

ANNEXE N° 2

REFLEXIONS SUR CE QUE POURRAIENT ETRE LES MOTIFS D'UN CONTROLE ADMINISTRATIF PREALABLE DES DIVISIONS FONCIERES

Jean Philippe MENG, CRIDON PARIS

Si le droit de diviser se rattache au droit de propriété et plus particulièrement au droit d'aliéner la chose, en tout ou en parties, ce droit ne peut être limité que pour un motif d'intérêt général. A tout le moins faut-il que les limitations portées à ce droit aient une justification.

A ce stade de la réflexion du Groupe de travail du GRIDAUH, la présente note vise à recenser les motifs qui pourraient justifier un contrôle préalable des divisions, en privilégiant bien entendu les motifs et les enjeux d'urbanisme.

Et sans doute faut-il distinguer, d'une part, les espaces concernés (I) et, d'autre part, la finalité de la division (II).

I- LES ESPACES

a) L'espace agricole

- 1) La justification d'un contrôle préalable des divisions se rattache bien entendu d'abord à la politique de constitution d'exploitations agricoles ou forestières viables, c'est-à-dire d'une certaine taille et composées de parcelles d'un seul tenant.

C'est l'objet :

- de l'article L 123-17 du C. rural : protection des effets d'un aménagement foncier agricole ou forestier (remembrement) ;
- de l'article R 142-2 du C. rural : contrôle par la SAFER, pendant dix ans au moins des morcellements des exploitations attribuées par elle ;

Le Code civil favorise également le maintien des exploitations en évitant, par la voie de l'attribution préférentielle le morcellement des exploitations lors des partages successoraux (C. civ., art. 831 et s.)

- 2) Un contrôle des divisions foncières au titre de l'urbanisme ne peut être totalement exclu dans ces espaces.
 - en raison du fait qu'ils ne sont pas totalement inconstructibles : lorsqu'il existe un POS ou un PLU, les constructions rendues nécessaires par l'activité agricole sont notamment autorisées dans les zones agricoles (tout comme les

constructions nécessaires aux services publics ou d'intérêt collectif) ; en l'absence de POS ou de PLU, l'article L 124-1 fixe la liste des constructions admises en dehors des secteurs constructibles délimités par une carte communale et il en est de même de l'article L 111-2-1 en l'absence de carte communale ;

- en raison d'une politique récente favorisant la reconversion des bâtiments agricoles délaissés et présentant un intérêt architectural ou patrimonial (C. urb., art. L 123-3-1) ; voire même la construction de nouveaux bâtiments d'habitation « à l'intérieur du périmètre regroupant les bâtiments d'une ancienne exploitation agricole, dans le respect des traditions architecturales locales » comme en dispose l'article L 111-1-2 dans sa rédaction issue de la loi Boutin du 25 mars 2009.

Le contrôle des divisions foncières, au titre de l'urbanisme, pourrait ici se rattacher à ce processus d'urbanisation limité, mais la question se pose de savoir si le contrôle par le permis de construire ne serait pas suffisant.

b) Les espaces naturels

L'intérêt général qu'il y a (ou aurait) à contrôler administrativement le morcellement de la propriété foncière peut tenir :

- à des critères d'esthétique des paysages : éviter que les divisions foncières ne conduisent à une dénaturation des paysages, par la mise en œuvre du droit de se clore notamment (C. civ., art. 647) ;
- à des critères touristiques : le droit de se clore peut nuire à la libre circulation des piétons : cf. par exemple la Sologne ; ou encore le littoral mais la problématique du littoral démontre que la solution peut-être trouvée ailleurs, par l'institution d'une servitude légale, par exemple ;
- au risque d'une urbanisation rampante non maîtrisée, ni voulue par la collectivité : c'est la problématique des divisions en vue de la création de « terrains d'agrément ou de loisirs »¹ dans les zones naturelles ou touristiques non constructibles. Sur les terrains ainsi divisés sont implantées des caravanes dont la sédentarisation progressive favorise une urbanisation rampante. C'est ce phénomène qui a conduit le législateur à introduire dans le Code de l'urbanisme en 1986 le mécanisme facultatif de contrôle administratif des divisions, en vue de la protection de la qualité des sites, milieux naturels et paysages (art. L 111-5-2).

¹ Pour reprendre l'expression de S. Pérignon, « Le nouveau régime des divisions foncières », Le Moniteur, 2008, p. 25

Le mécanisme mis en place par l'article L 111-5-2 n'est d'ailleurs pas complètement abouti puisque seules les divisions par ventes ou locations sont contrôlées.

On observera qu'à l'inverse, la division foncière des espaces naturels peut présenter un intérêt faunistique si le droit de se clore est mis en œuvre sous forme de haies propices au maintien de la faune.

c) Les secteurs de développement futur de l'urbanisation

Un contrôle administratif préalable peut se justifier par la volonté de ne pas multiplier le nombre de propriétaires dont les terrains devront être acquis, le cas échéant par expropriation, lorsque le secteur sera ouvert à l'urbanisation ; on peut également penser que le coût du foncier se trouve accru par l'effet des divisions successive ;

d) Les secteurs urbains ou ouverts à l'urbanisation

La problématique est ici celle traditionnelle des lotissements, c'est-à-dire d'une part, de la qualité des opérations dans le respect de la forme urbaine arrêtée par la commune dans le cadre du PLU et, d'autre part, de la bonne réalisation des équipements nécessaires à l'urbanisation.

II-LA FINALITE DE LA DIVISION OU L'ENJEU DE LA PRODUCTION DE TERRAINS A BATIR

Seront successivement abordés : une évidence, une constatation et une question.

a) L' évidence : la réalisation d'une opération d'aménagement et d'équipement

Le contrôle administratif préalable des divisions foncières paraît incontournable lorsqu'il s'agit d'une opération volontaire de création de terrains à bâtir nécessitant des équipements communs (sur la nature de ces équipements, voir *infra*). Il y va de l'intérêt :

- *des contribuables* : l'autorité publique compétente doit pouvoir maîtriser le processus d'urbanisation en s'assurant de la bonne réalisation des équipements communs nécessaires et de la mise en place d'une structure en garantissant l'entretien. La mauvaise expérience des lotissements dits défectueux ne doit pas être perdue de vue ;
- *des acquéreurs* : ceux-ci doivent être garantis de ce que les équipements imposés par la commune et qui doivent assurer la viabilité du terrain à bâtir qu'ils achètent seront bien réalisés.

Plus généralement, se rattachent à cet objectif de protection des acquéreurs de terrains à bâtir, d'une part, la question d'un éventuel droit de rétractation ou de réflexion, à l'instar de la vente d'immeubles bâtis (CCH, art. L 271-1), et d'autre part la question du bornage préalable à la charge du vendeur.

Mais la réponse à ces questions ne doit-elle pas provenir plus généralement d'un régime de droit commun à inventer de la vente de terrain à bâtir et le cas échéant à viabiliser comme il existe un contrat de vente d'immeuble à construire, régime dont le champ d'application devrait être restreint aux seuls acquéreurs nécessitant une telle protection.

- *de la commune* : celle-ci doit pouvoir maîtriser tant le processus d'urbanisation de son territoire que la qualité de cette urbanisation.

L'évidence est donc que la collectivité doit pouvoir contrôler le processus de division lorsqu'il vise à la réalisation d'une opération d'aménagement, c'est-à-dire d'une opération de production de terrains à bâtir pour laquelle la réalisation d'équipements, communs en tout ou partie, est nécessaire.

Et le stade de la division constitue le moment le plus opportun pour ce contrôle puisque la commune n'a en face d'elle qu'un seul interlocuteur et qu'un seul responsable : le diviseur.

b) La constatation : le motif inopérant (ou presque) de l'application de la règle d'urbanisme aux terrains issus de la division

- 1- L'application de la règle d'urbanisme ne tient plus compte des droits à construire antérieurement consommés en cas de division d'un terrain bâti.

L'ancien article L 111-5 du Code de l'urbanisme prévoyait qu'en cas de division d'une propriété bâtie, les droits à construire déjà consommés étaient actés par un certificat d'urbanisme spécifique. En cas de détachement d'un terrain à bâtir, les droits à construire attachés à ce terrain étaient « amputés » de ceux déjà consommés par le terrain bâti. Cette règle constituait le pendant nécessaire des règles fixant la constructibilité d'un terrain à raison de sa surface (COS, CES etc...).

Dans le but avoué de favoriser la densification, la loi SRU a supprimé ces dispositions c'est-à-dire tant la règle de forme (le CU) que la règle de fond (la prise en compte des droits à construire déjà utilisés).

Ainsi, sauf l'exception de la règle fixée par l'article L 123-1-1, aussi facultative que limitée dans sa portée (le COS exclusivement) et temporaire (10 ans), la constructibilité d'un terrain à bâtir détaché d'une propriété bâtie n'est plus contrainte par la surdensité de la partie bâtie restante. Dit autrement, la division permet de régénérer des droits à construire, ce dont il résulte notamment deux conséquences :

- On peut s'interroger sur l'efficacité d'une règle d'urbanisme fondée sur la surface du terrain ;

- La connaissance par l'autorité administrative de l'origine du terrain (la division) n'est pas nécessaire pour l'application de la règle d'urbanisme au terrain détaché.

- 2- Les divisions envisagées par les opérateurs ne sont plus, de principe, prises en compte pour l'application de la règle d'urbanisme

L'article R 123-10-1 du Code de l'urbanisme dispose « *Dans le cas d'un lotissement ou dans celui de la construction, sur un même terrain, de plusieurs bâtiments dont le terrain d'assiette doit faire l'objet d'une division en propriété ou en jouissance, les règles édictées par le plan local d'urbanisme sont appréciées au regard de l'ensemble du projet, sauf si le règlement de ce plan s'y oppose* ». Tel est désormais le principe, auquel le PLU peut toutefois déroger expressément (et, selon l'administration, de façon motivée).

Ainsi, si la règle d'urbanisme n'est plus appliquée en tenant compte de ce qui a été construit avant la division (cf. *supra*), elle ne tient pas compte non plus des divisions projetées par l'opérateur, bien que l'autorité administrative en ait connaissance. Autrement dit, les services instructeurs n'ont plus, de principe, à anticiper sur ces divisions.

A ce stade, les conclusions suivantes peuvent être tirées de l'évolution récente des textes :

- Les divisions projetées par l'opérateur sont neutres pour l'application de la règle d'urbanisme, sauf si le PLU en dispose autrement ; dès lors, de ce point de vue, à quoi bon « autoriser » administrativement cette division ?

Le permis de division (art. R 431-24) n'aurait donc de spécificité au regard de l'application de la règle d'urbanisme que pour le cas d'exception où « *le PLU en disposerait autrement* ».

- Dès lors que l'article R 123-10-1 s'applique, les constructions réalisées dans un lotissement ou autorisées par un permis de division sont des constructions non conformes et ceci à l'expiration du délai de dix ans de validité du régime propre du lotissement dans le premier cas et dès leur achèvement dans le second.

Ces constructions ne doivent donc leur pérennité qu'à la règle de reconstruction à l'identique (L 111-3). Et l'on sait que depuis la loi de simplification du droit (n°2009-526 du 12 mai 2009), le droit à reconstruire à l'identique n'est plus cantonné à l'hypothèse d'une destruction par sinistre mais est étendu à toutes les causes de destruction de l'immeuble. Un hasard ou une confirmation de la nécessité d'une telle « clé de voute » pour maintenir l'édifice ?

3- Conclusions provisoires à ce stade

Les évolutions récentes des textes mettent en évidence que la connaissance des divisions ayant conduit à la constitution d'un terrain à bâtir ou devant conduire à la constitution de ce terrain n'est utile pour l'application de la règle d'urbanisme audit terrain que dans des cas marginaux :

- Lorsque la commune a institué le mécanisme de contrôle de l'utilisation du COS (art. L 123-1-1) ; et encore faut-il observer qu'en ce cas, il ne s'agit pas d'un contrôle préalable de l'autorité administrative compétente, mais d'une obligation d'information incombant au vendeur ;
- Lorsque la règle d'urbanisme en dispose autrement (art. R 123-10-1).

c) **La question : Y a-t-il un intérêt général ou spécifique à contrôler les détachements de parcelles qui n'impliquent pas la réalisation d'équipements communs ?**

La réforme des autorisations d'urbanisme a généralisé le contrôle administratif des divisions en vue de bâtir en soumettant à contrôle toutes les divisions faites en vue de bâtir, à compter du premier². Le nouveau champ d'application des lotissements épouse, en réalité celui combiné de l'ancien régime des lotissements et celui de l'ancien article R 315-54. Pour les « petites divisions » relevant antérieurement de l'article R 315-54, on est passé d'un régime de surveillance administrative (par le certificat d'urbanisme jusqu'à la loi SRU, puis par le dépôt en mairie d'un plan de division) à un régime de contrôle administratif permettant d'interdire la division, en ce qu'elle concerne un terrain à bâtir, tout au moins.

Mais en réalité, le maintien du régime des divisions primaires (art. R 442-1 *d*) démontre que les auteurs de la réforme n'ont entendu soumettre à ce contrôle administratif préalable que les divisions faites en vue de la construction de maisons individuelles en secteur diffus. Tout porte à croire, en définitive, que là était « la cible ».

Ce nouveau régime est-il justifié ?

Nous espérons avoir contribué à démontrer que ce contrôle des divisions ne peut être justifié par l'application de la règle d'urbanisme au terrain détaché.

Peut-il l'être par le contrôle de la viabilité du terrain à bâtir détaché (1), par la nécessité d'une surveillance de l'urbanisation rampante contre le gré de la collectivité (2) ou encore par une préoccupation de protection de l'acquéreur de ce terrain (3) ?

² Sur une analyse critique du déclenchement du lotissement à compter du premier lot, voir toutefois, S. Pérignon et J-L. Bergel.

A titre préliminaire, on insistera sur l'importance de la question, tant il est vrai qu'un contrôle administratif généralisé des détachements de terrain à bâtir constitue, en raison des délais d'instruction et des risques contentieux accrus, un frein évident à la fluidité de l'offre foncière.

1- Le contrôle de la viabilité du terrain à bâtir détaché ?

Un début de réponse à cette question semble donné par les textes et, plus partiellement, par l'administration elle-même.

S'agissant des textes, le régime des divisions primaires (art. R 442-1 *d*) démontre que le contrôle de la division pour s'assurer de l'état des équipements n'est pas nécessaire et l'on observera que le sort particulier fait aux divisions en vue de l'implantation d'une maison individuelle (qui peut d'ailleurs semble-t-il comprendre deux logements) ne fait l'objet d'aucune justification précise (à tout le moins convaincante – cf. *infra*).

Et l'administration affirme elle-même que l'état des réseaux n'est pas contrôlé au stade de la division, tout simplement parce qu'il n'est pas efficacement contrôlable à ce stade ; l'adaptation des réseaux ne peut être appréciée, en effet, que lorsque le projet de construction est connu, c'est-à-dire au stade du permis de construire (cf. Question/Réponses). Le même raisonnement nous paraît pouvoir être tenu pour les accès : le contrôle efficace des accès ne peut dépendre que du projet de construction (les conditions d'accès à une maison individuelle ne peuvent être les mêmes que pour un supermarché).

2- La surveillance de l'urbanisation rampante ?

Quant à la maîtrise par l'autorité administrative compétente du processus d'urbanisation rampante (qui semble avoir justifié, en son temps, l'exclusion des maisons individuelles du régime des divisions primaires – cf. circ. 3 août 1978), elle est, en toute hypothèse assurée par le permis de construire et, en amont pour l'information des intéressés, par le certificat d'urbanisme, en pratique toujours demandé à l'occasion des ventes lorsqu'un permis de construire n'est pas obtenu.

En outre, l'urbanisation diffuse peut faire l'objet d'une interdiction dans le cadre du PLU dont le règlement peut prévoir, dans les zones où ce risque existe, que l'urbanisation ne peut intervenir que dans le cadre d'opérations d'ensemble.

3- La protection de l'acquéreur ?

Le régime généralisé de contrôle des détachements de terrain à bâtir par la réglementation des lotissements peut-il être justifié par une préoccupation consumériste de protection de l'acquéreur, même en l'absence d'équipements communs ?

On sait que du point de vue des règles de commercialisation (bornage, promesse de vente réglementée, droit de rétractation), cette préoccupation n'a pas été absente de la réflexion des auteurs de la réforme mais que, par l'effet de deux lois successives, le régime protecteur de commercialisation a été (le bornage excepté) dédié à la seule vente des lots de lotissements autorisés par un permis d'aménager.

Le problème peut également être abordé sous l'angle de la garantie de constructibilité qui pourrait être donnée à l'acquéreur par l'effet d'un contrôle préalable de la division. Et à cet égard la réforme apporte une réponse mitigée.

D'une part, on pourrait considérer que l'actuel contrôle administratif donne à l'acquéreur une garantie de constructibilité. Ce contrôle jouerait, en définitive, comme un « super certificat d'urbanisme opérationnel » garantissant l'acquéreur non seulement contre les changements de réglementation mais plus généralement contre les refus intempestifs de permis de construire en l'absence même de changement de réglementation. On sait que, selon la jurisprudence, un permis de construire peut être légalement refusé après délivrance d'un certificat d'urbanisme positif si ce dernier a été illégalement délivré. Ainsi, l'acquéreur serait garanti de la constructibilité du terrain sans avoir à engager les frais d'une demande de permis de construire.

Cet argument toutefois ne résiste pas à l'analyse.

En effet, l'administration elle-même considère que la non-opposition à déclaration préalable ne garantit pas la délivrance du permis (ne serait-ce qu'en raison du fait qu'au stade de l'autorisation de division, le problème des réseaux n'est pas examiné). Plus généralement, ensuite il est constant que le droit de lotir n'emporte pas droit de construire.

Mais pour autant, le nouveau contrôle administratif des divisions n'est pas dépourvu d'effet protecteur pour l'acquéreur. En effet, selon l'administration (cf. Questions-Réponses), les dispositions de l'article L 442-14 qui organisent une stabilisation pendant cinq ans du droit des sols en matière de lotissement s'appliqueraient aux lots de lotissement déclaré. Ainsi, l'acquéreur d'un tel lot à bâtir serait garanti contre toute évolution défavorable de la règle d'urbanisme (à l'exception des servitudes d'utilité publique) pendant cinq ans à compter de son acquisition (à comparer aux 18 mois de validité du CU).

Cet effet de la réforme mériterait d'être conforté par une rédaction plus précise des textes et notamment de l'article L 442-14. Mais sans doute peut-on considérer que là réside véritablement la portée utile de la réforme, au bénéfice de l'acquéreur.

4- Vers un statut de la vente du terrain à bâtir ?

Le système déclaratif mis en place par la réforme (déclaration préalable), combiné avec les apports de la loi SRU (le bornage, la forme de l'avant contrat, le droit de

rétractation) ne constitueraient-ils pas le premier stade de la mise en place d'un statut de la vente du terrain à bâtir ?

Et sous cet angle, force est d'admettre qu'un tel statut, s'il est jugé opportun, devrait englober tous les terrains à bâtir, qu'ils soient ou non issus d'une division.

Jean-Philippe MENG