Le droit de propriété est considéré comme l'un des droits fondamentaux. A ce titre, l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen indique : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

L'application jurisprudentielle de ce principe, repris aux articles 544 (1) et 545 ()2 du Code civil, a longtemps conduit la Cour de cassation à considérer que tout empiètement sur la propriété d'autrui devait être sanctionné par une démolition de la construction concernée (3).

C'est ainsi que dans un arrêt du 20 mars 2002 (4) la Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui avait considéré qu'un empiètement de 0,5 centimètre était négligeable et ne nécessitait pas la démolition de l'ouvrage. Ces décisions sont rendues sur des empiètements divers ne concernant pas le « droit de surplomb » qui n'existait pas.

Pour le point qui nous occupe, la question de l'empiètement sur la propriété d'autrui se pose dans l'hypothèse où plusieurs bâtiments appartenant à des propriétaires différents sont accolés ou mitoyens ; l'un d'entre eux envisageant de procéder à l'isolation thermique par l'extérieur supposant l'empiètement sur la parcelle voisine.

Jusqu'à la Loi du 22 août 2021 (5), cet empiètement n'était possible qu'avec l'accord du voisin qui pouvait refuser sans motif légitime, puisqu'il est chez lui. En pratique, les propriétaires avaient tendance à refuser, ou moyennant une juste indemnité qui était fixée par un protocole d'accord incluant également les modalités d'accès au pignon concerné, en vue de la réalisation des travaux.

Les solutions jurisprudentielles étaient conformes à la volonté de conférer au droit de propriété un caractère absolu mais bloquait certaines situations.

C'est ainsi que le législateur, après la signature des accords de Paris pendant la COP21 et l'objectif de contenir le réchauffement climatique en dessous de 2° C, a voulu faciliter les travaux d'économie d'énergie et de performance énergétique.

La Loi du 22 août 2021, publié le 24 août suivant, est venu créer l'article L113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation. Il créé un droit de surplomb au profit du propriétaire du bâtiment qui souhaite procéder à l'isolation de son bâtiment par l'extérieur.

Ce droit n'est ouvert qu'aux propriétaires souhaitant réaliser des travaux d'isolation thermique par l'extérieur, à l'exclusion de tout autre type de travaux (travaux d'isolation phonique par exemple).

Ce droit est subordonné à plusieurs conditions cumulatives :
– Le surplomb ne doit pas dépasser 35 cm.
– Le bénéficiaire bénéficie du droit si aucune autre solution technique ne permet d'atteindre un niveau d'efficacité énergétique équivalent ou que cette autre solution présente un coût ou une complexité excessifs.
– L'isolation ne peut être réaliser qu'à deux mètres au moins au-dessus du pied du mur, du pied de l'héberge ou du sol.

Naturellement, si les deux propriétaires sont d'accord pour aller au-delà de ce que prévoit le texte, c'est tout à fait possible.

Le texte prévoit qu'une indemnité préalable est due au propriétaire du fonds surplombé. Cela se comprend par le fait que l'empiètement vient priver le propriétaire du fonds surplombé de son droit de propriété sur la partie du surplomb concernée puisqu'en théorie la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (6).

Compte tenu de cette atteinte au droit de propriété, le texte prévoit la nécessité d'établir un acte authentique qui doit constater les modalités de mise en œuvre du droit de surplomb. Cet acte sera publié au service de la publicité foncière compétent.

Le droit de surplomb s'accompagne d'un droit d'accéder temporairement à l'immeuble voisin et d'y mettre en place les installations provisoires strictement nécessaires à la réalisation des travaux. Ce droit s'apparente à la servitude de tour d'échelle.

Une indemnité doit être versée à ce titre au propriétaire du fonds voisin et les modalités de mise en œuvre du droit doivent être prévues dans une convention.

Le III de l'article précité prévoit les modalités d'exercice du droit et ainsi que la nécessité de notifier l'intention de réaliser les travaux au fonds voisin.

Il aura fallu attendre près d'un an pour que le décret d'application prévu au IV soit publié. En effet, c'est le décret du 23 juin 2022 (7) qui créé une nouvelle section dans le Code de la construction et de l'habitation et les articles R113-19 et suivant de celui-ci.

Voyons ce que prévoient les textes :

1.La notification par le propriétaire du bâtiment à isoler au propriétaire du fonds voisin :

La notification concerne l'intention de réaliser un ouvrage d'isolation thermique en surplomb de son fonds. Ainsi, il ne s'agit pas d'un courrier demandant l'autorisation du fonds voisin pour réaliser les travaux, mais le fait que les travaux sont envisagés.

Dans la mesure où il s'agit d'imposer des travaux au fonds voisin, sous certaines conditions, l'article R113-19 du Code de la construction et de l'habitation prévoit des mentions obligatoires de la notification :
– L'état civil complet du demandeur qui est nécessairement le propriétaire (et ne pourra pas être un locataire par exemple), ainsi que les adresses postales et électroniques et les coordonnées téléphoniques,
– Un descriptif détaillé de l'ouvrage d'isolation thermique par l'extérieur, accompagné d'un plan des façades et, le cas échéant, des toitures modifiées par le projet, en faisant apparaitre l'état initial et l'état futur,
– Les justificatifs démontrant qu'aucune autre solution technique ne permet d'atteindre un niveau d'efficacité énergétique équivalent ou que cette autre solution présente un coût ou une complexité excessifs,
– Une proposition relative aux montants des indemnités (pour le surplomb et pour le tour d'échelle),
– Le projet d'acte authentique,
– Le projet de convention,
– Une reproduction de l'article L113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation.

La lettre devra également préciser qu'elle constitue le point de départ du délai d'opposition de six mois prévu par le texte.

Elle doit être faite par lettre recommandée avec AR ou par exploit d'Huissier. Il semble que la deuxième option sera plus appropriée pour avoir une certitude sur le point de départ du délai de six mois, notamment quand le propriétaire est inconnu (ne vivant pas sur place par exemple ou qu'il s'agit d'une indivision).

2.L’acte authentique constatant le droit de surplomb :

Le Décret ne précise pas ce que doit contenir l’acte authentique. La Loi prévoit simplement que « les modalités de mise en œuvre de ce droit sont constatées par acte authentique ».

Il appartiendra au Notaire de rédiger l’acte qui contiendra, selon toutes vraisemblances, outre les mentions inhérentes à la qualification de l’acte :
– La désignation des parcelles concernées,
– Le détail du projet avec les plans, tels qu’ils sont annexés à la notification et le cas échéant, modifiés,
– L’emprise,
– Le montant de l’indemnité et les modalités de versement,
– Les conséquences pour le fonds bénéficiaire de l’intention du fonds surplombé de construire en limite séparative,
– Le rappel du caractère temporaire du droit de surplomb.

Cet acte devra être publié au service de la publicité foncière compétent. Cette publication aura pour effet de rendre le droit de surplomb opposable aux tiers et notamment aux ayants-cause à titre particulier des deux fonds.

3. La convention relative au « tour d’échelle » :

L’article L113-5-1 II prévoit qu’une convention détaillant les modalités de mise en œuvre du droit d’accéder temporairement au fonds voisin, dans la perspective de l’exercice du droit de surplomb.

L’article R113-20 du Code de la construction et de l’habitation précise ce que cet acte doit contenir :

– La localisation et le périmètre de l'accès au fonds à surplomber à prévoir pour la réalisation des travaux et la durée à prévoir de cet accès.
– La nature des installations provisoires à mettre en place pour la réalisation des travaux et les conditions de cette mise en place.
– L'indemnité due.
– Les mesures prévisionnelles de remise en état du fonds voisin, le cas échéant.

4. Le désaccord des parties sur l'indemnité ou l'exercice du droit :

La notification prévue à l'article L113-5-1 III fait courir un délai de 6 mois, commençant à courir à compter de la notification, pendant lequel le propriétaire du fonds voisin peut s'opposer à l'exercice du droit de surplomb de son fonds pour un motif légitime tenant à l'usage présent ou futur de sa propriété ou à la méconnaissance des conditions prévues.

Dans ce même délai, il peut s'opposer au droit d'accès à son fonds et à la mise en place d'installations provisoires que si la destination, la consistance ou la jouissance de ce fonds en seraient affectées de manière durable et excessive.

Il pourra notifier ses contestations et éventuellement son désaccord sur le montant de l'indemnité afin d'entamer des négociations avec le voisin.

Ce délai permettra une négociation amiable mais également une saisine du Juge pour s'opposer à l'exercice des droits et demander la fixation du montant des indemnités. Le Juge compétent est le Président du Tribunal judiciaire du lieu de situation de l'immeuble à surplomber, statuant selon la procédure accélérée au fond (8).

La saisine du Juge est conditionnée soit à l'existence d'un motif sérieux et légitime

tenant à l'usage présent ou futur de sa propriété (travaux envisagés notamment) soit à la méconnaissance des conditions prévues par le Décret.

Le Juge pourra également être saisi pour la fixation de l'indemnité ou pour s'opposer au droit d'accès à son fonds, s'il justifie que la mise en place des installations projetées affecte la destination, la consistance ou la jouissance de son fonds de manière durable ou excessive.

La décision du Juge validant le droit de surplomb sera également publiée au Service de la publicité foncière.

Il va de soi que le propriétaire du bien sollicitant le droit de surplomb pourra également engager une procédure judiciaire en cas de refus abusif du propriétaire du fonds à surplomber, soit en référé en cas d'urgence ou d'absence de contestation sérieuse (ce qui sera difficile de démontrer) ou au fond.

Le Décret contient des dispositions spécifiques aux Syndicats de copropriétaires (9).

Le Code de la construction et de l'habitation prévoit que le Syndicat des copropriétaires, en tant que fonds à surplomber peut, naturellement comme n'importe quel autre voisin, s'opposer à l'exercice des droits par un propriétaire voisin. Pour cela, le Syndic inscrit à l'ordre du jour :
– La question de la saisine du Juge en opposition à l'exercice des droites
– La question de la saisine du Juge en fixation des indemnités
Sera joint à cet effet à la convocation les documents notifiés au Syndicat des copropriétaires par le propriétaire demandant le bénéfice du droit de surplomb.

Le Syndic devra agir vite car il faudra à la fois que l'assemblée générale intervienne dans les 6 mois de la notification mais également que le recours qui serait éventuellement voté, soit effectué dans ce même délai de 6 mois.

Compte tenu de l'enjeu du droit de surplomb (empiètement sur la propriété) il va de soi que le Syndic devra également soumettre au vote des copropriétaires la convention et l'acte authentique, l'assemblée générale demeurant souveraine.

5. La réalisation des travaux :

Le texte prévoit que les travaux peuvent être réalisés que si l'acte authentique et la convention sont signées et si les indemnités sont versées, dans la mesure où le texte précise qu'il s'agit d'une « indemnité préalable ».

Il en est de même lorsqu'une décision de justice sera intervenue après la saisine du Juge par l'une des parties, actant de l'autorisation d'exercer le droit de surplomb.

Afin de préserver les droits du propriétaire du fonds à surplomber, il est prévu une seconde notification : celle du nom, prénoms, adresses postales et électroniques et coordonnées téléphoniques de la ou des personnes appelées à intervenir. Il conviendra également de notifier le numéro de la police d'assurance.

Cette notification sera faite par lettre recommandée avec AR. Elle est sans incidence sur le point de départ du délai d'opposition (10).

Les personnes appelées à intervenir regroupent à la fois, le maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage, bien que déjà connu du fait de la première notification et la ou les entreprises chargées de la réalisation des travaux.

6. La nature juridique du droit de surplomb : un droit réel temporaire.

Le droit accordé au propriétaire du fonds qui procède au surplomb est un droit réel

puisqu'il est attaché au bien immobilier concerné.

Cependant, il s'agit d'un droit réel temporaire dans la mesure où celui-ci pourra se perdre lorsque le propriétaire du fonds surplombé aura obtenu une autorisation administrative de construire en limite séparative ou en usant de ses droits mitoyens et que sa mise en œuvre nécessite la dépose de l'ouvrage d'isolation.

L'article L113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation précise que les frais de dépose incombent au propriétaire du bâtiment isolé et que l'indemnité versée au voisin lui demeure acquise.

La Loi et son décret d'application ne règlent pas toutes les situations et toutes les problématiques liées au droit de surplomb. On peut ainsi s'interroger sur les modalités de fixation des indemnités à la fois concernant le droit de surplomb et concernant le tour d'échelle.

S'agissant du droit de surplomb, l'indemnité devra elle être basée sur le prix du marché dans le secteur considéré ? Ou, s'agissant d'un droit réel temporaire, devra-t-elle être minorée ?

S'agissant du tour d'échelle, la question existe déjà s'agissant de la servitude de tour d'échelle déjà applicable pour les travaux nécessitant l'accès au fonds voisin et on voit bien que le contentieux est déjà bien fourni. La question sera d'autant plus intéressante que dans le cadre d'une servitude de tour d'échelle « simple » l'indemnité n'est pas obligatoire.

(1) Article 544 : La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.
(2) Article 545 : Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour

cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.

(3) Cass. 3ème Civ. 27 janvier 2015, n° 13-20.287

(4) Cass. 3ème Civ. 20 mars 2002, n° 00-16.015

(5) Loi n° 2021-1104 du 21 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets publiée au JORF le 24 août 2021

(6) Article 552 du Code civil

(7) Décret n° 2022-926 du 23 juin 2022 relatif au droit de surplomb pour l'isolation thermique par l'extérieur d'un bâtiment, publié au JORF du 24 juin 2022

(8) Article R113-21 du Code de la construction et de l'habitation

(9) Article R113-22 du Code de la construction et de l'habitation

(10) Article R113-24 du Code de la construction et de l'habitation

Recommandations du cabinet BJA :

Il est indispensable, dans le cas où de tels travaux sont envisagés, qu'ils le soient en présence de tout technicien (Architecte, BET…) pour établir un dossier solide ne pouvant être remis en cause par le voisin ou par le Juge, dans l'hypothèse où ce dernier était saisi. Il convient également d'être accompagné dès le début du projet par un Notaire, pour la rédaction de l'acte authentique, et d'un Avocat dans l'élaboration de la lettre de notification et des recours à exercer le cas échéant, notamment dans l'hypothèse où les travaux devaient s'avérer urgents. Nous sommes à votre disposition pour vous accompagner dans ce projet.