

ANNEXE 1

Séminaires GRIDAUH sur la réforme du droit des lotissements

Rapport introductif Les composantes de la définition du lotissement
Jérôme TREMEAU, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Rapports entre le droit de diviser et le droit de propriété (I); le support physique de la division (II); le nombre de divisions, la chronologie des divisions (délai) ; une division finalisée (III) ; la notion de division ; une opération d'aménagement (IV)

Tout contrôle des divisions foncières doit nécessairement avoir en ligne de mire une certaine conception du droit de diviser (I). Ceci posé, la définition du lotissement issue de la nouvelle réglementation amène à s'interroger sur l'assiette de l'autorisation de lotir (II), et, plus classiquement, sur la notion de division en vue de construire (III). Par ailleurs, la conception du lotissement en tant qu'opération d'aménagement est elle-même révélatrice de l'originalité de cette autorisation par rapport à d'autres modalités de division foncière (IV). L'ensemble de ces données conduira à s'interroger sur la pertinence des choix opérés par le législateur.

I/Le droit de diviser, attribut du droit de propriété ?

La question de savoir si le droit de diviser est inhérent à la propriété ne présente pas seulement un intérêt théorique. Elle permet non seulement de déterminer le degré obligatoire de densité législative de toute réglementation des divisions, mais aussi de moduler l'intensité du contrôle administratif sur celles-ci. La conception du droit de diviser en tant qu'attribut du droit de propriété suppose que la loi vienne établir les bases des limitations susceptibles de l'affecter et que celles-ci soient rationnelles, c'est-à-dire, justifiées par des motifs d'intérêt général et limitées dans leurs conséquences. On peut alors imaginer que certaines divisions soient exemptées du contrôle administratif lorsque celui-ci n'est pas nécessaire. Au contraire, si l'on considère que le droit de diviser est autonome, il ne bénéficie pas de la protection attachée au droit fondamental de propriété ; l'administration dispose alors d'une faculté plus importante pour le réglementer, et on ne peut admettre des divisions en vue de bâtir sans contrôle préalable. L'étude de la jurisprudence administrative, mais aussi judiciaire permet d'esquisser la conception du droit de diviser retenue par le juge.

1/La position du juge judiciaire en matière de copropriété.

Il est admis par la jurisprudence judiciaire que les copropriétaires ont le droit de diviser librement leur lot sans avoir à rechercher une quelconque autorisation du syndicat. Les clauses du règlement de copropriété limitant ou interdisant le droit pour un copropriétaire de diviser son lot en vue de la vente ou de la location sont ainsi réputées non-écrites. C'est seulement si cette division porte atteinte à la destination de l'immeuble qu'il est possible de s'y opposer. Ainsi, deux arrêts de la troisième chambre civile du 26 mai 1988 (pourvoi 86-19350) et du 5 juillet 1989 (pourvoi 88-10028) posent clairement le principe selon lequel « la division d'un lot relève de la liberté du copropriétaire intéressé et le syndicat des copropriétaires ne peut s'y opposer que si cette division porte atteinte à la destination de l'immeuble » (Voir également, cass. 3^ociv, 26 mai 1994, pourvoi 92-16877 ; cass. 3^ociv, 7 octobre 2009, *Sté fontaine la charrue c/époux Nantet*, pourvoi 08-18133). La destination de

l'immeuble s'entend du caractère que les copropriétaires ont entendu lui donner. Il s'agit d'examiner si l'augmentation du nombre d'unités est de nature à avoir une incidence sur les conditions de vie des occupants, particulièrement sur la fréquentation de l'immeuble (Cass. 3^o civ, 28 février 2006, pourvoi 05-11409 ; TGI Nanterre, 8^o ch., 19 mars 2006, *Sté les locataires c/syndicat des copropriétaires 17-24 place de l'iris*, AJDI 10/2009, p. 720, note Y. Rouquet). Cela dépendra en grande partie de la compatibilité avec les éléments et installations existants prévus pour un nombre déterminé d'utilisateurs (Cf *Lamy droit immobilier*, sous la direction de Jean-Louis Bergel, n^o4912). On en déduit que le droit de diviser attaché à la propriété d'un lot trouve notamment sa limite dans l'état des équipements propres à l'immeuble.

2/La position du juge administratif.

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que « le droit de propriété ne comporte pas le droit de procéder librement à un lotissement » (CE, 25 mars 1966, *Epoux Richet*, req 59587, *leb.* p. 233) ; ceci lui permet d'admettre la compétence réglementaire pour modifier les conditions de délivrance des autorisations de lotir. Il en résulte qu'un décret pouvait instituer un régime de refus implicite d'autorisation, ce qui, pour les auteurs des Grands arrêts du droit de l'urbanisme, « aboutit véritablement à supprimer un élément essentiel attaché jusque-là au droit de propriété : celui de diviser le bien » (Jean-Paul Gilli, Hubert Charles, Jacques de Lanversin, *Les grands arrêts du droit de l'urbanisme*, Dalloz, 4^oéd, 1996, n^o31, p. 448). Ainsi, ne touchant pas aux principes fondamentaux du régime de la propriété au sens de l'article 34 de la Constitution, le régime des lotissements relèverait du pouvoir réglementaire (Cf J. Morand-Deville, *verbo* « lotissements-généralités », in Y. Jégouzo, *Dalloz action droit immobilier*, n^o5259, 1998). C'est ce qui explique que, jusqu'à présent, la part de la norme réglementaire a été prépondérante dans l'encadrement des divisions en vue de construire. A cet égard, dans le régime antérieur, l'article L315-1 renvoyait très largement au décret en Conseil d'Etat la définition des « règles générales applicables aux opérations ayant pour objet ou ayant eu pour effet la division d'une ou plusieurs propriétés foncières en vue de l'implantation de bâtiments ». Notamment, la définition proprement dite du lotissement était posée seulement au niveau réglementaire par les ex-articles R315-1 et R315-2, le principe même d'une autorisation étant établi par le seul article R315-3.

On peut s'interroger sur la pérennité de cette conception restrictive du domaine législatif en la matière. En effet, l'examen de la jurisprudence du Conseil constitutionnel montre la richesse des composantes du droit de propriété. Par exemple, le droit de construire est certainement inclus dans la protection offerte par les dispositions constitutionnelles protectrices de la propriété (décision 2000-436 DC, *Loi SRU*, du 7 décembre 2000). Au contraire, l'arrêt du 25 mars 1966 apparaît comme daté. Il a seulement pour portée de déterminer la répartition constitutionnelle entre la loi et le règlement en se fondant sur le critère de l'état de la législation antérieure. La motivation de cet arrêt prend soin de souligner que « la création ou le développement des lotissements est, *depuis l'intervention de dispositions législatives* en la matière, subordonné à une autorisation administrative ». On remarquera d'ailleurs que l'ordonnance du 8 décembre 2005, rédigée après avis du Conseil d'Etat, a rapatrié dans la partie législative du code de l'urbanisme la définition du lotissement (article L442-1).

II/L'assiette de référence du lotissement

La question de l'assiette du lotissement se pose en des termes différents selon que l'on se place avant ou après le 1^o octobre 2007. Sous l'ancien régime, cette assiette s'impose au pétitionnaire, tandis que, au contraire, il semble bien que la nouvelle réglementation offre une

grande liberté (1). Toutefois, une certaine ambiguïté est créée, en ce qui concerne l'inclusion des terrains énumérés par l'article R442-2 du code de l'urbanisme (2). Enfin, le problème se pose des rapports entre l'assiette de la division et le maintien d'un délai dans la définition du lotissement (3).

1/De l'ordre public à la liberté contractuelle encadrée.

A/L'ordre public : la nécessité d'une définition objective de l'assiette

La suppression du seuil conditionnant l'entrée en lotissement a modifié la perspective, s'agissant de la définition de l'assiette de cette opération. Certes, l'article L442-1 fait toujours mention, comme l'ex-article L315-1, de la division « d'une ou plusieurs propriétés foncières ». Mais, dès lors que toute division est constitutive d'un lotissement, il n'est plus utile que soit défini *objectivement* le cadre de cette opération. Celui-ci avait auparavant une importance primordiale, puisque c'est lui qui constituait le support pour déterminer si la division était ou non en franchise d'autorisation. On comprend donc qu'il ne pouvait être laissé à la libre appréciation du diviseur, qui aurait beau jeu de restreindre le plus possible l'unité foncière de référence, afin de multiplier les divisions en deux (voire en quatre) exonérées de contrôle administratif. Parce que nécessaire au décompte, la définition de l'assiette était donc d'ordre public. Aussi, le juge administratif avait-il été conduit à définir l'entité foncière dans le cadre de laquelle doit être apprécié le nombre de divisions. Il ressort de la jurisprudence que deux éléments doivent être recherchés pour identifier concrètement cette notion : l'identité de propriétaire et la contiguïté. Ainsi, une unité foncière est un « îlot de propriétés d'un seul tenant, composé d'une parcelle ou d'un ensemble de parcelles appartenant à un même propriétaire ou à la même indivision » (CE, 27 juin 2005, *Comme de Chambéry*, req 264667). Il en résulte que des parcelles appartenant à des propriétaires différents, ou séparées les unes des autres constituent autant d'unités foncières distinctes, susceptibles d'être divisées librement en deux sous l'ancien régime (séparation par un chemin, même impraticable : CE, 14 décembre 1984, *Dho*, req 46301). Aujourd'hui, le porteur du projet n'a plus aucun intérêt à rechercher à augmenter le nombre d'unités foncières sur lesquelles il assoit son projet, dans la mesure où il n'échappera pas, quoi qu'il en soit, à la réglementation du lotissement, de la même manière qu'il n'y a plus d'intérêt pour l'administration à déterminer un cadre de calcul, faute de seuil prévu par le code.

B/La liberté contractuelle : la possibilité d'une modulation de l'assiette

Le code de l'urbanisme paraît laisser, au contraire, une importante marge de manœuvre pour constituer l'assiette de la division. Cette liberté résulte de la possibilité de ne lotir qu'une fraction de la propriété, ou, au contraire, de permettre à plusieurs propriétaires de se regrouper pour définir le cadre physique d'une autorisation de lotir.

a/Le lotissement partiel : La possibilité d'un lotissement partiel, c'est-à-dire ne portant que sur une partie de l'unité foncière, ne fait pas difficulté, et ne constitue pas une nouveauté. En revanche, la rédaction des textes amène à s'interroger sur la possibilité d'un lotissement partiel en cas de lotissement autorisé par déclaration préalable (S. Pérignon, « Retour sur le troisième lot », *JCP éd. N*, 11 avril 2008, étude 1172). Ainsi, les articles R441-1 (« la demande peut ne porter que sur une partie d'une unité foncière ») et R441-4 (« dans le cas où la demande ne concerne pas la totalité de l'unité foncière ») ne concernent que le permis d'aménager. De même, la division primaire, qui implique la possibilité qu'une autorisation de lotir ait été délivrée sur une partie seulement d'une propriété foncière, ne vise, depuis la modification issue du décret du 11 mai 2007, que le permis d'aménager. Confronté à la question, le ministère n'a pas clairement répondu (Cf www.urbanisme.equipement.gouv.fr, Lotissements, Lotissement - reliquat). Le formulaire de déclaration préalable CERFA 13404 04 précise que « le terrain est constitué de l'ensemble des parcelles cadastrales d'un seul

tenant appartenant à un même propriétaire », mais cela n'est pas significatif car tel est aussi le cas pour le permis d'aménager (formulaire 13409*01). On peut seulement remarquer qu'au-delà des textes, on voit mal pourquoi le lotissement à déclaration préalable ne pourrait être partiel. Il pourrait en être autrement que si le contrôle administratif de ce lotissement avait une ambition différente du lotissement à permis d'aménager, par exemple, seulement constater (ou enregistrer, comme l'ex-article R315-54) la division.

La possibilité de lotissement partiel conduit forcément à s'interroger sur la gestion du reliquat de la propriété donc du délai (voir infra).

b/Le lotissement à plusieurs (co-lotissement) : La possibilité qu'une autorisation d'occupation du sol soit sollicitée par plusieurs personnes disposant de titres juridiques sur des terrains différents a été saluée comme une nouveauté de la réforme des autorisations d'occupation du sol. Introduisant de la souplesse dans le montage des opérations, cette faculté permet la réalisation de « co-lotissement ». Elle résulte, implicitement, mais sûrement, du texte de l'article R423-1, concernant toutes les autorisations (« le ou les propriétaires », « du ou des terrains »), et de l'article L442-1, définissant le lotissement (« d'une ou plusieurs propriétés foncières »). On doit donc considérer comme abrogée la doctrine administrative excluant la possibilité de délivrer un arrêté de lotir portant sur des propriétés contiguës appartenant à des personnes différentes, telle que résultant d'une réponse ministérielle (RM n°57914, JOAN Q 13 juillet 1992, p. 3171 : « Deux propriétaires de fonds contigus ne saurait solliciter une autorisation de lotir unique portant sur la totalité de ces deux fonds »). Reste que si le regroupement de terrains, afin de former l'assiette d'un lotissement, est désormais possible, il sera nécessaire de déterminer les limites de cette nouvelle liberté. En particulier, si les textes en vigueur suppriment clairement la condition d'unicité de propriétaire, il n'est pas certain qu'ils dérogent à l'exigence de contiguïté des terrains, objet de la demande d'autorisation. La question du lotissement multi-sites, susceptible de concerner des propriétés physiquement distinctes, se pose alors. Outre que ce type de lotissement peut apparaître en fait comme un montage artificiel, et risque de poser des problèmes pratiques de gestion, il n'est pas certain que la réglementation autorise cette variante. En effet, le lotissement étant une opération d'aménagement, il s'ensuit qu'elle doit obéir à un impératif de cohérence (pour l'application d'une telle contrainte, par le biais d'une erreur manifeste d'appréciation, à une opération d'intérêt national multi-sites, voir CE, 18 juin 2008, *Cmne de Tremblay*, req 285344). Et il est évident que cet impératif sera mieux satisfait si les parcelles sont contiguës, sauf à démontrer que la réunion de parcelles séparées ne met pas à mal cette cohérence, par exemple, « lorsque deux unités foncières appartenant à des propriétaires distincts, ne sont séparées que par une voie publique et font l'objet d'un plan de composition et d'aménagement commun et d'équipements bénéficiant à l'ensemble du projet » (S. Pérignon, *Le nouveau régime des divisions foncières*, éd. Le moniteur, 2008, p. 60). La jurisprudence aura à se prononcer sur ce point.

2/La portée des exclusions énumérées à l'article R442-2.

L'article R442-2 mentionne un certain nombre de cas dans lesquels les terrains en cause ne sont pas pris en compte « pour l'application du *a* de l'article R421-19 », c'est-à-dire pour déterminer si le lotissement a eu pour effet de créer plus de deux lots. Cette disposition trouve son origine dans l'ex-article R315-1, 3^ealinéa qui excluait certains terrains du calcul du seuil déclencheur de la réglementation du lotissement. Mais dans le nouveau régime, il ne s'agit plus de déterminer si l'opération est ou non constitutive d'un lotissement, mais seulement la procédure d'autorisation adéquate. Il s'ensuit que les divisions aboutissant à créer les terrains énumérés à l'article R442-2 ne sont pas en dehors du champ du lotissement, contrairement à celles de l'article R442-1. Il n'en est autrement que pour le cas particulier de l'item *f* de l'article R442-2 ; en effet, celui-ci prévoit que les terrains issus des divisions non constitutives

de lotissement énoncées à l'article R442-1, ne sont pas non plus comptabilisées pour l'appréciation du franchissement du seuil du permis d'aménager. Il y a alors une double exclusion que l'on ne retrouve pas pour les autres cas de division, énumérés par les item *a* à *e* de l'article R442-2. Ceci signifie donc bien que ces derniers sont constitutifs de lotissement. Il en résulte que l'on « devrait en déduire que les détachements rattachements sont soumis à déclaration préalable s'ils sont opérés avec intention d'implanter des bâtiments » (Division de l'immeuble, 103^e congrès des notaires de France, Lyon, 23-26 septembre 2007, p. 167). De la même manière, on peut s'interroger sur la soumission à déclaration préalable des divisions d'initiative publique (correspondant aux item *c*, *d* et *e* de l'article R442-2. *Ibid*, p. 168). Il en découlerait un accroissement supplémentaire du champ du lotissement, voire « certaines aberrations » (Cf V. Guinot, « La réforme du lotissement », *Les petites affiches* 248/2007, p. 14, nt 5). Par ailleurs, l'inclusion dans le champ du lotissement des divisions énumérées à l'article R442-2, hormis celles du *f*, implique que les terrains en question font partie de l'assiette du lotissement, même s'ils sont neutres du point de vue de la nécessité éventuelle du permis d'aménager. Les conséquences de la rédaction de l'article R442-2 sur l'assiette du lotissement doivent impérativement être évaluées, le site du ministère n'ayant pas répondu à la question (Cf www.urbanisme.equipement.gouv.fr, Les questions-réponses, Lotissements, Rattachement d'une partie de terrain à une propriété contiguë).

3/L'intérêt de la référence à un délai.

L'article L442-1 définit le lotissement comme l'opération ayant, sur une période de 10 ans, pour effet la division d'une propriété. Ce délai ne sert plus de période de référence pour le décompte des lots, mais a désormais pour seule utilité d'instituer une surveillance de la division sans intention *initiale* de bâtir. En effet, lorsque la division a pour objet l'implantation de bâtiments, elle constitue immédiatement un lotissement, quel que soit le nombre de lots ; En revanche, si l'intention de construire se révèle postérieurement à la division (par exemple, volonté de profiter de l'opportunité d'une constructibilité nouvellement reconnue de terrains inconstructibles lors de la division) l'existence d'un délai permet d'assujettir à la réglementation du lotissement une opération qui n'était pas qualifiable comme telle à l'origine. La survenance de l'intention de construire après la division supposera, comme préalable, une autorisation de lotir, du fait de l'apparition du lotissement. Mais ceci ne devrait pas faire difficulté, alors même que la division est déjà intervenue, considérant la possibilité de demander à plusieurs une telle autorisation, et que par hypothèse, les lots n'ont pas été bâtis. Le maintien du délai dans la définition du lotissement sert de cadre d'appréciation à l'intention de construire, lorsque celle-ci est différée par rapport à la date de la division.

L'article R421-19 prévoit quant à lui un deuxième délai, également de dix ans. Il s'agit cette fois d'apprécier le nombre de lots du lotissement, afin de déterminer la procédure d'autorisation pertinente. En effet, les lotissements de plus de deux lots sont susceptibles de relever du permis d'aménager. Le décompte des lots doit donc être opéré sur cette période, et non pas instantanément. Ce délai de dix ans n'a de conséquence que sur la voie procédurale par laquelle le lotissement devra être créé, et non sur la qualification de l'opération. Il en résulte que l'augmentation, dans la période de dix ans, du nombre de lots, ou du nombre de lots constructibles, est susceptible d'avoir des conséquences sur le type d'autorisation. Plus concrètement, la prévision de cette période pendant laquelle se comptabilise le nombre de lots constructibles peut impliquer de faire évoluer l'autorisation de la simple déclaration préalable initiale vers le permis d'aménager, en cas de divisions successives. La question est alors de savoir comment gérer le passage d'un type d'autorisation à un autre, alors que la non-opposition initiale à déclaration préalable a pu produire ses effets, et que des constructions ont été éventuellement réalisées, la nouvelle division intervenant postérieurement. On retrouve

ici, sous un jour nouveau, le problème connu antérieurement à travers le concept de « lotissement unilôt », sauf que n'est pas ici en cause un problème de qualification de l'opération, mais de modalité d'autorisation. Il s'agit alors de savoir comment régulariser ce troisième lot (voire plus), créé par nouvelle division ou sur lequel est apparue postérieurement l'intention de construire, et ce dans le délai de dix ans de l'article R421-19, lorsque sa comptabilisation dès la division initiale aurait impliqué la nécessité d'un permis d'aménager. La demande de permis d'aménager devra-t-elle avoir pour assiette l'ensemble du lotissement, y compris les lots existants ou déjà bâtis ? On imagine alors les difficultés de cette régularisation *a posteriori*. Ou, par parallélisme avec l'ex-article R315-4, pourra-t-on considérer qu'une demande de permis d'aménager portant uniquement sur le (ou les) lot(s) nouveaux devra être recherchée ? Reste qu'aucun texte ne permet une telle réduction de l'assiette du lotissement, contrairement à ce qui existait sous l'ancien régime depuis l'intervention du décret du 19 août 1986. Devant la difficulté, et dans l'attente d'une clarification rédactionnelle, il convient de responsabiliser les monteurs d'opération sur les difficultés de gérer le reliquat, et donc d'anticiper le plus possible. JCP 11 avril 08

III/La notion de division en vue de l'implantation de bâtiments

L'article L442-1 évoque la division en propriété ou en jouissance, résultant de mutations à titre gratuit ou onéreux, de partage ou de locations, et ce en vue de l'implantation de bâtiments. La division n'est prise en compte au titre du lotissement que si elle est effectuée dans ce but. C'est cet élément qui constitue l'originalité du contrôle au titre du lotissement par rapport aux autres types de contrôle administratif des divisions. Ainsi, le « pilotage du COS » (article L123-1-1), ou le non-morcellement en zone protégée (article L111-5-2) sont-ils indépendants de l'intention de construire. Il en résulte un lien entre ces éléments de la définition du lotissement. Ce lien apparaît lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est une division en jouissance (1) et de fixer si les divisions en volume relèvent du lotissement (2).

1/La notion de division en jouissance.

La notion de division en jouissance a donné lieu à interprétation. Cet élément est caractérisé lorsque le sol est certes destiné à rester indivis, mais que chacun des propriétaires de construction reçoit, sur un terrain correspondant à son lot, des droits d'usage exclusifs. Tel est le cas lorsqu'une copropriété est constituée, le sol restant partie commune, la partie privative étant constituée par la construction et le droit d'usage exclusif du lot, assiette de la construction. Le juge judiciaire a considéré que le statut de la copropriété n'exonérait pas de la réglementation du lotissement et qu'il était susceptible de conduire à une division du sol (Cass. 3^e civ, 3 février 1981, pourvoi n°79-13774). Il faut dire que la reconnaissance d'un « droit d'usage exclusif » (CE, 2 février 1977, *Crespin*, req 02051), d'une « jouissance exclusive et perpétuelle » (CE, 6 juillet 1977, *SCI les jardins de la voie romaine*, req 00101), ou d'un « droit de jouissance exclusif » (CE, 27 octobre 1993, *Joubin*, req 110375), amène les juridictions à décider qu'il y a, au sens de la réglementation des lotissements, division, à cause de la fragmentation du droit de construire résultant d'une forme d'appropriation de droits distincts sur le sol par plusieurs maîtres d'ouvrage différents. Mais le juge est allé beaucoup plus loin, puisqu'il a considéré que la seule emprise au sol des constructions suffisait à entraîner une division en jouissance, dès lors que les constructions relevaient de plusieurs maîtres d'ouvrage. Peu importe que le sol reste indivis, en ce compris l'assiette des constructions, comme prenait soin de le préciser certains états descriptifs de division (CAA Marseille, 1^{er} ch, 3 juin 1999, *Sté SOPRAF c/cmne de Villeneuve-Loubet*, req 97MA05313), voir qu'aucun droit exclusif, autre que sur la construction, ne soit reconnu. Ainsi, les actes

constitutifs de la copropriété peuvent ne pas établir de « zone de jouissance privative », il y aura pourtant division en jouissance (ceci paraît bien être l'hypothèse de l'arrêt CE, 21 août 1996, *Ville de Toulouse*, req 137834, dans lequel les propriétaires des lots s'étaient vus reconnaître « la jouissance exclusive et perpétuelle des parties privatives *des immeubles à y construire* »). A tel point qu'en cas d'indivision du sol, « la construction par trois maîtres d'oeuvres différents sur un même terrain, au profit de trois membres de l'indivision qui en est propriétaire, de trois pavillons destinés à devenir la propriété exclusive et particulière de chacun d'eux a le caractère d'un lotissement » (CE, 26 septembre 1990, *Epx Séguin*, req 86058 ; voir également, CAA Nantes, 31 mai 1995, *SNC Les rouges gorges*, req 93NT00131). Ceci montre que l'individualisation au sol du droit de construire n'est pas nécessaire pour qu'il y ait jouissance, et donc division en jouissance en cas de pluralité de maîtres d'ouvrage. Le droit de la copropriété est donc une simple technique de gestion des biens qui ne permet pas, en tout état de cause de s'affranchir des règles du lotissement. La jouissance, au sens du régime du lotissement, doit se comprendre comme étant la possibilité juridique d'utiliser le sol pour implanter un bâtiment, indépendamment de la nature des droits sur ce sol. C'est donc au regard du propriétaire qui réalise les constructions, et non des locataires destinés à occuper celles-ci que doit être apprécié l'éventuelle existence d'un fractionnement de la jouissance ; ainsi, la réalisation par un maître d'ouvrage unique de cinq habitations en vue de leur location n'entraîne pas la division d'un terrain (CE, 7 mars 2008, *Comme de Mareil-Le-Guyon*, req 296287). Autrement dit, « le transfert du droit de construire est une condition nécessaire de la division en jouissance » pour l'application de l'article L442-1 (Cf Division de l'immeuble, 103^e congrès des notaires de France, Lyon, 23-26 septembre 2007, p. 116). Les deux éléments de la définition du lotissement que constitue la division en vue de l'implantation de bâtiments, jouent donc de manière concomitantes.

2/La question des volumes.

La délimitation de *volume*, dans la mesure où ceux-ci sont qualifiés d'immeuble par nature (cf P. Benoit-cattin, « divisions en volume à construire », *Construction-urbanisme* 11/2004, comm. 217 ; voir également le projet de réforme du droit des biens –proposition de nouvel article 525-), n'équivaut-elle pas à une division, au sens du droit de lotissements ?

L'interrogation sur l'éventuelle inclusion des divisions en volume au sein de la réglementation des lotissements a connu des réponses jurisprudentielles diverses. Ainsi, le tribunal administratif de Paris a clairement admis qu'une division en volume était susceptible de constituer un lotissement (TA Paris, -7^e section-, 8 décembre 2000, *Merle*, req 98-3669), comme d'ailleurs la Cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, 24 juin 2004, req 00-512). Dans cette affaire, un cahier des charges et des servitudes fixaient l'utilisation des droits de superficie. Il stipulait que chaque lot comportait la pleine propriété des volumes, impliquant le droit de réaliser à l'intérieur toutes constructions devant devenir la propriété du propriétaire du volume après réalisation. Par analogie avec la jurisprudence considérant que la simple assiette matérielle d'une construction sur un sol commun suffisait à qualifier une division en jouissance, le commissaire du gouvernement était d'avis de considérer que l'opération en question relevait du lotissement (concl. in *BJDU* 5/2007, p. 367). Statuant contre les conclusions, le Conseil d'Etat considère au contraire que la division des lots entre les futurs copropriétaires des immeubles collectifs autorisés par les permis de construire litigieux n'emporte pour eux ni propriété ni jouissance exclusive et perpétuelle du sol d'assiette de la parcelle (CE, 30 novembre 2007, *Ville de Strasbourg*, req 271897, non publié). La solution peut paraître étonnante (Cf obs. Jean-Claude Bonichot, in *BJDU* 5/2007, p. 370), compte tenu de ce qu'est la jurisprudence, qui s'attache à la réalité de la situation matérielle, beaucoup plus qu'au statut juridique de la chose. Il semble en résulter l'absence d'assimilation pure et simple du volume à construire à un lot issu d'une division foncière.

La position du juge administratif pourrait peut-être être justifiée par le fait que la définition de volume ne permet pas « *l'implantation* de bâtiments ». Mais au-delà de cet argument textuel, la véritable question est de savoir si la technique de la division en volume relève seulement du droit privé, ou s'il y a un enjeu pour la puissance publique à opérer un contrôle. La réalisation de constructions à l'intérieur de volumes se superposant conduira nécessairement à la constitution de servitudes de droit privé afin de permettre l'accès, l'appui, la distribution des fluides, c'est-à-dire la viabilité ; à cet égard, on notera que dans l'arrêt *Ville de Strasbourg*, le Conseil d'Etat prend soin de souligner que l'organisation des rapports entre les différents volumes a été organisée. On a une viabilité verticale qui se substitue à une viabilisation horizontale. Par ailleurs, l'imbrication des constructions que postule très souvent le découpage en volume, peut conduire à la réalisation d'un ouvrage indivisible. En effet, l'indivisibilité, qui implique la nécessité d'un permis de construire unique (CE, 10 octobre 2007, *Demoures*, req 277314), s'entend d'un simple lien physique. Il en résultera en cas d'imbrication, la possibilité pour l'administration, de contrôler le projet dans son ensemble, et non volume par volume.

IV/L'incidence de la qualification d'opération d'aménagement

Le lotissement a depuis longtemps été conçu comme une opération d'aménagement. Sous l'ancien régime, les articles L315-1 et suivants étaient situés au sein d'un livre troisième du code de l'urbanisme concernant l'aménagement foncier et d'un titre premier relatif aux opérations d'aménagement. L'article L442-1 consacre directement et explicitement le lotissement comme opération d'aménagement. Cette qualification n'est pas neutre. La notion d'aménagement doit être distinguée de celle de construction. Dans ses conclusions sur l'arrêt du 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-mont-Blanc*, le commissaire du gouvernement pouvait écrire que « un aménagement au sens plein de ce terme, c'est un effort d'organisation et d'agencement d'une portion du territoire. On est alors dans une logique d'une nature différente de celle qui préside à une opération de construction, même ambitieuse » (concl. sur cet arrêt, *BJDU* 1/1994, p. 27).

Le lotissement constitue *uniquement* une opération d'aménagement et non de construction. La réalisation des constructions intervient postérieurement, non seulement après la division, mais encore après achèvement de tout ou partie des travaux de viabilisation (article R442-18). C'est la raison pour laquelle il existe deux autorisations distinctes, l'autorisation de lotir d'un côté, et le permis de construire, de l'autre. Il en résultera la nécessité de distinguer l'objet de l'instruction de chacune de ces autorisations, et d'éviter que l'une ou l'autre soit superfétatoire. Ce cantonnement du lotissement permet de distinguer le lotissement du permis de construire valant division (R431-24), où il y a simultanément aménagement, construction et division. Dans cette dernière hypothèse, la division intervient certes *avant* l'achèvement des constructions, mais l'opération est une. Il n'est donc pas nécessaire de superposer deux autorisations différentes, le permis de l'article R431-24 étant apte à autoriser les constructions et la division. Aussi, l'article R442-1 c évite l'application de la réglementation du lotissement, s'agissant d'une opération contrôlée dans son ensemble par le biais du permis de construire spécifique valant division. Le choix entre les deux procédures de division du sol en vue de bâtir dépendra du degré d'engagement de l'opérateur, qui souhaite porter un projet de construction, ou simplement aménager des terrains à bâtir (même si, dans ce dernier cas, et peut-être paradoxalement, les contraintes juridiques sont alors plus importantes).

Parce qu'il s'agit d'un aménagement, le lotissement (donc la division) constitue nécessairement un préalable à la construction. Ce séquençage chronologique et juridique découle de la définition posée par l'article L442-1 (division *en vue* de l'implantation de

bâtiments). Il s'ensuit que lorsque la division est effectuée postérieurement à la réalisation des constructions, elle ne peut être constitutive d'un lotissement. A de nombreuses reprises, lorsqu'il constate que la construction, réalisée sur la base d'un permis de construire unique, a précédé la division de la propriété foncière, le juge en conclut que celle-ci n'entre pas dans le champ d'application de la réglementation du lotissement (CE, 10 décembre 1982, *Orsini*, req 14125 ; CE, 12 février 1988, *Valla*, req 50640 ; CE, 2 décembre 1992, *Cmne de Rouillon*, req 101120 ; CE, 26 mars 2003, req 231425). De la même manière, d'ailleurs, le permis de construire valant division ne peut plus concerner désormais que les divisions antérieures à l'achèvement, le texte de l'article R431-24 mentionnant expressément cette précision afin de contrer les incertitudes issues de la décision *Cmne de la Clusaz* (CE, 8 février 1999, req 171946). Il s'ensuit qu'après achèvement des constructions, la division est régie par les règles pertinentes du droit des biens, public ou privé, sous réserve seulement, du point de vue du droit de l'urbanisme, de l'application de l'article L111-5-1. Reste que s'agissant de la division du bâti, l'article 31 de la loi du 25 mars 2009 impliquera sans doute un contrôle administratif nouveau. Il permet en effet de délimiter, dans les zones urbaines ou à urbaniser, des secteurs dans lesquels les programmes de logements devront comporter une proportion de logements d'une taille minimale après construction, ce qui ne sera pas sans poser la question de la pérennité des quotas fixés par le PLU.

Jérôme TREMEAU

Existence de 2 délais de 10 ans depuis la réforme : un pour le décompte, un pour la révélation de l'intention de construire