



# ImmoPoint

CABINET CAPORALE MAILLOT BLATT

## Focus

Par Philippe BENOIT-CATTIN

### Lotissement : du mieux, sans être parfait

L'ordonnance 2011-1916 du 22 décembre 2011, complétée par le décret 2012-274 du 28 février 2012, apporte un certain nombre de corrections à la réforme des autorisations d'urbanisme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007. Elle modifie en particulier la définition du lotissement qui, on le sait, constituait la principale faiblesse de cette réforme. Plusieurs ajustements sont également apportés au régime du lotissement, mais quelques points épineux demeurent toujours en suspens.

#### 1 - Définition et domaine du lotissement

Le nouvel article L 442-1, rompant avec la lourdeur de son prédécesseur, fait preuve d'une sobriété de bon aloi en disposant : « Constitue un lotissement la division en propriété ou en jouissance d'une unité foncière ou de plusieurs unités foncières contiguës ayant pour objet de créer un ou plusieurs lots destinés à être bâtis ».

**Lotissement « unilat ».** L'innovation essentielle est de consacrer le lotissement dès le premier détachement, sans plus aucune contestation possible : la division foncière portant création d'un seul lot à bâtir constitue un lotissement. Il est ainsi mis fin aux incertitudes qu'avait entretenues en doctrine et en jurisprudence la piètre rédaction initiale de cet article.

La question de la régularisation a posteriori de la division est également réglée. Si un acquéreur qui n'entendait pas initialement bâtir sur le terrain détaché change d'avis, la situation est quasi-automatiquement régularisée. En effet, dans ce cas, « la demande de permis de construire tient lieu de déclaration préalable de lotissement dès lors que la demande indique que le terrain est issu d'une division » (art. R 442-2). Est ainsi écarté l'écueil du refus de

permis de construire au motif que le terrain constitue un lotissement non autorisé. On saurait difficilement être plus accommodant...

**Toute division foncière.** Le texte ne procède plus à aucune énumération. Comme il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, il vise nécessairement toutes les divisions foncières portant création d'au moins un terrain à bâtir, quelle que soit la nature de l'acte juridique qui opère la division et du droit sur le terrain qui en découle. Il importe peu que l'acte opérant la division revête un caractère gratuit ou onéreux, soit translatif ou déclaratif, confère sur le terrain un droit de propriété ou un droit de jouissance (de nature réelle ou personnelle), ou porte directement sur le terrain ou sur des parts sociales donnant vocation à l'attribution du terrain en propriété ou en jouissance. En pratique, le champ reste identique à celui qui s'était dégagé de l'ancienne rédaction, telle que l'avait interprétée la jurisprudence. On peut regretter que l'ordonnance n'ait pas définitivement tranché la question de la constitution d'un droit privatif de construire sur terrain indivis, plus connue sous le nom de « copropriété horizontale ».

**Divisions non constitutives d'un lotissement.** La liste des divisions

ne constituant pas un lotissement en vertu de l'article R 442-1 évolue quelque peu. Sont ajoutés le détachement des terrains supportant un bâtiment non destiné à être démoli et des terrains destinés à être rattachés à une propriété contiguë, le détachement constitutif d'une division primaire (sauf dans le cas où le terrain est destiné à la construction de maisons individuelles), le détachement des terrains réservés opéré par voie de délaissement, la cession des terrains réalisée dans le cadre d'un projet urbain partenarial et la cession réalisée sous couvert d'une déclaration d'utilité publique. N'y figure plus, en revanche, la subdivision d'un lot attribué dans le cadre d'un remembrement urbain conduit par une AFU de droit public.

**Périmètre du lotissement.** Le périmètre du lotissement comprend de plein droit les lots à construire ainsi que les voies, espaces et équipements communs. Mais l'article L 442-1-2 ajoute, de façon bienvenue, que le lotisseur peut librement décider d'y inclure les parties déjà bâties de l'unité foncière. Concrètement les parties bâties pourront être utilement incorporées dans le lotissement si elles disposent d'une SHON résiduelle disponible, et donc exploitable sur les terrains à bâtir.

## 2 - Régime du lotissement

**Procédure.** La répartition entre permis d'aménager et déclaration préalable privilégie désormais le critère des travaux et abandonne tout critère numérique. Sont impérativement soumis à permis d'aménager les lotissements qui, quel que soit le nombre de lots, prévoient la création ou l'aménagement de voies, d'espaces ou d'équipements communs internes au lotissement ou qui sont situés dans un site classé ou dans un secteur sauvegardé (art. L 442-2 et R 421-19). Disparaît au passage la subtile distinction entre les espaces communs et les équipements communs, que rien ne justifiait.

Ce dispositif, qui supprime la difficulté antérieure tenant au décompte des terrains sur une période de dix ans, est en revanche de nature à élargir considérablement le champ des lotissements relevant du permis d'aménager. En effet, la déclaration préalable n'intéresse plus que les lotissements pour lesquels le lotisseur n'est tenu d'engager aucun travail de viabilisation. Il s'agira le plus souvent de la création de lots situés le long d'une voie publique et desservis par les réseaux.

**Règles d'urbanisme applicables au lotissement.** La stabilisation des règles d'urbanisme pendant

cinq ans est explicitement étendue aux lotissements soumis à déclaration préalable. Le point de départ du délai est fixé à la date de la décision de non opposition, tacite ou explicite (art. L 442-14).

La possibilité d'une répartition de la SHON par le lotisseur est également ouverte aux lotissements soumis à déclaration préalable (art. R 442-10). Tout lotissement est donc susceptible de bénéficier de cette souplesse, qui permet de déconnecter la SHON attribuée à chaque lot de sa surface, dans la limite de la SHON globale disponible sur le périmètre du lotissement.

**Délivrance des permis de construire.** Dans les lotissements soumis à permis d'aménager, l'article R 442-18 envisage une nouvelle hypothèse dans laquelle le permis de construire peut être délivré avant l'achèvement des travaux. Désormais, sans plus devoir attendre la desserte effective du lot par les équipements, le permis de construire peut être accordé à compter de la délivrance du permis d'aménager le lotissement, sous réserve de n'être mis en œuvre que lorsque ces équipements seront réalisés. L'intérêt de cet assouplissement est de permettre la délivrance du permis de construire dès la promesse de vente et d'éviter ainsi d'en faire une condition suspensive du contrat définitif lorsque celui-ci est en état d'être signé, soit, en pratique, à l'obtention de la garantie d'achèvement des

travaux. Le lotisseur non institutionnel, dont le nombre va inévitablement s'accroître, devrait y trouver un plus grand confort de trésorerie. L'avantage s'arrête à la porte du maître d'ouvrage d'une maison individuelle : le procédé est en effet formellement exclu si le permis de construire porte sur une maison individuelle au sens de l'article L 231-1 du CCH (construction comportant au plus deux logements).

**Subdivision des lots.** La subdivision d'un lot n'est plus assimilée à une modification du lotissement lorsqu'elle procède d'une déclaration préalable, d'un permis d'aménager ou d'un permis de construire valant division, à condition que le lotisseur en donne son accord par écrit (art. R 442-21). L'autorisation de subdiviser résultera directement de la décision administrative statuant sur la demande de permis ou sur la déclaration préalable sans requérir l'accord de la majorité qualifiée des colotis. Encore faudra-t-il s'assurer que les stipulations purement contractuelles contenues dans le cahier des charges ne s'opposent pas à la subdivision des lots. L'allègement de la procédure administrative est en effet sans influence sur les droits et obligations des colotis résultant de leurs engagements contractuels.

A cet égard, on peut regretter que l'occasion n'ait pas été saisie de soustraire les cahiers des charges de nature purement contractuelle de la procédure de modification des documents du lotissement et de soumettre cette modification au droit commun des contrats ■

# Opérations de Construction

Par Sabine BERTOLASO

## De nouveaux obstacles au recours subrogatoire de l'assureur dommages-ouvrage ?

(Cass. 3e civ., 21 sept. 2011 : 10-20543)

Soucieuse de faciliter le recours subrogatoire de l'assureur dommages-ouvrage contre les constructeurs et leurs assureurs RC décennale, la Cour de cassation subordonne sa recevabilité au seul constat du paiement de l'indemnité au jour où le juge statue au fond (Cass. 3e civ., 21 janv. 2004 : 02-14391). Cette solution trouve son fondement implicite dans l'article 126, alinéa 1, du Code de procédure civile, sur la base duquel la Haute juridiction privilégie traditionnellement une conception extensive de la subrogation. Elle admet ainsi que l'assureur dommages-ouvrage, quoique non subrogé dans les droits de son assuré au jour de l'ordonnance rendant une expertise commune à des acteurs de la construction, bénéficie de l'interruption du délai décennal provoquée par son assignation en référé, dès lors que le paiement de l'indemnité a eu lieu au jour où le juge statue au fond (Cass. 3e civ., 28 avr. 2011 : 10-16269).

L'arrêt commenté ouvre une brèche dans cette jurisprudence et pourrait considérablement compliquer la tâche de l'assureur dommages-ouvrage, au point de mettre en péril le fragile équilibre du système d'assurance construction mis en place par la loi Spinetta du 4 janvier 1978.

En l'espèce, l'ouvrage avait été réceptionné en 1991 et l'assuré avait assigné des constructeurs en référé-expertise le 4 mai 1993. Dans le nouveau délai décennal qui avait commencé à courir à compter de l'ordonnance désignant l'expert, l'assureur dommages-ouvrage avait délivré des assignations en référé à d'autres intervenants à l'acte de construire, afin de leur rendre commune les opérations d'expertise. Deux ordonnances avaient ainsi été rendues, en décembre 1993 et en janvier 2002. Par ailleurs, l'assuré avait assigné au fond, en juillet 2002, son assureur, les constructeurs et leurs assureurs responsabilité civile, mais

s'était désisté en juin 2004, à la suite du versement de l'indemnité par l'assureur dommages-ouvrage. Peu après ce désistement, l'assureur dommages-ouvrage avait exercé une action au fond contre les constructeurs et leurs assureurs. La 3e chambre civile déclare cette action irrecevable.

Dans un premier temps, les juges du droit constatent que l'effet interruptif de l'assignation au fond délivrée par l'assuré est non avénu, si bien que l'assureur dommages-ouvrage ne peut s'en prévaloir. Cette solution s'impose au regard de l'article 2243 du Code civil, en vertu duquel le désistement du demandeur provoque la nullité de l'assignation. Certes l'assureur dommages-ouvrage peut théoriquement bénéficier d'une interruption intervenue à l'initiative de son assuré. D'ailleurs, l'assureur dommages-ouvrage a tiré profit de l'effet interruptif de l'ordonnance rendue à la suite de l'assignation délivrée le 4 mai 1993, pour exercer une action en référé en décembre 2001, soit plus de dix ans suivant la réception de l'ouvrage. Mais le désistement de son assuré le prive concrètement de toute possibilité d'agir au-delà du 4 mai 2003. Pour admettre la recevabilité du recours de l'assureur dommages-ouvrage, il aurait fallu affirmer l'opposabilité erga omnes de l'ordonnance datée du 15 janvier 2002. Cette perspective aurait permis d'étendre à l'assuré partie à la première instance en référé et donc, par ricochet, à l'assureur dommages-ouvrage subrogé dans ses droits au jour où le juge statue au fond, le bénéfice de l'effet interruptif de cette ordonnance. Or la Cour de cassation écarte implicitement cette possibilité. Une telle orientation surprend d'autant plus que la 3e chambre civile a encore récemment précisé que la prescription est interrompue à l'égard des parties à une mesure d'expertise, « même celles n'ayant été parties qu'à l'instance initiale ayant abouti à la désignation d'un expert, par toute décision apportant une modification quelconque à cette expertise » (Cass. 3e civ., 28 mars 2012 : 10-28093). Quoi

qu'il en soit, la décision rendue le 21 septembre dernier prive l'assureur dommages-ouvrage de tout effet interruptif du délai décennal provoqué par son assuré.

Dans un second temps, la Haute juridiction dénie à l'assureur dommages-ouvrage le bénéfice d'une interruption qu'il prétend avoir provoquée, car il n'établit pas avoir été, à la date de l'ordonnance de référé du 15 janvier 2002, subrogé dans les droits de son assuré. Quelques mois plus tôt, la 3e chambre civile avait pourtant censuré une décision excluant l'effet interruptif d'une ordonnance rendant une expertise commune à des constructeurs, au motif que l'exigence de subrogation ne s'impose pas au stade de l'action en référé, mais uniquement au jour où le juge statue au fond (Cass. 3e civ., 28 avr. 2011 : préc.). Le revirement que semble opérer l'arrêt du 21 septembre paraît, d'un point de vue juridique, parfaitement justifié. En effet, en l'absence de subrogation dans les droits de son assuré au jour où le juge statue sur le référé, l'assureur dommages-ouvrage est sans qualité pour revendiquer utilement le bénéfice de l'interruption du délai décennal. Cela étant, aussi légitime soit-elle en droit, la nouvelle position de la Cour de cassation est, en pratique, intenable. En effet, l'assureur dommages-ouvrage est contraint d'attendre l'évaluation de l'expert avant d'indemniser son assuré, de sorte qu'il ne pourra jamais justifier sa subrogation au jour où le juge statue sur le référé. La 3e chambre civile admet implicitement qu'elle pourrait se contenter d'une subrogation partielle, établie par le versement d'une provision à valoir sur l'indemnité définitive. Cette concession, qui reste à confirmer, est indispensable. A défaut, les assureurs dommages-ouvrage pourraient prochainement subordonner leur préfinancement au constat que l'assuré a protégé leur recours subrogatoire, en interrompant lui-même le délai décennal ■



## DEPLAFONNEMENT ET MODIFICATIONS NOTABLES

L'article L.145-34 du Code de Commerce pose le principe du plafonnement après avoir rappelé, dans son article précédent que le montant du loyer doit correspondre à la valeur locative.

Dès lors qu'au jour du renouvellement, les parties se retrouvent dans la même situation de fait et de droit qu'elles étaient au jour de la conclusion du bail, le montant du loyer ne peut excéder (c'est un « plafond ») la variation de l'indice contractuel (ICC, ILC ou ILAT), « à moins d'une modification notable des éléments mentionnés au 1er à 4ème alinéa de l'article L145-33 » c'est-à-dire : caractéristiques du local, destination des lieux, obligations respectives des parties, facteurs locaux de commercialité.

La jurisprudence semblait fixée depuis un arrêt rendu par la 3e Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 13 juillet 1999 (n°97-18295) qui rappelait la lettre du texte : pour « déplafonner » il suffit que soit rapportée la preuve d'une modification notable, peu important que cette dernière soit favorable ou défavorable à l'activité exercée par le locataire dès lors qu'il était établi que cette modification, notable, avait une incidence sur le commerce exercé.

Le 14 septembre 2011 (pourvoi n°10-30825) la Cour de Cassation revenait sur sa position : « Une modification notable des facteurs locaux de commercialité ne peut constituer un motif de déplafonnement du nouveau loyer

qu'autant qu'elle est de nature à avoir une incidence favorable sur l'activité commerciale exercée par le preneur ».

Revirement de jurisprudence : le caractère notable de la modification ne suffit plus, il fallait qu'en sus, elle soit favorable.

Or, moins de quatre mois après, la même 3e Chambre Civile de la Cour de Cassation, vient de juger très exactement le contraire. Dans un arrêt du 18 janvier 2012 (pourvoi n°11-100722), elle revient au principe qu'elle avait posé le 13 juillet 1999: « ... ayant relevé que l'extension de la destination du bail permettait d'adjoindre deux autres activités et souverainement retenu que cette modification était notable, la Cour d'Appel, qui n'était pas tenue de rechercher s'il avait une incidence favorable sur l'activité exercée par le preneur, en a déduit à bon droit que le loyer devait être fixé hors plafonnement ... ».

Comment justifier qu'une modification à la baisse puisse entraîner une variation à la hausse du loyer ? La réponse est simple : le loyer qui était payé par le locataire ne correspondait pas à la valeur locative contrairement aux dispositions de l'article L.145-33 du Code de Commerce. Indépendamment de toute considération de logique, d'équité, de bon sens, ou autre, on est obligé de constater que le texte lui-même ne fait aucunement référence au caractère favorable ou défavorable de la modification.

Le plafonnement n'est qu'un moyen arithmétique et pratique d'actualisation du loyer d'origine pour le faire en théorie correspondre proportionnellement à l'évolution de la valeur locative Et parce que l'on ne peut, à l'évidence, comparer que ce qui est comparable, si les choses ont changé entre le jour de la conclusion du bail et le jour de son renouvellement, la règle du plafonnement doit être nécessairement écartée. La logique et le bon sens commandent cette solution même si elle peut avoir des conséquences a priori farfelues. Il est tout à fait possible en effet qu'à l'occasion d'une modification notable défavorable au locataire, son loyer puisse se retrouver très largement augmenté ■



Cette revue a été réalisée  
en collaboration avec

**Philippe BENOIT-CATTIN**  
(Juriste consultant),

**Sabine BERTOLASO**  
(Directrice de l'I.C.H. de Bordeaux),

**Marie-Anne BLATT**  
(Avocat associé  
Cabinet Caporale MAILLOT BLATT).