



PERSPECTIVES

N° 3

COMMUNES

Lettre éditée par les Notaires de Savoie et de haute-Savoie

Le trait d'union entre notaires et collectivités locales

PERSPECTIVES COMMUNES

2 > **DIVISION EN VOLUMES ET DOMANIALITÉ PUBLIQUE**

4 > **DÉLÉGATION DE SIGNATURE ET DE POUVOIR**

LE MARCHÉ DU DROIT DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EXPLOSE POUR DIFFÉRENTES RAISONS :

a) Les pouvoirs, les moyens et les responsabilités des collectivités territoriales n'ont plus rien de commun avec ce qui existait il y a une vingtaine d'années et se renforcent chaque jour avec l'accélération de la décentralisation.

b) La diffusion de la culture juridique au sein de notre société accentue les besoins juridiques attachés à cette décentralisation :

> au niveau des citoyens qui n'hésitent plus à s'organiser (notamment en matière d'environnement ou d'urbanisme) pour faire valoir leurs droits,
> au niveau de la justice administrative qui devient plus accessible et accélère le mouvement,

> au niveau des collectivités locales où les élus souvent victimes de la judiciarisation de notre société utilisent les armes que le droit leur procure et où les personnels territoriaux ont appris à devoir anticiper ces risques juridiques.

Face à l'affaiblissement des conseils traditionnels de la DDE et à un contrôle de légalité submergé par le nombre de dossiers à traiter, les collectivités ont pu recruter de nombreux juristes en interne grâce au développement de l'intercommunalité et à la mutualisation des moyens qu'elle procure mais ne font pas moins et de plus en plus souvent, appel à des conseils extérieurs.

Face à l'accroissement de cette demande, le notariat a été le premier à réagir en 2001 avec le congrès de



MONTPELLIER sur les collectivités locales mais même si le notaire apparaît comme l'interlocuteur privilégié des communes, il faut bien reconnaître que pour l'excellent civiliste qu'il est, la barrière du droit public demeure parfois une difficulté.

Conscient du rôle essentiel de ce rôle de conseil auprès des collectivités locales le notariat a mis en place l'Institut Notarial des Collectivités Locales et créé un master "Pratique notariale et droit de l'urbanisme et des collectivités locales" pour mieux répondre aux besoins de ces collectivités à l'image du récent souhait exprimé par France Domaine de confier aux notaires l'élaboration des actes concernant le patrimoine de l'Etat.

Jacques BUFFARD
Délégué régional INCL

PERSPECTIVES COMMUNES

Lettre éditée par la Chambre Interdépartementale des Notaires de Savoie "Proméry" - 74370 Pringy

Rédaction et Concept : Conseil Régional des Notaires de la Cour d'Appel de GRENOBLE 10 rue Jean Moulin 38180 SEYSSIN

Délégué Régional aux Collectivités Locales : Me Jacques BUFFARD

Déléguée Régionale à la communication : Me Sabine LEGER-JUSKOWIAK

Maquette : Studio Marie-Pierre SAUTHIER

DIVISION EN VOLUMES

ET DOMANIALITÉ PUBLIQUE

Pour une collectivité locale, la domanialité publique n'est pas un choix, elle s'impose de fait et en droit. La soumission de ses biens au régime de la domanialité publique résulte notamment de la réunion de deux critères essentiels, envisagés déjà dans le premier numéro de "Visions communes" :

> l'affectation du bien à une utilité publique

> l'aménagement spécifique de ce bien pour servir cette utilité.

Comment résoudre alors le problème de la coexistence entre domaine public et domaine privé, dans le cadre d'opérations immobilières de grande ou moyenne envergure, en sachant que certains corps de bâtiments seront forcément soumis aux règles de la domanialité publique, alors que pour d'autres (par exemple des locaux à usage d'habitation ou commerces) c'est le droit privé qui s'appliquera ?

La question n'est pas neutre : les personnes publiques souhaitent valoriser c'est-à-dire rentabiliser les biens leur appartenant. Mais le droit public n'a pas la souplesse du droit privé : par exemple, si la commune loue des locaux dépendant du domaine public à des commerçants, ces derniers ne pourront pas bénéficier du statut protecteur des baux commerciaux c'est-à-dire, principalement, le droit au renouvellement du bail. En effet, le droit d'occuper le domaine public peut toujours être librement révoqué par la personne publique.

Les communes ont donc intérêt à faire cohabiter domaine public et domaine privé afin "d'optimiser" leur patrimoine. D'où l'intérêt de la division en volumes.

> LES CONDITIONS MATÉRIELLES DE LA DIVISION EN VOLUME

Incompatibilité de principe du régime de la copropriété et du régime de la domanialité publique

Faute d'une pleine et entière propriété de la personne publique sur le bien, celui-ci ne peut entrer dans le domaine public. C'est précisément ce que les collectivités souhaitent le plus souvent éviter : se retrouver en "indivision", avec des particuliers pour la gestion de leurs ensembles. En effet, si l'on se réfère au mode de fractionnement le plus couramment utilisé en droit privé, c'est-à-dire au statut de la copropriété édicté par la loi du 10 juillet 1965, on s'aperçoit que cette législation constitue un cadre rigide, sans compter la quasi-impossibilité de voter aux assemblées générales (qui représenteraient la commune ? avec quels pouvoirs ? est-ce compatible avec les règles de la comptabilité publique ?).

Une technique de division de la propriété en trois dimensions

La division en volumes est une technique permettant la division d'un bien immobilier en fractions, de telle sorte que l'on puisse identifier chaque fraction en trois dimensions,

("cube d'air") par référence à des plans, des coupes et des cotes.

Il y a dissociation entre le droit de superficie et le tréfonds (sous le sol). En fait, sur une même assiette foncière (parcelle cadastrale) on va procéder à un partage de la propriété tant au-dessus qu'en dessous du sol.

On comprendra aisément que cette division se révélera utile pour une commune, afin de conserver dans le domaine public les voies et établissements assurant une mission de service public, tout en permettant la coexistence avec des locaux destinés à appartenir au domaine privé.

La stratification plutôt que la juxtaposition

La diversité de l'affectation et de l'utilisation des différentes parties d'une construction peut justifier sa division en volumes. Les ensembles immobiliers vont être composés d'éléments de construction imbriqués matériellement les uns dans les autres, mais diversifiés dans leur fonction et leur exploitation. Ils vont être composés de volumes superposés incluant le plus souvent, locaux techniques, dalles de circulation, parkings en sous-sol, locaux administratifs, locaux d'habitation et commerces.





La nécessaire réalité juridique du lot de volume

Tout lot de volume doit être défini de façon précise non seulement par rapport au terrain (point de départ de tout droit de propriété) mais également par rapport aux autres lots issus de la future division ; ce qui lui confère un caractère immobilier.

Cette manière de diviser la propriété n'est pas différente de tout autre mode de division puisque le lot de volume pourra faire l'objet, comme la plupart des autres droits, d'hypothèque, de contrat de location, de bail à construction dans l'hypothèse où le lot de volume comporterait un droit à construire.

■ La division en volumes fera l'objet d'une publication au fichier immobilier.

■ L'intervention d'un géomètre est nécessaire à l'effet d'établir des plans en trois dimensions, qui seront annexés à l'acte de division lui-même.

■ Les lots de volume doivent être définis en plan, en élévation et en profondeur à partir d'un terrain déterminé. La pratique est en général de se référer aux cotes NGF (Nivellement Général de France).

■ Il sera conseillé et même nécessaire de faire référence aux tenants et aux aboutissants des autres lots.

■ Chaque volume doit être localisé par référence à un plan.

> LES CONDITIONS JURIDIQUES DE LA DIVISION EN VOLUME, APPLIQUÉES À LA DOMANIALITÉ PUBLIQUE

Parce qu'il convient dans la plupart des cas de scinder les volumes destinés à appartenir au domaine privé et maintenir ceux destinés à une utilité publique dans le domaine public, la collectivité locale doit au préalable faire sortir du champ d'application de domaine public le bien considéré. Cette sortie ne peut se faire que par l'intervention du législateur (une loi) ou par un acte juridique.

L'acte juridique en question étant le déclassement.

La nécessaire disparition de la notion d'affectation à usage de public : une appréciation de la collectivité

L'acte de déclassement doit nécessairement faire apparaître lors du processus de décision de la collectivité, le caractère d'affectation à usage du public qui existait et qui n'existe plus aujourd'hui, ou la constatation qu'il n'a jamais existé et n'existera jamais. C'est ce que l'on appelle la constatation de la désaffectation. A titre d'exemple, on pourrait envisager la construction en sous-sol de garages destinés à être commercialisés, en dessous de locaux destinés à l'usage du public. Si le bien faisant l'objet du déclassement continue malgré tout à être affecté à une utilité publique, le déclassement sera jugé illégal. D'où la nécessité d'être prudent lors du déclassement et constater que les conditions juridiques de la sortie du bien de la domanialité publique sont bien remplies.

La désaffectation du lot de volume doit être formelle, c'est en cela une règle protectrice du domaine public. Il convient de préciser que le déclassement sera sans effet sur la propriété du bien, qui restera propriété de la collectivité publique. Il va de soi, que si cette affectation à usage du public n'existe pas, le déclassement en lui-même est inutile.

Enfin il est important de préciser que l'appréciation de l'utilité ou non pour l'affectation domaniale du volume est de la responsabilité de la collectivité.

L'imbrication des volumes nécessite une organisation de la division à tous les stades du processus de construction

■ Tout d'abord en ce qui concerne l'organisation de la construction, il est utile que la collectivité publique conserve les pouvoirs du maître d'œuvre ne serait-ce que dans l'éventualité ou un permis de cons-

truire a été demandé sur la totalité de l'ensemble immobilier et que par la suite, des modificatifs soient nécessaires pour la réalisation de constructions dans des volumes qui seraient conservés par elle. Ainsi, dans le cadre d'un volume qui a été déclassé et qui ferait l'objet d'une division pour ventes en état futur d'achèvement, le vendeur sera bien inspiré de se faire expressément consentir par les acquéreurs le pouvoir de déposer tous modificatifs nécessaires au permis de construire initial.

■ Ensuite en ce qui concerne la gestion : il sera envisageable de créer une association syndicale ou une AFU (association foncière urbaine) abordée dans le numéro 2 de Perspectives communes, en sachant qu'une collectivité publique peut être membre d'une association syndicale libre. Cette association sera utile afin d'assurer la gestion des équipements, l'entretien et le respect de la mise en œuvre des servitudes entre les différents volumes, que nous allons aborder maintenant.

Servitudes et domaine public

Les servitudes les plus courantes sont des servitudes telles que les servitudes d'appui, de support ou de soutien et de surplomb des constructions édifiées dans les différents volumes, des servitudes d'ancrage ou d'accrochage. Ces servitudes seront définies dans un cahier des charges annexé à l'état descriptif de division dressé par le Notaire qui s'imposera à tous les titulaires de droits sur les différents volumes.

Erratum :

Dans l'article " le droit de préemption urbain " (Perspectives communes, juin 2004), il faut lire au paragraphe " illégalité de la préemption ", " la responsabilité de la commune peut être engagée dans le cas d'une décision de préemption illégale ".



DÉLÉGATION DE SIGNATURE ET DE POUVOIR

L'attribution à chaque autorité locale de compétences qu'elle a seule la charge d'exercer ne s'accommode pas toujours des nécessités de l'action quotidienne. Aussi, la pratique, rapidement consacrée par la loi, a imaginé des formules qui permettent à une autorité investie d'une compétence de la « déléguer » à une autre autorité. Le terme « déléguer » est, d'ailleurs, ambigu dans la mesure où il recouvre des procédés qui ont certes, tous, pour fonction d'assurer l'unité et la continuité du service mais dont le régime juridique, c'est-à-dire les conditions de mise en œuvre et les effets sont différents.

Les délégations sont tantôt consenties par l'assemblée élue, tantôt par le maire, (le président du Conseil Général, le président du Conseil Régional).

> LES DÉLÉGATIONS PAR L'ASSEMBLÉE ÉLUE DE LA COLLECTIVITÉ LOCALE

Le régime juridique de la délégation par le conseil municipal au maire est encadré dans des limites précises. L'assemblée élue doit en effet, pouvoir conserver la maîtrise de sa compétence. Aussi, la délégation ne s'impose jamais au conseil municipal.

Bénéficiaire

Le maire est seul à pouvoir bénéficier d'une délégation du conseil municipal. En cas d'opposition d'intérêt entre la commune et le maire, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, notamment dans les contrats. Le maire ne peut déléguer la compétence qu'il a reçue, sauf disposition contraire de la délibération du conseil municipal. En effet, les décisions prises sur délégation doivent être signées « personnellement » par le maire ; le Conseil d'Etat en déduit que les pouvoirs délégués ne peuvent faire l'objet d'une subdélégation.

Domaine

Le domaine de la délégation est énuméré limitativement par l'article L. 2122-22 du Code Général des Collectivités Territoriales qui énonce en dix-sept rubriques, les matières qui peuvent faire l'objet d'une délégation, notamment l'exercice du droit de préemption urbain.

Durée

La délégation est conférée au maire pour la durée de son mandat. Mais, en vertu du principe selon lequel le conseil municipal doit conserver la maîtrise de sa compétence, elle peut être retirée à tout moment.

Procédure d'octroi

La délégation ne peut résulter que d'une délibération du conseil municipal. Elle ne peut être ni verbale, ni tacite. Elle est soumise au contrôle de légalité et aux formalités de publicité des délibérations du conseil municipal.

Exercice

Les décisions prises par le maire en vertu d'une délégation du conseil municipal sont soumises aux mêmes règles que celles qui sont applicables aux délibérations du conseil municipal ayant le même objet. Il résulte de ces dispositions que les décisions du maire prises en vertu d'une délégation du conseil municipal sont soumises à la même obligation de transmission et aux mêmes formalités de publicité que ces délibérations. En cas d'empêchement du maire, les décisions relatives aux matières déléguées sont prises par le conseil municipal, sauf si la délégation n'en a disposé autrement.

Contrôles

Le maire doit rendre compte « à chaque réunion obligatoire du conseil municipal » des actes qu'il a accomplis en vertu de la délégation (article L. 2122-23, alinéa 3, du C.G.C.T.). Cette obligation n'est assortie d'aucune sanction expresse et le fait qu'elle ne soit pas respectée n'entache donc pas la validité des décisions prises par le maire en vertu de la délégation.

> LES DÉLÉGATIONS PAR LE MAIRE

Octroi de la délégation

La délégation résulte d'un arrêté du maire ou du président du conseil général ou régional. Cet acte a un caractère réglementaire. Il est soumis aux formalités de publicité pour acquérir le caractère exécutoire et doit donc être inscrit au registre des arrêtés municipaux ou, dans les communes de plus de 3 500 habitants, au recueil des actes administratifs. Le défaut de publication entraîne l'illégalité des décisions prises par le délégataire. Malgré son caractère réglementaire on admet que l'acte de délégation doit être notifié au titulaire de la délégation.

Le contenu de la délégation

La délégation peut porter sur les attributions que le maire exerce tant au nom de l'Etat qu'au nom de la commune, qu'elle soit accordée à des élus ou à des fonctionnaires territoriaux.

Le retrait de la délégation

La délégation peut être retirée à tout moment par l'autorité délégante sous réserve, selon la jurisprudence, que le retrait ne soit pas inspiré par « des motifs étrangers à la bonne marche de l'administration municipale ».

Bénéficiaires

La délégation doit en priorité être consentie au profit des adjoints sans qu'il soit obligatoire de suivre l'ordre du tableau des nominations. La délégation aux autres élus n'est possible qu'en cas d'empêchement. Des règles spécifiques concernant les bénéficiaires de ces délégations qui sont, pour la commune le directeur général des services et le directeur général adjoint des services, le directeur général et le directeur des services techniques, sont fixées par l'article L. 2122-19 du C.G.C.T.

TROIS TYPES DE DÉLÉGATIONS

Les délégations que l'on vient d'examiner, qui sont consenties par les assemblées élues à l'exécutif, réalisent de véritables transferts de compétence. Ce sont des délégations de « compétence » (ou de pouvoir). Les délégations consenties par le maire sont appelées par la loi « délégation de signature » et « délégation de fonction ». Or, si la doctrine, confirmée par la jurisprudence distingue traditionnellement, en droit administratif général, la délégation de compétence et la délégation de signature, la délégation de fonction est une spécificité du droit des collectivités locales sur la signification de laquelle les auteurs se sont interrogés.

La délégation de compétence (ou de pouvoir) réalise un véritable transfert de compétence qui a pour effet de dessaisir l'autorité délégante de la compétence déléguée en la privant de son exercice et d'interdire à l'autorité déléguée toute subdélégation sauf au moyen d'une délégation de signature.

La délégation de signature ne conduit, au contraire, à aucun transfert de compétence. L'autorité délégante peut, en conséquence, continuer à exercer la compétence déléguée et l'autorité déléguée ne peut consentir aucune subdélégation de signature.

L'apparition de **la délégation de fonction** perturbe cette construction traditionnelle et sème le trouble. La doctrine refuse, en général, de l'analyser en une nouvelle catégorie de délégation mais les juristes tentent d'en révéler le particularisme. C'est ainsi qu'on a pu estimer que la délégation de fonction pourrait autoriser de véritables délégations de pouvoir mais cette opinion s'accompagne parfois de la prudence que dicte l'absence d'une position affirmée du Conseil d'Etat. A l'inverse, on relève les indices qui apparentent la délégation de fonction à la délégation de signature et, notamment, la conservation par le maire du pouvoir d'accomplir l'acte, malgré la délégation de fonction à un adjoint. Au sens propre du terme, la délégation de fonction n'est ni une délégation de compétence, ni une délégation de signature. La délégation de fonction prendrait en compte le fait qu'elle bénéficie à des élus alors que la délégation de signature bénéficie à des fonctionnaires. L'originalité de la délégation de fonction résiderait plutôt dans son objet qui comporterait un pouvoir d'instruction et la collaboration de l'autorité délégante et de l'autorité déléguée.

Attention, le délégataire doit agir dans le strict cadre de sa délégation.

Par exemple, le maire auquel le conseil municipal a délégué le pouvoir de vendre les lots d'un lotissement communal à un tel prix, ne peut pas négocier avec les candidats à l'acquisition.