour de cassation en effet – mais Jean-Louis Bergel l'avait déjà dit dans sa thèse – affirme que comme ce sont des servitudes qui frappent tous les lots réciproquement entre eux, ce n'est pas parce que l'un des colotis l'a méconnue, l'a transgressée efficacement, c'est-à-dire sans avoir été la cible d'une action en démolition 30 ans après les premiers actes de transgression, ce n'est pas, donc, parce que celui qui a violé la servitude est à l'abri de toute action désormais que la servitude ne continue pas à s'appliquer. Elle continue d'exister parce qu'elle est réciproque. C'est un raisonnement qui conduit à dire que, pour que la prescription extinctive fasse son œuvre et nettoie toute la zone d'une servitude pour toutes les parcelles concernées, il faudrait que

tout le monde l'ait violée, pour qu'elle disparaisse partout. J'avoue ne pas bien comprendre ce raisonnement, qui est fondé sur la réciprocité. Je crois pour ma part que la réciprocité en droit civil commande la solution absolument contraire. La réciprocité, dans le synallagma – mais les Romains nous l'enseignaient déjà – c'est : « je fais parce que tu fais », « je m'engage parce que tu t'engages », « je respecte le contrat parce que tu le respectes ». Ça vaut aussi pour les servitudes. Si l'un des colotis a arrêté de respecter la servitude pendant si longtemps qu'il est à l'abri de toute sanction, la servitude ne devrait plus valoir pour personne. C'est ça la réciprocité en droit civil.

Donc je ne comprends pas le raisonnement qui consiste à dire qu'un des colotis a violé la servitude efficacement mais que, pour autrui, cette personne pourrait continuer à se prévaloir de la servitude à l'encontre des autres colotis. Je trouve que c'est une vision fautive de la notion de réciprocité en droit civil. On devrait dire le contraire : elle a été violée efficacement une fois par l'un des colotis, de sorte que tous les autres fonds en sont libérés ipso facto. C'est ça le synallagma, c'est ça la réciprocité.

Sébastien Lamy-Willing :

D'autant que malgré l'adage selon lequel « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* », on pourrait aller jusqu'à envisager le cas où quelqu'un qui a violé la servitude allégrement et qui est à l'abri parce que ça fait plus de 30 ans et donc l'action en démolition à son encontre est prescrite, pourrait attaquer tous ses voisins.

Charles Gijsbers :

Alors je n'ai jamais vu l'hypothèse mais pourquoi pas ? « *Nemo auditur* » correspond uniquement à un cas très précis : le cas dans lequel on demande la nullité d'un contrat alors que l'on est à l'origine du vice conduisant à sa nullité ; l'adage paralyse alors le droit aux restitutions. L'adage se limite à cette seule hypothèse, qui n'est pas la nôtre.

Je vous réponds donc « oui » : à condition que le demandeur puisse se regarder dans une glace – c'est une question qui le regarde – il pourrait, alors qu'il a violé allégrement la servitude mais est à l'abri de toute sanction car la transgression dure depuis très longtemps, il pourrait reprocher aux autres de commettre la même violation. Le résultat est très choquant ; d'où la proposition que j'évoquais plus haut au sujet du périmètre de l'effet extinctif de la prescription en matière de lotissement.

Sébastien Lamy-Willing :

On pourra toujours se consoler avec un autre arrêt du 13 juillet 2022 par lequel la Cour de cassation a jugé pour la première fois que lorsque la violation du cahier des charges de lotissement apportait simplement un désagrément pour le voisinage mais n'occasionnait aucune perte de vue ni vis-à-vis, la démolition apparaissait comme une sanction disproportionnée et ladite violation pouvait être sanctionnée simplement par l'allocation de dommages-intérêts.

Samuel Champeaux :

On peut se réjouir en pratique de se dire que du côté des juridictions on apporte une réponse graduelle plutôt qu'uniquement l'application stricte de la violation de la règle sanctionnée par la démolition des ouvrages. Quelle a été vraiment la perte pour la personne contre qui la règle a été violée ? On peut se dire que des dommages-intérêts vont régler le sujet plutôt que la démolition d'un bâtiment qui potentiellement est là depuis peut-être presque 29 ans, sous la barre fatidique des 30 ans pour bénéficier de la prescription. C'est plutôt une bonne chose.

Reste à savoir si ça s'appliquera à toutes les règles et à qui cette jurisprudence pourrait être opposée pour dire que l'on ne peut engager une action en démolition mais uniquement de dommages-intérêts. Mais on voit en tous cas de la proportionnalité dans l'application de cette règle. C'est une bonne chose pour apporter plus de sécurité juridique dans les opérations et de ne plus avoir l'épée de Damoclès de la démolition.

On appréciera d'autres décisions allant dans ce sens pour continuer de dire que la bonne réponse ce n'est pas la démolition voire la démolition intégrale, mais une logique de dommages-intérêts apportés à la personne qui se sentirait lésée.

Charles Gijsbers :

Je ne suis pas un fanatique de la proportionnalité telle que la manipule la Cour de cassation. Si Je ne suis pas un fanatique de la proportionnalité telle que la manipule la Cour de cassation. Si ça peut sauver des immeubles de la démolition, c'est très bien. Mais notons quand même qu'il y a deux contrôles de proportionnalité que la Cour de cassation coup sur coup a mis sur pied pour éviter la démolition.

Le premier contrôle de proportionnalité – c'est Bertrand Louvel quand il présidait la Cour de cassation qui en a eu l'idée – est opéré au nom des droits de l'Homme. L'idée est la suivante : dans le corpus normatif qui s'applique sur le territoire, on trouve la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Elle est au-dessus de la loi. Et depuis 50 ans, on sait que les juges judiciaires peuvent mettre la loi de côté quand cette loi viole un traité international. Mais simplement, ce contrôle de conventionnalité était manipulé avec précaution et conduisait uniquement à désactiver l'application de la loi française quand, dans sa généralité, l'énoncé qu'elle portait était contraire aux libertés garanties par la CEDH (ex. : lorsque la loi française prévoyait qu'un enfant adultérin héritait deux fois moins qu'un enfant légitime).

La Président Louvel invente un nouveau contrôle de conventionnalité de la loi française qui va beaucoup plus loin : il ne faut pas juste regarder si la loi, dans sa généralité, viole les droits de l'Homme garantis par la CEDH, il faut se demander si la loi, quand on l'applique dans un cas concret, et alors même qu'elle serait irréprochable dans son énoncé général, aboutit à fouler au pied les droits de l'Homme, on la mettra de côté.

De quoi parle-t-on dans notre affaire ? Nous parlons d'une règle de droit civil qui prévoit que si l'on viole une servitude, la sanction encourue est une sanction en nature, indépendamment de

la considération du préjudice et de la bonne foi. C'est-à-dire que le bénéficiaire d'une servitude bafouée a normalement le droit à une remise en état des lieux, c'est-à-dire au respect de sa servitude, même s'il ne subit aucun préjudice et même si l'infracteur était de bonne foi. Cette règle là est-elle dans sa généralité contraire à la CEDH ? Evidemment non : ça n'a aucun rapport avec les droits de l'Homme.

Mais – et voilà comment la proportionnalité est arrivée dans le contentieux des lotissements –, on a parfois considéré que cette règle, dans son application concrète, pouvait méconnaître les droits de l'Homme ?

Exemple : supposez que la démolition soit demandée, motif pris de la violation d'une servitude de lotissement, alors que l'on a construit un bâtiment où vivent plusieurs familles. On se dit que ce serait peut-être contraire au respect du domicile que de prononcer la démolition.

Le premier contrôle de proportionnalité, c'est la loterie absolue. Dans une affaire toute récente, le cahier des charges qui datait des années 1920 édictait une servitude *non altius tollendi*. Un coloti a voulu surélever au motif que sa famille s'agrandissait. Le voisin, voyant cela, agit en démolition. L'avocat au Conseil qui défend le constructeur reconnaît que le requérant a raison sur le papier – transgression d'une servitude, c'est une sanction en nature non conditionnée à la bonne foi et au préjudice – mais, principe de proportionnalité oblige, il plaide la violation des droits de l'Homme au motif que le coloti faisait surélever sa maison pour loger sa famille. Les juges du fond et la Cour de cassation rétorquent que ça ne viole pas le droit à une vie familiale parce qu'il y avait déjà 4 chambres dans la maison. Cela suffisait à loger toute la famille, donc le respect de la vie familiale n'était pas en cause !

Les amateurs de sécurité juridique apprécieront... On le voit, le contrôle de proportionnalité est plutôt un argument de désespoir quand on a violé un cahier des charges. Ça n'est pas un argument sur lequel s'appuyer quand on veut monter un projet, en se disant que la proportionnalité sauvera l'opération.

Le deuxième contrôle de proportionnalité est beaucoup plus curieux. Il est fondé sur l'application d'un texte issu de l'ordonnance du 10 février 2016. L'arrêt dont vous parliez est fondé sur un article qui n'était pas applicable à la cause puisque le cahier des charges était bien antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Il y a une nouvelle disposition, issue de la réforme du droit des contrats, qui prévoit que le créancier dont les droits sont bafoués a droit à l'exécution forcée en nature, sauf dans deux cas : d'une part, lorsque l'exécution en nature est impossible – mais c'est là une exception qui existe depuis toujours – ; d'autre part, et voilà la nouveauté, quand l'exécution en nature présenterait un coût manifestement excessif pour le débiteur par rapport à l'intérêt qu'en retire le créancier. Voilà qui peut être très intéressant en matière de lotissement si on applique ce raisonnement. Si l'on met en balance l'intérêt du coloti qui demande le respect du cahier des charges, par rapport au coût qu'impliquerait une remise en état pour celui qui l'a transgressé, il pourrait y avoir une disproportion objectant à l'exécution en nature.

C'est ce raisonnement que la Cour de cassation applique dans l'arrêt précité. Elle cite mot pour mot le nouveau texte mais sans le viser puisqu'il n'était pas encore entré en vigueur. Et elle en oublie au passage une composante essentielle du texte qui fait que ce n'est sans doute pas une solution pour le montage de vos opérations : dans le texte issu de l'ordonnance de 2016 – tel que modifié par la loi de ratification de l'ordonnance en 2018 – on dit que l'exception tirée de la disproportion n'opère que si le débiteur qui n'a pas respecté le contrat est de bonne foi (autrement dit s'il n'a pas sciemment méconnu le contrat). Cela veut dire que si je veux construire en sachant délibérément que je viole un cahier des charges, je ne pourrai pas ensuite m'abriter sous ce texte pour échapper à la sanction en nature, même si les conséquences en sont disproportionnées.

Donc la proportionnalité, c'est l'argument quand il y a déjà le feu au lac si j'ose dire. Est-ce que c'est un argument que l'on peut utiliser en amont d'une opération ? Je ne suis sûr que ce soit très rassurant.

Sébastien Lamy-Willing :

A supposer qu'on se dise d'y aller, il faudra adopter une pratique nouvelle selon laquelle on va identifier les voisins à risque, ceux pour qui ça occasionne une gêne, et les autres qui ne sont pas des voisins à risque, avec lesquels on peut traiter en dommages-intérêts. Ce qui n'est pas sans rappeler l'appréciation de l'intérêt à agir quand on veut sonder qui est susceptible de former un recours contre un permis de construire.

Si cette pratique se développe, on va ainsi inventer des règles de calcul. Est-ce qu'on ira voir le voisin en lui disant qu'on compte violer le cahier des charges pour transiger et chercher l'accord financier, dès lors que la démolition n'est plus l'épée de Damoclès ?

Samuel Champeaux :

Ça on le verra à l'avenir. La question de la proportionnalité étant quelque chose qui est encore sujet à jurisprudence complémentaire pour savoir quel en est le contour et aller voir le voisin pour négocier le fait qu'il ne va pas venir me rechercher sur le non-respect de la servitude.

C'est la question de la bonne foi aussi : est-ce que je savais ?

Au moment où je vais redévelopper mon bâtiment je me rends compte que je ne respecte pas une servitude *non aedificandi* sur une emprise plus ou moins importante. Est-ce que dans ce cas la règle de proportionnalité, faisant que je ne savais pas que je violais cette servitude, que je ne la viole pas de manière importante, qu'il n'y a pas de préjudice particulier pour mon voisin, s'applique ? Mais en somme, si l'on n'est dans une logique de lotissement, cette servitude je la viole également à l'égard de tous les autres colotis sur le sujet. Pour le point de savoir comment j'indemnise, je devrais indemniser tous les colotis.

Le sujet va être de savoir ce que je fais de cette règle. Est-ce que je retravaille mon bâtiment pour être dans l'épure de ce qui viole la servitude pour pouvoir bénéficier d'une prescription sur ce volet ? Dans le cadre des travaux de rénovation énergétique, comment je conçois le fait de venir

violier un peu plus une règle de servitude *non aedificandi* là où mon bâtiment l'a déjà lui-même violé au départ.

Charles Gijsbers :

Le parallèle est intéressant avec l'intérêt à agir pour critiquer un permis de construire. Il ne suffit plus d'être un original qui habite à un kilomètre de là. Il faut montrer l'impact que le projet pourrait avoir pour le requérant. Mais en droit judiciaire privé, l'intérêt à agir est un peu différent. L'intérêt à agir, dans le Code de procédure civile, est défini comme l'intérêt légitime au succès d'une prétention, dont le défaut est sanctionné par une fin de non-recevoir.

Or tout coloti pourrait démontrer qu'il a un intérêt à agir.

En revanche, la circonstance que vous relevez pourrait avoir une incidence sur le bien-fondé de son action.

Il faut ici distinguer suivant le type d'action qu'il poursuit. Si le coloti demande de l'argent, on appliquera le principe indemnitaire : l'indemnité doit couvrir le préjudice, tout le préjudice, rien que le préjudice. Et on comprend que tous les colotis ne sont pas dans la même situation. Ce n'est pas la même chose d'être le voisin immédiat du projet qui vous gâche la vue ou d'être à l'autre bout du lotissement, et d'avoir juste un vague sentiment de gêne.

Donc, sur le terrain d'une action indemnitaire, la circonstance que vous évoquez aura une incidence sur le montant de la réparation.

S'il s'agit en revanche d'une action en démolition, la proximité plus ou moins grande du lieu de l'infraction, dans une logique classique de violation des servitudes, ne devrait avoir aucune incidence. Toutefois, avec l'apparition du contrôle de proportionnalité dont nous parlions précédemment (le deuxième contrôle de proportionnalité dont je parlais), la démonstration que la sanction en nature est disproportionnée par rapport à l'intérêt que cela représente pour le demandeur dépendra directement de la situation du coloti par rapport à la construction qu'il critique.

Sébastien Lamy-Willing :

Dernière question : Samuel parlait des travaux d'isolation pour la performance énergétique. On a des situations où des bâtiments empiètent déjà sur des emprises de servitude collective, que ce soit lotissement, cour commune, etc., et on a également parfois des obligations d'isoler par l'extérieur, ce qui entraînerait une aggravation de la violation de la servitude.

L'existant, très souvent, est couvert par la prescription de l'action en démolition. Ce sont des bâtiments qui ont 40 ans, 50 ans... Est-ce que le fait d'ajouter 30 ou 20 centimètres d'infraction supplémentaire à celle existante a pour effet de régénérer la possibilité d'une action en démolition ?

Charles Gijsbers :

A ma connaissance il y a un arrêt de la Cour de cassation et deux ou trois arrêts de cour d'appel. Malheureusement, on retrouve la logique de la réciprocité des servitudes et les conséquences que ça peut avoir sur la prescription extinctive.

La première conséquence est que la prescription extinctive qui frappe un lot (parce que l'on aurait transgressé la servitude depuis plus de 30 ans) ne libère pas les autres parcelles de la servitude. La deuxième conséquence c'est que sur la parcelle même de l'infracteur, cette logique des servitudes réciproques fait que c'est l'action en démolition qui est prescrite, contre l'infracteur ; la parcelle reste en revanche grevée par la servitude.

Dans l'arrêt dont je vous parle (un arrêt rendu dans les années 1980), le coloti avait violé un cahier des charges dans les années 1940. Et personne ne s'en était plaint. Dont acte : la construction irrégulière était couverte par la prescription extinctive. Toutefois, un nouveau projet avait été réalisé sur le même bâtiment, toujours en violation de la servitude. La sanction était alors encourue. En d'autres termes, la prescription extinctive n'a joué que pour la première construction. Elle n'a pas libéré la parcelle de la servitude, que le nouveau projet aurait dû respecter, à peine d'encourir des sanctions.

Sébastien Lamy-Willing :

Et l'action en démolition toucherait la surextension de 30 centimètres, ou bien ça pourrait remettre en cause l'empiètement d'origine ?

Charles Gijsbers :

Non je ne crois pas. La Cour de cassation nous dit que la construction irrégulière bénéficie de la prescription extinctive. C'est la construction nouvelle qui sera concernée. Après tout dépend structurellement de l'organisation de la construction nouvelle. Dans le cas d'un empiètement sur une propriété voisine de 4 centimètres, la Cour de cassation avait retenu que la sanction en nature pouvait consister un coup de rabot et non en une démolition. Donc on peut essayer de « raboter » la partie nouvellement construite, tout en conservant la construction d'origine qui elle est prescrite depuis plus de 30 ans.